PRAXIS JUDICIAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Revista Semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 15
Enero 2022

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 CONTRATADO 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 CONTRATADO DOCTOR DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

D. GONZALO MUÑOZ RODRIGO
INVESTIGADOR PREDOCTORAL FPU

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, Investigador predoctoral FPU.

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.

J.F.S.R.: José Francisco Sánchez Rufino, Becario de colaboración 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……56

II. Derecho Mercantil…….....60

1. Contratación Mercantil…….....60

2. Derecho de Seguros…...……...63

III. Derecho Procesal……..…..……....……..74

IV. Derecho del Trabajo……...78

V. Derecho Administrativo..…….....90

VI. Derecho Tributario...……....102

VII. Derecho Internacional Privado.……...…...117

I. DERECHO CIVIL

1. DERECHO DE FAMILIA

Jurisprudencia: Compensación de pensiones de alimentos impagadas por el padre con las cantidades debidas (a título de enriquecimiento injusto) por la madre, por haber cobrado ésta rentas de un inmueble de aquél, alquilado sin su consentimiento. Alcance de la prohibición de compensación de las deudas de alimentos de los arts. 151 y 1200.II CC: el alimentante no puede oponer la compensación, pero el acreedor de alimentos sí puede compensar las pensiones atrasadas con la deuda que él tenga frente a su deudor. La acreedora de los alimentos era la hija menor, y no la madre, a cuyo cuidado estaba la hija, la cual solo estaba legitimada para reclamarlos; sin embargo, puesto que el padre no pagó pensión alguna y fue la madre, con la que convivía la menor, quien asumió todos los gastos de manutención, por aplicación de las reglas del pago de tercero (art. 1158 CC), corresponde reconocerle el derecho a reclamar las pensiones que estaba obligado pagar el padre.

STS (Sala 1ª) de 7 de junio de 2021, rec. nº 378/2018

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c789ce0cdd0f90a6/20210621

"Es evidente cuál es el sentido que tiene la exclusión legal de la compensación respecto de las deudas de alimentos. Puesto que se trata de cubrir las necesidades de quien tiene derecho de alimentos, de lo que se trata es de impedir que el alimentante se niegue a prestarlos mediante el mecanismo de la compensación. Es claro que a las pensiones no vencidas no podría oponérsele la compensación por faltar el requisito de la exigibilidad (art. 1196 CC) y parece razonable que el deudor de alimentos no pueda oponer la compensación de lo que deba en concepto de alimentos con otro crédito que ostente contra el alimentista. Pero también es claro que, frente a la reclamación por el alimentante frente al alimentista de cantidades debidas por este último al primero, el alimentista sí puede negarse a pagar oponiendo la compensación de lo que a su vez le deba el alimentante por alimentos.

(…) Es decir, el alimentante no puede oponer la compensación (art. 1200.II CC), pero el acreedor de alimentos sí puede compensar las pensiones atrasadas con la deuda que él tenga frente a su deudor. Quien puede renunciar o transmitir las pensiones alimenticias atrasadas, o el derecho a reclamarlas, puede también oponerlas en compensación (art. 151 CC).

(…) Esto es lo que sucede en el caso, en el que frente a la reclamación de la deuda por parte del demandante, la demandada invoca la compensación de lo que este debe por alimentos, por lo que no sería de aplicación la denominada "prohibición" de compensación de alimentos." (F.J.3º).

"El recurrente, además de la prohibición genérica de compensación de la deuda de alimentos, plantea la cuestión de la titularidad del crédito alimentario, al considerar que no procede la compensación porque los alimentos son debidos a la hija y no a

la madre, que es quien contra la que se dirige la demanda por lo que ella personalmente debe al demandante.

(…) El argumento del recurrente no puede prosperar.

(…) Ciertamente, la acreedora de los alimentos era la hija menor y la madre, a cuyo cuidado estaba la hija, solo estaba legitimada para reclamarlos. Ahora bien, puesto que el padre no pagó pensión alguna y fue la madre, con la que convivía la menor, quien asumió todos los gastos de manutención, por aplicación de las reglas del pago de tercero (art. 1158 CC) corresponde reconocerle el derecho a reclamar las pensiones a que estaba obligado el padre." (F.J.4º) [J.R.V.B].

Jurisprudencia: Revocación de sentencia que desestima la demanda de modificación de medidas (de materna a paterna), basada en la hipotética voluntad del menor, residente en Argentina con su madre, de trasladarse a España con su padre, por no constar la voluntad del menor, al no haber sido este oído en el procedimiento, audiencia que debía haber sido ser acordada de oficio. Anulación de la sentencia recurrida, con devolución de los autos a la Audiencia Provincial, para que, previa exploración del menor, dicte sin demora la sentencia que con arreglo a derecho corresponda, activando a tales efectos los mecanismos de cooperación jurídica internacional.

STS (Sala 1ª) de 19 de julio de 2021, rec. nº 5532/2020

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7bd6cc8a2c654e83/20210730

"Se estiman los dos motivos, analizados conjuntamente, lo que hace innecesario el análisis del resto de los motivos y tampoco del recurso de casación.

Consta acreditado que el menor, nacido el NUM000 de 2005, se encuentra bajo la custodia, declarada judicialmente, de su madre en Argentina, desde los tres años de edad, mientras que el padre continúa residiendo en España (Zaragoza).

Igualmente se prueba que la madre ha incumplido en varias ocasiones los espacios de custodia de los que debería disfrutar el menor con su padre.

En la sentencia de apelación, incongruentemente, se declara que el menor 'no ha sido oído en este procedimiento conforme es preceptivo' y sin embargo no acuerda de oficio la audiencia al menor.

(…) debemos declarar que debió oírse al menor, dado que por su edad constaba con juicio suficiente, lo que debió acordar de oficio el Tribunal, sabedor como era de su preceptividad.

A la vista de esta doctrina y de acuerdo con los arts. 92, 2, 6 y 9 del C. Civil y 770 LEC, debemos declarar que al no haberse oído al menor, procede estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y, en consecuencia, procede la anulación de la sentencia recurrida, con devolución de los autos a la Audiencia Provincial para que, previa exploración del menor, dicte sin demora la sentencia que con arreglo a

derecho corresponda, activando a tales efectos los mecanismos de cooperación jurídica internacional." (F.D.3º). [J.F.S.R.]

Jurisprudencia: Nuevo régimen de provisión de apoyos judiciales introducido por la Ley 8/2021, de 2 de junio. Es posible adoptarlos, a pesar de la clara oposición de la persona con discapacidad, cuando existe una clara necesidad asistencial, cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal y una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente, con sus vecinos. Sujeción a curatela de una persona que sufre el síndrome de Diógenes: el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que tenga una conciencia clara de su situación, pues dicho trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que, además, le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda.

STS (Sala 1ª) de 8 de septiembre de 2021, rec. nº4187/2019

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/b97d1970bf89055d/20210916

"(…) En realidad, el principal escollo que presenta la validación de estas medidas a la luz del nuevo régimen de provisión judicial de apoyos, es la directriz legal de que en la provisión de las medidas y en su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del interesado.

En un caso como el presente en que la oposición del interesado a la adopción de las medidas de apoyo es clara y terminante, cabe cuestionarse si pueden acordarse en estas condiciones. Esto es, si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado.

La propia ley da respuesta a esta cuestión. Al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42 bis a], 42bis b] y 42 bis c] LJV), dispone que cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y haya que acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis b]. 5 LJV). Es muy significativo que «la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo», además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado.

En realidad, el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo «atender», seguido de «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El

texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato».

Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda.

No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal.

6. En consecuencia con lo anterior, estimamos en parte el recurso de casación, en cuanto que dejamos sin efecto la declaración de modificación de capacidad, sustituimos la tutela por la curatela, y, en cuanto al contenido de las medidas de apoyo, las confirmamos y completamos con algunas de las propuestas del fiscal.

En concreto, la revisión cada seis meses del resultado de las medidas y la incidencia práctica que hayan podido tener. A la hora de prestar el apoyo, la curadora debería esmerarse en conseguir la colaboración del interesado y sólo en los casos en que sea estrictamente necesario podrá recabar el auxilio imprescindible para asegurar el tratamiento médico y asistencial de Damaso, así como realizar las tareas de limpieza e higiene necesarias." (F.D.4º). [J.R.V.B.]

Jurisprudencia: Vivienda propiedad de un excónyuge, cuyo uso se atribuye al otro en el proceso de divorcio. Reclamación por el propietario, ante Juzgado de Primera Instancia, de los gastos de comunidad y de la tasa de basuras. Desestimación de la demanda: los gastos generados por dichos conceptos son de cargo del propietario, conforme al art. 9.1 c) LPH, al no existir pronunciamiento

del juzgado de familia atribuyendo el pago a la usuaria; todo ello sin perjuicio de las acciones que en el futuro pueda instar la parte demandante.

STS (Sala 1ª) de 13 de septiembre de 2021, rec. nº 3200/2018

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d8461802437dab0c/20210920

"(…) Entiende la recurrente que no le corresponde el pago de los gastos ordinarios de la comunidad de propietarios, servicios y suministros, pese a que sea la usuaria junto con sus hijos de la vivienda, propiedad exclusiva del que fue su esposo. Añade que dicho pronunciamiento infringe la doctrina jurisprudencial.

Esta sala, en sentencias 508/2014, de 25 de septiembre, y 399/2018, de 27 de junio, declaró que es el propietario el obligado al pago de las cuotas de comunidad, si bien el excónyuge debe afrontar el pago de los suministros, sin perjuicio de lo que pueda acordar el juzgado de familia, en los casos de crisis conyugal (art. 9 LPH).

Dado que en el presente supuesto no existe pronunciamiento del juzgado de familia atribuyendo el pago a la hoy recurrente, debe estimarse en parte el recurso al infringirse la doctrina jurisprudencial, todo ello sin perjuicio de las acciones que en el futuro pueda instar la parte demandante.

Procede mantener la sentencia recurrida, únicamente en cuanto condena a la parte demandada al pago de 671 euros correspondiente a la tasa de basura." (F.D.5º) [J.F.S.R.]

Jurisprudencia: Custodia compartida, de hecho: más allá de su designación formal, lo que la sentencia recurrida llama custodia monoparental es, en realidad, una custodia compartida, dado que, por el régimen de visitas establecido, el padre goza de los hijos el mismo tiempo que la madre; la paridad temporal se basa en las mutuas aptitudes de los progenitores y en sus circunstancias personales, por lo que no hay razón para eludir el "nomen" de custodia compartida, que, "de facto", es lo que se ha establecido. Incidencia de la custodia compartida sobre el derecho de uso de la vivienda familiar: procede fijar la atribución temporal de la vivienda familiar a los hijos y a la madre por un plazo de transición máximo de dos años desde la fecha de la presente sentencia, salvo que antes se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales, medida que se toma en interés de los menores, en aras a un ordenado cambio del sistema de custodia y residencia.

STS (Sala 1ª) de 4 de octubre de 2021, rec. nº 6538/2019

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/38d59ccff9b1e727/20211015

"(…) Motivo tercero: Infracción del art. 1281, 1284 y 1286 CC y la doctrina clásica del Tribunal Supremo del *nomen iuris*, que viene a expresar que los contratos son lo que son y no lo que las partes digan, pues aun cuando se le renombre de otra forma, y denominemos a la custodia compartida como custodia individual, ello iría en

contra del propio sentido de la norma, e incumple de forma clara la doctrina jurisprudencial existente sobre la irrelevancia del *nomen iuris*

(…) Se solicita el establecimiento del sistema de custodia compartida, dado que por el régimen de visitas establecido, el padre goza de los hijos el mismo tiempo que la madre.

A la vista del régimen establecido, transcrito en los antecedentes de hecho de la presente sentencia debemos convenir que la paridad temporal que establece el juzgado es en base a las mutuas aptitudes de los progenitores y de sus circunstancias personales, por lo que no se encuentra razón para eludir el nomen del sistema de custodia compartida, que *de facto* se ha establecido (art. 92 del C. Civil)." (F.D.2º).

"(…) Se estima el motivo.

Se alega por el recurrente que no cabe atribuir a la esposa el uso de la que fue vivienda familiar, dado que al concurrir de facto un sistema de custodia compartida, los menores quedan bajo la custodia de los dos progenitores, por lo que no puede atribuirse el uso a uno de ellos.

(…) procede fijar la atribución temporal de la vivienda familiar a los hijos y madre por un plazo de transición máximo de dos años desde la fecha de la presente sentencia, salvo que antes se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales, medida que se toma en interés de los menores, en aras a un ordenado cambio del sistema de custodia y residencia" (F.D.4º). [J.R.V.B.]

Jurisprudencia: La reducción de la pensión compensatoria efectuada en la sentencia de apelación, fijándola en 300 euros, es operativa desde la sentencia de primera instancia: no se trata de modificar una pensión establecida en otro procedimiento, sino que en sentencia de apelación se rebajó la cantidad que en primera instancia del mismo procedimiento se había fijado (1000 euros), por lo que los efectos de la sentencia de apelación se harán valer desde la sentencia de primera instancia.

STS (Sala 1ª) de 8 de octubre de 2021, rec. nº 666/2021

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1819a1c3ef9a3fe9/20211025

"(…) la reducción de la pensión compensatoria efectuada en la sentencia de apelación, fijándola en 300 euros, es operativa desde la sentencia de primera instancia.

(…) en nuestro caso no se trata de modificar una pensión establecida en otro procedimiento, sino que en sentencia de apelación se rebajó la cantidad que en primera instancia del mismo procedimiento se había fijado, por lo que los efectos de la sentencia de apelación se harán valer desde la sentencia de primera instancia." (F.D.5º). [J.F.S.R.]

Jurisprudencia: Autotutela: tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, las previsiones relativas a la autotutela deben ser entendidas hechas a la autocuratela, que se regirá por la referida Ley: sustitución de tutela por curatela y revocación de la sentencia que, estableciendo una curatela mancomunada, nombraba como curador a dos de los hijos de la persona con discapacidad, uno de los cuales había sido expresamente excluido por aquella para el ejercicio del cargo. No se dan las causas legalmente previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la madre, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas por la misma, o una variación de las contempladas al designar al hijo que le prestaría apoyo; resulta, además, contraproducente la curatela mancomunada, dado el conflicto existente entre los hermanos, lo que dificulta la unidad de actuación que exige la medida de apoyo, cuyo ejercicio no es susceptible de conciliarse con discrepancias en las funciones asistenciales o, en su caso, excepcionales de representación.

STS (Sala 1ª) de 19 de octubre de 2021, rec. nº 305/2021

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/f5d767511fb19c16/20211029

"(…) El recurso debe ser estimado.

Para ello hemos de tener en cuenta que, al asumir el conocimiento del recurso, ya entró en vigor la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica. Esta circunstancia abre una nueva perspectiva resolutoria sobre la que se oyó a las partes, en tanto en cuanto la Disposición Transitoria sexta, relativa a los procesos en tramitación a la entrada en vigor de la ley, establece que se regirán conforme a lo dispuesto en ella, sin perjuicio de conservar su validez las actuaciones que se hubiesen practicado hasta ese momento.

Pues bien, en primer término, hemos de partir de la base de que las previsiones de autotutela se entenderán ahora referidas a la autocuratela y se regirán por lo dispuesto en la nueva ley (Disposición Transitoria Tercera de la Ley 8/2021).

En dicha ley se proclama la autonomía de la persona con discapacidad, con el reconocimiento expreso de que el nuevo sistema se basa en el respeto a su voluntad, preferencias y deseos (arts. 249, 250, 268, 270, 276 y 282 CC entre otros)

(…) El artículo 271 del CC, en su nueva redacción, regula la autocuratela, confiriendo a cualquier persona mayor de edad o menor emancipado, en previsión a la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con lo demás, el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. Una propuesta de nombramiento de tal clase vinculará a la autoridad judicial al constituir la curatela (art. 272 I CC).

No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o

alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones (art. 272 II CC).

Pues bien, en el caso presente, no se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas por la misma, o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos, ya que D.ª Virginia convivía y sigue conviviendo con su hija D.ª Virginia , que es la persona que le asiste en sus necesidades conforme a sus propios deseos notarialmente expresados, que deben ser respetados, toda vez que, dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que, en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeñe el cargo de curadora.

No cabe, por lo tanto, la imposición de otro sistema alternativo de curatela, como la institucional postulada por la recurrente D.ª Flora , o la mancomunada impuesta por la Audiencia, con la atribución además del cargo de curador a una persona expresamente excluida por la demandada. Amén de resultar contraproducente el ejercicio de tal cargo bajo el régimen jurídico de la mancomunidad, dado el conflicto existente entre hermanos, que dificultaría la unidad de actuación que exige la curatela, cuyo ejercicio no es susceptible de conciliarse con discrepancias en las funciones asistenciales o, en su caso, excepcionales de representación." (F.D.4º)

"(…) La aplicación de la nueva ley determina que se deje sin efecto la declaración de incapacidad, que ya no existe como tal, la cual debe ser sustituida por la procedencia de fijación de medidas judiciales de apoyo. Procede, igualmente, la sustitución de la tutela por la curatela, ya que aquélla queda circunscrita a los menores de edad, no sujetos a la patria potestad o que se hallen en situación de desamparo (art. 199 CC).

Ahora bien, por falta de vinculación con el recurso de casación interpuesto, no procede, en este trance decisorio, revisar las concretas medidas judiciales de apoyo acordadas hace años, sin perjuicio de la aplicación, en su momento, de la disposición transitoria quinta de la Ley 8/2021. Es cierto, que la aplicación de la nueva ley se llevó a efecto en la sentencia 589/2021, de 8 de septiembre, pero, en tal caso, a diferencia del presente, respondió a su inescindible relación con los motivos del recurso de casación interpuesto, mientras que, en el proceso que ahora nos ocupa, queda circunscrito a la designación de curador, única cuestión debatida y decidida por este tribunal." (F.D.6º). [J.R.V.B.]

Jurisprudencia: Alimentos: son gastos extraordinarios los generados por el estudio en una Universidad privada de la carrera de Derecho en inglés, cuyo importe asciende a 20.000 euros anuales. 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.

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

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

"Discrepa la parte apelante de la decisión adoptada por la juez a quo al calificar en este caso los gastos derivados de la matriculación de la hija común en una determinada universidad privada como de extraordinarios, por lo que precisan del acuerdo de ambos progenitores.

(…) 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." (F.J.2º) [A.B.B].

Jurisprudencia: Alimentos en favor de hijos mayores de edad. Desestimación de la demanda de extinción, reduciéndose la cuantía de la pensión (de 175 a 100 euros) y fijándose un plazo de 2 años para su percepción, correspondiente a los dos años académicos restantes para que la hija, de 23 años, finalizara sus estudios de Auxiliar de Enfermería, los cuales compaginaba con un trabajo a medio jornada por la tarde, por el que percibía alrededor de 600 euros netos mensuales, estimándose que necesitaba unos 700 euros mensuales para satisfacer sus necesidades. El atraso en los estudios no es voluntario, sino debido a los constantes ingresos médicos debidos a su enfermedad (de Crohn), lo cuales han provocado una demora en su formación académica: no se acredita que la pensión alimenticia en su día establecida haya de ser totalmente suprimida, al continuar la hija con su formación académica y no haber logrado la total independencia económica, siendo necesario aún la ayuda de sus progenitores para poder continuar con sus estudios toda vez que, de otra forma, debería abandonar los mismos para poder trabajar toda la jornada.

SAP Zamora (Sección 1ª) de 7 de enero de 2020, rec. nº 481/2019

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cce85d397d7a5ea2/20200320

"teniendo en cuenta todos los extremos señalados y no discutido por las partes que ha existido una variación sustancial de las circunstancias de la alimentista (no de la alimentante) tenidas en cuenta en el momento de establecer la pensión alimenticia a favor de la menor y a cargo de la madre en cuantía de 175 € al mes, pues la menor no solo ha alcanzado la mayoría de edad sino también ha accedido al mercado laboral si bien, de forma parcial para poder seguir con sus estudios; decimos, que teniendo en cuenta todo ello es lo cierto, que la misma con los ingresos obtenidos por su trabajo a media jornada no puede hacer frente totalmente a todas sus necesidades para poder continuar con sus estudios, estudios en los que es cierto que

se encuentra bastante atrasada, mas no se aprecia por la Sala voluntarismo en su situación, sino que han sido los constantes ingresos médicos debidos a su enfermedad habidos a partir del año 2016 los que han provocado dicha demora en su formación académica.

(…) De todo lo anterior resulta, que en el momento analizado no se acredita que la pensión alimenticia en su día establecida haya de ser totalmente suprimida, al continuar la misma con su formación académica y no haber logrado la total independencia económica, siendo necesario aún la ayuda de sus progenitores para poder continuar con sus estudios toda vez que, de otra forma, debería abandonar los mismos para poder trabajar toda la jornada. El hecho de que la demandada haya accedido al mercado laboral para poder contribuir a hacer frente a sus gastos y no suponer una carga más gravosa para sus padres, no comporta por si sola la desaparición de la pensión alimenticia, cuando se ha acreditado que con la misma no puede hacer frente totalmente a sus necesidades, teniendo que ser ayudada aun por sus progenitores." (F.J.3º) [J.R.V.B].

Jurisprudencia: Pensión de alimentos de hijos que alcanzan la mayoría de edad: reducción de su cuantía, de 800 a 400 euros, por ser muy inferior el coste de los estudios universitarios que los del colegio en el que hijo estaba matriculado. No es una circunstancia previsible el estudio de una carrera universitaria en el lugar de residencia y tampoco es una circunstancia pasajera la percepción de una beca que cubre holgadamente el coste de los estudios universitarios, de modo que mientras se perciba debe ser tenida en cuenta para establecer la cuantía de la pensión.

SAP A Coruña (Sección 6ª) de 30 de marzo de 2020, rec. nº 438/2019

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2c4ad2c53f654da0/20200529

"La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda en la que el padre pretendía la reducción de la pensión de alimentos que se estableció en la sentencia de divorcio en favor del hijo común. El importe de la pensión para el hijo se fijó en la sentencia de divorcio en la cantidad de 800 euros, con previsión de su revalorización con arreglo al IPC. La sentencia apelada considera que se ha producido una variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en la sentencia de divorcio, en lo que concierne a los gastos educativos del hijo, y fija la pensión de alimentos en 425 euros mensuales.

(…) En el recurso de apelación (…) se cuestiona la existencia de una variación sustancial de las circunstancias y se destacan tres aspectos: a) la variación consistente en la finalización de los estudios en el Colegio... no es imprevista o imprevisible; b) subsisten los gastos de alimentación, vestido y habitación, que se han incrementado, y los inherentes a la formación universitaria; c) la beca que percibe el hijo no es indefinida y puede dejar de percibirla." (F.J.1º).

"Es un hecho esencial, del que parte la sentencia apelada y que admiten las partes, que la capacidad económica del padre y la madre no ha cambiado desde el momento en que se dictó la sentencia de divorcio.

(…) lo que ha variado es la situación del hijo, que cuando se dictó la sentencia de divorcio cursaba estudios en el Colegio (…), con un coste mensual de 800 euros, y que ahora estudia en la Universidad de (...), su ciudad de residencia, y tiene reconocida una beca de 1.660 euros como cuantía base ligada a la renta y hasta 2.067,49 euros por excelencia académica, más una exención de precios públicos por servicios académicos de 100 euros.

(…) Con estos hechos como presupuesto han de examinarse las alegaciones en que se funda la impugnación de la sentencia, centradas en los tres aspectos antes señalados.

(…) A) La variación no fue prevista, ni podía serlo, en el momento en el que los cónyuges firmaron el convenio regulador del divorcio. Lo único que sabían entonces era que el hijo estudiaba en el Colegio (…) y que su voluntad era que continuase estudiando allí hasta finalizar el bachillerato. No sabían, ni podían saber, si finalizados esos estudios accedería la Universidad, si cursaría estudios universitarios y en qué localidad lo haría. Estos datos, lo futuros estudios y el lugar de su realización, son determinantes de los gastos de educación y no eran previsibles cuando se firmó el convenio regulador.

(…) B) Es notorio que subsisten los gastos de alimentación, vestido y habitación, y que esos se incrementan con los años, así como que ahora hay otros gastos educativos derivados de los estudios universitarios.

Pero el coste de los estudios universitarios es muy inferior al que tenía el Colegio (…), que por si solo era de 800 euros mensuales.

(…) C) La beca que percibe el hijo es un ingreso destinado a satisfacer sus necesidades alimenticias y sobrepasa holgadamente el coste de los estudios universitarios. Como ingreso de esa naturaleza y con ese fin es inevitable tenerlo en cuenta para establecer los alimentos que han de sufragar los padres, sin que tenga relevancia que no sea indefinida en el tiempo y pueda dejar de percibirla. Mientras exista ha de tomarse en consideración.

(…) La conclusión es que existe una variación sustancial de las circunstancias derivada de la importante reducción de los gastos de educación, motivo principal de la fijación en el convenio regulador de una pensión de 800 euros. La disminución de las necesidades globales del hijo, unida a la percepción de una beca, justifica sobradamente la reducción del importe de la pensión de alimentos y que esta se establezca en la cantidad de 425 euros al mes." (F.J.3º) [A.B.B].

Jurisprudencia: Alimentos en favor de hijos mayores de edad. Extinción retroactiva de la pensión de alimentos establecida en favor de 4 hijos menores de edad, que, a la fecha de la sentencia apelada,

tenían 42 años, el mayor, y 33 años, el menor, siendo todos ellos independientes económicamente desde hacía años. Retroacción de los efectos extintivos a noviembre de 2012, siendo la sentencia apelada de fecha de 4 de febrero de 2019. Mantener el efecto ex nunc de la extinción, sería tanto como dar carta de naturaleza a un ejercicio abusivo del derecho y a una actuación contraria a la ley, concretamente, al art. 152.3º CC, en cuyas previsiones se encuentran los hijos alimentistas desde hace muchos años.

SAP Málaga (Sección 6ª) de 15 de julio de 2020, rec. nº 1611/2019

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0ac8d29a81a8aefb/20210223

"es doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que cada Sentencia matrimonial, a excepción de la que instaura por vez primera pensiones alimenticias en favor de hijos menores de edad en cuyo supuesto resulta de oportuna aplicación las previsiones del artículo 148 del Código Civil, despliega sus efectos desde que se dicta, es decir, con efectos ex nunc, y no es tunc, esto es, desde que se dicta la Sentencia, lo que en el caso determinaría que la pensión alimenticia que venía establecida en favor de los hijos, desplegaría los efectos extintivos desde la fecha de la Sentencia apelada, que es la que declara la extinción de ese derecho (…)Pero es lo cierto que hay situaciones, como la que concurre en la presente litis, que no pueden ser amparadas por los Tribunales dado entrañar manifiesto abuso de derecho o que entrañen fraude de ley o procesal, tal y como autoriza el artículo 11.2 de la L.O.P.J, teniendo declarado esta Sala que el instituto jurídico del abuso de derecho, previsto en el artículo 7.2 del Código Civil, es aplicable a todos los ámbitos del derecho y a todas las acciones que se ejerciten ante los Tribunales.

(…) en el caso examinado mantener el efecto ex nunc pretendido por la recurrente, sería tanto como dar carta de naturaleza a un ejercicio abusivo del derecho, y a una actuación contraria a la ley, concretamente al artículo 152.3º del Código Civil, en cuyas previsiones se encuentran los hijos alimentistas desde hace muchos años, como certeramente señala la Juzgadora a quo, resultando de oportuna aplicación al caso la Sentencia del Tribunal Supremo a que se refiere la Sentencia recurrida, Sentencia del Alto Tribunal de 14 de noviembre de 2018, que resuelve un supuesto sustancialmente análogo al que nos ocupa" (F.J.2º) [J.R.V.B].

Jurisprudencia: Alimentos: los estudios de las hijas en una universidad extranjera son gastos extraordinarios que han de ser sufragados por ambos progenitores por mitad. Carencia de justificación de la oposición del padre a que las hijas estudien en una universidad extranjera, cuando no consta que se oponga a que estudien en una universidad española, siendo semejante el coste de los estudios realizados en la universidad holandesa (seguidos con aprovechamiento) que los que resultarían de cursarlos en una universidad española.

AAP Barcelona (Sección 12ª) de 17 de julio de 2020, rec. nº 842/2019

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/aef1af30b5a3d114/20200831

"En este caso además, consta que el padre conocía la intención de las hijas de estudiar en una universidad extranjera, y aunque se opuso a la asunción del gasto que ello pudiera comportar, lo cierto es que no consta que el coste de los estudios de las hijas en Groninger sea superior al que resultaría en universidades españolas, cuyo coste parece que no se negaría a asumir el recurrente, que dicho coste ha sido ya determinado como gasto extraordinario dentro del capítulo de formación y por lo tanto debe sufragarse al margen de la pensión ordinaria, y que las hijas, ya mayores de edad, están siguiendo su formación con aprovechamiento por lo que se mantiene la obligación de los progenitores de dar cobertura a sus necesidades en este ámbito también.

(…) A mayor abundamiento, no es el mismo supuesto que cuando las hijas, siendo menores, realizaron el bachiller en el extranjero, cuyo coste a buen seguro, era mucho mayor y lo asumió en exclusiva la madre que fue quien manifestó su interés en ello; ahora se trata de un coste similar al que se devengaría en una universidad española y lo que no consta en absoluto es la negativa del padre a que sus hijas sigan estudios superiores." (F.J.2º) [A.B.B].

Jurisprudencia: Alimentos en favor de hijos mayores de edad: extinción. Se extinguen a partir de la interposición de la demanda; y no, desde la fecha de la sentencia estimatoria de la misma, al haberse probado que al tiempo de la interposición de la demanda ya se había producido la inserción laboral del hijo: devolución de las cantidades indebidamente pagadas.

SAP Valencia (Sección 10ª) de 30 de septiembre de 2020, rec. nº 245/2020

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3a497b77bdd6aa4c/20201110

"la retroacción de la extinción de los alimentos a la fecha de la demanda está justificada, pues en ese momento la inserción laboral de Emiliano ya se había producido, lo que está además amparado por las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo y 10 de abril de 2.019, que consideran admisible esa retroacción." (F.J.2º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Alimentos: gastos extraordinarios de carácter necesario. Importe de la matrícula en un centro privado de bachillerato para alumnos con capacidad intelectual, pero con educación adaptada: su matriculación en dicho centro, contra el parecer del padre, no fue una decisión caprichosa de la madre, sino que fue apoyada por los profesionales que en ese momento trataban a su hijo de sus problemas médicos y sicológicos; y ello, aunque, con posterioridad, dicha decisión se revelara desacertada y, al año siguiente, hubiera que matricular al hijo en un centro de formación profesional (que es lo que al padre había propuesto desde el principio) debido a su fracaso escolar. Son también necesarios los gastos extraordinarios derivados de la realización de los cursos de primeros auxilios acuáticos (185,00 euros), de patrón de embarcación de recreo -PER- (547,80 euros) y de renovación de desfibrilador semiautomático- DESA-(65,00 euros), así como el de Licencia de navegación PNB, tasas de examen y tramitación (557,80 euros), pues todas las

actividades son formativas, y van en la misma dirección que su vocación sanitaria, obtenida a través de la Formación profesional que ha cursado, y que contribuyeron a que el hijo superara el aislamiento y pudiera trabajar durante el verano.

AAP Valencia (Sección 10ª) de 30 de septiembre de 2020, rec. nº 428/2020

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/29d7eaa1eaa228ce/20201110

"Revisadas las actuaciones practicadas en la instancia la Sala concluye que la decisión de la madre de matricular a su hijo Eutimio en el Aula NUM000 centro privado homologado para bachiller y alumnos con capacidad intelectual pero con dificultades de seguir un centro público y con educación adaptada, no fue una decisión caprichosa de la madre sino acorde con las circunstancias que su hijo precisaba y apoyada por los profesionales que en ese momento trataban a su hijo de sus problemas médicos y sicológicos. Ciertamente resultó que el padre tenía razón en que su hijo no cursara bachiller sino que fuera derivado a Formación profesional como luego hizo, pero resolver los casos a posteriori es harto fácil, lo difícil, es tomar la decisión en el momento en que se adoptó, y en la medida en que guiaba a la madre el interés de que su hijo pudiera superar bachiller y que se le aconsejó por el psicólogo esa educación , la Sala concluye que no fue una decisión arbitraria o caprichosa de la madre, y que , en consecuencia, se revelaba necesaria para la formación de su hijo en ese momento y que, por lo tanto, ambos progenitores han de atender los gastos de aquella educación.

(…) En cuanto a los gastos relativos al Curso de Socorrismo Acuático realizado (…) (280,00€), Curso de primeros auxilios Acuáticos realizado (…) (185,00€), Licencia de navegación PNB, tasas de examen y tramitación (557,80€), Curso de patrón de embarcación de recreo -PER- (547,80€) y Curso de Renovación de desfibrilador Semiautomático- DESA-(65,00€). La Sala considera que todos esos cursos contribuyen a la formación de su hijo y a las expectativas de que en periodos vacaciones, puede trabajar y lograrse un sustento. Todas las actividades son formativas, y van en la misma dirección que su vocación sanitaria, obtenida a través de la Formación profesional que ha cursado, y que como alega la recurrente contribuyeron a que Eutimio superara el aislamiento y para el acceso a las contrataciones de verano". (F.J.3º) [A.B.B].

Jurisprudencia: Pensión de alimentos: cuantificación. Para conocer el nivel de ingresos real de uno y otro progenitor habrá de partirse de las per-cepciones o ingresos netos que uno y otro hayan justificado documentalmente y/o declarado en la vista, pero también habrá que atender a los signos externos. Padre que declara percibir 1500 euros mensuales en concepto de salario de una sociedad de la que es socio único, más 1100 euros por otros conceptos. Existencia de signos externos que revelan que su capacidad económica era y es muy superior a la que dice tener. Aportación al matrimonio, constante este, de unos 2.000 euros mensuales a la cuenta co-mún para atender los gastos de la familia, además de pagar la hipoteca de la vivienda familiar (1.500 euros), línea telefónica, gastos de seguridad de la vivienda, seguros etc. Confusión entre su patrimonio personal

y el de una sociedad, entre los cuales existían transferencias bancarias recíprocas: era la sociedad la que asumía el pago de la empleada del hogar familiar, así como también de los vehículos de alta gama que disfrutaba el matrimonio y que sigue disfrutan-do el padre, admitiendo que parte de su patrimonio inmobi-liario lo había aportado a la sociedad; el padre era, además, cotitular de produc-tos bancarios con importantes montantes econó-micos; y abonaba en concepto de alquiler 750 euros mensuales. Fijación de una pensión alimenticia de 530 euros, en favor de un hijo de 12 años, considerando que el uso de la vivienda familiar se le había atribuido a él y a la madre custodia, contribuyendo también de este modo el padre a la prestación de alimentos

SAP Cáceres (Sección 1ª) de 14 de octubre de 2020, rec. nº 461/2020

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b7093735785138f1/20201123

"Para conocer el nivel de ingresos real de uno y otro progenitor habrá de partirse de las percepciones o ingresos netos que uno y otro hayan justificado documentalmente y/o declarado en la Vista, pero también, como acertadamente dice la juzgadora de instancia, a los signos externos. De esta manera, y por lo que se refiere al esposo, el mismo señaló percibir un salario de la sociedad (…) SLU, de la que es socio único, de 1.500€, a lo que habría que sumar 500€ de los rendimientos de la comunidad de bienes signos externos revelan, efectivamente, que su capacidad económica era y es muy superior a la que dice.

(…) Lo declarado compadece mal con el hecho de que el mismo aportase al matrimonio, constante este, unos 2.000€ mensuales a la cuenta común para atender los gastos de la familia, amén del pago de la hipoteca de la vivienda familiar (1.500€), línea telefónica, gastos de seguridad de la vivienda, seguros etc. Por otra parte, la confusión de patrimonios de la sociedad (…) SLU y el personal de D. Enrique quedó puesto de manifiesto con las transferencias habidas entre las cuentas de la mercantil y de D. Enrique , y viceversa, de la entidad BANKINTER, así como por el hecho -admitido por el demandado- de que era la mercantil quien asumía el pago de la empleada del hogar familiar, así como también de los vehículos de alta gama que disfrutaba el matrimonio y que sigue disfrutando, a día de hoy, el Sr. Enrique . Además de ello, el esposo admitió que parte de su patrimonio inmobiliario lo había aportado a la sociedad (…) SLU, sin olvidar, finalmente, que aparece como cotitular de productos bancarios con importantes montantes económicos. Esta capacidad económica se mantiene, como lo demuestra el dato aportado por el propio recurrente de que abona en concepto de alquiler la nada desdeñable cantidad de 750€.

(…) A partir de estos datos, y habiéndose constatado que las necesidades del menor son las propias de su edad (12 años), que acude a un colegio concertado, sin más gastos por este concepto que el de uniforme, libros y material escolar, amén de los de vestido y ocio propio de su edad, salvo un seguro médico que concertaron los progenitores para el menor durante el matrimonio, estimamos adecuada la cantidad de 530€ mensuales, teniendo en cuenta que el uso de la vivienda familiar se atribuye al menor y progenitora custodia, con lo que el progenitor no custodio contribuye también con ello a los alimentos de Inocencio." (F.J.3º) [J.R.V.B].

Jurisprudencia: Alimentos en favor de hijos mayores de edad. Procedencia de la obligación de alimentos en favor de un hijo de 19 años, que, si bien abandonó los estudios al cumplir los 17 años, manifestó en la prueba testifical, su voluntad de cursar la carrera de Derecho con intención de presentarse a las pruebas de acceso para mayores de 20 años, habiendo quedado acreditado también por la prueba documental médica aportada, que estaba diagnosticado de trastorno ansioso depresivo reactivo y sometido a medicación por esa causa con anterioridad a la presentación de la demanda, habiendo estado con anterioridad en tratamiento psicológico desde los 17 años. Mala fe del padre, cuyo abogado preparó un borrador de convenio, que fue presentando a la firma del hijo cuando éste acaba de cumplir los 18 años, para recoger para recoger documentalmente su decisión de abandonar los estudios, apoyando dicha decisión con la transferencia de 3500 € del fondo destinado a su formación para que pudiera comprarse un coche, pudiendo el padre disponer del resto de dicho fondo (el borrador no fue firmado).

SAP Málaga (Sección 6ª) de 26 de octubre de 2020, rec. nº 1053/2019

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c5e8b37c11e70baa/20210219

"no concurren los requisitos del artículo 152 . 5º del Código Civil para que proceda la extinción de la pensión alimenticia pues la necesidad del hijo no proviene de su mala conducta sino del abandono de sus estudios cuando todavía era menor de edad, y ante esta decisión, no sólo no ha quedado acreditado que los progenitores llevaran a cabo actuación alguna para reconducir dicha decisión del hijo menor de edad, sino que, por el contrario, queda acreditado que el padre alentó al hijo a consolidar esa errónea decisión adoptada, como se ha dicho, cuando era menor de edad pues el borrador de convenio elaborado por el padre y su presentación a la firma del hijo cuando éste acaba de cumplir los 18 años acredita la celeridad del padre para recoger documentalmente la decisión del hijo de abandonar los estudios y el apoyo del padre a tal decisión con la transferencia de 3500 € del fondo destinado a su formación del hijo para la compra de un coche por el mismo, pudiendo el padre disponer del resto de dicho fondo.

(…) En todo caso, aun cuando consideráramos jurídicamente que el hijo ha tenido una mala conducta al abandonar los estudios, esa no sería la única causa de su situación de necesidad pues, al menos, como concausa de esa situación está el incumplimiento por los progenitores de sus obligaciones inherentes a la patria potestad, como son la de velar por ellos y procurarles una formación integral, incumplimientos que se agravan en caso del demandante pues, por una parte, ni vive con el hijo ni mantiene con él ninguna relación (lo que sí hace la madre) y, por otra, intentó arrancarle su consentimiento para realizar una operación que económicamente le beneficiaba y perjudicaba al hijo al renunciar un futuro de formación y estudios a cambio de un coche de 3500 €.

(…) Por otra parte, el precepto establece que cesará la obligación alimenticia mientras subsista la mala conducta o la falta de aplicación del trabajo del alimentista, y en este caso, también ha quedado acreditado, por las manifestación del hijo en la

prueba testifical, su voluntad de cursar la carrera de derecho tras superar las pruebas de acceso para mayores de 20 años (que se pueden realizar en el mismo año en que los cumple y, por lo tanto, aunque tenga 19 años), en consecuencia, ha de considerarse que en todo caso ha cesado la causa por la que hubiera procedido la extinción de la pensión alimenticia pues el hijo tiene 18 años cuando se presenta la demanda y, dada su joven edad y su voluntad de continuar sus estudios, considera esta Sala que se mantiene vigente la obligación de los progenitores de prestar alimentos al mismo, sobre todo porque no ha sido hecho controvertido la sólida situación económica del padre y que el hijo sigue conviviendo en el domicilio materno y carece de trabajo, habiendo quedado acreditado también por la prueba documental médica aportada, que el hijo está diagnosticado de trastorno ansioso depresivo reactivo y sometido a medicación por esa causa con anterioridad a la presentación de la demanda, habiendo estado con anterioridad en tratamiento psicológico desde los 17 años, por lo que ni es independiente económicamente a sus progenitores ni tiene posibilidad actualmente de serlo." (F.J.2º) [A.B.B].

Jurisprudencia: Alimentos en favor de hijos menores de edad. Reducción de su cuantía a la mitad (de 600 a 300 euros para cada uno de los hijos): importante disminución de ingresos del padre, como consecuencia de la disminución de la facturación con el principal cliente de su empresa, pasando de ingresar 60.000 euros netos (en el año en que se dictó la sentencia de divorcio) a 16.278,00 euros en el ejercicio fiscal del 2017.

SAP Madrid (Sección 22ª) de 13 de noviembre de 2020, rec. nº 893/2019

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9c37e52c706566ba/20210129

"Cuando se dictó la sentencia de divorcio, 22 de junio de 2015, se fijó la cuantía de 600,00 euros mensuales a satisfacer por el padre, por cada uno de los dos hijos, atendiendo a que don Emiliano percibía unos ingresos medios anuales ascendentes a sesenta mil euros netos, lo que suponía unos 5.000,00 euros mensuales, mientras que en el año 2017 percibió unos ingresos ascendentes a la cuantía de 16.278,00 euros, tal como se acredita con la declaración del impuesto sobre la renta de la personas físicas de dicho ejercicio fiscal. En el acto de la vista se aportó documentación fiscal del Sr. Emiliano , concretamente el impreso 347, en que se aprecia diferencias notables en la facturación con uno de sus clientes en el 2017 (al parecer su principal cliente), sociedad DIRECCION002 , y así las ventas con dicha empresa, en el primer trimestre de 2017, fueron de 7.362,85 euros, en el segundo trimestre de 11.814,84 euros, en el tercer trimestre 10.263,83 euros y en el cuarto trimestre, bajaron ostensiblemente, tan solo de 1.996,50 euros, si bien el Sr. Emiliano cuenta con otros clientes." (F.J.4º) [J.R.V.B].

Jurisprudencia: Alimentos en favor de hijos mayores de edad. El cese de la obligación de pagar alimentos no tiene carácter retroactivo, produciendo efectos, exclusivamente, desde la fecha de la sentencia que declara extinta dicha obligación.

SAP Albacete (Sección 1ª) de 26 de noviembre de 2020, rec. nº 372/2020

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bea2356e75a56da9/20210204

"Procede confirmar la sentencia recurrida, compartiendo los acertados argumentos de la juzgadora de instancia, de que no procede en un proceso de modificación de medidas declarar el cese de una pensión de alimentos con carácter retroactivo, por no ser de aplicación la regla del artículo 148 CC, relativa al establecimiento de la pensión y a proteger al alimentista, sino el artículo 106 CC, que señala con total claridad que 'los efectos y medidas previstos en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo'. Por tanto, las medidas rigen mientras no se extingan mediante resolución en contrario." (F.J.3º) [A.B.B].

Jurisprudencia: Reducción de la cuantía de la pensión de alimentos: improcedencia. La mera circunstancia de que el padre tenga que abonar un préstamo hipotecario de una vivienda que ha adquirido con su actual pareja no es motivo para reducir la cuantía de la pensión alimenticia: falta de acreditación de la cuantía del préstamo concedido, de la cuota de amortización mensual y de la medida en que la otra adquirente de la vivienda puede contribuir. Tampoco lo es el que su nueva pareja tenga tres hijos con los que convive, pues no tiene la obligación de alimentarlos, y sí la de asistir a su hijo.

SAP A Coruña (Sección 3ª) de 3 de abril de 2021, rec. nº 121/2021

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6898812ae5ea0f3b/20210525

"(a) La alegación relativa a que está obligado a amortizar un préstamo con garantía real hipotecaria sobre la vivienda que adquirió con su actual pareja y que constituye su domicilio habitual no puede ser tenida en consideración por falta de datos. Es evidente que don Jesús incurrirá en unos gastos de alojamiento, por lo que adquirir una vivienda puede entrar dentro de las obligaciones asumibles. Incluso sin detrimento de sus medios de fortuna en cuanto, al compartirla con otra persona, su aportación sería inferior a si tuviese que costear un arrendamiento en solitario. Pero el óbice para tener en consideración este dato económico es la falta de exposición de las circunstancias relevantes, y su correspondiente prueba. Se ignora de cuánto es el préstamo concedido, cuál es la cuota de amortización mensual, cuánto puede contribuir la otra adquirente de la vivienda y que se supone asumió también solidariamente el préstamo. Si no se aportan y prueban las cifras relevantes, no pueden valorarse.

(…) (b) También debe rechazarse que pueda considerarse que mantenga actualmente una relación de pareja, y que esta tenga hijos de una relación posterior. En el plano moral, y desde un punto de vista de la vida diaria, es evidente que don Jesús tiene que contribuir en la medida de sus posibilidades al nuevo hogar que ha formado, donde se incluye a su nueva mujer y a los hijos de esta. Pero desde el punto de vista legal, ni la legislación ni la jurisprudencia le imponen el deber de alimentar a esos niños, y sí se le impone la obligación legal de asistir a su hijo. Por otra parte, y como también se indica, será su madre, con las aportaciones que pueda realizar el otro progenitor -todo lo cual ha sido correctamente silenciado- quienes contribuyan al sostenimiento de los citados menores." (F.J.3º) [J.R.V.B].

Jurisprudencia: Alimentos en favor de hijos mayores de edad. Hijo de 26 años, con una sintomatología ansiosa, con un componente fóbico en su relación con los demás, que le dificulta de forma muy importante su acceso al mercado laboral. Reconoció que había sido llamado para una entrevista de trabajo, en su lugar de residencia, pero que no llegó a presentarse, porque le entró ansiedad y se puso a vomitar en la calle. Informe psiquiátrico que relata que, afectivamente, expresa ansiedad generalizada, ánimo depresivo, miedo y ansiedad reactiva en la relación con los demás, que se traducen en sentimientos de incapacidad, inseguridad, baja autoestima, frustración e impotencia. No procede la extinción de la pensión de alimentos: su situación de dependencia económica deriva de la enfermedad que padece, y no de su pasividad para incorporarse al mercado laboral.

SAP Baleares (Sección 4ª) de 18 de febrero de 2021, rec. nº 316/2020

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/33a726880f4328d9/20210426

"Reconoció haber recibido una oferta de trabajo en Eroski, pero que no llegó a ir. También reconoció que le habían llamado para una entrevista de trabajo en Andalucía, en su lugar de residencia, pero que no llegó a presentarse, que le entró ansiedad y que se puso a vomitar en la calle.

(…) Se ha aportado además por la parte demandada un informe médico elaborado por D. Gabriel, médico psiquiatra que le trata en la actualidad (…) Sobre la exploración de Juan Pedro indica que (…) 'Afectivamente expresa ansiedad generalizada, ánimo depresivo, miedo y ansiedad reactiva en la relación con los demás. Sentimientos de incapacidad, inseguridad, baja autoestima, frustración e impotencia. A nivel somático presenta temblor distal evidente, que se acrecienta en los momentos de mayor ansiedad, y que según refiere el paciente sufre desde hace años'.

(…) Concluye el informe con la siguiente orientación diagnóstica:

(…) En esta alzada ha declarado en calidad de testigo, quien ha ratificado que Juan Pedro presenta (…) Toda la prueba practicada, valorada en su conjunto, pone de manifiesto los padecimientos de Juan Pedro que le dificultan de forma muy importante su acceso al mercado laboral. Aun cuando su evolución pueda

considerase positiva, lo cierto es que en su situación actual, tal y como se deriva de la declaración del psiquiatra que lo trata, no se encuentra en condiciones de desarrollar de forma normal una actividad laboral. Su situación de dependencia económica deriva de la enfermedad que padece, no se deriva de la pasividad del hijo para incorporarse al mercado laboral." (F.J.2º) [A.B.B].

Jurisprudencia: Alimentos en favor de hijos mayores de edad. No procede reconocérselos a una hija de 20 años, que no ha acreditado que curse estudio alguno al tiempo del juicio y tampoco que, ni siquiera, sea demandante de empleo, concurriendo por consi-guiente una situación de pasividad en orden a su formación y a procurarse ingresos. Ya durante la minoría de edad, cursó los estudios con poco aprovechamiento, tuvo que repetir curso dos veces y mostró gran conflictividad, habiendo siendo objeto de hasta 18 partes disciplinarios durante la ESO; fue, además, expulsada del centro en dos ocasiones, por su mala conducta y comportamiento conflictivo, incluso con sus compañeros.

SAP Cantabria (Sección 2ª) de 23 de febrero de 2021, rec. nº 366/2020

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/63c65ad38fab4214/20210504

"Una nueva valoración de la prueba, para lo que este tribunal cuenta con plenitud de jurisdicción (art. 456 LEC), permite concluir que en efecto ya durante la minoría de edad de Clara esta cursó los estudios con poco aprovechamiento -tuvo que repetir curso dos veces-, y gran conflictividad, siendo objeto de hasta 18 partes disciplinarios durante la ESO y expulsada del centro en dos ocasiones.

(…) En el presente, aun constando por admitida la necesidad de doña Clara, y sobre los antecedentes de su mala trayectoria académica, no se ha acreditado que curse estudio alguno al tiempo del juicio, y tampoco que sea siquiera demandante de empleo, concurriendo por consiguiente una situación de pasividad en orden a su formación y a procurarse ingresos que no resulta compatible con la exigencia al progenitor de una pensión de alimentos." (F.J.3º) [J.R.V.B].

Jurisprudencia: No puede imponerse a los progenitores la apertura de una cuenta corriente en la que ingresen mensualmente una cantidad de dinero para abonar anticipadamente gastos extraordinarios indeterminados en previsión de su eventual devengo, a no ser que el deudor haya dejado de satisfacer puntualmente más de un pago. Esta provisión a modo de reserva solo es procedente cuando la acuerden los progenitores o la imponga la autoridad judicial, fundamentándola en la existencia de un previo impago. Casación de la sentencia que la establece, sin motivarla, ni determinar el modo en que se deben satisfacer los gastos extraordinarios.

STSJ de Cataluña (Sección 1ª) de 13 de octubre de 2020, rec. nº 27/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/be22bb676fc866de/20201112

"El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia de apelación que había revocado la sentencia de primera instancia en orden a la guarda de la hija

menor de los litigantes y vinculado con lo anterior modificado la obligación alimenticia que debían prestar los progenitores.

Esta Sala admitió únicamente dos motivos del recurso de casación

(…) el segundo, se refiere al pronunciamiento relativo a que ambos progenitores abran una cuenta corriente en la que ingresen 150 euros mensuales para la atención de los gastos extraordinarios que debían satisfacer por mitad." (F.J.1º)

"(…) La sentencia de segunda instancia acogió el recurso de apelación de la madre y revocando la del Juzgado, dispuso la guarda de la menor a favor de la madre y como hemos dicho el establecimiento de una pensión alimenticia a satisfacer por el padre de 325 euros al mes, más una contribución para gastos extraordinarios de 150 euros mensuales a satisfacer por ambos progenitores en una cuenta de titularidad conjunta." (F.J.2º)

"En este motivo del recurso de casación se cuestiona el pronunciamiento de la Sala de apelación en cuanto a la forma de pago de los gastos extraordinarios que ordena la sentencia

(…) El motivo se estima.

(…) Sobre la forma de pago de los alimentos, el art. 237-10.1 del CCCat, solo dice que la obligación de alimentos debe cumplirse en dinero y por mensualidades avanzadas aunque el número 3 del mismo artículo también contempla que la autoridad judicial, teniendo en cuenta las circunstancias, pueda adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la obligación de prestar alimentos, si la persona obligada ha dejado de hacer efectivo puntualmente más de un pago.

(…) la ley no prohíbe que los litigantes acuerden provisionar a modo de 'fondo de reserva' las cantidades que estimen oportunas para atender eventuales o futuros gastos extraordinarios si ello es más conveniente para la gestión de sus economías domésticas.

Podría incluso ser una medida útil para agilizar los pagos, cuando estos gastos se presenten, de modo que no deba adelantarlos uno de ellos y reclamarlos posteriormente al otro.

Entendemos, de igual forma, que el Juzgado podría establecer una previsión de esta naturaleza en el marco de las garantías del pago de estos gastos, pero en este caso exige la ley que se fundamente en un previo impago de estas obligaciones.

En el caso concreto que resolvemos: a) no solo no existe acuerdo de los progenitores para estas provisiones sino que tampoco fueron interesadas por ninguna de las partes; b) no se motiva o fundamenta la sentenciade apelación -que omite cualquier consideración sobre este pronunciamiento, incluida la razón de su establecimiento y su cuantía- en el impago de alimentos por parte del obligado. Tampoco se hace alusión alguna a la operatividad de la cuenta conjunta y sobre el modo de atender estos gastos.

Igualmente, en el presente caso, en que los medios económicos de los litigantes no son especialmente ingentes, no parece razonable tener inmovilizados fondos económicos para responder de inciertos gastos extraordinarios.

Es por todo ello que la sentencia debe ser casada también en este punto al no ser exigible legalmente que se abonen anticipadamente gastos extraordinarios indeterminados en previsión de su eventual devengo, por loque se dejará sin efecto dicho pronunciamiento manteniéndose que el abono de dichos gastos extraordinarios, cuando se presenten, sea por mitad entre ambos progenitores." (F.J.3º). [J.R.V.B.]

Jurisprudencia: Interpretación amplia de la causa de desheredación contemplada en el art. 853.2 CC y su incidencia en la aplicación del art. 152.4 CC. El maltrato de obra comprende también el psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima. No puede reclamar alimentos a la madre la hija mayor de edad, condenada como autora de un delito de maltrato en el ámbito familiar y de un delito de amenazas. Se consideran hechos probados que la hija agarró del pelo y tiró del pelo a su progenitora, le lanzó contra el suelo y le pegó puñetazos y le dijo que le iba a matar y a echar de casa.

SAP de Bilbao (Sección 4ª) de 9 de enero de 2020, rec. nº 1807/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d9e4e25234bb2e1b/20200611

"La obligación reciproca de alimentos entre los parientes a los que se refiere el artículo 143 CC cesa, según disposición del articulo 152 CC, entre otros supuestos, cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación (4º) (…) Por su parte, el artículo 953, que se refiere a la desheredación de los hijos y descendientes, señala como causas de desheredación de estos (…) Haberle maltratado o injuriado gravemente de palabra (…) y en orden a la interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación, en la línea de lo anteriormente expuesto, hay que señalar que, en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra (…) El maltrato físico y psíquico de Dª Enriqueta hacía su madre es incuestionable pues fue condenada en sentencia de fecha 27 septiembre 2018 que la condena como autora de un delito de maltrato en el ámbito familiar y de un delito de amenazas. La sentencia declara hechos probados que el día 21 de noviembre de2016 en el domicilio familiar (propiedad de la Sra. Esperanza) Dª Enriqueta agarró del pelo y tiró del pelo a su progenitora, le lanzó contra el suelo y le pegó puñetazos y le dijo que le iba a matar y a echar de casa.

(…) Pues bien, la causa de desheredación contemplada en el artículo 853. 2ª no solo no requiere la condena a pena grave por los hechos cometidos contra el ascendiente, a diferencia de la causa de indignidad para suceder contemplada en el

artículo 752.1ª, que también lo es de desheredación, sino que ni siquiera requiere condena penal siendo suficiente la acreditación comisión de hechos que merezcan la consideración de maltrato de obra respecto al causante (en este caso alimentante) y los realizados por Dª Enriqueta indudablemente lo son. Así, es clara la concurrencia de la causa de extinción de la obligación de alimentos contemplada en el artículo 152." (F.D.2º). [J.F.S.R].

Jurisprudencia: Mantenimiento de la cuantía de la pensión de 200 euros establecida en las sentencia de instancia: el padre que solicita su reducción a 100 euros, pudiendo hacerlo, no ha aportado su contrato de trabajo, ni sus nóminas, ni siquiera expresa cuál sea su salario mensual; pudo haber acreditado su real situación económica y no lo ha hecho, por lo que la opacidad sobre la misma en modo alguno ha de ir en detrimento de la cuantía de la pensión de alimentos fijada en la sentencia de instancia.

SAP de Logroño (Sección 1ª) de 16 de enero de 2020, rec. nº 703/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fb57e2087ca79b4c/20200406

"La sentencia recurrida (…) acuerda (…) una pensión de alimentos para la menor a cargo del padre de 200 euros mensuales" (F.D.1º)

"Don Ceferino alega en el recurso de apelación en cuanto a la pensión de alimentos establecida a su cargo, que no tiene en cuenta el juez a quo que la situación económica de la madre ha mejorado (…) mientras que el padre perdió su trabajo como ayudante de camarero y trabaja como camarero en una sala de juegos, con un contrato temporal y a tiempo parcial; además de que ha tenido otra hija, por lo que su capacidad económica se ha visto reducida siendo desproporcionada la pensión fijada de 200 euros mensuales, que solicita se reduzca a 100 o subsidiariamente a 150 euros mensuales." (F.D.2º)

"(…) Don Ceferino, pudiendo hacerlo, no ha aportado su contrato de trabajo, ni sus nóminas, ni siquiera expresa cual sea su salario mensual; pudo haber acreditado su real situación económica y no lo ha hecho, por lo que la opacidad sobre la misma en modo alguno ha de ir en detrimento de la cuantía de la pensión de alimentos fijada en la sentencia de instancia.

(…) Se mantiene pues la pensión de alimentos acordada en la instancia." (F.D.4º). [J.R.V.B.]

Jurisprudencia: Requisitos para que puede prosperar la acción de modificación de medidas. Aumento de la cuantía de la pensión pactada en convenio regulador (de 200 euros mensuales, a 300), por haber dejado el padre de estar en la situación de desempleo en la que se hallaba al tiempo del divorcio y percibir actualmente una media de 1.040 euros mensuales, sin haber cambiado las necesidades de la hija menor, ni la situación laboral de la madre.

SAP de Madrid (Sección 22ª) de 20 de enero de 2020, rec. nº 1623/2018.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d405941fb8ae6a0e/20200423

"(…) habrá de analizarse en el caso de autos si realmente se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias que propiciaron en su día la fijación de aquella medida, requiriéndose en orden al posible acogimiento de la acción modificativa entablada la concurrencia de los siguientes requisitos:

1) Un cambio objetivo al margen de la voluntad de quien insta el nuevo procedimiento y de la situación contemplada al tiempo de establecerse la medida que se intenta modificar.

2) Que dicho cambio tenga suficiente entidad, en cuanto afectando a la esencia de la medida y no a factores periféricos o accesorios.

3) Que la expresada alteración no sea meramente coyuntural o episódica, ofreciendo por el contrario unas características de cierta permanencia en el tiempo.

4) Que el repetido cambio sea imprevisto o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida ya fuese tenida en cuenta una posible modificación de las circunstancias.

No obstante hay que señalar, que a quien interesa la modificación le incumbe, no sólo la carga de acreditar los anteriores extremos señalados, sino también la de delimitar con total claridad y precisión, sin ambigüedades, reticencias ni ocultamientos, cuál es la verdadera situación de hecho que el tribunal debe tomaren consideración para resolver sobre su pretendida modificación.

(…) Centrándonos en el caso de autos, tras el análisis de la prueba practicada, que si bien es cierto, que en virtud de sentencia de divorcio, (…) que aprobaba el convenio regulador suscrito por ambas partes hoy litigantes (…), se fijó una pensión alimenticia a favor de la hija menor de edad habida durante el matrimonio, en la cuantía de 200,00 euros mensuales, teniendo en cuenta la situación de desempleo de don Raimundo , cuestión no controvertida por ninguna de las partes, se ha acreditado que el Sr. Raimundo ha accedido al mercado laboral, (…) , percibiendo unos ingresos ascendentes a la cuantía de una media de unos 1.040,00 euros mensuales

(…) En cuanto a las necesidades de la hija menor la misma acude al colegio (…), por el que se abona una cuota mensual de 284,00 euros, cantidad prácticamente igual a la que se abonaba en el colegio al que acudía cuando se produjo el divorcio de sus padres (270,00 euros mensuales).

La situación laboral de doña Enriqueta no ha cambiado, trabajando en la misma empresa en la que trabajaba cuando se firmó el convenio regulador,

(…) Teniendo en cuenta, pues, que ambos padres trabajan, las necesidades de la hija, y los ingresos que actualmente perciben, procede estimar parcialmente el recurso de apelación y fijar la pensión alimenticia en la cuantía de 300,00 euros mensuales a satisfacer por don Raimundo." (F.D.2º). [J.F.S.R].

Jurisprudencia: Requisitos para que puede prosperar la acción de modificación de medidas. Reducción de la cuantía de pensión de alimentos establecida en favor de la hija mayor de edad (de 250 euros a 100 euros): disminución de ingresos del deudor, que, de cobrar como dependiente de farmacia 1089'31 euros mensuales, pasa a percibir 430 euros, en concepto de subsidio por desempleo.

SAP de Cádiz (Sección 5ª) de 20 de enero de 2020, rec. nº 216/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5bf8f1baa57d3f58/20200424

"Se impugna (…) la sentencia de instancia (…) en orden a la estimación parcial de la demanda de modificación de medidas y reducción de la pensión de alimentos (…) cantidad de 250 euros mensuales a la cantidad de 150 euros mensuales, a favor de su hija, actualmente mayor de edad y dependiente económicamente. Esgrime que la falta de proporción entre sus actuales ingresos económicos-los propios del subsidio por desempleo, ascendentes a 430 euros- y lo tenidos en consideración para fijarla pensión de alimentos al tiempo de dictado de la sentencia que se modifica. Postula así la reducción de la pensión hasta la cantidad de 100 euros mensuales expresada en su escrito de demanda." (F.D.1º)

"(…) conforme a reiterada y pacífica interpretación doctrinal y judicial, para que la acción de modificación pueda ser acogida judicialmente se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que se haya producido, con posterioridad a dictarse la resolución judicial que la sancionó, un cambio en la situación fáctica que determinó la medida que se intenta modificar.

b) Que dicha mutación sea sustancial, esto es que afecte al núcleo de la medida, y no a circunstancias meramente accesorias o periféricas.

c) Que tal cambio sea estable o duradero, y no meramente ocasional o coyuntural.

d) Que la repetida alteración sea imprevista, o imprevisible y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación." (F.D.2º)

"(…) estimamos que el juicio de proporcionalidad efectuado por la Juez a quo no es acorde con los actuales ingresos percibidos por el Sr. Santiago. De forma que habiéndose reducido, y así resulta acreditado tanto documentalmente como por el expreso reconocimiento de las partes, tales ingresos como dependiente de farmacia de la cantidad de 1089,31 a la cantidad de 430 euros mensuales, estimamos

proporcionado el establecimiento de la cantidad de 100 euros mensuales por tal concepto desde el dictado de la presente resolución judicial (artículo 774.5º LEC). Cantidad que pese a ser nimia y precaria para sufragar los gastos de la hija común -entre los que se incluyen los universitarios-, es la que en atención a las actuales circunstancias económicas puede hacer frente su progenitor sin dejar de hacer frente a las derivadas de su propia subsistencia." (F.D.3º). [J.R.V.B.]

Jurisprudencia: La necesidad de habitación de la hija mayor de edad no tiene por qué satisfacerse en la vivienda en que ella elija. Desestimación de la demanda en la que aquélla pedía la asignación de 1.000 euros mensuales, por la necesidad de procurarse una vivienda hasta que pudiese superarse profesionalmente. La hija dependiente no puede elegir a su capricho dónde vivir y que se lo costeen los padres: existencia de una voluntad clara de los padres de reanudar la convivencia y de buscar una aproximación, y posicionamiento de la hija de absoluto rechazo hacia sus padres, en términos que llegan a ser viscerales. No está justificado, el rechazo de la demandante a vivir en el hogar familiar.

SAP de Córdoba (Sección 1ª) de 28 de enero de 2020, rec. nº 1506/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/550de0ea68167823/20200427

"(…) La demanda lo que sostiene es que los demandados se han despreocupado los deberes inherentes que como padres tienen frente a su hija, de que se encargan sus abuelos al no tener medios para subsistir, que fue despojada del derecho de permanecer en su vivienda familiar siendo acogida por los abuelos maternos y que careciendo del cariño y atención de los padres estos, la invitaron a marcharse de la vivienda, y ello cuando era todavía menor de edad al alcanzar la mayoría de edad el 22 de octubre de 2018, sin que los demandados tenga la mínima intención de que la hija vuelva la familia por lo que precisa una vivienda un apoyo suficiente hasta que pueda superarse profesionalmente que cifra en 1000 € mensuales más gastos extraordinarios.

La parte demandada ya en su contestación solicitaba que la prestación de alimentos que solicita la actora se llevará a cabo en el domicilio familiar negando que la hubieran despojado de su derecho a vivir en el hogar familiar o invitado a marcharse, aludiendo a una falta de respeto de las normas familiares, y que a esta situación se ha llegado por el cumplimiento y constante intento por parte de los demandados de hacer efectivos sus derechos-deberes inherente a la patria potestad, pudiendo la demandante ya mayor de edad subvenir a sus propias necesidades sino quiere vivir con sus padres y hermanos." (F.J.3º)

"(…) La posición de la parte demandada es que no se niegan a atender las necesidades de su hija en el hogar familiar, pero sí a hacerlo en la forma que ella entiende y solicita.

(…) Una vez que la demandante se marchó del hogar familiar, poco importa si lo hizo invitada o no por sus padres, o por su propia voluntad en busca de otro

ambiente, lo relevante es que, como aquí se trata de ver, si ese derecho a percibir alimentos de sus padres ha de hacerse efectivo en la forma que pretende, pues no cabe que esto quede a su elección o capricho, esto es, que elija la hija dependiente dónde vivir y que se lo costeen los padres con mayor o menor amplitud, según la capacidad económica que tenga y lógicamente sus necesidades. (…) Pues bien, teniendo en cuenta la prueba practicada, singularmente la documental aportada y la posición que aquí se ha mantenido, contamos con una voluntad clara de los padres de reanudar la convivencia y de buscar una aproximación, y un posicionamiento de la hija de absoluto rechazo hacia sus padres, en términos que llegan a ser viscerales

(…) no (…) aparece justificado, el rechazo de la demandante a vivir en el hogar familiar" (F.J.4º). [J.F.S.R].

Jurisprudencia: Fijación de un plazo de 1 año para la percepción de la pensión de alimentos, prorrogable por otro año más, siempre y cuando el hijo demandante acredite haber superado el 70% de los créditos que integran el primer curso de Derecho. Joven de 24 años, que durante 5 años cursó estudios de ingeniería informática, sin llegar a superar el primer año de carrera, consiguiendo tan solo aprobar la mitad de las asignaturas del primer año, para posteriormente matricularse en la UNED con la finalidad de estudiar la carrera de Derecho, de cuya evolución omite cualquier tipo de información, salvo la referida a la tramitación y coste de la matrícula.

SAP de Pontevedra (Sección 1ª) de 22 de abril de 2020, rec. nº 350/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/56f415f1770e789f/20200527

"(…) La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda interpuesta por el padre, en el sentido de declarar haber lugar a los alimentos en la cantidad establecida en la sentencia de divorcio (…) por un plazo de un año a contar desde la presente resolución y prorrogada durante otro año más siempre y cuando por el hijo demandante se acredite haber superado el 70% de los créditos que integran el primer curso de derecho." (F.D.1º)

"(…) nos encontramos con un joven de actualmente 24 años de edad, que en cinco años de (…) para cursar estudios de ingeniería informática no llegó siquiera a superar el primer año de carrera, consiguiendo tan solo aprobar la mitad de las asignaturas que conforman dicho curso, estando jalonado su expediente académico de malos resultados (que se contabilizan de la siguiente forma, 18 suspensos, 16 no presentado y 11 renuncias). Pasando en el curso 2018/2019 a formalizar matrícula en la UNED de Pontevedra para iniciar estudios de la carrera de Derecho, de cuya evolución por la defensa del actor se omite el facilitar algún tipo de información salvo la referida a la tramitación y coste de la matrícula.

(…) El actor nunca ha tenido ocupación laboral retribuida ni consta que dispusiese de recursos económicos propios.

(…) En el momento presente tampoco el demandante se plantea la búsqueda de trabajo. Porque dice que está estudiando y ello requiere plena dedicación.

(…) A estas alturas el hijo demandante debía haber finalizado ya su formación universitaria y estamos como al principio. Por su absoluta dejadez en los estudios y actitud pasotista ante la vida. Sin capacidad de autocrítica para reconocer el sacrificio de sus progenitores así como la necesidad y exigencia del esfuerzo personal en orden a la aportación a la sociedad en lugar de vivir ocioso a cuenta de ella y de su familia.

Así las cosas, procede mantener la limitación temporal de la pensión de alimentos del hijo de la sentencia de instancia impugnada." (F.D.4º). [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Improcedencia de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario opuesta por el padre al que la hija mayor de edad le pide el mantenimiento y aumento de la pensión de alimentos y de las asignaciones destinadas a vivienda y estudio: el padre demandado asumió personalmente las prestaciones derivadas de asignaciones mensuales, vivienda y estudio de sus tres hijos mediante cuotas perfectamente determinadas y establecidas, sin compartirlas ni reclamar nada a la madre y así se vino respetando y cumpliendo la obligación contraída, hasta que una de las hijas, siendo ya mayor de edad, reclama el mantenimiento y aumento de tales asignaciones. No puede imponerse al padre la obligación de pagar 25.000 € en concepto de gastos de vivienda en Nueva York (ciudad donde se pretendía cursar un Master, con un coste aproximado de 80.000 euros), cuando la demandante puede vivir en la vivienda que tiene alquilada el padre y en la que, de hecho, reside cuando está en Madrid y en la que se encuentra, además, empadronada: el art. 149 CC permite al obligado a prestar alimentos, satisfacer su obligación de la manera que sea menos gravosa para él y para el patrimonio familiar, recibiendo y manteniendo a su propia costa al que tiene derecho a ellos. Fijación de un plazo de 2 años para la percepción de la pensión de alimentos, con la finalidad de evitar una situación de parasitismo social: consta acreditado que la demandante tiene un expediente académico y formación, que le habilita para incorporarse al mercado laboral en unas condiciones adecuadas, así como su motivación y deseos de independencia.

SAP de Madrid (Sección 20ª) de 30 de abril de 2020, rec. nº 59/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6594c904d7553746/20200616

"La excepción de litisconsorcio pasivo necesario que se reitera en el recurso debe rechazarse nuevamente.

Partiendo de la consideración de que la obligación de prestar alimentos, cuando ésta recae sobre varias personas, es mancomunada y no solidaria y que la misma debe fijarse en proporción a las posibilidades de los obligados a prestarla, el artículo 145 par. primero del Código Civil, señala que tal obligación, se repartirá entre ellos en cantidad proporcionada a su caudal respectivo, lo que en principio y como regla general hace necesario demandar a los dos obligados, es decir, a la madre y al padre conjuntamente, lo que conllevaría la apreciación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario (…). Ahora bien, teniendo en cuenta que el artículo 149 del Código

Civil, establece que 'el obligado a prestar alimentos podrá a su elección, satisfacer pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo a su propia costa al que tiene derecho a ellos', el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de noviembre de 2013, (…) mantiene que 'no es necesario llamar a juicio a quien, judicial o extrajudicialmente, se halla cumpliendo con sus obligaciones, ya que en tal supuesto falta el elemento esencial del principio de interés legítimo del actor contra ellos, que es esencial para toda viabilidad de cualquier acción'. Esta doctrina entendemos es aplicable en el supuesto aquí contemplado, por cuanto sin obviar las prestaciones, asistencia y cuidados que pueden tener lugar a cargo dela madre, el padre demandado asumió personalmente las prestaciones derivadas de asignaciones mensuales, vivienda y estudio de sus tres hijos por sí mediante cuotas perfectamente determinadas y establecidas, sin compartirlas ni reclamar nada a la madre y así se vino respetando y cumpliendo la obligación contraída, hasta que una de las hijas, siendo ya mayor de edad, reclama el mantenimiento y aumento de tales asignaciones." (F.J.2º)

"(…) no compartimos las conclusiones que se obtienen por la Magistrada de primera instancia, en relación a obligación que se impone al demandado de abonar gastos de residencia de la hija por importe de 25.000 € anuales

(…) aquí se reclama, al amparo de lo establecido en el artículo 142 cc, según el cual, se entiende por alimentos, todo lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Dentro de esas obligaciones, no puede entenderse incluida la de pagar los gastos de una vivienda en Nueva York, o en cualquier país del mundo, porque así lo decida personal y unilateralmente la solicitante, cuando el obligado ha puesto a disposición de ésta una vivienda en alquiler en España, que aunque sea compartida con otra hermana, sí satisface razonablemente las necesidades de vivienda de una persona de 23 años.

No puede desconocerse por otro lado, que el artículo 149 del Código Civil permite al obligado a prestar alimentos, satisfacer su obligación de la manera que sea menos gravosa para él y para el patrimonio familiar, recibiendo y manteniendo a su propia costa al que tiene derecho a ellos; de manera que si como parece desprenderse de lo actuado, existe un claro enfrentamiento entre padre e hija ya mayor de edad, las consecuencias de ello, no tiene que soportarlas exclusivamente el progenitor, sino que corresponde a ambos asumir de manera coherente, las consecuencias de sus decisiones y sentimientos.

Teniendo en cuenta lo indicado y las circunstancias concurrentes en el supuesto analizado, la obligación que se impone al aquí demandado, de abonar a la demandante la cantidad de 25.000 € en concepto de gastos de vivienda, no se ajuste ni a la literalidad de la norma, ni al sentido y finalidad de la obligación de prestar alimentos entre parientes, máxime si ésta puede vivir en la vivienda que tiene alquilada el padre y en la que de hecho reside cuando está en Madrid y en el que se encuentra además empadronada." (F.J.3º).

"(…) Consta acreditado que la demandante tiene un expediente académico y formación, que le habilita para incorporarse al mercado laboral en unas condiciones adecuadas" (F.J.4º)

"El motivo de impugnación referido a al mantenimiento de la pensión mensual que se actualiza en la sentencia en la cantidad de 1.700 € mensuales, debe estimarse también aunque de manera parcial (…), consideramos también adecuado que a esa obligación se le señale un límite temporal y ello sin independencia de que de producirse una modificación de las circunstancias pudiera dar lugar a las modificaciones que la mismas determinasen; de manera que teniendo en cuenta la finalidad de la obligación de prestar alimentos, las circunstancias aquí concurrentes, tales como edad, formación de la solicitante, así como la motivación y deseos de independencia (…) nos lleva a establecer en esta resolución un límite temporal a la obligación de seguir abonando dicha cantidad y siendo razonable el plazo de dos años" (F.J.5º). [J.F.S.R.].

Jurisprudencia: Reducción de la pensión de alimentos (de 200 euros mensuales a 150), por disminución de ingresos del padre, que, al tiempo de fijarse su cuantía trabajaba como camionero, cobrando 1.100 euros mensuales, mientras que en la actualidad percibe 674,75 euros por una pensión por incapacidad permanente total por enfermedad común.

SAP de León (Sección 2ª) de 23 de junio de 2020, rec. nº 6/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/902508c09ba1d591/20200821

"Discrepa el Sr. Pablo de la sentencia recurrida, en cuanto acuerda la reducción de la pensión alimenticia fijada a su cargo a favor de la hija menor a la suma de 180 euros mensuales, pretendiendo se fije en la suma de 120,00 euros mensuales.

Alega el recurrente que cobra en la actualidad, prácticamente la mitad del importe que percibía cuando se estableció la pensión alimenticia por lo que la modificación sustancial e importante de las circunstancias, determina necesariamente un cambio de las medidas en su día acordadas, siendo la reducción acordada por la Juzgadora claramente insuficiente

(…) Para que se proceda a la modificación de una medida como la adoptada en un proceso de divorcio, conforme a reiterada jurisprudencia de cita excusada por ser sobradamente conocida, es preciso que se haya producido una alteración sustancial de circunstancias en relación con las que se tuvieron en cuenta cuando la medida fue adoptada, es decir, una alteración relevante y significativa, o lo que es lo mismo, que se trate de circunstancias sobrevenidas, de notoria entidad, que sean imprevistas, surgidas de acontecimientos ajenos a las partes y sin posibilidad de previsión anticipada, que no sean coyunturales, sino permanentes y estables en el tiempo. Es preciso que lo que acaece sea imprevisto, o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida, ya fue tenida en cuenta una posible modificación de las circunstancias.

(…) Los motivos argüidos por la parte actora para justificar la modificación se fundan en la disminución de sus ingresos. Alegaba el Sr. Pablo en su demanda que al momento de fijarse la pensión alimenticia trabajaba como camionero (…), percibiendo unos ingresos superiores a los 1.100 euros mensuales, y que, en la actualidad, percibe una pensión por incapacidad permanente total por enfermedad común desde julio de 2.018, por importe de seiscientos setenta y cuatro euros con setenta y cinco céntimos (674,75€).

(…) Pues bien, atendidas las circunstancias concurrentes, que han quedado expuestas, entiende este tribunal que, en el supuesto examinado, la cuantía de la pensión alimenticia a favor de la hija, y a cargo del padre, y de acuerdo a los criterios de proporcionalidad que usualmente se vienen aplicando, debe ser fijada en la sumade 150,00 euros mensuales" (F.D.2º). [J.R.V.B].

Jurisprudencia: Improcedencia de fijar un plazo máximo de percepción de la pensión de alimentos establecida en favor de una hija de 20 años, que está cursando estudios universitarios de ingeniería matemática con muy buenos resultados. Mantenimiento de la pensión hasta que la hija concluya su formación y esté en disposición de generar ingresos por sí misma.

SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 9 de julio de 2020, rec. nº 1391/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9d89a321be8db7e7/20200827

"(…) en cuanto a la hija, de 20 años, como consigna también la sentencia apelada en este momento sigue conviviendo con la madre y no ha terminado su formación. Está cursando estudios universitarios de ingeniería matemática con muy buenos resultados. El nivel y exigencia de estos estudioses difícilmente compatible con un trabajo a tiempo completo que permita subvenir de forma completa sus necesidades económicas. Consecuentemente la pensión de alimentos se mantendrá hasta que la hija concluya su formación y esté en disposición de generar ingresos por si misma. No cabe ahora fijar la fecha en cuestión como pretende el Sr. Samuel dado que no disponemos de datos suficientes para ello." (F.D.2º). [J.F.S.R.].

Jurisprudencia: Improcedencia de fijar un plazo máximo de 2 años a la pensión de alimentos establecida en favor de dos hijas mayores de edad o inferior, hasta que alcancen su independencia económica. Hijas que se encuentran en pleno periodo de formación académica y profesional, acorde con sus edades (la una, acabada la carrera de Derecho en el 2017, se encuentra preparando las oposiciones a Registrador de la Propiedad; y, la otra, cursa estudios universitarios de odontología). En tales situaciones, en la que no se acredita pasividad en la obtención de empleo o en la terminación de la formación académica, no cabe condicionar a los hijos con plazos fatales para conseguirlo, pues la tardanza de los hijos en abandonar el hogar, son múltiples y no siempre imputables a su pasividad.

SAP de Bilbao (Sección 5ª) de 17 de septiembre de 2020, rec. nº 476/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9a6eddc95a27d7d3/20210305

"La parte apelante, codemandado en la instancia, interesa la revocación parcial de la resolución recurrida y que en su lugar se dicte otra por la que (…) se establezca que:

.- la obligación de pagar alimentos a su hijo cesará en el plazo máximo de dos años, o antes, si el mismo alcanzara su independencia económica." (F.D.1º)

"(…) No existe ningún precepto que establezca una edad objetivable, sino que se había de estar a las circunstancias del caso, pues todos no son idénticos, sino que tienen sus singularidades.

(…) Se ha venido a poner el acento para denegarlos en la pasividad del hijo o de la hija

(…) En el supuesto litigioso no ha quedado acreditada tal pasividad, pues Reyes finalizó sus estudios universitarios en el año 2017 y se encuentra preparando oposiciones al Cuerpo de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de bienes muebles, y Rosario cursa estudios universitarios de odontología.

Se encuentran, pues, en pleno periodo de formación académica y profesional, acorde con sus edades.

En tales situaciones, en la que no se acredita pasividad en la obtención de empleo o en la terminación de la formación académica, no cabe condicionar a los hijos con plazos fatales para conseguirlo, pues la tardanza de los hijos en abandonar el hogar, son múltiples y no siempre imputables a su pasividad." (F.D.2º). [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Modificación de medidas. Desestimación de la demanda de reducción de la pensión de alimentos establecida en favor de los dos hijos de anterior matrimonio, como consecuencia del nacimiento de otra hija en el seno del posterior matrimonio: falta de acreditación de una reducción notable de la fortuna del padre que le impida atender las obligaciones alimenticias fijadas para sus dos primeros hijos; además, trabajando su actual mujer, ésta necesariamente colabora o debe hacerlo en la satisfacción de las necesidades de la nueva hija.

SAP de Valladolid (Sección 1ª) de 30 de septiembre de 2020, rec. nº 80/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/250b470040defe38/20201119

"(…) Por tanto no se ha acreditado cumplidamente en el procedimiento una reducción notable de la fortuna del reconviniente que le impida atender las obligaciones alimenticias fijadas para sus dos primeros hijos en la sentencia de 7 de abril de 2017. Y además como su actual mujer trabaja necesariamente colabora o debe hacerlo en la satisfacción de las necesidades de la nueva hija del reconviniente. Este además para justificar sus condiciones económicas justificativas de la

reducción de la pensión alimenticia hizo referencia a los gastos que tenía entre los que incluía los de la vivienda de alquiler en que vive. Pero al atendimiento de dichos gastos también debe contribuir su nueva esposa que como ya hemos dicho se encuentra trabajando." (F.D.1º). [J.F.S.R.].

Jurisprudencia: El acuerdo de mediación en la situación de separación respecto de la cuantía de la pensión de alimentos no vincula al juez que dicta la sentencia de divorcio, cuando los cónyuges llegan a un nuevo acuerdo, conforme al cual se atribuye la custodia a la madre y se reducen los periodos de estancia del menor con el padre: cuantificación de la pensión en 250 euros mensuales, frente a los 150 euros fijados en el acuerdo previo de mediación. Falta de prueba de que las restricciones derivadas de las medidas de contención de la pandemia perjudiquen la actividad económica del padre (panadería/pastelería), pudiendo, incluso, fortalecerla coyunturalmente, a pesar de la restricción de aforo en el establecimiento, dado el incremento de demanda de productos alimentarios de primera necesidad, en general, por la limitación de movimientos, y, en particular, de los más baratos como el pan.

SAP de Pamplona (Sección 3ª) de 9 de febrero de 2021, rec. nº 1180/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1f826476d4e5712c/20210511

"(…) El Juzgado dictó sentencia (…) que atribuye a la madre la guarda y custodia del hijo común (…) fijándose a cargo del padre 250 euros al mes como contribución al sostenimiento del menor; y los gastos extraordinarios que en relación al niño se produzcan se abonarán al 50%" (F.D.1º)

"(…) Las partes llegaron a un acuerdo de mediación en la situación de separación el 30 de mayo de 2017, con un régimen de comunicación y visitas que era más próximo en la realidad de los hechos a la custodia exclusiva por la madre del hijo menor, que, a la custodia compartida, en el que se previó una pensión alimenticia de125 euros mensuales a cargo del padre, y en que muchos de los gastos extraordinarios previstos, que los dos progenitores sufragaban al 50%" (F.D.2º)

"(…) En el supuesto de autos las necesidades dinerarias comunes ordinarias de Lucio tienen la especialidad delas enfermedades crónicas de dermatitis y asma, con su coste ordinario añadido; el Sr. Benedicto tiene rentas de 1.300 euros, y los periodos de estancia con su hijo son ahora menores que los acordados en mediación, aunque tenga que entregar a su hijo ya cenado los días entre semana alternos; muchos gastos que se previeron soportables por mitad en la mediación, quedan ahora como ordinarios previsibles y periódicos ,y no extraordinarios, con arreglo a ley 73 b) FN(…). Desde estos parámetros, el Tribunal no percibe que la contribución mensual de 250 euros mensuales resulte exagerada, por encima de lo razonable

(…) Lógicamente no se somete lo anterior al acuerdo de mediación, puesto que cabalmente se ha pretendido el divorcio y nuevas medidas definitivas, contradictorias de las pactadas, y se ha llegado a un nuevo acuerdo en cuanto a la

guarda y custodia del hijo menor, por lo que no puede sostenerse ninguna vinculación por la cuantificación extrajudicial de pensión alimenticia de 2017." (F.D.3º). [J.R.V.B.]

Jurisprudencia: Los gastos derivados de las compras de lentillas son extraordinarios y necesarios para la salud de los menores, por lo que deben ser satisfechos por ambos progenitores, aunque ya se usen gafas. Las lentes de contacto sirven para corregir un déficit de la salud visual, cuya necesidad no se excluye por el mero hecho de que también se usen gafas, pues tal utilización, como es un hecho notorio sería complementaria, al proporcionar las primeras una mejor experiencia de visión, y las segundas mejor hidratación ocular.

AAP de Madrid (Sección 22ª) de 15 de febrero de 2021, rec. nº 1467/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/78f02cd35ac04b3a/20210517

"(…) En cuanto a la cantidad reclamada en concepto de lentillas (…) han de considerarse como gastos extraordinarios, siendo necesarios para la salud de la hija (…) Dichos gastos no son meramente estéticos, sino que responden a una necesidad médica de la hija común (…) Las lentes de contacto sirven para corregir un déficit de la salud visual, cuya necesidad no se excluye por el mero hecho de que también se usen gafas, pues tal utilización, como es un hecho notorio sería complementaria, al proporcionar las primeras una mejor experiencia de visión, y las segundas mejor hidratación ocular." (R.J.2º). [J.F.S.R.].

Jurisprudencia: El convenio no ratificado judicialmente puede modificarse por una alteración sobrevenida de las circunstancias, como consecuencia de los efectos económicos de la pandemia. Modificación de la cuantía de la pensión de alimentos pactada en el convenio: reducción de un 33%, mientras el deudor se encuentre en situación de ERTE (de 300 a 200 euros), debiendo pagar 270 euros cuando se encuentre activo.

SAP de Barcelona (Sección 12ª) de fecha 18 de febrero de 2021, rec. nº 599/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/732b60be7a70c98c/20210415

"(…) Impugna el recurrente el pronunciamiento de la sentencia de instancia por el que se establece como medidas definitivas el establecimiento de una pensión de alimentos en favor del hijo y a pagar a la madre, de 200 € mensuales mientras se encuentre en ERTE y 270 € mensuales cuando esté en activo.

El recurrente interesa que se establezca la cuantía de los alimentos en 180 € mensuales." (F.D.1º).

"(…) Existe un convenio firmado el 25 de junio de 2019, que no ha sido ratificado por el recurrente en sede judicial y que establece una pensión de alimentos a su cargo de 300 € mensuales.

Como hemos señalado en nuestra sentencia nº 676/2018 de 18 de junio:

'La validez de los pactos en convenio no ratificado judicialmente está regulada en el artículo 233-5.3 del CCCat que prevé, en lo se refiere a los pactos de orden público (incluidas las cuestiones sobre la guarda de los hijos, relaciones personales y alimentos), que su eficacia depende del interés de los menores en el momento en el que se pretenda el cumplimiento.'

Partiendo de las anteriores premisas, debemos coincidir con la valoración de la prueba del juez a quo y las conclusiones alcanzadas.

(…) Ciertamente las circunstancias del padre han cambiado con motivo de los efectos económicos de la pandemia, pero ello ha sido tenido en cuenta en la resolución que se recurre, en la que se contempla específicamente una disminución de un 33% de la cuantía de la pensión por esta circunstancia.

(…) Consideramos que la cuantía establecida es correcta partiendo de unos ingresos de 1.100 € el padre y de 800 € la madre.

Por ello, el recurso se desestima." (F.D.2º). [J.R.V.B.]

Jurisprudencia: Incidente previo del artículo 776. 4º LEC: sólo debe acudirse a él, si se generaran dudas respecto al carácter ordinario o extraordinario de un determinado gasto: quedan así excluidos de este incidente los gastos extraordinarios que estén detallados en el convenio o la sentencia, y aquellos gastos extraordinarios que por existir una reiterada doctrina jurisprudencial sobre tal carácter no genera duda su naturaleza. Procede reclamar al padre los gastos odontológicos (aparato dental) fehacientemente comunicados por la madre custodia, con envío de un presupuesto de ADESLAS, al ser este el más económico: la falta de respuesta a la comunicación ha de entenderse como un consentimiento tácito a su realización.

AAP de Madrid (Sección 22ª) de 22 de febrero de 2021, rec. nº 1551/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0f1f05d7cfa41be5/20210517

"En la sentencia de fecha 30 de octubre de 2012 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 24 de Madrid se acordó la disolución del matrimonio por divorcio de las partes litigantes y como medidas inherentes a dicho pronunciamientos, entre otras, los que siguen:

'El padre satisfará la totalidad de los gastos escolares de los tres menores.

Los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de los menores, entendiendo por tales los que tengan carácter excepcional y no sean previsibles, como gastos de

enfermedad, prótesis ópticas o dentales o cualquier otro gasto sanitario no cubierto por el Sistema público de Salud de la Seguridad Social, serán sufragados en su totalidad por el padre siempre que medie previa consulta (salvo supuestos excepcionales urgentes en que ello no sea posible) al otro progenitor sobre la procedencia del gasto y acuerdo de ambos, o en su caso, autorización judicial'.

(...) 'Dicho consentimiento se entenderá tácitamente prestado si el progenitor no ofreciere contestación alguna al mismo, en el plazo de diez días naturales al de la notificación'.

Por doña Elena se presenta demanda ejecutiva en reclamación de las pensiones alimenticias impagadas, así como el importe de la pensión compensatoria y gastos de libros y dentistas de los menores." (R.J.1º)

"(…) Por lo que, en especial, se refiere al incidente previo del artículo 776, 4º de la mencionada ley, al que invoca el recurrente, su función es esencialmente preventiva, es decir, la de evitar la interposición de demandas ejecutivas respecto a gastos extraordinarios que no aparecen contemplados en el título que vamos a ejecutar, es decir, la sentencia o en el convenio regulador y cuya necesidad sea dudosa, y que hayan surgido por necesidades nuevas e imprevistas.

(…) En conclusión, sólo si se generaran dudas respecto al carácter ordinario o extraordinario de un determinado gasto deberá acudirse al incidente. Quedan así excluidos de este incidente, tal y como se ha expuesto, los gastos extraordinarios que estén detallados en el convenio o la sentencia, y aquellos gastos extraordinarios que por existir una reiterada doctrina jurisprudencial sobre tal carácter no genera duda su naturaleza.

(…) La proyección de la anterior doctrina al caso de autos hace concluir que, no es necesario el incidente previo toda vez que en la sentencia se hacía constar expresamente que el padre abonara la totalidad delos gastos escolares de los tres menores, así como los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de los menores, entendiendo por tales los que tengan carácter excepcional y no sean previsibles, como gastos de enfermedad, prótesis ópticas o dentales o cualquier otro gasto sanitario no cubierto por el sistema público de la Seguridad Social, teniendo cabida entre ellos los tratamientos odontológicos, que además fueron comunicados fehacientemente por doña Elena a don Pedro Francisco en el que se le decía que 'Octavio y Oscar necesitan aparato dental', habiendo pedido la madre presupuesto en Adeslas al ser más económico, diciéndole al padre de los menores, 'dime cómo quieres pagarlo, te enviare las facturas' (folio 98). No constando contestación a dicha comunicación por parte del Sr. Pedro Francisco, por lo que se entiende que existe un consentimiento tácito del padre." (R.J.2º). [J.F.S.R.].

Jurisprudencia: Incidente previo del artículo 776. 4º LEC: sólo debe acudirse a él, si se generaran dudas respecto al carácter ordinario o extraordinario de un determinado gasto: quedan así excluidos de este incidente los gastos extraordinarios que estén detallados en el convenio o la sentencia, y

aquellos gastos extraordinarios que por existir una reiterada doctrina jurisprudencial sobre tal carácter no genera duda su naturaleza. Distinción entre gastos necesarios, convenientes y prescindibles. Es posible reclamar los gastos extraordinarios necesarios, relacionados habitualmente con la salud de los hijos, realizados sin la previa autorización, comunicación o consentimiento del otro progenitor y, es más, como regla general, son exigibles, caso de haberse realizado, los gastos hechos sin el consentimiento del progenitor no custodio, siempre que los mismos fueren necesarios o convenientes. Son gastos ordinarios los de AMPA, colaboración trimestral, psicólogo (programado por el centro escolar) y material escolar.

AAP de Madrid (Sección 22ª) de 1 de marzo de 2021, rec. nº 1591/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/90a8450697028ab2/20210524

"(…) Por lo que, en especial, se refiere al incidente previo del artículo 776, 4º de la mencionada ley, al que invoca el recurrente, su función es esencialmente preventiva, es decir, la de evitar la interposición de demandas ejecutivas respecto a gastos extraordinarios que no aparecen contemplados en el título que vamos a ejecutar, es decir, la sentencia o en el convenio regulador y cuya necesidad sea dudosa, y que hayan surgido por necesidades nuevas e imprevistas.

(…) En conclusión, sólo si se generaran dudas respecto al carácter ordinario o extraordinario de un determinado gasto deberá acudirse al incidente. Quedan así excluidos de este incidente, tal y como se ha expuesto, los gastos extraordinarios que estén detallados en el convenio o la sentencia, y aquellos gastos extraordinarios que por existir una reiterada doctrina jurisprudencial sobre tal carácter no genera duda su naturaleza." (R.J.6º)

"Dentro de los gastos extraordinarios, debe distinguirse entre los necesarios y los convenientes e, incluso, aquellos que son prescindibles. Existen unos gastos extraordinarios cuya necesidad no puede discutirse, como por ejemplo los sanitarios sobrevenidos y aquéllos convenientes al desarrollo psicosocial de los hijos, tales como los de formación complementaria; otros, cuya conveniencia no se discute pero su realización dependerá, en buena medida, de las posibilidades económicas de los progenitores, y, finalmente, el tercer grupo en el que se pueden incluir los demás que siendo perfectamente prescindibles, se realizarían, muy probablemente, de seguir junto el matrimonio.

(…) También es preciso señalar que existen gastos extraordinarios que pueden ser urgentes y necesarios, relacionados habitualmente con la salud de los hijos, en orden a la posibilidad de dar lugar, en tales supuestos, a la viabilidad de la reclamación de los mismos, aun sin la necesidad de la previa autorización o comunicación, o consentimiento, del otro progenitor.

(…) Algunos Tribunales han rechazado el pago del gasto extraordinario razonando que como no había habido previa conformidad ni se había acudido a la autoridad judicial para que ésta manifestase la necesidad o no de tal gasto, y el mismo se había decidido de forma, unilateral, debiendo el progenitor que había tomado esa decisión

hacer frente a dicho gasto. Es evidente que no se puede 'castigar' de esa manera al progenitor custodio, y 'premiar' al no custodio, pues ni siquiera se cuestiona, en muchos casos, la necesidad ni la conveniencia ni la naturaleza del gasto, sólo se toma en cuenta, para su rechazo, la falta de acuerdo previo.

Con carácter general, se examina la conveniencia, la necesidad de dicho gasto fundamentándolo en que, puesto que se trata, propiamente de alimentos, no existe norma legal alguna que exija el previo consentimiento, al igual que los alimentos, por lo que son exigibles, caso de haberse realizado, tales gastos siempre que los mismos fueren necesarios o convenientes.

(…) Ocurre en este caso que entre los reclamados aparecen gastos detallados en la sentencia, por lo que no hubiera sido necesario respecto de estos acudir al incidente.

(…) Gastos de AMPA, colaboración trimestral, psicólogo (programado por el centro escolar) y material escolar

(…) No tienen la condición de gastos extraordinarios, a tenor de lo establecido por la constante doctrina jurisprudencial, incluyéndose los mismos en la pensión alimenticia" (R.J.7º). [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Los gastos por compras de ropa que el progenitor no custodio realice durante la estancia de los menores en su compañía no son compensables con los alimentos. El progenitor que paga la pensión tiene obligación de abonar su importe íntegramente y no puede descontar una parte, alegando que ha comprado ropa y realizado otras atenciones en favor de los menores: la ropa es parte de la pensión de alimentos y debe ser sufragada por la progenitora custodia: si lo hace el otro progenitor, durante sus estancias con los menores, se consideran liberalidades no compensables.

AAP de Tarragona (Sección 1ª) de 3 de marzo de 2021, rec. nº 736/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a881b0705955d2b8/20210519

"(…) las compras de ropa que realice durante la estancia de los menores en su compañía (…) no son compensables con los alimentos. El progenitor que paga la pensión tiene la obligación de abonar su importe íntegramente y no puede descontar una parte alegando que ha comprado ropa y realizado otras atenciones en favor de lo menores. La ropa es parte de la pensión de alimentos y debe ser sufragada por la progenitora custodia (art. 237-1 CCCat). Si lo hace el otro progenitor durante sus estancias son liberalidades no compensables." (F.J.3º). [J.F.S.R].

Jurisprudencia: Son gastos extraordinarios los de tratamiento de terapia psicológica y deshabituación a la adicción del alcohol, realizado por el menor en un centro privado recomendado por especialistas, por lo que deben ser satisfechos por ambos progenitores. Es infundada la oposición

de la madre a pagar la mitad de los gastos, basada en el argumento de que el tratamiento en el centro privado fue decidido unilateralmente por el padre, que no contó con su consentimiento para ello, debido a la existencia de centros públicos para dicha finalidad. El que dicho tratamiento tenga que ser realizado en un centro privado o público es una decisión que debe tomarse teniendo en cuenta los informes de profesionales en la materia. Existencia, además, de un auto judicial que otorga al padre la facultad de decidir cuál es el tratamiento psicoterapéutico que debe recibir el hijo menor.

AAP de Madrid (Sección 22ª) de 12 de marzo de 2021, rec. nº 1122/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2749a314a0383b18/20210524

"(…) Se trata de un tratamiento de terapia psicológica y deshabituación realizado por el menor en un centro privado (…) considerado como el más óptimo para el menor (…) que fue recomendado por expertos en dicha materia , cuyo coste por importe de 1350 €fue asumido íntegramente por el actor correspondiéndole a la demandada 675 € , y al que la demandada se niega a asumir el 50 % que le corresponde según la sentencia pese a la necesidad del tratamiento para el menor , sin que ella presente tratamientos alternativos y siendo que durante el periodo que mantuvo la custodia del menor , este vivió independientemente en una habitación, sin acudir al centro de estudios, y realizando conductas delictivas por las que tiene pendientes procedimientos judiciales.

La parte demandada se opuso a la demanda alegando que la decisión de inscribir al menor en el Centro privado (…) fue una decisión unilateral del actor, que no contó con su consentimiento debido a su capacidad económica siendo que existen centros públicos para dicha finalidad" (R.J.1º)

"(…) En el caso que nos ocupa no podemos apreciar error alguno (…) en la consideración (…) como gasto extraordinario

(…) es evidente que se trata de una circunstancia especial atendiendo a la trayectoria que e el menor viene teniendo desde la edad de 13 años, en los que ambas partes están de acuerdo en su problema de comportamiento por adicción sustancias estupefacientes, alcohol que le han llevado a un total absentismo en su formación, unido a comportamientos ilegales con procedimientos judiciales pendientes, lo que exige un tratamiento educacional y psicológico especial realizado por profesionales. Circunstancia que la propia apelante está de acuerdo, en tanto que ella misma propone un centro público para dicho tratamiento.

El que dicho tratamiento tenga que ser realizado en un centro privado o público, no es una decisión que deba de tomar su progenitor, dadas las circunstancias, sino que requiere de informes de profesionales en la materia.

En este caso, la apelante no ha aportado ningún informe que aconseje un centro público ad hoc, o que el elegido por el progenitor, aconsejado por profesionales (reunión a la que no acudió la parte apelante) no sea el adecuado para el tratamiento del menor. Decisión que también ha sido adoptada por el Auto dictado por este

mismo Juzgado el 27 de febrero del 2019 en el procedimiento de Jurisdicción voluntaria aportado con la contestación al recurso de apelación, en el que en dicha materia le otorga al padre la facultad de decidir cuál es el tratamiento psicoterapéutico que debe recibir el hijo menor Constantino.

(…) El que la parte apelante carezca de recursos económicos para atender el 50 % del gasto extraordinario es una alegación que no tiene soporte probatorio, y sobre la cual la parte actora discrepa por su patrimonio personal, y su profesión de abogada" (R.J.2º). [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Son gastos ordinarios que deben entenderse incluidos dentro de la pensión compensatoria: los de ropa de fiesta de instituto, tasas de expedición del título, traslado de expediente, tasa de prueba de acceso a la Universidad y los de matrícula en un grado universitario. Dentro de los gastos extraordinarios han de distinguirse entre los necesarios y los no necesarios, debiendo contribuir al pago de los primeros ambos progenitores, incluso, aunque uno de ellos no los hubiera consentido. Son gastos extraordinarios necesarios: las clases particulares de inglés y los de compra de ordenador, máxime si el hijo cursa una carrera técnica. Son gastos extraordinarios no necesarios: los de viaje de estudios, clases de tenis, clases particulares de Matemáticas, Física y Química, cuya necesidad no ha sido probada, programa Office 365 Universitario y carnet de conducir (cuando no se ha justificado que su obtención sea precisa para la formación o adquisición de empleo por parte del hijo).

AAP de Madrid (Sección 22ª) de 12 de marzo de 2021, rec. nº 166/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/118f4fc714bbe3c3/20210604

"(…) Clases particulares de inglés

Los cursos de inglés, como ya se ha razonado en numerosas resoluciones, vienen a completar las no siempre suficientes clases escolares, y se vienen entendiendo, en la actualidad, como gastos extraordinarios necesarios para una adecuada formación de los hijos y para poner las bases del acceso de los mismos al mercado laboral en el futuro, y en cuyo mercado el conocimiento de dicho idioma se ha convertido en un requisito prácticamente imprescindible.

Por aplicación de la doctrina expuesta es claro que los cursos de inglés no son gastos ordinarios integrables en la pensión de alimentos toda vez que la misma se establece teniendo en cuenta los que podríamos denominar gastos normales y corrientes, los que son esperables que tenga un hijo/a en su discurrir normal de la vida, siendo evidente que los cursos de inglés no pueden tener esa consideración.

Es cierto que en el caso que nos ocupa no resulta acreditado que se haya aceptado previamente dicho gasto (…) no obstante y a pesar de ser cierto que no consta el consentimiento del padre debemos entender que estamos ante un gasto extraordinario necesario que ha de ser abonado por ambos progenitores

(…) Viaje de estudios

(…) Dentro de los gastos extraordinarios, como hemos indicado anteriormente se debe distinguir entre los necesarios que no requieren el previo consentimiento del progenitor no custodio, y los no necesarios, que sí precisan del previo conocimiento y consentimiento del progenitor no custodio, por tanto, al no constar que el mismo conociera y consintiera el gasto no puede entenderse que deba afrontar la mitad de su coste.

Clases de tenis

Lo mismo ha de predicarse de las clases de tenis, al no tratarse de un gasto absolutamente necesario, y no estar incluido en las previsiones de la sentencia.

Clases de Matemáticas, Física Y Química

No consta la necesidad de su realización, pues si bien pudiera considerarse como conveniente todo refuerzo en una carrera técnica como la que cursa el hijo, no es menos cierto es que no se ha probado su necesidad y en orden a su conveniencia debe tenerse presente que no siempre pueden mantenerse los mismos gastos que se abordaban cuando los padres se encuentran viviendo juntos que posteriormente cuando con motivo dela separación hay que reordenar las economías que merman con motivo de toda crisis conyugal, a lo anterior debe unirse la falta de consentimiento del padre.

Programa Office 365 Universitario

Se da por reproducido expresamente lo razonado en el gasto precedente.

(…) Ropa fiesta instituto

Con independencia del alcance y extensión que quiera darse al concepto de gasto extraordinario es evidente que la ropa de uso ordinario como la de 'fiesta' queda englobada dentro de la pensión alimenticia.

Carnet de conducir

Es cierto que frecuentemente cuando la situación económica de los progenitores lo permite, constituye una práctica más o menos habitual que los hijos obtengan el carnet de conducir una vez alcanzada la mayoría de edad. Ahora bien, ello no significa que nos encontremos ante un gasto que pueda calificarse "a priori" como estrictamente necesario (no se ha justificado que su obtención sea precisa para la formación o adquisición de empleo por parte del hijo) e imprevisible. Por tanto, en el presente caso nos encontramos ante un gasto que no cabe calificar como necesario, no reúne la nota o característica de la imprescindibilidad, ni reúne tampoco la de imprevisibilidad, por mucho que sea conveniente para el hijo la obtención del carnet de conducir como todo lo que redunde en su mejor y más completa formación en todos los órdenes, pero no contando con el consentimiento del Sr. Melchor, no procede condenar al mismo a compartir su abono.

Ordenador

En cuanto al ordenador de advertir que resulta una herramienta absolutamente imprescindible a día de hoy, y máxime si se trata de una carrera técnica como la que cursa el hijo, participando dicho gasto de todas las notas del gasto extraordinario necesario.

(…) quedando acreditado el importe del referido ordenador adquirido (…) procede condenar al Sr. Melchor a compartir el gasto cuyo importe íntegro asciende a 316 euros.

Tasas de expedición del título, traslado de expediente, tasa de prueba de acceso a la Universidad de Zaragoza.

(…) Los gastos cuyo abono interesa la apelante no solo son previsibles, sino que, además atendiendo al importe de los mismos, al 'quantum' de la pensión alimenticia fijada en favor del hijo y del importe que en concepto de ayuda de libros y material escolar tiene que abonar el padre, debemos entenderlos integrados dentro dela pensión alimenticia.

Matrícula Grado año 2014/2015 y matrícula Grado (2015/2016) en la Universidad Complutense de Madrid.

(…) esta Sala ha venido manteniendo que los gastos por estudios de carácter permanente, no son conceptuables como extraordinarios, debiendo considerarse tal circunstancia, la de los estudios a realizar, dentro de la pensión ordinaria de alimentos y como factor determinante a la hora de fijar su cuantía (…) Son gastos que deben ser tenidos en cuenta cuando se fija la pensión alimenticia." (R.J.4º). [J.F.S.R.].

Jurisprudencia: Son gastos ordinarios las clases de inglés y de natación, por tratarse de actividades preexistentes, asumidas de conformidad por ambos progenitores, y que habitualmente se estaban desarrollando en el momento de la ruptura de la pareja, de modo que es evidente que se tuvieron en consideración a la hora de fijar el importe de la pensión alimenticia, y que así se señaló expresamente en la sentencia, puesto que hizo una expresa alusión a ese gasto y a su importe en cómputo mensual, por lo que carecen de la consideración de gastos extraordinarios repercutibles.

AAP de Madrid (Sección 22ª) de 22 de marzo de 2021, rec. nº 305/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b6bf172362fd6c73/20210604

"(…) Si atendemos en este caso al contenido del quinto fundamento jurídico de la resolución que sirve de título ejecutivo en la demanda, se comprueba que la sentencia claramente menciona, a la hora de valorar las necesidades de los menores para fijar el importe de la pensión alimenticia, que los gastos que presentaban eran los ordinarios de su edad, acudiendo a un colegio público, pero añadiendo a

continuación que ambos progenitores habían manifestado su conformidad con el hecho de que continuasen asistiendo a las actividades extraescolares de inglés y natación, delimitando incluso su importe.

Se trata, pues, de actividades preexistentes, asumidas de conformidad por ambos progenitores, y que habitualmente se estaban desarrollando en el momento de la ruptura de la pareja, de modo que es evidente que se tuvieron en consideración a la hora de fijar el importe de la pensión alimenticia, y que así se señaló expresamente en la sentencia, puesto que hizo una expresa alusión a ese gasto y a su importe en cómputo mensual, por lo que carecen de la consideración de gastos extraordinarios repercutibles como se había solicitado por la ejecutante, debiendo desestimarse el recurso de apelación interpuesto." (R.J.3º). [J.R.V.B].

Jurisprudencia: Contribución de los progenitores a los alimentos en casos de custodia compartida: cada progenitor debe de atender a su hijo menor cuando se encuentre a su cuidado; habrá de abrirse una cuenta corriente donde ambos ingresen 110 euros, pues la similitud de sus respectivas situaciones económicas permite fijar igual cuantía de pensión de alimentos, debiendo de abonar también cada uno de ellos el 50% de los gastos extraordinarios, siempre que exista acuerdo en los mismos o sean necesarios y urgentes o médicos no cubiertos por la Seguridad Social.

SAP de Madrid (Sección 22ª) de 23 de abril de 2021, rec. nº 2042/2018.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6941312892b7f1d5/20210707

"(…) En cuanto a los alimentos, habiéndose acordado una custodia compartida cada progenitor debe de atender a su hijo menor cuando se encuentre a su cuidado, y abrir una cuenta corriente donde ambos ingresen para atender los gastos de la menor; para fijar la cantidad que cada uno de ellos ha de abonar se han de tener en cuenta los gastos acreditados del menor y los ingresos de cada uno de los progenitores, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 93 142 y 146 del CC, para obtener una prestación equilibrada a las prestaciones y circunstancias económicas de los padre y a las necesidades del menor. La similitud de las situaciones económicas de cada una de las partes permite fijar cuantía igual de pensión de alimentos, o contribución a la misma de los progenitores, de 110€ mensuales debiendo de abonar también el 50% de los gastos extraordinarios, siempre que exista acuerdo en los mismo o sean necesarios y urgentes o médicos no cubiertos por la Seguridad Social." (F.D.5º). [J.F.S.R.].

Jurisprudencia: Contribución de los progenitores a los alimentos en casos de custodia compartida: los gastos ordinarios de alimentación, vestido, parte proporcional de los suministros del hogar, ocio, etc., de la menor serán sufragados por cada progenitor mientras esté en su compañía; los gastos escolares y académicos en sentido amplio (recibo mensual, matricula o reserva de plaza, cuotas de AMPA o similares, libros, material, escolar uniforme, ropa de deporte, excursiones, campamentos del colegio) serán cargados en una cuenta corriente, que se abrirá a nombre de los dos progenitores

mancomunadamente, con firma de ambos, ingresando en ella el padre 200 euros mensuales y la madre 100; los gastos extraordinarios serán de cargo de ambos progenitores, por mitad, debiendo ser aprobados de común acuerdo o por resolución judicial en caso de discrepancia, salvo aquellos que sean urgentes.

SAP de Madrid (Sección 22ª) de 14 de mayo de 2021, rec. nº 1047/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9c7c4b716d8ccfdf/20210817

"(…) En vista de lo anterior, es razonable que ambos progenitores atiendan directamente los gastos de manutención, vestido, habitación y ocio del menor cuando lo tengan en su compañía. Para los gastos escolares y académicos en sentido amplio (recibo mensual, matricula o reserva de plaza, cuotas de AMPA o similares, libros material, escolar uniforme, ropa de deporte, excursiones, campamentos del colegio), don Alejo ingresará la cuantía de200,00 euros mensuales y doña Eva la cuantía 100,00 euros mensuales, debiendo para ello abrir una cuenta corriente a nombre de los dos mancomunada y solidariamente, con firma de ambos, donde se domiciliarán dichos gastos escolares, dentro de los cinco días primeros de cada mes y que se actualizará anualmente, conforme a las variaciones que experimente el IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya, debiendo correr ambos con el 50% de los gastos extraordinarios aprobados de común acuerdo o por resolución judicial en caso de discrepancia, salvo aquellos que sean urgentes." (F.D.5º). [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Gastos de Universidad privada: se consideran extraordinarios, al superar su coste al normal de una Universidad pública: solo cuando el concepto de matrícula universitaria se encuentra entre los parámetros normales de una matrícula universitaria no deben considerarse extraordinarios.

AAP de Barcelona (Sección 12ª) de 21 de julio de 2021, rec. nº 370/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f4a543329255cf83/20211008

"(…) La cuestión que se plantea (…) se centra en la determinación del carácter de ordinario o extraordinario del coste de la Universidad a la que acude la hija

(…) cuando el concepto de matrícula universitaria se encuentra entre los parámetros normales de una matrícula universitaria no deben considerarse extraordinario

(…) En suma, la formación y lo 'necesario' incluye razonablemente, la formación universitaria cuando deriva del nivel de vida de la familia, su trayectoria o las previsiones al uso.

(…) La carrera que quiere cursar la hija es el Grado de 'Animació, Disseny i Art Digital', grado de la UPC que se cursa en el centro adscrito CMIT, Centre de l'Imatge i la Tecnología', con un coste superior a la universidad pública. Tiene por lo tanto carácter de gasto extraordinario." (F.D.1º). [J.F.S.R.]

Jurisprudencia: Los gastos de libros, material escolar y AMPA son ordinarios y, por tanto, están incluidos en la pensión alimenticia. El hecho de que hasta ahora hubieran sido abonados por error por el padre no les convierte en gastos extraordinarios.

AAP de Barcelona (Sección 12ª) de 27 de julio de 2021, rec. nº 319/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5d6bdda88ab351c2/20211008

"(…) En el convenio en su día ratificado por las partes

(…) no se acordó que los gastos de libros, material escolar y AMPA tuvieran la condición de gastos extraordinarios. Deben ser considerados por ello gastos ordinarios y por tanto incluidos entre los conceptos deben abonarse a cargo de la pensión alimenticia. El hecho de que hasta ahora hubieran sido abonadas por error por la parte ejecutada no les convierte en gastos extraordinarios y debe por tanto ser cubiertos con la pensión alimenticia fijada para los hijos." (F.D.2º). [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Acción de complemento de la liquidación de la sociedad de gananciales: no procede incluir la indemnización por despido, al ser plenamente conocida por los esposos y, a pesar de ello, decidirse su no inclusión en el convenio regulador.

SAP Madrid (Sección 24ª) 13 de abril de 2021, rec. nº 315/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d0899b690e409edc/20210624

"En el presente caso la partida controvertida consistente en la indemnización por importe de 87.000 € percibidos por el esposo constante el matrimonio con ocasión de su despido laboral no fue incluida en el convenio regulador de los efectos del divorcio en el que los cónyuges pactaron la liquidación y adjudicación de sus bienes gananciales, y ello pese a conocer en aquel momento perfectamente los esposos su existencia tal y expresamente se reconoce por la Sra. Carla en su escrito de demanda, y también admitió de la misma manera expresa en el interrogatorio practicado en el acto de la vista en el que afirmó en tal sentido que al tiempo de pactarse el convenio regulador conocía cabalmente la existencia de la controvertida indemnización pero que, no obstante, accedió a su no inclusión en el inventario, liquidación y adjudicación porque la letrada que les redactó el convenio le informó que no tenía tal carácter, viniendo a argüir con ello, aún sin decirlo, que su consentimiento estuvo viciado de error, afirmaciones que carecen de virtualidad alguna a los efectos que

aquí nos ocupan en atención a que para la estimación de la concurrencia del pretendido error alegado como vicio del consentimiento no basta con su mera alegación, sino que debe ser acreditado debidamente, requisito no cumplido por la apelada quien no aportó en la instancia ninguna prueba acreditativa del mismo, máxime cuando si realmente al tiempo de suscribir el contrato le surgió la duda acerca de la inclusión en la liquidación de la controvertida indemnización y, por ello le planteó tal opción a la letrada que asistió a ambos esposos, hubiera sido fácilmente vencido el supuesto error que alega padeció con la sola precaución de haber consultado a otro letrado o, no haber suscrito ni ratificado finalmente el convenio en los términos en que lo hizo, no pudiendo sino presumirse, por el contrario, la plena validez del consentimiento prestado precisamente al venir avalado por la previa consulta al citado letrado a quien, mientras no se demuestre lo contrario, se le presume debidamente instruido en la materia.

Por tanto, la cuestión a resolver consiste en determinar si cabe adicionar la partida discutida partiendo para ello del hecho incontrovertido conforme el cual las partes conocían de su existencia cuando pactaron el convenio regulador y, aun así, decidieron excluirla por considerar que no procedía que formaran parte del activo y el pasivo de la sociedad. A tal efecto, de la lectura literal del convenio no puede sino interpretarse que en aquel momento se entendió por los cónyuges, y así lo suscribieron, que todos los bienes y deudas gananciales eran los que aparecían en el convenio pues no se contiene referencia alguna a la posible aparición de otras partidas que no hubieran sido tenidas en consideración. De forma que, siendo la indemnización por despido aquí discutida plenamente conocida por ambos y, a pesar de ello, decidieron no incluirla, la única interpretación posible es que, al ser clara la voluntad de las partes de liquidar todo el haber ganancial existente y conocido en aquel momento, claramente renunciaron a incluir la controvertida indemnización como de naturaleza ganancial.

En consecuencia, en aplicación de la doctrina de los actos propios antes analizada, no puede admitirse la pretensión actora de adicionar al activo de la sociedad la repetida partida, siendo que la conducta mantenida por la aquí apelada con la pretensión instada en su demanda evidencia una conducta actual en clara contradicción con la mantenida en aquel momento, lo que nos lleva a la Sala a la necesidad de estimar íntegramente el motivo segundo de recurso y, en su consecuencia, sin necesidad de entrar a analizar el tercero al invocarse de manera subsidiara, revocar la sentencia de instancia acordando en su lugar la desestimación íntegra de la demanda presentada en la instancia por la representación procesal de la Sra. Carla , lo que conlleva, necesariamente, a condenar a la misma parte actora a las costas causadas en la instancia". (F.D. 3º) [J.B.D.].

Jurisprudencia: Acción de rescisión de la liquidación de gananciales: no cabe apreciar renuncia a la misma, derivada de la cláusula recogida en la escritura pública, conforme a la cual "con las expresadas adjudicaciones se dan por satisfechos y liquidados en su sociedad conyugal, no teniendo que reclamarse en lo sucesivo por tal concepto, cantidad ni cosa alguna".

SAP Murcia (Sección 4ª) 8 de julio de 2021, rec. nº 92/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e213c44a54730379/20210929

"En este caso la renuncia al ejercicio de cualquier reclamación, tal y como se recoge en la escritura pública, no permite obtener como conclusión la existencia de la misma. Así se manifiesta, una vez realizadas las correspondientes adjudicaciones, que.... 'con las expresadas adjudicaciones se dan por satisfechos y liquidados en su sociedad conyugal, no teniendo que reclamarse en lo sucesivo por tal concepto, cantidad ni cosa alguna'. Además se dice en la escritura, tras asumir el Sr. Alfonso frente a la Sra. Paula el pago íntegro del préstamo hipotecario, que... 'con las expresadas adjudicaciones, tanto en bienes, como en cargas se dan por satisfechos y liquidados en su sociedad conyugal, no teniendo que reclamarse en lo sucesivo por tal concepto, cantidad, ni cosa alguna'.

Entendemos que tales manifestaciones constituyen cláusulas usuales en tales documentos y por tanto no son exponentes de una renuncia con los requisitos que señala la jurisprudencia, sobre todo porque no menciona expresamente la renuncia a la rescisión por lesión. Además, la jurisprudencia requiere que la renuncia sea clara y terminante y que se deduzca de hechos, actos o conductas relacionadas con la misma. En este caso no existe acuerdo o convenio previo, ni antecedente fáctico alguno relativo a la aceptación libre y voluntaria por los esposos del valor de los bienes que consta en la posterior escritura pública de liquidación y que por esta razón hubiesen renunciado a la acción rescisoria que pudiera fundarse en una eventual lesión. En definitiva, no estamos en presencia de una renuncia recíproca clara y terminante, que permita afirmar que se trata de una liquidación libremente convenida por las partes". (F.D.5º) [J.B.D.].

Jurisprudencia: Autorización judicial de vacunación contra el Covid-19 de persona incapacitada de 42 años que expresa claramente su voluntad favorable.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/39afd033a3278984/20210825

AAP Valencia (Sección 10ª) de 4 de junio de 2021, rec. nº 463/2021

"(…) la Sala entiende que debe autorizarse la vacunación, por las siguientes razones:

-De acuerdo con los informes médicos obrantes en autos no existe contraindicación para la administración de la vacuna.

-Se recomienda su administración en dichos informes dado que el paciente tiene un alto riesgo al estar en régimen cerrado en una residencia con una población de alto riesgo.

-Es un hecho notorio los altos índices de infección y mortalidad a consecuencia de la epidemia de COVID en las residencias.

-Por otro lado la persona a vacunar ha expresado claramente en su examen ante el juez de instancia su voluntad de vacunarse. Se trata de una persona que a pesar de tener una discapacidad intelectual severa a consecuencia del síndrome de Down, es una paciente independiente para la mayoría de las actividades de la vida diaria y tiene una disminución cognitiva muy leve según el informe del médico de la residencia. A este respecto no hay que olvidar que de acuerdo con el artículo 9.7 segundo párrafo de la anteriormente citada ley estatal de autonomía del paciente. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento." Por ello entiende la Sala que en absoluto debe desdeñarse teniendo en cuenta las anteriores circunstancias el consentimiento de la persona incapacitada.

-En contraposición no se observa una posición tan firme en la tutora que actúa más que por convencimiento propio por temor a las recriminaciones de los hermanos en el caso de que pasara algo.

- De acuerdo con el artículo 9.6 de la citada ley estatal de autonomía del paciente, y el artículo 43.6 de la citada ley de Sanitad de la Comunidad Valenciana la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, Por tanto la única perspectiva a ponderar en el caso es la individual del paciente, es decir la identificación de la mayor protección y del mejor beneficio de la salud del residente , debiendo quedar al margen cualesquier otra consideración de Salud Pùblica, dada la naturaleza voluntaria de la citada vacuna, debiendo quedar asimismo al margen otros intereses así como cualquier consideración accesoria como el eventual beneficio para los restantes residentes y para los trabajadores del centro residencial. Justamente en este apartado es en el que la Sala difiere de la valoración del juez de instancia, puesto que la administración de la vacuna supone, desde la perspectiva del interés individual del incapaz y protección para la vida y salud del mismo, un beneficio incontestable, mucho mayor que los riesgos que supondría la no administración de la misma, teniendo en cuenta que si bien no se trata de una persona que por sus patologías esté en un grupo de riesgo, sí lo está por estar en régimen cerrado en una residencia, rodeado de decenas de internos, y con el tráfico de personas diversas, personal, médicos, familiares.., lógico en una residencia. Hay que tener en cuenta que las vacunas que se administran en España, están autorizadas por la Agencia Europea del Medicamento y la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, además de sometidas a un continuo seguimiento, lo que permite suponer que las mismas se han elaborado -a pesar de la celeridad del proceso- con las máximas garantías de calidad, seguridad y eficacia y que por ello mismo los beneficios de su administración de las mismas superan notoriamente los riesgos derivados de la misma constatados hasta el momento.

Por todo ello debe autorizarse la administración de la vacuna, de acuerdo también con el informe del Ministerio Fiscal, y revocarse el auto de instancia" (F.D. 3º) [J.B.D.].

Jurisprudencia: Atribución a la madre de la facultad de decidir acerca de la vacunación contra el Covid-19 de los hijos menores.

AJPI núm. 51 Barcelona 28 de julio de 2021, rec. nº 144/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6fda197b10319982/20210920

"En cuanto a la controversia que se plantea en este caso, vistas las alegaciones de las partes y del Ministerio Fiscal y la prueba practicada, se considera que la solución más beneficiosa para los hijos es atribuir a la madre la facultad de decidir en relación a las visitas pediátricas y la vacunación de los menores, sin perjuicio de que resulte de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el artículo 212-2 del Código Civil de Cataluña respecto del consentimiento informado.

No proporciona el padre ninguna razón motivada para oponerse a que los menores sigan siendo visitados por quien ha sido su médico pediatra, ni para que sigan el calendario de vacunación fijado por el Departament de Salut en cuanto a las vacunas pautadas y que han sido suministradas a los menores desde su nacimiento, tal como se justifica por los documento nº 11 y 12 de la solicitud, sin que el Sr. Leovigildo mostrase reticencia alguna. La administración de las vacunas no supone ataque a la integridad física de los menores, y los beneficios de las mismas, no sólo para la protección de los menores sino también para la sociedad al evitar futuros contagios, son muy superiores a los inconvenientes de su administración. En cuanto a la exigencia de estar presente en las visitas médicas y ser avisado por la Sra. Valle, es cuestión que excede del ámbito de este procedimiento, instándose a las partes a que resuelvan este tipo de incidencias sin necesidad de acudir al juzgado.

En cuanto a la oposición a la vacuna de Covid-19, no se argumentan tampoco los motivos de la misma, más allá de la información que parece haber recabado el Sr. Leovigildo a través de redes sociales o de internet en relación con posibles efectos negativos futuros. Sin embargo, es un hecho notorio que la vacuna ha sido aprobada por la Agencia Europea del Medicamento y por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, lo que permite suponer que se ha elaborado con las máximas garantías de calidad, seguridad y eficacia; y que los beneficios de su administración de las mismas superan los riesgos derivados de la misma constatados hasta el momento. En la web de la Generalitat de Catalunya https://canalsalut.gencat.cat/ ca/salut-a-z/v/vacuna-covid-19/ se indica que " La vacuna contra la COVID-19 és el punt final d'un llarg procés científic; els darrers mesos, més de 250 grups científics i de recerca a escala global han participat coordinadament per desenvolupar la vacuna contra la COVID-19. La pandèmia està generant costos humans i econòmics globals i és per això que el

desenvolupament de les vacunes ha estat un repte mundial que ha tingut una resposta internacional organitzada i eficaç sense precedents.El procés d'investigació ha estat observat amb rigorositat per l'Organització Mundial de la Salut (OMS) i té l'aprovació de l'Agència Europea de Medicaments (EMA), la qual té un paper molt important a l'hora de permetre'n el desenvolupament, la distribució i l'aplicació

La vacunació també té com a objectiu arribar a la immunitat de grup, la qual cosa és fonamental per minimitzar els efectes de la pandèmia; quan una part de la població ja té els anticossos proporcionats per la vacuna, el virus queda bloquejat i disminueixen la seva propagació i els contagis fins a un nombre residual.En aquest context, la vacuna contra la COVID-19 esdevé l'eina principal per fer front a la pandèmia".

Con estos datos, no puede apoyarse la posición del Sr. Leovigildo contraria a la vacunación de los menores, ni mucho menos la negativa a que los mismos se sometan a test para detección del virus en el centro educativo, previstos en los protocolos que se aportan con la solicitud como documentos nº 28 a 31. Resulta incomprensible que el padre adopte una posición obstaculizadora, sin valorar el riesgo que supone la infección de Covid-19, y más cuando durante las últimas semanas se ha incrementado de manera exponencial el contagio entre los menores de 30 años, como es también un hecho notorio reflejado en todos los medios de comunicación.

Procede, en consecuencia, estimar la solicitud formulada, y atribuir a la Sra. Valle la facultad de decidir sobre acudir al pediatra Dr. Maximiliano o al facultativo que éste indique para los tratamientos médicos o sanitarios que precisen los hijos menores Teodulfo y Victorino ; para la realización de pruebas de detección del contagio de Covid-19 cuando los menores tengan síntomas compatibles y/o hayan estado en contacto directo con algún positivo, de acuerdo con el protocolo establecido por Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya o el Ministerio de Sanidad del Gobierno de España; para la administración de las vacunas previstas en el calendario de vacunación y para la administración de vacuna contra la de Covid-19 cuando el Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya o el Ministerio de Sanidad del Gobierno de España lo establezcan" (F.D.5º) [J.B.D.].

Jurisprudencia: Limitación temporal de la facultad de decidir atribuida al padre en relación a la vacunación antigripal de los hijos menores.

AAP Lugo (Sección 1ª) de 6 de mayo de 2021, rec. nº 200/2021

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1855f3d201121e56/20210723

"Alega la apelante en su recurso, que si bien los niños ya han sido vacunados en la campaña
2020-2021 al amparo de la resolución judicial, no está conforme con la decisión adoptada, desde el momento en que de la misma parece desprenderse que la

facultad concedida al padre para vacunar a sus hijos de gripe no tiene límite temporal, es decir, se extendería a años venideros.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso.

Por razones de cautela, y en atención al interés superior de los menores, consideramos adecuado una valoración de las circunstancias que puedan darse en cada momento, puesto que no se trata de una de las vacunas del calendario de vacunación infantil, por lo que estimamos pertinente que la facultad de decidir sobre la vacuna antigripal de los dos hijos, que se atribuye a D. Silvio, se limite a la campaña de vacunación 2020-2021.

No obstante, conviene recordar que las medidas que afectan al interés de los menores deberían adoptarse por los padres, no por terceras personas, quienes deben ser capaces de buscar conjuntamente la solución más beneficiosa para los hijos al ser quienes mejor conocen sus necesidades y circunstancias.

Se estima el recurso" (F.D. 2º) [J.B.D.].

2. OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

Jurisprudencia: Abuso de derecho en contrato de apuesta en línea: jugador que, al percatarse de un error informático, que origina que la probabilidad de acierto sea, aproximadamente, de un 90%, realiza masivas apuestas que ponen en evidencia, por su desproporción, el ánimo de aprovecharse al máximo de dicho error (hace 78 apuestas en menos de cuatro días, por un importe de 684,38 euros, y obtiene un premio de 2.773.164 euros): desnaturalización de la esencia del contrato aleatorio (la apuesta) que, conforme al art. 1790 CC, consiste en la suerte y la incertidumbre.

STS (Sala 1ª) de 11 de marzo de 2021, rec. nº 1751/2017

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/75fbd362af5b971b/20210330

"(…) Estimación del motivo

(…) La conducta desarrollada por el Sr. Porfirio al realizar apuestas, aprovechando que en los términos en que se había ofertado la cuota por Sportium en ese mercado "línea de gol" la probabilidad de acierto era muy alta, a primera vista no constituye un acto contrario a la buena fe, ni un abuso de derecho. Es un acto de perfeccionamiento de un contrato de apuestas, a la vista de las condiciones ofrecidas por la empresa de apuestas.

Lo realmente relevante es el volumen de apuestas realizadas (78) y la desproporción existente entre el riesgo asumido y el beneficio obtenido, en el marco de un contrato aleatorio en el que el error en la determinación de la cuota garantizaba el éxito de la apuesta. Sin que la aducida inexcusabilidad de este error pueda tener la relevancia pretendida por la parte recurrida, pues no estamos juzgando la anulación de la apuesta por error, sino el abuso de derecho del demandante al percatarse del error

y realizar masivas apuestas que ponen en evidencia por su desproporción el ánimo de aprovecharse al máximo de aquel error informático.

Es obvio que el Sr. Porfirio se percató enseguida del error de cálculo realizado por la empresa, que de alguna manera desvirtuaba la aleatoriedad del contrato, al ser la probabilidad de acierto de aproximadamente un 90%. En contra de lo alegado por el recurrido, para desvirtuar la aleatoriedad no sería necesario que el resultado de la apuesta fuera en todo caso seguro, esto es, que no hubiera margen de desacierto. Cuando este es muy reducido, alrededor del 10%, una apuesta masiva, por un mero cálculo de probabilidades, asegura en la práctica el éxito de la apuesta.

La realización de algunas apuestas con el beneficio consiguiente, no tacharía el comportamiento del Sr. Porfirio de contrario a la buena fe. El problema es el volumen de apuestas realizadas en tan corto periodo de tiempo, aprovechando el error que eliminaba prácticamente la aleatoriedad y le aseguraba el acierto, que llega a ser desproporcionada (realiza 78 apuestas en menos de cuatro días, por un importe de 684,38 euros, y obtiene un premio de 2.773.164 euros) y desnaturaliza la esencia del contrato aleatorio (la apuesta) que, conforme al art. 1790 CC, consiste en la suerte y la incertidumbre. Son estas circunstancias las que, conforme al art. 7.2 CC, contribuyen a que la actuación del Sr. Porfirio sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho. Es, precisamente, esa magnitud y desproporción la que pone de manifiesto que la forma de hacerlo, masiva, constituye un abuso que el derecho no puede amparar." (F.D.9º). [J.R.V.B.]

Jurisprudencia: Abuso de derecho y propiedad horizontal. Vivienda edificada por terceros de buena fe en una parte del terreno que es elemento común de la comunidad, destinado a jardines: la oposición por parte de un copropietario a la venta del terreno a dichos terceros no constituye abuso de derecho, sino ejercicio del legítimo derecho a evitar la venta de una superficie que es elemento común: no intenta provocar un perjuicio a la comunidad, sino que pretende preservar el patrimonio de ésta: la calificación urbanística del solar es de zona deportiva, por lo que aun cuando se vendiese la parcela en la que se edificó por terceros, en el actual estado del planeamiento, no podría tener acceso al Registro de la Propiedad, como parcela edificable.

STS (Sala 1ª) de 21 de septiembre de 2021, rec. nº 5346/2018

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/08038404df304085/20211001

"(…) La recurrente entiende que el demandado incurre en abuso de derecho dado que su postura no le genera utilidad y provoca un daño a la comunidad al no poder proceder a la venta del solar edificado, según ella, con buena fe de los que en el solar construyeron.

Por su parte, en la sentencia recurrida se declara que no consta que sea posible la segregación y venta de la parcela, lo que empodera al demandado al oponerse con una causa que sería justa, en tanto se opone a lo que considera una ilegalidad.

De lo actuado resulta que la segregación fue anulada en procedimiento judicial y que la calificación urbanística del solar es de zona deportiva, por lo que aún cuando se vendiese la parcela en la que se edificó por terceros, en el actual estado del planeamiento, no podría tener acceso al Registro de la Propiedad, como parcela edificable.

La conducta del demandado no puede considerarse incursa en un abuso de derecho, en tanto se encuentra amparada en el legítimo derecho de evitar la venta de una superficie que es elemento común, por lo que el demandado no intenta provocar un perjuicio a la comunidad, sino que pretende preservar el patrimonio de ésta." (F.D.4º). [J.F.S.R.]

Jurisprudencia: La inscripción de la condición resolutoria explícita atribuye eficacia real a la acción resolutoria del contrato, también frente a terceros adquirentes de buena fe, en los que nunca concurrirán los requisitos del art. 34 LH.

STS (Sala 1ª) de 21 de septiembre de 2021, rec. nº 5278/2018

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ef47f696a21e7f6e/20211001

"(…) *La eficacia frente a terceros de la condición resolutoria pactada en un contrato de permuta de suelo por obra futura en garantía de los derechos del cedente.*

3.1. Es doctrina pacífica y reiterada que el cumplimiento de una condición resolutoria inscrita tiene efecto retroactivo y virtualidad para fundamentar, además de la reinscripción a favor del transmitente, la cancelación de los asientos posteriores, sin necesidad del consentimiento de sus titulares. Y ello porque los terceros adquirentes, incluso con derecho inscrito o anotado, están afectados por la previa inscripción de la condición resolutoria, en el sentido de quedar subordinados sus derechos a las resultas del eventual incumplimiento de la obligación de satisfacer la contraprestación que corresponde al adquirente en virtud del contrato en que se estableció la condición resolutoria. La resolución produce sus efectos *ex tunc* y no *ex nunc* (sentencias de 17 de junio de 1986 y 638/2002, de 21 de junio), de forma que la resolución del dominio o derecho real adquirido por el comprador o adquirente determina la resolución de los derechos constituidos sobre la cosa que traigan causa de ese dominio o derecho resuelto (arts. 513, n.º 6, 529 y 1124 CC, y 11 y 107 LH; RRDGRN 1 de abril de 2011 y 24 de julio de 2014), incluidos los embargos trabados sobre la finca.

(…) 3.2. La inscripción de la condición resolutoria explícita atribuye eficacia real a la acción resolutoria del contrato. Con ello evita la ineficacia de dicha condición al impedir que aparezcan terceros inmunes o no afectados por la misma por reunir los requisitos del art. 34 LH (la cognoscibilidad legal de lo inscrito impide la alegación

de su ignorancia) - lo que podría hacer inoperante el efecto resolutorio pretendido -, pues el efecto retroactivo de la resolución, sea por condición resolutoria expresa, sea por incumplimiento de las obligaciones bilaterales, no alcanza a terceros adquirentes de buena fe." (F.D.3º). [J.R.V.B.]

Jurisprudencia: Pérdida de la cosecha de naranjas a consecuencia del «pixat»: retraso en la recolección imputable al comprador, que debe soportar el riesgo de la cosa vendida.

SAP Castellón (Sección 3ª) de 24 de febrero de 2021, rec. nº 134/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/187c809ca2a39897/20210607

"(…) incumbe a la compradora -en el presente caso, a la entidad demandada- acreditar que no recogió la fruta con anterioridad a que tuvieran lugar las precipitaciones de lluvias que produjeron el pixat -y, por ende, la pérdida de la cosecha- debido a que la misma no se encontraba en condiciones adecuadas para su recolección. Sin embargo, tras el examen y la valoración de la prueba practicada, con la amplitud que permite el recurso de apelación (por todas, STS, Sala 1ª, de 4 de diciembre de 2015, que cita otras de la misma Sala así como la STC 212/2000, de 18 de septiembre), puede concluirse que dicha prueba no ha sido cumplida, dadas las consideraciones que se exponen a continuación.
Ni los informes periciales aportados por las partes litigantes ni tampoco los testigos propuestos por cada una de ellas permiten, al menos de una forma absoluta, resolver la controversia. Los testigos, al limitarse a corroborar la versión de la parte que los propone. Los informes periciales, al no apreciarse objetivamente ninguna razón o motivo que permita dotar de una mayor virtualidad a uno sobre el otro, al ser acordes con las respectivas posturas mantenidas por la parte que solicitó su elaboración para aportarlos al proceso, máxime cuando ninguno de los peritos acudió a la zona de recolección hasta después de los fenómenos climatológicos adversos para la cosecha. Así, el perito propuesto por la actora, D. Avelino, no acudió hasta el 27 de diciembre de 2016 (documento nº 13 de la demanda, página 2) y el propuesto por la demandada, D. Borja, lo hizo el 9 de enero de 2017 (documento nº 2 de la contestación, página 4).

Debe partirse, no obstante, de que el período de recolección de la variedad de clemenules en la Comunidad Valenciana, según el Instituto Valenciano de Investigaciones Agrarias (IVIA), comprende desde el 1 de noviembre hasta el 15 de enero, tal y como recoge tanto el informe pericial aportado por la actora (documento nº 13 de la demanda, página 6) como la demandada en su contestación (hecho tercero, páginas 2 y 6, y documento nº 1).
Asimismo, y como anteriormente se apuntaba, de que las lluvias comenzaron a finales de noviembre, concretamente el día 20, los dos primeros días, 20 y 21, de muy poca intensidad -0,39 y 0,99 l/m2- y el tercero, el día 22, de cierta intensidad -17,14 l/m2-, sin que existieran precipitaciones los días 23 a 25, siendo las del día 26 muy leves -0,2 l/m2-, a diferencia de las de los días posteriores, pues desde el 27 de

noviembre hasta el 5 de noviembre llovió, llegando a alcanzar el día 30 de noviembre los 29,16 l/m2 (datos meteorológicos de la estación climática del IVIA en Nules, recogidos en el informe pericial de D. Avelino -documento nº 13 de la demanda, página 18- e, igualmente, en el anexo al informe pericial de D. Borja -documento nº 3 de la contestación, página 5-).
Consecuentemente, y con independencia de si se pudo empezar a recolectar desde el
25 de octubre, ya que la 'zona es temprana', como afirma D. Avelino (documento nº 13 de la demanda, página 7), o que no se trate 'de una zona que tenga un microclima especial que pueda adelantar la maduración interna un par de días o tres', como se señala por D. Borja en el anexo a su informe (documento nº 3 de la contestación, página 3), lo cierto es que la demandada no ha probado ni que la fruta carecía de los 'requisitos convenidos o
exigibles para su destino' (Sentencia de esta Sección 3ª de 5 de febrero de 2020) entre el 1 de noviembre y el 14 de noviembre, primer día de recolección, para llevar a cabo esta, ni tampoco el motivo por el cual únicamente recolectó tres días y no continuó después del 16 de noviembre, hasta el primer episodio de lluvias, o la razón por la cual no recolectó entre los días 23 a 26 de noviembre, período entre las primeras y las posteriores precipitaciones.
Como se ha expuesto anteriormente, a ella le incumbía acreditar tales extremos, en cuanto obstativos, impeditivos o extintivos (artículo 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) de la reclamación formulada por la parte actora, al no poder descartarse que la recolección de la fruta hubiere podido empezar unos días antes, continuar algún día más o, incluso, tras el primer episodio de lluvia, dejando un día para que se secase el terreno.
Sin olvidar, además, que las dudas que pudieren existir al respecto a ella perjudican al amparo del artículo 217.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuya virtud, 'cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones'.
En definitiva, debe concluirse que la entidad demandada/compradora incurrió en mora, al no recolectar y recoger la fruta cuando pudo hacerlo, desde la firma del contrato, de forma que debe soportar los riesgos de la pérdida de la cosecha por las lluvias que acontecieron que, de no haberse retrasado, habría soportado la parte actora/vendedora (artículo 24.1 de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat Valenciana, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias).

En parecidos términos se ha pronunciado esta Sala en las citadas Sentencias de 5 de julio de 2018, 22 de mayo y 5 de noviembre de 2019 y 5 de febrero de 2020" (F.D.2º) [J.B.D.].

II. DERECHO MERCANTIL

1. CONTRATACIÓN MERCANTIL

Jurisprudencia: Préstamo bancario. Usos mercantiles y práctica bancaria. Controles de transparencia y abusividad.

STS (Sala 1ª) de 25 de mayo de 2021, rec. nº 5813/2018.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f23f2df35b0b76ab/20210602

"(…) En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, de manera resumida, que la sentencia recurrida no tiene en cuenta que la cláusula financiera litigiosa, al establecer el denominado año comercial (360 días) resulta abusiva al provocar un desequilibrio en las prestaciones, con independencia de como se aplique o cuál sea el resultado financiero final. La nulidad se predica de la cláusula, no de su uso.

(…) En la fecha de celebración del contrato, en nuestro ordenamiento jurídico no existía ninguna norma que contuviera expresamente la fórmula o método mediante la cual debían calcularse los intereses remuneratorios de los préstamos de dinero.

(…) Como es lógico, el resultado de aplicar una u otra fórmula de cálculo es diferente. Pero lo determinante, a efectos del equilibrio de las prestaciones y la reciprocidad del contrato, es que se utilice la misma duración del año para el tiempo transcurrido y para la base de cálculo. De manera que la utilización del llamado año comercial (360 días) no implica necesariamente un perjuicio para el prestatario si se mantiene la misma duración respecto del cómputo del tiempo efectivamente transcurrido (360/360). E igual sucede si se mantiene el criterio del año natural (365 días) en ambas variables. Por el contrario, el perjuicio económico se produce cuando la entidad predisponente impone la base de los 360 días y, al mismo tiempo, mantiene el año natural (365 días) para el cómputo de los días transcurridos (365/360), lo que, durante la vigencia del préstamo, produce inexorablemente un incremento de los intereses en favor del prestamista, porque por simple cálculo aritmético el método 365/360 eleva el tipo de interés en un 1,39% en un año normal y en un 1,67% en un año bisiesto.

3.- Por esta razón, el mencionado Servicio de Reclamaciones del Banco de España, se ha pronunciado reiteradamente en contra de la utilización del método de cálculo 365/360, y en la memoria de 2018 resumió que solo se consideraba como buena práctica 'el cálculo de intereses utilizando períodos uniformes y, por lo tanto, se ha reputado contrario a una buena praxis financiera el uso de una metodología que combine en la misma fórmula el cómputo del tiempo en años naturales y comerciales para calcular el devengo de los intereses'.

4.- Es cierto que durante un largo tiempo la utilización de la base de cálculo 365/360 días se consideró como un 'uso bancario', establecido por la práctica reiterada de

las entidades financieras y, como tal, fue admitido por el extinto Consejo Superior Bancario, a quien correspondía, con arreglo al Decreto de 16 de noviembre de 1950, determinar los usos mercantiles bancarios a los efectos del artículo 2 CCom. Y como tal uso bancario se recogió en las Memorias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de los años 1992 y 1993, (…) Sin embargo, el propio Banco de España modificó su criterio y, como mínimo desde el año 2016, viene considerando que la utilización del sistema 365/360 no podía quedar amparado como uso bancario, (…) En todo caso, resulta cuando menos dudoso que dicha práctica bancaria pudiera considerarse propiamente un uso de comercio, en el sentido correcto del art. 2 CCom, dado su carácter unilateral y de uniformidad discutible.

(…) La jurisprudencia de esta sala siempre ha sido prudente en cuanto a la consideración de los usos bancarios como costumbre mercantil, insistiendo en que debe diferenciarse entre lo que son propiamente usos bancarios y lo que son meras prácticas bancarias (sentencias 232/1983, de 29 de abril; 320/1988, de 21 de abril; 686/1994, de 11 de julio; y 394/2011, de 15 de junio).

6.- Como consecuencia de ello, tanto desde la vertiente de estipulación no negociada individualmente, como desde la perspectiva de práctica no consentida expresamente (art. 82.1 TRLCU), lo determinante es el análisis de la cláusula desde la óptica del control de transparencia y, en su caso, de abusividad, como haremos a continuación.

(…) En el contrato de préstamo de dinero el interés remuneratorio es el precio del contrato, por lo que, si el prestatario es consumidor, únicamente cabe realizar el control de contenido (abusividad) si la cláusula que lo regula no es transparente (art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y jurisprudencia que lo interpreta: SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, *Kásler ;* de 26 febrero de 2015, C-143/13, *Matei*; de 20 de septiembre de 2017, C-186/16, *Andriciuc*; de 14 de marzo de 2019, C- 118/17, *Dunai*; y de 5 de junio de 2019, C-38/17, *GT*).

2.- Según reiterada jurisprudencia de esta sala, que por conocida y repetitiva es ocioso reproducir, el control de transparencia tiene por objeto que el adherente consumidor pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos.

3.- En la cláusula definitoria del cálculo del interés antes transcrita, se aprecia que el plazo de 360 días figura en ambos lados de la fórmula (…)

Es decir, de la mera lectura de la escritura pública se desprende que la fórmula de cálculo era 360/360 y no 365/360 como parece mantenerse en la demanda y en el recurso. Por lo que no cabe considerar que la cláusula cuestionada, aunque no se adapte estrictamente a las recomendaciones sobre formulación de la TAE, no fuera

transparente, más allá de las dificultades de comprensibilidad intrínseca que puede tener cualquier fórmula matemático-financiera para una persona no experta.

(…) Pues bien, como hemos visto al tratar las distintas fórmulas de cálculo, el método 360/360, aunque no se ajuste estrictamente a la normativa que prevé que el cálculo se haga mediante el método 365/365, no produce ningún desequilibrio en perjuicio del consumidor ni, en consecuencia, puede achacarse mala fe a la entidad predisponente al utilizarlo. Por lo que, siendo esa la fórmula de cálculo establecida en el contrato litigioso, no cabe considerar que resulte abusiva, en los términos del art. 82 TRLCU.

En contra de lo afirmado en el recurso de casación, el método de cálculo no beneficia sistemáticamente al banco, ni supone que se incremente el importe de los intereses remuneratorios. Como ha quedado expuesto, eso podría suceder si la fórmula adoptada hubiera sido la de 365/360, pero no con la que opera en el préstamo examinado.

6.- Tampoco cabría considerar que la cláusula es abusiva *per se*, por estar incluida en la *lista negra* de los arts. 85 a 90 TRLCU (en este caso, por falta de reciprocidad, *ex* art. 87), porque como hemos visto el método 360/360 no incurre en esa falta de correspondencia entre las situaciones de ambas partes". (F.D. 4º y 5º) [P.G.P.]

2. DERECHO DE SEGUROS

Jurisprudencia: Seguro de vida. Deber de declaración del riesgo. Incumplimiento. Relación entre la omisión y la cobertura del riesgo.

STS (Sala 1ª) de 1 de marzo de 2021, rec. nº 2178/2018.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d03f36e80595bc03/20210316

"(…) De la muy copiosa jurisprudencia de esta sala sobre la interpretación del art. 10 LCS (entre las más recientes, sentencias 647/2020, de 30 de noviembre, y 639/2020 y 638/2020, estas dos últimas de 25 de noviembre, y 611/2020, de 11 de noviembre) resulta especialmente de interés para el presente recurso: (i) que el deber de declaración del riesgo ha de ser entendido como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que además recaen las consecuencias que derivan de su no presentación o de la presentación de un cuestionario incompleto, demasiado genérico o ambiguo, con preguntas sobre la salud general del asegurado claramente estereotipadas que no permitan al asegurado vincular dichos antecedentes con la enfermedad causante del siniestro; (ii) que el asegurado no puede justificar el incumplimiento de su deber por la mera circunstancia de que el cuestionario sea rellenado o cumplimentado materialmente por el personal de la aseguradora o de la entidad que actúe por cuenta de aquella, si está probado que fue el asegurado quien proporcionó las contestaciones a las preguntas sobre su salud formuladas por dicho personal; y (iii) que lo que esta sala

debe examinar es si el tipo de preguntas formuladas al asegurado eran conducentes a que este pudiera representarse a qué antecedentes de salud conocidos por él o que pudiera conocer se referían, es decir, si las preguntas le permitían ser consciente de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando o silenciando datos relevantes para la exacta valoración del riesgo y causalmente relacionados con el siniestro.

(…) De aplicar la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta al único motivo del recurso se desprende que debe ser desestimado por las siguientes razones:

1ª) Hay que partir de la validez formal de la declaración de salud como cuestionario, pues que fue cumplimentada con las respuestas facilitadas por el propio asegurado al empleado de la entidad bancaria es un hecho que la sentencia recurrida considera probado y que, en puridad, ni siquiera se cuestiona en casación, pues lo que niega la parte recurrente es que el cuestionario fue materialmente cumplimentado por el asegurado, lo que no justifica que se prescindiera de sus respuestas (pág. 6 del escrito de interposición del recurso de casación). Además, en el cuestionario se reflejan dos datos de carácter personal, como el peso y la altura del asegurado, que la jurisprudencia viene considerando indicios de que tuvieron que ser aportados por el asegurado y, por tanto, de que el cuestionario se cumplimentó con sus respuestas (en este sentido, sentencia 638/2020 y las que en ella se citan).

2ª) Centrada la controversia en la validez material del cuestionario, es cierto -y así lo reconoce la sentencia recurrida- que alguna de las preguntas, como la referente a si el asegurado se encontraba en buen estado de salud, eran excesivamente genéricas 'por referirse de forma ambigua y estereotipada a la salud general del asegurado' (sentencia 638/2020). Pero la recurrente elude que a su hijo también se le formularon preguntas claras y concretas que, por el contrario, sí eran objetivamente conducentes a que pudiera representarse sin dificultad a qué antecedentes de salud por él conocidos se refería la aseguradora, como fue el caso de las relativas a si tenía alguna enfermedad crónica o si estaba o había estado alguna vez bajo tratamiento médico continuado por más de tres meses, ya que la documentación médica, la pericial de parte y el testimonio de la internista coinciden en considerar que cuando el asegurado firmó la póliza ya padecía una enfermedad crónica (infección por VIH en un estadio C3 compatible con SIDA) que no podía desconocer porque le había sido diagnosticada muchos años antes y le había llevado a múltiples ingresos, así como que venía siguiendo tratamiento médico con hasta ocho fármacos diarios, tanto por dicha patología como por otras de carácter hepático y por su politoxicómana (metadona). En consecuencia, al responder negativamente a dichas preguntas omitió conscientemente antecedentes de salud por los que fue preguntado y que la aseguradora no conocía.

3ª) A la anterior conclusión no obstan los argumentos de la recurrente sobre una supuesta atribución indebida a dicha parte de la carga de probar la inexistencia de dolo o culpa grave, toda vez que la sentencia recurrida se funda precisamente en la existencia de prueba suficiente de la ocultación dolosa, o sobre la supuesta infracción por la aseguradora de 'normas o protocolos de contratación', toda vez que se trata de una imputación ambigua, vaga e imprecisa que no permite ni tan

siquiera conocer a qué normas o protocolos se refiere y que, además, no tiene en cuenta que una vez presentado el cuestionario el asegurado está obligado a contestarlo sin ocultar o silenciar datos de salud conocidos o que debiera conocer por los que se le haya preguntado. En cualquier caso, el razonamiento de la sentencia recurrida sobre la obligación del asegurado de ser veraz se ajusta al art. 10 LCS y a la jurisprudencia que lo interpreta, y el relativo a la actuación del empleado de la aseguradora, ateniéndose a las respuestas del asegurado por carecer de conocimientos médicos, no puede ser tachado de irrazonable en función de los hechos que se declaran probados.

4ª) Finalmente, en cuanto al requisito del nexo causal entre los antecedentes de salud omitidos y el riesgo cubierto hay que partir de la doctrina jurisprudencial que admite que la relación de causalidad pueda probarse mediante un 'juicio de probabilidad cualificada' que corresponde al tribunal sentenciador, cuya apreciación solo cabe revisar en casación si es arbitraria o ilógica (sentencias 475/2013, de 3 de julio, 88/2014, de 19 de febrero, 124/2017, de 24 de febrero, y 208/2019, de 5 de abril, entre otras), y en el presente caso resulta:

(i) Que los hechos probados descartan que el fallecimiento tuviera etiología criminal. La demandante atribuyó la muerte de su hijo a una supuesta agresión, pero la causa penal fue sobreseída provisionalmente por no quedar suficientemente acreditada la existencia de delito, y tanto la hermana del fallecido en su denuncia como el informe provisional de autopsia atribuyeron el traumatismo cráneo-encefálico por el que fue ingresado el asegurado a una caída accidental de un vehículo, además de que dicho traumatismo no fue lo que provocó el fallo cardiaco.

(ii) Que si bien la sentencia impugnada reconoce que la falta del informe de autopsia definitivo dificulta conocer con absoluta certeza cuál fue la causa mediata de la muerte, el resto de las pruebas referidas en su fundamento de derecho tercero (certificado de defunción, informe de autopsia provisional, informe toxicológico, pericial de parte e informe y posterior declaración en juicio de la internista) sí permiten apreciar con un grado de convicción suficiente la influencia decisiva que tuvieron los antecedentes de salud ocultados, pues de ese material probatorio resulta que el deceso se debió a muerte súbita cuya causa inmediata no fue el referido traumatismo cráneo-encefálico sino un fallo cardiaco agudo, al que a su vez contribuyeron muy probablemente las patologías y los tratamientos ocultados por el asegurado, ya que la internista manifestó que los enfermos de VIH tienen mayor predisposición a la muerte súbita y el consumo prolongado de metadona fue asociado con la aparición sobrevenida de patologías cardiacas.

5ª) En definitiva, la sentencia recurrida, al concluir que el asegurado incurrió en dolo y, por tanto, que el asegurador quedó liberado de su prestación, no infringió el art. 10 LCS ni la jurisprudencia que lo interpreta". (F.D. 4º y 6º) [P.G.P.]

Jurisprudencia: Seguros. Acción de subrogación contra el Consorcio de Compensación de Seguros. Arts. 43 LCS y 11.1.d/ TRLRCSCV. Intereses moratorias.

STS (Sala 1ª) de 16 de marzo de 2021, rec. nº 4814/2018.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/45eebd523e4ba54c/20210329

"(…) Al versar los motivos del recurso sobre la misma cuestión, que no es otra que la interpretación del concepto de perjudicado del art. 11.1 d) del TRLRCSCVM y si tal condición se le puede atribuir a la demandante como consecuencia del ejercicio de la acción subrogatoria del art. 43 de la LCS, la decisión de los distintos motivos del recurso interpuesto serán objeto de tratamiento conjunto.

En el presente caso, la compañía aseguradora demandante acciona contra el Consorcio de Compensación de Seguros al amparo del art. 11.1 d) y 3 del TRLRCSCVM.

Deviene indiscutible que, con arreglo al apartado b) de la precitada regla 1 del art. 11, corresponde al Consorcio de Compensación de Seguros indemnizar los daños en las personas y en los bienes, ocasionados con un vehículo que tenga su estacionamiento habitual en España, cuando dicho vehículo no esté asegurado.

Conforme al apartado d) de dicho precepto corresponde igualmente al precitado organismo público '[...] indemnizar los daños a las personas y en los bienes cuando, en supuestos incluidos dentro del ámbito del aseguramiento de suscripción obligatoria o en los párrafos precedentes de este artículo, surgiera controversia entre el Consorcio de Compensación de Seguros y la entidad aseguradora acerca de quién debe indemnizar al perjudicado'. Todo ello, sin perjuicio de la ulterior acción de repetición contra la compañía de seguros del vehículo causante del daño si se demostrase la existencia de cobertura, al señalar el segundo inciso del art. 11.1 d) del TRLRCSCVM que '[...] si ulteriormente se resuelve o acuerda que corresponde indemnizar a la entidad aseguradora, ésta reembolsará al Consorcio de Compensación de Seguros la cantidad indemnizada más los intereses legales, incrementados en un 25 por 100, desde la fecha en que abonó la indemnización'.

A los efectos de lo dispuesto en esta última disposición normativa, el art. 20.2 del Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, especifica cuando se entenderá que existe controversia entre el Consorcio de Compensación de Seguros y la entidad aseguradora, al normar que concurre '[...] cuando ésta presente ante el Consorcio requerimiento motivado en relación al siniestro, o el perjudicado presente reclamación ante el Consorcio a la que acompañe justificación de que la entidad aseguradora rehúsa hacerse cargo del siniestro, y el Consorcio estimase que no le corresponde el pago'.

Por último, según el art. 11.3 del TRLRCSCVM '[...] el perjudicado tendrá acción directa contra el Consorcio de Compensación de Seguros en los casos señalados en este artículo'.

(…) En el caso que nos ocupa concurren los presupuestos necesarios para que prospere la acción subrogatoria ejercitada en demanda:

i) Se ha producido un siniestro, en el que la persona asegurada en la compañía demandante ostenta la condición jurídica de perjudicada.

ii) El daño sufrido le fue íntegramente resarcido por su compañía de seguros, en virtud de un seguro voluntario de automóvil a todo riesgo, que cubría los desperfectos de su vehículo.

iii) La actora, por decisión propia, ejercita los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondían a su asegurado frente a la entidad responsable del mismo, sin sobrepasar el límite de la indemnización satisfecha (art. 11.3 RTLRCSCVM).

iv) El Consorcio es responsable de cubrir la responsabilidad civil de los conductores que circulen sin seguro obligatorio o en los casos en los que se suscite controversia sobre la existencia de una cobertura de tal clase a tenor del art. 11.1 d) del TRLRCSCVM.

v) Existe controversia, conforme al art. 20 del Reglamento del TRLRCSCVM, cuando '[...] el perjudicado presente reclamación ante el Consorcio a la que acompañe justificación de que la entidad aseguradora rehúsa hacerse cargo del siniestro, y el Consorcio estimase que no le corresponde el pago'.

vi) Consta como la actora se dirigió a la compañía AXA, que rehusó hacerse cargo del siniestro por falta de seguro. Por tal circunstancia, formuló reclamación ante el Consorcio de Compensación de Seguros, a los efectos del art. 11.1 d) del TRLRCSCVM, para que se hiciera cargo de la indemnización satisfecha por liquidación del siniestro. Dicho organismo rehusó tal petición, dado que '[...] no es posible asumir la reclamación ya que es un supuesto de controversia y al ser un todo riesgo la Cía, no tiene la condición de tercero perjudicado a efectos de esta ley'.

Es decir, que el Consorcio reconoció expresamente que concurría una situación legal de controversia, aunque no atendió a la reclamación de la demandante, al negarle la condición de perjudicado a efectos legales.

Bajo los presupuestos reseñados el recurso debe ser acogido. No podemos aceptar la argumentación de la Audiencia que considera, al interpretar el art. 11.1 d) del TRLRCSCVM, que la acción que atribuye dicho precepto al perjudicado contra el Consorcio, en casos de controversia sobre la existencia de cobertura de seguro obligatorio, corresponde exclusivamente al titular del vehículo siniestrado, de manera que no pueda ser entablada vía subrogatoria por parte de su compañía de seguros, que le indemnizó sus daños y le garantizó la indemnidad patrimonial.

El razonamiento expuesto constituye una interpretación restrictiva de dicho precepto que atribuye, sin base para ello, una suerte de naturaleza personalísima a la acción directa del perjudicado contra el Consorcio, que desvirtúa el ejercicio, por la actora, de los derechos de su asegurado, que le brinda el art. 43 de la LCS, y que liberaría de esta forma al Consorcio de una obligación legal impuesta, sin que el criterio, que se adopta en esta sentencia, entre en colisión con la invocada directiva comunitaria, en cuanto ésta lo que pretende es que se determine de antemano quien

debe hacerse cargo del siniestro en los supuestos de controversia sobre la existencia del seguro obligatorio, pero sin que se extienda a determinar los límites de la acción subrogatoria ejercitada.

Ello no significa que el Consorcio asuma obligaciones que no le corresponden, puesto que siempre le queda abierta la acción de repetición contra la compañía que niega la cobertura al vehículo causante del siniestro, incluso con la garantía reforzada que supone la responsabilidad agravada de ésta con el incremento del interés de demora en un 25%, en el caso de que se demuestre la existencia de tal aseguramiento, lo que no conforma el objeto de este proceso, una vez reconocido por el Consorcio la existencia de controversia.

En definitiva, consideramos que la interpretación de la Audiencia es contraria a la esencia de la acción subrogatoria, que atribuye a la demandante la posibilidad de ejercitar los derechos y acciones que corresponden a la persona asegurada a la cual le correspondía acción directa contra el Consorcio conforme al art. 11.3 TRLRCSCVM". (F.D. 3º) [P.G.P.]

Jurisprudencia: Seguro multirriesgo familia-hogar. Siniestro por lluvias. Clausula de delimitación del riesgo o limitativa de los derechos del asegurado

STS (Sala 1ª) de 22 de marzo de 2021, rec. nº 3411/2018.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f20d8e799e18dd9a/20210408

"(…) De lo expuesto en los antecedentes se deduce que estando cubiertos, en abstracto, como riesgo los daños materiales en los bienes del asegurado causados por lluvia, al mismo tiempo se excluían cuando la lluvia no excediese de 40 litros por metro cuadrado medido durante una hora consecutiva.

Mientras que en la sentencia recurrida se declara que esa especificación de lo que se consideraba anormalidad en la lluvia era una mera delimitación del riesgo, que no precisaba de aceptación específica; por el recurrente en casación se considera una cláusula limitativa, que conforme al art. 3 de la LCS, precisa de aceptación específica y que sean destacadas 'de modo especial'

(…) De la doctrina jurisprudencial transcrita se puede llegar a la conclusión de que nos encontramos ante una cláusula limitativa en cuanto restringe o modifica el derecho del asegurado, generando confusión en el mismo, hasta el punto de que razonablemente podría creer que estaba acogido a la cobertura del riesgo por lluvia, cuando de forma poco transparente se incluía una condición especial en la página 14 de la póliza, que alteraba el contenido usual de este tipo de contratos, alterando las expectativas razonables del asegurado, confiado en el texto de las condiciones particulares de la póliza. Este tipo de cláusula que calificamos como limitativa, restringe de forma esencial, inesperada y exorbitante el objeto del seguro, la cual no respeta el dictado del art. 3 de la LCS, pues no fue destacada ni aceptada

expresamente, por lo que en este aspecto se ha de estimar el recurso de casación". (F.D. 2º) [P.G.P.]

Jurisprudencia: Convenio CMR. Acción directa del transportista contra la aseguradora del subcontratista. Prescripción de la acción.

STS (Sala 1ª) de 26 de marzo de 2021, rec. nº 4500/2018.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4658404d0deb9d35/20210412

"(…) Los hechos litigiosos no constituyen un supuesto de solidaridad impropia, en el que concurran una pluralidad de sujetos, que conjuntamente causen el siniestro sin posibilidad de determinación de la específica participación de cada uno de ellos en la génesis del daño, ni es éste causado por miembro indeterminado de un grupo, ni es consecuencia de un concurso entre la conducta culposa del causante material y la falta de activación de los mecanismos de prevención controlados por otro sujeto de derecho que lo hubiera evitado, sino ante un caso de incumplimiento de las obligaciones dimanantes de un contrato de transporte por negligencia contractual del demandado, que cuenta con su propia compañía de seguros que le da cobertura al siniestro objeto del litigio.

En la sentencia 709/2016, de 25 de noviembre, hemos señalado que la interrupción de la prescripción tratándose de las obligaciones solidarias no opera en los supuestos de solidaridad impropia, como es la derivada de la responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente; sin perjuicio de aquellos casos en los que, por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado; pero esta jurisprudencia no es aplicable a las relaciones existentes entre aseguradora y asegurado, unidos por vínculos de solidaridad derivados de la ley, que atribuye al perjudicado la acción directa contra la aseguradora del causante del daño.

Precisamente, la sentencia de esta Sala 161/2019, de 14 de marzo, con cita de la anterior resolución, reconoció que la reclamación frente al asegurado perjudica a su aseguradora. O la sentencia 71/2014, de 25 de febrero, que igualmente proclama la solidaridad pasiva entre asegurado y asegurador frente a la víctima, que aparece dotada de acción directa contra la Compañía aseguradora.

No podemos pues aceptar el argumento de la parte demandada de que el plazo discurra desde la fecha en que se efectúo el pago por parte del demandante al cargador el 30 de junio de 2009, que acoge la sentencia de la Audiencia.

(…) A la hora de analizar dicho motivo de casación hemos de partir del hecho de que Urgo Import Export, S.L., no accedió a la pretensión de repetición de lo pagado por el Sr. Estanislao a la entidad cargadora Tubi Accial Inox, s.r.l. Consecuencia de ello fue la necesidad de demandarla judicialmente, tramitándose el correspondiente

procedimiento con la oposición de dicha transportista que instó su absolución. La compañía aseguradora no alega que desconociera la reclamación, ni la ulterior pendencia de dicho proceso judicial, lo que, por otra parte, es realmente difícil de admitir, sino que, para que la prescripción no operase contra ella, era necesario que la demanda interpuesta se hubiera planteado conjuntamente con la mercantil asegurada y, al no hacerse así, la acción objeto de este proceso estaría prescrita.

Dicho argumento no es de recibo, en tanto en cuanto no existe una suerte de litisconsorcio pasivo necesario, que exija la interpelación conjunta de deudores unidos por vínculos de solidaridad frente al perjudicado.

La acción derivada del contrato de subtransporte concertado entre el demandante contra Urgo Import Export, S.L. (art. 39.4 CMR) no estaba prescrita, toda vez que fue estimada por sentencia firme dictada por un tribunal italiano, que condenó a Urgo a hacerse cargo del importe de las mercancías sustraídas por su grave negligencia, al incumplir su obligación de custodiarlas, hasta su entrega definitiva al destinatario de las mismas.

Es lógico, entonces, que el plazo de prescripción contra la aseguradora deba contarse a partir del momento en que adquirió firmeza la sentencia dictada por el tribunal italiano. En este sentido, en un caso de un seguro de responsabilidad civil, la sentencia 175/2016, de 17 de marzo, con cita de las sentencias 210/2006, de 28 febrero, y 109/2013, de 8 de marzo.

Ahora bien, lo que la ley no regula es el plazo de prescripción de la acción directa, que debe contarse en este caso desde la firmeza de la sentencia que declara la responsabilidad de Urco, sin que tampoco conste la fecha en que dicha resolución judicial adquirió el estado procesal de cosa juzgada.

En cualquier caso, no es de aplicación el plazo de prescripción del art. 23 de la Ley de Contrato de Seguro, toda vez que éste opera en el marco de las relaciones contractuales propias de un contrato de dicha naturaleza, sin que entre el actor y la compañía aseguradora existan vínculos de tal clase. Tampoco el art. 1968.2 del CC, dado que no nos encontramos ante una reclamación derivada de responsabilidad extracontractual. En el contexto expuesto, el plazo de prescripción será el que rija para el ejercicio del derecho que tiene el perjudicado frente a la entidad asegurada que en este caso es el propio de un contrato de transporte internacional de mercancías, y, por consiguiente, el de uno o tres años según resulta del juego normativo del art. 32 de la CMR.

En efecto, el art. 32 CMR establece dos plazos, uno general de un año, y otro de tres para el caso de dolo o de falta equivalente a dolo, según la Ley de la jurisdicción escogida.

Pues bien, en este caso, en atención a las circunstancias concurrentes consideramos que el plazo que opera es el de tres años, dado que la conducta del asegurado puede subsumirse a una falta equivalente al dolo, dadas las circunstancias concurrentes. En primer término, el importante valor de las mercancías transportadas de

150.695,02 euros, que exigía extremar la obligación de custodia. En segundo término, el hecho concluyente de que se deje estacionado el remolque con la mercancía en un aparcamiento para camiones fuera del polígono industrial en donde se ubicaban los locales del destinatario, sin medidas de seguridad, ni vigilancia estática o dinámica acreditada, quedando los tubos de acero en el interior del remolque con lonas. Todo ello unido al dato significativo de que la subporteadora no se vuelve a interesar por la mercancía, desde el día 19 de diciembre de 2008 hasta el 7 de enero de 2009, que es cuando, al disponerse a entregarla, comprueba que fue sustraída, tal y como resulta de la denuncia formulada a la guardia civil, sin que, a consecuencia de ello, pudiera especificar la fecha concreta en que se produjo el delito denunciado.

En la sentencia de esta Sala 399/2015, de 10 de julio, en un caso de robo de la mercancía, (estacionamiento en lugar peligroso, accesible y no vigilado, débil protección de la mercancía en un remolque cubierto por una lona y ausencia de vigilancia por el conductor) se consideró que dichas circunstancias permitían que la calificación de la conducta del transportista tuviera acogida en el sentido amplio del dolo, respecto del incumplimiento de los deberes elementales de la obligación de custodia que le incumbía; extremo que justifica la no aplicación de los límites cuantitativos derivados del artículo 23, en relación al artículo 29 del CMR, que habla de dolo o culpa que sea equiparada al dolo por la Ley de la Jurisdicción a que se refiera". (F.D. 4º, 5º) [P.G.P.]

Jurisprudencia: Seguro de RC profesional. Intereses moratorios.

STS (Sala 1ª) de 27 de abril de 2021, rec. nº 1665/2018.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4b80fa64c02e9864/20210510

"(…) La sentencia 110/2021, de 2 de marzo, sintetiza la jurisprudencia sobre los intereses del art. 20 LCS en los siguientes términos: no concurre causa justificada, conforme al art. 20.8 de la LCS, que ampare la pasividad de la aseguradora en la liquidación del siniestro, cuando: (i) no cuestiona su realidad; (ii) tampoco la responsabilidad del asegurado; (iii) ni la existencia de cobertura derivada del contrato de seguro.

Por el contrario, cuando únicamente se discrepa de la cuantía de la indemnización postulada en la demanda, ese desacuerdo cuantitativo no constituye causa justificada para la elusión de los intereses, conforme a una reiterada jurisprudencia (sentencias 328/2012, de 17 de mayo; 641/2015, de 12 de noviembre; 317/2018, de 30 de mayo; 47/2020, de 22 de enero; y 643/2020, de 27 de noviembre; entre otras muchas).

2.- Ninguna de tales circunstancias justificativas concurre en este caso. La compañía no podía cuestionar la realidad del siniestro ni la responsabilidad del asegurado

desde el momento en que éste reconoció su negligencia en el acto de conciliación. Y como hemos visto, la simple diferencia entre lo reclamado y lo ofertado o finalmente obtenido no puede considerarse causa de exoneración del art. 20.8 LCS.

3.- Como consecuencia de lo cual, debe considerarse que la sentencia recurrida infringe la jurisprudencia de esta sala y, por ello, estimarse el recurso de casación". (F.D. 3º) [P.G.P.]

Jurisprudencia: Seguro de vida. Deber de declaración del riesgo. Mora del asegurador.

STS (Sala 1ª) de 29 de abril de 2021, rec. nº 3016/2018.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a59410c9cfa783be/20210511

"(…) De la muy copiosa jurisprudencia de esta sala sobre la interpretación del art. 10 LCS (p. ej., sentencias 661/2020, de 10 de diciembre, 647/2020, de 30 de noviembre, y 639/2020 y 638/2020, estas dos últimas de 25 de noviembre, y 611/2020, de 11 de noviembre) resulta especialmente de interés para el presente recurso lo siguiente: (i) el deber de declaración del riesgo ha de ser entendido como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que además recaen las consecuencias que derivan de su no presentación o de la presentación de un cuestionario incompleto, demasiado genérico o ambiguo, con preguntas sobre la salud general del asegurado claramente estereotipadas que no permitan al asegurado vincular dichos antecedentes con la enfermedad causante del siniestro; y (ii) lo que esta sala debe examinar es si el tipo de preguntas formuladas al asegurado eran conducentes a que este pudiera representarse a qué antecedentes de salud conocidos por él o que pudiera conocer se referían, es decir, si las preguntas le permitían ser consciente de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando o silenciando datos relevantes para la exacta valoración del riesgo y causalmente relacionados con el siniestro.

La sentencia 611/2020, con cita de las sentencias 333/2020, de 22 de junio, y 345/2020, de 23 de junio, reitera, en primer lugar, que del art. 10 LCS resulta claramente que lo determinante de la liberación del pago de la prestación a cargo del asegurador no es la mera inexactitud en las respuestas del asegurado sino el dolo o la culpa grave, es decir, 'la inexactitud intencionada o debida a una culpa o negligencia de especial intensidad', y en segundo lugar, en cuanto a la relevancia de la relación causal entre el dato omitido y el riesgo cubierto, que como resulta de la 345/2020, y de las sentencias 562/2018, de 10 de octubre, 307/2004, de 21 de abril, y 119/2004, de 19 de febrero, el incumplimiento del deber de declaración leal del art. 10 LCS precisa que concurran los requisitos siguientes:

'1) que se haya omitido o comunicado incorrectamente un dato relevante; 2) que dicho dato hubiera sido requerido por la aseguradora mediante el correspondiente cuestionario y de manera clara y expresa; 3) que el riesgo declarado sea distinto del

real; 4) que el dato omitido o comunicado con inexactitud fuera conocido o debiera haber sido conocido con un mínimo de diligencia por el solicitante en el momento de realizar la declaración; 5) que el dato sea desconocido para la aseguradora en ese mismo momento; y 6) que exista una relación causal entre la circunstancia omitida y el riesgo cubierto'.

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

1ª) Centrada la controversia en si las preguntas contenidas en el cuestionario eran conducentes a que el asegurado pudiera representarse sus antecedentes de salud conocidos como influyentes para valorar el riesgo, procede advertir, en primer lugar, que algunas de las preguntas, como la referente a si se encontraba en buen estado de salud (pregunta 11) o a si tenía alguna alteración física o funcional (pregunta 4), fueron excesivamente genéricas, en el primer caso 'por referirse de forma ambigua y estereotipada a la salud general del asegurado' (sentencia 638/2020) y en el segundo por dejar al arbitrio del asegurado qué entendía por alteración (así lo declaró la sentencia 345/2020, de 23 de junio, respecto de una pregunta sobre si padecía minusvalía o limitación); y en segundo lugar, que aunque también se le preguntó por enfermedades o patologías concretas, sin embargo no se le preguntó específicamente ni por patologías de tipo cardiaco o pulmonar en general, ni por problemas actuales de hipercolesterolemia e hipertensión, lo que habría sido razonable por ser notorio que constituyen factores de riesgo generalmente asociados a las enfermedades coronarias y, en concreto, a la cardiopatía isquémica determinante del fallecimiento.

2ª) Aunque la jurisprudencia viene entendiendo que el asegurado infringe su deber de declaración del riesgo cuando, pese a la generalidad del cuestionario, existen elementos significativos que el asegurado debería representarse como objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar el riesgo, no es este el caso.

Así, del hecho probado de que trece años antes de firmar la póliza se diagnosticaran al asegurado tanto una hipertensión arterial como una hipercolesterolemia (también se le diagnosticó una esquizofrenia paranoide, pero esta enfermedad carece de relación causal con la patología que provocó el fallecimiento), y de que en ambos casos se le prescribiera tratamiento farmacológico y seguimiento o control médico, no cabe colegir, en contra del criterio de la sentencia recurrida, que el asegurado tuviera que ser necesariamente consciente al tiempo de firmar la póliza de la importancia que tenían esos remotos antecedentes de salud para la exacta valoración del riesgo, pues no se ha objetivado la persistencia de los mismos en el tiempo porque de la documentación no resulta un diagnóstico concreto de patología cardiaca o pulmonar y nada dice que permita suponer que el asegurado continuara bajo tratamiento o control médico a resultas de aquellos antecedentes. Es decir, que el asegurado tuviera que ser consciente de sus antiguos problemas de tensión y colesterol alto, en tanto que le fueron diagnosticados en su día, no implica que esos problemas persistieran ni que por lo tanto el asegurado tuviera que ser consciente

de padecerlos en el momento de firmar la póliza, que fue lo que se le preguntó, y mucho menos que tuviera que representarse necesariamente su importancia para el riesgo que pretendía asegurar.

En cuanto a los supuestos antecedentes de tabaquismo, a los que alude la sentencia de primera instancia y sobre los que nada dice la sentencia recurrida, no hay datos en la documentación médica que permitan objetivar su existencia y, además, para descartar su relevancia en este caso basta recordar que al asegurado no se le preguntó si consumía tabaco, sino si consumía más de 40 cigarrillos al día (pregunta 8), de modo que en la hipótesis de tenerle por fumador la respuesta negativa a esa concreta pregunta no podría considerarse inveraz al no existir constancia de un consumo tan elevado ni, por tanto, de que ese consumo tuviera relación causal con la patología cardiaca que ocasionó su fallecimiento (en este sentido, sentencia 611/2020).

3ª) En definitiva, no hay constancia de que esos remotos antecedentes persistieran cuando firmó la póliza, ni que en ese momento impidieran al asegurado llevar una vida normal (pues tampoco constan periodos de incapacidad por enfermedad), por lo que no cabe reprochar al asegurado que no se los representara como objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar el riesgo, pues de nuevo procede resaltar que lo que libera a la aseguradora, conforme al art. 10 LCS, es el dolo o la culpa grave del asegurado, no la mera inexactitud en sus respuestas". (F.D. 5º) [P.G.P.]

III. DERECHO PROCESAL

Jurisprudencia: En el proceso penal no existe eficacia prejudicial positiva de la cosa juzgada.

STS (Sala 2ª) de 3 de marzo de 2021, rec. nº 1984/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/89bae8ee34bc1685/20210317

"(…) sostiene el recurrente que este Tribunal Supremo habría resuelto ya, 'negando el carácter de espacio protegido a los terrenos en que se ubica la URBANIZACION000', pronunciamientos que, a su parecer, constituyen cosa juzgada (…).

(…) Se parte aquí, a nuestro juicio, de un incorrecto entendimiento de los efectos de la cosa juzgada en el proceso penal. Pareciera, si hemos entendido correctamente los razonamientos del recurrente, que se pretende por el mismo que la Audiencia Provincial habría de otorgar a los pronunciamientos jurisdiccionales que cita la parte quejosa, una suerte de efecto prejudicial vinculante, tradicionalmente denominado como efecto positivo de la cosa juzgada, modalidad o variante de dicha institución a la que el proceso penal es refractario.

(…) lo explica (…) la sentencia número 654/2020, de 2 de diciembre, cuando observa: 'A diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal. Cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba y conforme a su específico contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto, a salvo, claro, de los supuestos excepcionales que puedan dar sustento a una cuestión prejudicial de las previstas en el artículo 3 y ss LECRIM (…) la única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa, que simplemente consiste en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona'.

(…) en el ámbito del enjuiciamiento criminal, únicamente operan, como regla, los efectos (ya formales, ya materiales) negativos de la cosa juzgada, de tal modo que ni pueden ser impugnadas las resoluciones que, por su propia naturaleza, están excluidas de recurso o que, siendo recurribles, han ganado firmeza por no haber sido impugnadas oportunamente (efectos formales); ni es posible someter nuevamente a enjuiciamiento unos hechos que fueron ya objeto de un proceso anterior resuelto en firme (efectos materiales). Estos efectos materiales negativos de la cosa juzgada (contemplados en nuestra ley procesal como uno más de los llamados artículos de previo pronunciamiento en el procedimiento ordinario, e invocables, como cuestión previa, al inicio de las sesiones del acto del juicio, en el abreviado), no son, en realidad, los que aquí reivindica la parte recurrente, habida cuenta de que los mismos demandan la identidad de los hechos enjuiciados y de los sujetos frente a los que se dirige la acusación (identidades que no concurren notoriamente en este caso)." (F.D. 2º) [E. de L.G.]

Jurisprudencia: Las manifestaciones vertidas por la persona sospechosa en sede policial solamente tendrán valor probatorio si son realizadas de forma espontánea.

STS (Sala 2ª) de 4 de marzo de 2021, rec. nº 1292/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/a1ee550df62101d7/20210317

"El atestado policial expresa (…) que la confesión (…) se efectuó voluntariamente al ser preguntado. No se duda de la voluntariedad. Pero es cuestionable la espontaneidad en la medida en que se estaba contestando a preguntas formuladas directamente por los agentes sin previa información de derechos. (…)

La STS 229/2014, de 25 de marzo expone así la doctrina vigente sobre esta cuestión:

'(…) No es espontáneo lo que se manifiesta en respuesta a unas preguntas específicas sobre los hechos objeto de investigación, realizadas por los agentes policiales responsables de la misma, en las propias dependencias policiales y después de haber sido conducido el sospechoso a dichas dependencias por los agentes actuantes.

No se trata en este supuesto de una comparecencia voluntaria ante los agentes, ni de una manifestación que se produce espontáneamente, sin interrogatorio alguno, cuando los agentes policiales se dirigen a un sospechoso en el lugar donde es sorprendido, inmediato al lugar del delito, o de una declaración no provocada seguida de la aportación de un dato fáctico esencial desconocido por la fuerza, que se comprueba seguidamente como válido (…).

Este tipo de manifestaciones, efectivamente espontáneas y no provocadas mediante un interrogatorio más o menos formal de las fuerzas policiales, son las que admite esta Sala que se valoren probatoriamente si se constata que fueron efectuadas respetando todas las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, de forma absolutamente voluntaria y espontánea, sin coacción alguna, y que se introducen debidamente en el juicio oral mediante declaración, sometida a contradicción, de los agentes que la presenciaron (pero en ningún caso la provocaron).

Cuestión distinta es cuando las declaraciones se producen en un interrogatorio policial preliminar, en sede policial, y en respuesta a preguntas referidas específicamente al hecho delictivo investigado, como sucede en el caso actual. Constituiría un verdadero fraude procesal que, no constituyendo prueba de cargo la auto incriminación policial con asistencia de abogado, no ratificada en sede judicial, se admitiese como prueba de cargo válida la misma incriminación en un interrogatorio preliminar, sin abogado y sin previa información de derechos'." (F.D. 2º) [E. de L.G.]

Jurisprudencia: La duda sobre la concurrencia de un error de tipo debe conllevar la aplicación del principio in dubio pro reo y, en consecuencia, estimar la existencia de error.

STS (Sala 2ª) de 4 de marzo de 2021, rec. nº 2122/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/6c624a0e7c872727/20210317

"(…) La presunción de inocencia extiende su manto protector también al tipo subjetivo. El conocimiento por parte del autor (tipo subjetivo) de los elementos objetivos del tipo ha de quedar acreditado.

Hoy está en cuestión también la añeja tesis de que el error, para ser apreciado, tendría que quedar plenamente probado por ser un hecho impeditivo. Solo cuando estuviese absolutamente acreditado el desconocimiento sería apreciable el error (art. 14 CP).

(…) La jurisprudencia más tradicional proclamaba que las eximentes, atenuantes u otras causas excluyentes de la responsabilidad penal, para ser apreciadas, habrían de estar 'tan acreditadas como el hecho mismo'. No estarían abarcadas por el principio *in dubio*. Las dudas o la falta de prueba habrían de solventarse en favor de su no aplicación. Esta fórmula incluso recibió las bendiciones del Tribunal Constitucional: la presunción de inocencia no se proyecta sobre eximentes, o atenuantes u otras circunstancias extintivas o excluyentes de la responsabilidad penal.

Tal axioma, no solo no es suscribible hoy sin muchos matices que acaban por contradecirlo, sino que está diluyéndose en la jurisprudencia más reciente (…).

(…) siendo cierto que en materia de eximentes o error lo ordinario será que la carga de su alegación (…) corresponda a la defensa por razones que son más experienciales que dogmáticas o procesales; no es exacto, en cambio, que las dudas hayan de resolverse en contra de su apreciación (…), sino manejando parámetros que, si no son totalmente equiparables a la presunción de inocencia, sí que se le aproximan enlazando con el principio *in dubio*.

(…) Las dudas sobre el conocimiento por parte del autor de un elemento esencial del tipo obligan a inclinarse por la alternativa más favorable al acusado; en este caso, la existencia de error.

Y si la Sala ha afirmado su certeza sobre la concurrencia de tal elemento (…), podrá impugnarse ese juicio en casación enarbolando el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Salvo confesión del acusado, para probar tales elementos internos ha de acudirse ordinariamente a la técnica de la prueba indiciaria." (F.D. 1º) [E. de L.G.]

Jurisprudencia: El TS repasa la función y límites de revisión del recurso de casación penal frente a una sentencia absolutoria.

STS (Sala 2ª) de 17 de marzo de 2021, rec. nº 2396/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/5440013efc3ebf14/20210330

"(…) el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

(…) la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir, cuando esta

Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico.

La función esencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que actúa específicamente como el órgano superior, o más propiamente supremo, del orden jurisdiccional penal, conforme a la función que le atribuye el art. 123 CE, es la que realiza a través del cauce de la infracción de ley (…) sin perjuicio de que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, unifique también el ordenamiento procesal penal.

En esta línea y específicamente sobre la posibilidad de revisar en casación el tipo subjetivo del delito, declaraba la STC 37/2018, de 23 de abril, lo siguiente: '(...) también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia (…)'.

(…) Lo que debe examinarse en esta sede es si el proceso de valoración de la racionalidad de la prueba ha sido correcto (…) que la explicación razonada que da la sala del TSJ se ajusta a los cánones exigidos de motivación y análisis de la prueba que se ha dispuesto en la sentencia de instancia para dictar la sentencia absolutoria." (F.D. 2º) [E. de L.G.]

IV. DERECHO DE TRABAJO

Jurisprudencia: Se declara accidente de trabajo el atropello producido por un tercero cuando una trabajadora aprovechó el descanso de 20 minutos dentro de la jornada de trabajo para cambiar de lugar su vehículo.

STS (Sala 4ª) de 13 de octubre de 2021, rec. nº 5042/2018

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a442011ab546d02f/20211029

"Consta acreditado que el día 18 de agosto de 2016, cuando la actora -con la intención de aparcarlo más cerca- se dirigía a su vehículo situado en las inmediaciones de su centro de trabajo durante su tiempo de descanso de 20 minutos, sufrió un atropello por un tercero. A partir de ahí, se inicia un proceso de IT en el que se hace constar, como contingencia determinante del mismo, la de accidente no laboral. El médico de cabecera de la actora emitió parte de baja desde el 18 de agosto de 2016 con diagnóstico de contusión múltiple y mareos". (FD 1º).

"Como ha recordado la sentencia de esta Sala de 27 de enero de 2014 (rcud. 3179/2012), con cita de la de 9 de mayo de 2006 (rcud. 2932/2004), 'La definición de accidente de trabajo contenida en el art. 115.1 LGSS está "concebida en términos amplios y como presupuesto de carácter general, en el número 1 del precepto, debe ser entendida de conformidad con el resto del artículo y con otras normas que han venido a desbordar aquella concepción del accidente de trabajo', recordando asimismo, que, 'La doctrina de esta Sala que ha interpretado y aplicado el art. 115 LGSS, en sus distintos apartados, 'es muy abundante, y aunque en todas las ocasiones ha resaltado la necesidad de que entre el trabajo y la lesión que sufra el trabajador sea apreciable un nexo de causalidad, afirmando en este sentido que no siempre el trabajo es la causa única y directa del accidente; pueden concurrir otras causas distintas, pero el nexo causal entre el trabajo y el accidente no debe estar ausente en ningún caso, como advierte la sentencia de 7 de marzo de 1987'.

En el presente caso, es indudablemente aplicable la teoría de la 'ocasionalidad relevante', caracterizada -como se ha dicho-, por una circunstancia negativa y otra positiva. La primera es que los elementos generadores del accidente no son específicos o inherentes al trabajo y la positiva es que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida del trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido el evento. La trabajadora se accidentó cuando salió de la empresa dirigiéndose a tomar un café dentro del tiempo legalmente previsto como de trabajo de quince minutos por tratarse de jornada superior a seis horas, habitualmente utilizado para una pausa para 'tomar café', como actividad habitual, social y normal en el mundo del trabajo (primer elemento), ahora bien, el trabajo es la condición sin la cual no se hubiera producido el evento (segundo elemento). El nexo de causalidad nunca se ha roto, porque la pausa era necesaria, y la utilización de los quince minutos de la misma por la trabajadora se produjeron con criterios de total normalidad.

Doctrina de aplicación al supuesto enjuiciado, en el que -como queda dicho-, el accidente ocurrió cuando el día 18/08/2016 la actora -con la intención de aparcarlo más cerca- se dirigía a su vehículo situado en las inmediaciones de su centro de trabajo durante su tiempo de descanso en el trabajo de 20 minutos, sufrió un atropello por un tercero.

El tiempo de descanso viene convencionalmente establecido, con la consideración de tiempo de trabajo efectivo.

Tales hechos evidencian la existencia de un enlace directo y necesario entre la situación en la que se encontraba la trabajadora cuando se produjo el accidente y el tiempo y el lugar de trabajo, y si bien permite aplicar la presunción del art. 156.3 LGSS., acreditada su producción con 'ocasión' de su trabajo, que es la condición sin la cual no se hubiera producido el evento, el nexo de causalidad nunca se ha roto, porque la pausa era necesaria, y la utilización de la misma por la trabajadora se produjo con criterios de total normalidad, en consecuencia, la calificación profesional se impone por el art. 156.1 LGSS.

Sentado lo anterior, en el supuesto enjuiciado no concurre ninguna circunstancia que evidencie de manera inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y el accidente. Todo ello determina que, atendiendo a las particulares circunstancias fácticas del caso antes señaladas, el accidente de trabajo, y en consecuencia las prestaciones derivadas del mismo, hayan de calificarse como derivados de accidente de trabajo, procediendo en consecuencia a la desestimación del recurso y confirmación y firmeza de la sentencia recurrida que así lo entendió, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal". (FD 3º). [E.T.V].

Jurisprudencia: La extinción del contrato de trabajo de forma tácita ocasionada por el cierre de la empresa puede dar derecho a la jubilación anticipada.

STS (Sala 4ª) de 14 de octubre de 2021, rec. nº 4088/2018

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/85fd58611121066b/20211108

"En el actual caso, la pensión de jubilación anticipada del artículo 207 d) LGSS se ha denegado por la sentencia recurrida porque la extinción del contrato de trabajo no se encauzó a través de los supuestos extintivos previstos en el artículo 207.1 d) LGSS, debiendo mencionarse que entre ellos están, a los efectos que aquí importan, el despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 51 ET, y el despido objetivo por esas mismas causas, conforme al artículo 52 c) ET.

En el presente supuesto, existió un cierre de hecho de la empresa que extinguió tácitamente el contrato del trabajador recurrente, siendo el despido calificado judicialmente de procedente con derecho a la correspondiente indemnización. Legalmente, un cierre de empresa que vaya a dar lugar a la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores tiene que encauzarse preceptivamente, sin realizar ahora mayores previsiones, por la vía del artículo 51 ET o del artículo 52 c) ET, dependiendo del número de empleados afectados. Pero el hecho de que la empresa no proceda al cierre como legalmente debe hacerlo (la sentencia de instancia refiere la circunstancia de que "la administradora única de la empresa falleciera y no articulara el proceso de ERE colectivo"), sino que el cierre sea de facto y, en consecuencia, que los despidos sean tácitos (derivados de un comportamiento inequívocamente concluyente), no puede perjudicar, ni el incumplimiento hacerse recaer, sobre el trabajador.

En este sentido, y a los efectos del artículo 207.1 d) LGSS, un trabajador cuya empresa se cierra y cuyo contrato se extingue por la vía del artículo 51 ET o del artículo 52 c) ET está en una posición sustancialmente similar a la de un trabajador cuya empresa cierra (de hecho) y cuyo contrato de trabajo se extingue tácitamente como consecuencia de ese cierre de facto. En ambos casos, si el cierre de la empresa se quiere que conlleve la extinción de los contratos de trabajo, dicha extinción debe tramitarse conforme requieren los artículos 51 y 52 c) ET. Y si la empresa no lo

hace así, como legalmente debe hacerlo, ello no debe jugar en perjuicio del trabajador, de quien no depende, ni está en su mano, cumplir las formalidades de los artículos mencionados.

En el examen de la contradicción, ya hemos avanzado, por lo demás, que el artículo 207.1 d) LGSS no requiere que la calificación de los despidos tramitados por los artículos 51 y 52 c) ET sea la de ajustados a derecho o procedentes. También se tendrá derecho a la pensión anticipada -siempre, naturalmente, que se cumplan los restantes requisitos exigidos, lo que aquí en ningún momento se discute-, aunque el despido colectivo o el despido objetivo del artículo 52 c) ET sean declarado nulos o improcedentes. Y ya hemos visto que, en el presente caso, el despido del trabajador fue calificado de improcedente. Y, en fin, el trabajador interpuso la correspondiente demanda judicial y su despido fue declarado improcedente con derecho a la correspondiente indemnización. No se incurrió así en los supuestos en que hemos rechazado que se tuviera derecho a acceder a la pensión de jubilación anticipada por dudarse de la realidad del despido y no acreditarse debidamente el derecho a la correspondiente indemnización y a su percepción efectiva (SSTS 721/2018, 5 de julio de 2018, rcud 1312/2017, 775/2019, 13 de noviembre de 2019, rcud 2875/2017, 570/2020, 1 de julio de 2020, rcud 2267/2018, y 576/2021, 26 de mayo de 2021, rcud 554/2019). Pero, en el presente caso, el despido ha sido judicialmente declarado improcedente y el derecho a la correspondiente indemnización también ha sido judicialmente reconocido". (FD 4º). [E.T.V].

Jurisprudencia: El requerimiento de la Inspección de Trabajo a una empresa ante una denuncia anónima presentada ante este organismo, interrumpe la prescripción para reclamar unas diferencias salariales a favor de los trabajadores.

STS (Sala 4ª) de 18 de octubre de 2021, rec. nº 4480/2018

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1eb83c73cc912463/20211029

"La cuestión controvertida consiste en determinar si el requerimiento efectuado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a una empresa para que abone a todos sus trabajadores las diferencias salariales que pudieran resultar de la aplicación de un convenio colectivo, cuando la Inspección ha actuado en virtud de una denuncia, sin que conste la identidad del denunciante, interrumpe la prescripción de la acción de reclamación de cantidad de las diferencias salariales interpuesta por una de las trabajadoras" (FD 1º).

"En los hechos probados de la sentencia recurrida se afirma que la Inspección de Trabajo efectuó un requerimiento a la empresa demandada para que abonara a todos sus trabajadores las diferencias salariales derivadas de la aplicación del convenio colectivo marco estatal. La propia parte recurrente (la empresa Servicios Médicos Alameda SL), en el escrito de interposición del recurso de casación unificadora, explica que "se formuló denuncia ante la Inspección de Trabajo y

Seguridad Social el 5 de septiembre de 2014 contra la empresa hoy recurrente por diversas causas, entre ellas la relativa a la falta de aplicación por la empresa del convenio colectivo adecuado", aunque niega que la trabajadora demandante formulara denuncia alguna ante la Inspección de Trabajo.

En consecuencia, es un hecho conforme que la Inspección de Trabajo no actuó de oficio sino en virtud de denuncia (art. 20.3 de la Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social). No consta quién presentó la citada denuncia. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social omite cualquier referencia al respecto. En el recurso de suplicación interpuesto por la empresa se articuló un motivo de revisión fáctica a fin de incluir en el relato fáctico que la denuncia la había presentado D. Juan Luis. Sin embargo, esa pretensión revisora fue desestimada por el Tribunal Superior de Justicia.

Este tribunal debe resolver este recurso con sujeción a los hechos probados de autos, junto con el hecho conforme consistente en que se formuló denuncia ante la Inspección de Trabajo. Si se interpuso una denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con los salarios adeudados por la falta de aplicación del convenio marco estatal, cuya autoría no consta, y, como consecuencia de ella, la Inspección requirió a la empresa para que abonara a todos los trabajadores de la empresa las diferencias salariales derivadas de la aplicación de la citada norma colectiva, habida cuenta de que la prescripción extintiva debe aplicarse de forma cautelosa y restrictiva, resolviendo las dudas en el sentido más favorable para el titular del derecho y más restrictivo de la prescripción, al no haberse acreditado el abandono en el ejercicio de los derechos por parte de la demandante, forzoso es concluir que la interposición de la citada denuncia ante la Inspección de Trabajo y el posterior requerimiento a la empresa, deben desplegar eficacia interruptiva de la prescripción extintiva al amparo del art. 1973 del Código Civil en relación con la reclamación salarial de la demandante". (FD 4º). [E.T.V].

Jurisprudencia: La modalidad contractual adecuada para la prevención y extinción de incendios es el contrato fijo discontinuo y no el contrato de obra y servicio determinados (en el caso particular de empresas públicas la modalidad correcta será la del indefinido no fijo).

STS (Sala 4ª) de 20 de octubre de 2021, rec. nº 2126/2020

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/08f4b03c63c45dbe/20211108

"El actor viene prestando servicios para TRAGSA desde el 6 de julio de 2016, primero con contratos de interinidad y después, a partir del 10 de mayo de 2017, y con excepción de 15 de enero de 2018 a 5 de marzo de 2018 (que lo fue de nuevo con un contrato de interinidad) con varios contratos de obra o servicios determinados (campañas labores preventivas 2017, 2018 y 2019), siendo el objeto de dichos contratos las campañas de labores preventivas y del servicio de extinción

de incendios forestarles, con categoría de Especialista BRIF y con centro de trabajo en el Concello de Laza (Ourense)". (FD 1º).

"La STS 101/2021, 27 de enero de 2021 (rcud 1613/2018) razona que:

'TRAGSA es una empresa, cuyo capital social es público al 100% y se organiza en cinco unidades territoriales con presencia en todas las provincias, cuya organización le confiere la capacidad de optimizar los recursos disponibles para ofrecer un servicio personalizado y flexible ante cualquier requerimiento urgente de la Administración central, autonómica y local, ocupándose, entre otras actividades de la prevención y lucha contra plagas e incendios forestales, lo cual acredita claramente que, la consecución de encomiendas de gestión constituye la razón de ser de la empresa. De este modo, la ejecución de la encomienda de gestión del servicio de gestión para refuerzo del servicio de brigadas de prevención, vigilancia y defensa contra incendios forestales de tratamientos preventivos cofinanciados con el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER) en el Distrito Forestal XVII (O Condado- A Paradanta), por encargo de la Consellería do Medio rural da Xunta de Galicia, encargada a TRAGSA durante las campañas 2012-2016 inclusive, demuestra claramente que dicha actividad, permanente y cíclica para la Consellería do Medio rural da Xunta de Galicia, lo es también para la empresa TRAGSA, puesto que la ejecución de encomiendas constituye su actividad normal y permanente, lo que hace inadmisible que, una empresa, cuyo objeto social es encargarse de encomiendas de gestión de las administraciones públicas, para lo cual despliega una organización, capacitada para optimizar los recursos disponibles para ofrecer un servicio personalizado y flexible ante cualquier requerimiento urgente de la Administración central, autonómica y local, haga pivotar su organización sobre contratos de obra o servicio determinado, porque dicha actuación desplaza injustificadamente el riesgo empresarial hacía los trabajadores contratados temporalmente.

Así pues, acreditado que la actividad contratada se ejecutaba en el período julio-agosto/octubre-noviembre de todos los años, dependiendo del riesgo de incendios de cada temporada, debemos concluir que dicha actividad era de carácter cíclico y permanente para TRAGSA, por lo que debió utilizarse la modalidad contractual fija discontinua y no habiéndose hecho así, consideramos que el contrato de obra o servicio determinado, suscrito por las partes, se formalizó en fraude de ley, ...'

La anterior doctrina es plenamente al presente supuesto, lo que conduce a la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina.

Debe confirmarse, por lo demás, que el trabajador recurrente en casación para la unificación de doctrina es trabajador indefinido (no fijo) discontinuo, que es precisamente lo que el trabajador pretendía con su demanda, tal como recoge la sentencia recurrida, y no trabajador fijo discontinuo.

La doctrina de esta Sala ha establecido que la figura del trabajador indefinido no fijo es plenamente aplicable a las sociedades mercantiles públicas. Remitimos a las SSTS del Pleno 472/2020, 18 de junio de 2020 (rcud. 1911/2018), 473/2020, 18 de junio

de 2020 (rcud 2005/2018) y 579/2020, 2 de julio de 2020 (rcud. 1906/2018), entre otras. Esta doctrina ha sido expresamente aplicada a TRAGSA por las SSTS 692/2021, 30 de junio de 2021 (rcud 1202/2020), 717/2021, 2 de julio de 2021 (rcud 73/2020), 718/2020, 2 de julio de 2021 (rcud 1325/2020), 872/2021, 8 de septiembre de 2021 (rcud 1203/2020) y 878/2021, 9 de septiembre de 2021 (rcud 1313/2020)". (FD 3º). [E.T.V].

Jurisprudencia: El TS reitera doctrina en el sentido que: los profesores de religión en centros públicos tienen que acreditar formación homologada para poder devengar el complemento retributivo ("sexenios").

STS (Sala 4ª) de 9 de febrero de 2021, rec. nº 3470/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f9d1ed399aecf76d/20210305

"La cuestión que se nos somete a conocimiento ha sido ya resuelta por esta Sala IV del Tribunal Supremo en una serie de supuestos anteriores prácticamente idénticos, en los que se planteaba el mismo debate -con aportación, incluso, de la misma sentencia referencial antes analizada- (SSTS/4ª de 7 octubre 2020 -rcud. 2761/2019, 2791/2019, 2792/2019, 2795/2019 y 4780/2019).

(…) Así, analizando el alcance de la sentencia firme dictada en conflicto colectivo, de la que la sentencia recurrida dice extraer las bases para su solución, hemos afirmado que de dicha STS/4ª de 9 febrero 2016 (rec. 152/2015) lo que resulta es el indiscutible derecho de las personas trabajadoras que prestan servicios como profesores de religión a percibir los sexenios en condiciones análogas a las que determinan ese mismo percibo por parte de los funcionarios interinos. Ése fue el objeto del citado conflicto colectivo y ello fue lo que se reconoció judicialmente.

Como hemos precisado, nuestra sentencia parte de la afirmación de que no constaba que el derecho al sexenio hubiera sido acompañado de la adecuada implementación formativa. Con ello estábamos analizando la situación en el momento en que la litis se planteaba (2014), de suerte que lo que se declara allí es el derecho a la equiparación y, por tanto, nada impide que con posterioridad la realidad, respecto del colectivo con el que los profesores de religión se han de equiparar, hayan visto exigido un determinado requisito, como es el de la formación.

Lo que no afirmábamos en la indicada sentencia era que los profesores de religión tuvieran derecho a los sexenios sin exigencia del cumplimiento de los requisitos de formación a los que aquéllos estén condicionados. Por consiguiente, no cabe sostener un efecto positivo de cosa juzgada en relación con un aspecto que no forma parte de los pronunciamientos de lo que fue definitivamente decidido

(…) Precisamente, en atención a la declaración del derecho a la equiparación retributiva del colectivo de profesores de religión llevada a cabo, hemos afirmado que era ajustado a Derecho el reconocimiento de los sexenios en todos aquellos

supuestos en los que quienes reclamaban acreditaban haber realizado los cursos demostrativos de la formación homologada, exigida para devengar los mismos (así, STS/4ª de 21 de noviembre de 2019 -rcud. 1315/2019- y 7 mayo 2020 -rcud. 2800/2017-)". (FD 2º). [E.T.V].

Jurisprudencia: El TS confirma la obligación de una empresa al pago de una indemnización de 6.001 euros por fijar de forma unilateral los servicios mínimos para la comunidad en el contexto de una huelga.

STS (Sala 4ª) de 9 de febrero de 2021, rec. nº 113/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f3f9422754bbcc02/20210308

"La cuestión a resolver es la de determinar si resulta conforme a derecho la actuación de la empresa durante la huelga convocada por la representación legal de los trabajadores, consistente en imponer la realización de unos determinados servicios mínimos en cada uno de sus diferentes centros de trabajo." (FD 1º).

"A) La empresa se dedica a la actividad de mantenimiento ferroviario. Dispone de tres talleres en los que realiza tareas de mantenimiento de las unidades ferroviarias de RENFE. Y presta además un servicio de atención territorial, denominado ATV, para atender las averías y deficiencias que presenten tales unidades cuando se encuentran en circulación, cuyo objeto es acudir inmediatamente al lugar en el que se produce la incidencia con los operarios del centro de trabajo más cercano.

B) En fecha 6 de julio de 2017, el comité de empresa convocó una huelga en todos los centros de trabajo para la jornada completa del día 21 de julio de 2017, y paros parciales de dos horas de duración los días 24, 26 y 28 de ese mes.

C) El 19 de julio la empresa notifica al comité de huelga los servicios mínimos que fijaba para las diferentes jornadas, que obligaban a prestar servicios al 37% del personal de Montcada; al 35% del centro de Mataró y al 33% de Vilanova. Así como al 55% del personal del servicio ATV.

D) La huelga es desconvocada el día 24, por lo que no llegaron a realizarse los paros parciales de los días 26 y 28. 2.

En tales circunstancias, la pretensión ejercitada en la demanda interesa que se declare la vulneración del derecho de huelga por haber impuesto la empresa unos servicios mínimos abusivos, y se la condene al pago de una indemnización de 6001 euros, en concepto de daños y perjuicios por vulneración de un derecho fundamental". (FD 2º).

(…) "la empresa carece de facultades para imponer unilateralmente cualquier servicio mínimo, sin el aval y previa resolución de la autoridad gubernativa, lo que determina la radical nulidad de las decisiones que pudiere haber adoptado al

respecto, con independencia del mayor o menor número de trabajadores a los que hubiere impuesto la obligación de trabajar durante la huelga.

El art. 28.2 CE dispone que 'Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad'.

Y el art. 10 RDL 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo 'Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurran circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios'.

La intervención de la autoridad gubernativa es por lo tanto preceptiva, insoslayable y constitutiva de los requisitos de validez para la imposición de servicios mínimos que impidan a un determinado número de trabajadores su participación en la huelga.

Como recuerda la STC 296/2006, de 11 de octubre, es una constante de la doctrina constitucional el papel irrenunciable que le corresponde en esta materia a la autoridad gubernativa,' en cuanto dotadas de imparcialidad en relación con las partes en conflicto, corresponde en la determinación de las medidas necesarias para el establecimiento de los servicios mínimos (por todas, SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 18, y 193/2006, de 19 de junio, FJ 19 y las allí citadas)". Puesto que se trata de privar a un conjunto de ciudadanos en un caso concreto de un derecho constitucional, como es el derecho de huelga reconocido en el art. 28 CE, una decisión de tal naturaleza solo puede llevarla a cabo quien tiene responsabilidades y potestad de gobierno.

En consecuencia, la fijación de servicios mínimos 'no puede abandonarse, de ningún modo, en manos de órganos que no tengan responsabilidad política, es decir, que no respondan ante la comunidad en su conjunto por unas decisiones que afectan de una manera muy importante al ejercicio de un derecho fundamental, como es el de huelga, de especial trascendencia para el buen funcionamiento de las relaciones laborales en un Estado social y democrático de Derecho, y a la marcha de servicios esenciales para aquélla.

(…) La doctrina constitucional se ha encargado igualmente de precisar que 'nada impide, desde luego, que la puesta en práctica de los servicios mínimos, una vez concretados por la autoridad competente, sea confiada a los órganos de dirección y gestión de la entidad afectada o discurra por los cauces propios de la autonomía colectiva. Pero ello no significa de ningún modo que la fijación de los servicios, que sólo corresponde a quien tiene responsabilidades y potestades de gobierno (STC 26/1981), pueda ser delegada en la práctica a la dirección empresarial' (STC 27/1989, FJ 3). Ahora bien, si para la 'puesta en práctica de los servicios mínimos' la autoridad gubernativa apoderara a la dirección del centro de trabajo, que no tiene tal carácter, para realizar funciones que van 'más allá de la mera ejecución o puesta

en práctica de las medidas limitativas del derecho...incidiendo en su propio contenido y delimitación', ello supondría 'tanto como otorgar un apoderamiento a la propia entidad afectada por la huelga incompatible con la garantía de imparcialidad buscada por la determinación que se contiene en art. 10.3 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, según ha sido declarado por la jurisprudencia de este Tribunal a la que hemos hecho referencia' (STC 193/2006, de 16 de junio, FJ 10)'". (FD 4º).

(…) "la decisión empresarial de imponer unilateralmente unos determinados servicios mínimos incidió sin ninguna duda en el éxito de la huelga, al imponer la obligación de prestar servicio a un elevado número de trabajadores a los que se les impidió el derecho de participar en la huelga, minorando considerablemente su incidencia.

El art. 8.10 LISOS tipifica como falta muy grave los actos del empresario lesivos del derecho de huelga, y los demandantes reclaman una indemnización de 6.001 euros que ha sido acogida en la sentencia. La cuantía se sitúa de esta forma en la escala inferior que admite la graduación de la correspondiente sanción conforme al art. 40 de esa misma norma, por lo que resulta perfectamente razonable y proporcionada a las circunstancias del caso, teniendo en cuenta que se trata de una actuación unilateral de la empresa que ha sido adoptada sin respetar mínimamente las previsiones legales en la materia, eludiendo la preceptiva intervención de la autoridad gubernativa para imponer unos servicios mínimos que condicionan en gran manera la incidencia de la huelga". (FD 5º). [E.T.V].

Jurisprudencia: El TS considera que la extinción del contrato de trabajo ex artículo 50 ET no da derecho a la pensión de jubilación anticipada prevista por el art. 207 TRLGSS.

STS (Sala 4ª) de 10 de febrero de 2021, rec. nº 3370/2018.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b53eabbe15d00667/20210301

"El art. 207 LGSS regula el acceso a la jubilación anticipada de las personas trabajadoras que terminen su relación laboral 'por causa no imputable a la libre voluntad' de las mismas.

Para que el derecho a esa modalidad de prestación de jubilación pueda serles reconocido deberán cumplir con los cuatro requisitos que el precepto fija en su apartado 1: edad (a), inscripción como demandantes de empleo (b), periodo mínimo de cotización (c) y 'que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral' (d). Para este último requisito, el apartado 1 d) dispone que las causas de extinción 'que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada serán las siguientes:

1.ª El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

2.ª El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 52.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

3.ª La extinción del contrato por resolución judicial, conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

4.ª La muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante.

5.ª La extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor constatada por la autoridad laboral conforme a lo establecido en el artículo 51.7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores'.

El texto de la vigente norma legal halla sus antecedentes en el art. 161 bis de la anterior LGSS, incorporado por la Ley 40/2007 y posteriormente modificado por la Ley 27/2011. Tanto entonces, como ahora el legislador pretende avanzar la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada -respecto de la que obedece a la voluntad del interesado (art. 208 LGSS)- en los casos en que la persona trabajadora pierda su empleo por causa ajena a su voluntad.

Esa minoración de la edad de jubilación se halla estrictamente vinculada a la concurrencia de la circunstancia que constituye el elemento esencial de la propia institución jurídica: la involuntariedad del cese. Ahora bien, el precepto no equipara a ello cualquier supuesto de desempleo, sino que efectúa una clara concreción de los supuestos en que, 'a estos efectos' (sic), se reconoce la existencia de una situación de 'reestructuración empresarial que impida la continuación de la relación laboral'.

Por consiguiente, la ley excluye todas las demás situaciones que dan lugar a la extinción del contrato de trabajo y también obedecen a causa no imputable al trabajador. Y, en este punto, hemos de sostener que tampoco cabe incluir los incumplimientos contractuales del empresario -como son los que sirven para el ejercicio de la acción del art. 50 ET, de la que se trata en el presente caso-. Sostener lo contrario llevaría a desdibujar la finalidad buscada por el legislador que expresa y taxativamente ha querido centrar de forma limitada y estricta la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada y, para ello, ha definido un concepto, elaborado 'ad hoc', como es el de la 'reestructuración empresarial', fijando y concretando el contenido y alcance del mismo". (FD 2º). [E.T.V].

Jurisprudencia: El TS determina que los herederos de una persona fallecida a causa de una enfermedad profesional están legitimados para reclamar una indemnización por daños y perjuicios cuando la sentencia que declaró esta contingencia se dictó con posterioridad al óbito.

STS (Sala 4ª) de 10 de febrero de 2021, rec. nº 4211/2018.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7a907a9f592322b4/20210308

"La cuestión que se suscita en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si los herederos de la trabajadora fallecida por enfermedad profesional, cuya contingencia profesional fue declarada judicialmente con posterioridad al fallecimiento, poseen o no legitimación para reclamar de la empresa la correspondiente indemnización que hubiera correspondido a la referida trabajadora por daño derivado de culpa contractual" (FD 1º).

"-Conforme a los indicados preceptos del Código Civil, en concreto su artículo 661, los herederos suceden al difunto, por el solo hecho de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones; derechos entre los que se encuentran las acciones resarcitorias no ejercitadas por el mismo y no prescritas al tiempo de su fallecimiento y es que, conforme al artículo 559 del citado Código, la herencia comprende todos los derechos y obligaciones de una persona que no se extingan con su muerte. Partiendo de tales afirmaciones, la cuestión consiste en determinar si el derecho a la reparación de los daños y perjuicios sufridos por el causante se transmite a sus herederos cuando fallece antes de poder pedir o de obtener la reparación de los mismos, cuestión que debe obtener respuesta positiva porque se trata de un derecho ya nacido que forma parte de su patrimonio, aunque se trate de daños morales, pues, como dice nuestra STS de 18 de julio de 2018, Rcud. 1064/2017, conforme a los artículos 1101 y ss. del Código Civil, quien causa un daño debe repararlo en su integridad, hasta conseguir la completa indemnidad, lo que supone la obligación de reparar todos los daños patrimoniales causados, así como también los daños morales.

Consecuentemente, los daños sufridos por la esposa fallecida por enfermedad profesional, aparte de no ser sólo morales porque también sufre un perjuicio económico, forman parte del caudal relicto de la misma a su muerte. No puede entenderse, cual sostiene la sentencia recurrida, que el derecho a ser indemnizado sea personalísimo e intransmisible porque no es consustancial a la persona humana, ni innato a ella, como el derecho a la vida, a la libertad, a la intimidad, al honor etc., ni se trata de un derecho reconocido a ella 'intuitu personae', esto es en función de la propia persona que tiene el derecho, cuya subsistencia depende de la identidad y demás factores personales de quien ostenta el derecho. Por el contrario, aquí estamos en presencia del derecho a la reparación de los daños y perjuicios sufridos por culpa de otro quien viene obligado a repararlos en función de su cuantía a la persona perjudicada, cuyo patrimonio se ha visto afectado por ese daño reparable que influye también en la cuantía del caudal hereditario que deje a su muerte, caudal del que forman parte los derechos nacidos y no ejercitados por ella al morir.

La aplicación de la anterior doctrina al presente caso evidencia que la correcta es la doctrina que contiene la sentencia de contraste, porque, como ha quedado establecido, forman parte del caudal hereditario los derechos nacidos y no ejercitados o en trámite de ser ejercitados por el causante. En efecto, la trabajadora fallecida por enfermedad profesional no pudo reclamar la indemnización por daños y perjuicios, dado que falleció antes de que, por sentencia firme, se reconociera el origen profesional de la contingencia de la que derivó su prestación. Por ello, sus herederos la sucedieron en las acciones y derechos que la misma conservaba al tiempo de su fallecimiento, razón por la que sí estaban legitimados para el ejercicio de la acción que nos ocupa" (FD 3º). [E.T.V].

V. DERECHO ADMINISTRATIVO

Jurisprudencia: El Tribunal General de la Unión Europea se pronuncia sobre la complejidad de las convocatorias de oposición y su impugnación indirecta.

STG (Sala Primera), 9 de junio de 2021, asunto T-202/17

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62017TJ0202&from=es

"Por lo que respecta, en particular, a las convocatorias de oposición, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, en el marco de un procedimiento de selección, que es una operación administrativa compleja compuesta por una sucesión de decisiones, un candidato a una oposición puede, con ocasión de un recurso interpuesto contra un acto posterior, alegar la irregularidad de actos anteriores íntimamente relacionados con aquel (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de agosto de 1995, Comisión/Noonan, C-448/93 P, EU:C:1995:264, apartado 17 y jurisprudencia citada) e invocar, en particular, la ilegalidad de la convocatoria de oposición con arreglo a la cual se ha adoptado el acto en cuestión (véase la sentencia de 14 de diciembre de 2017, PB/Comisión, T-609/16, EU:T:2017:910, apartado 26 y jurisprudencia citada)" (§47)

"El hecho de no haber impugnado la convocatoria de la oposición en el plazo correspondiente no impide a una parte demandante objetar las irregularidades comprobadas durante el desarrollo de la oposición, aun si el origen de tales irregularidades puede ser encontrado en el texto de la convocatoria de la oposición (véase la sentencia de 31 de enero de 2006, Giulietti/Comisión T-293/03, EU:T:2006:37, apartado 40 y jurisprudencia citada)" (§48)

"Más concretamente, la jurisprudencia considera admisible el recurso cuando el motivo relativo a la irregularidad de la convocatoria de oposición, no impugnada en plazo, afecta a la motivación de la decisión individual impugnada. En efecto, un candidato a una oposición no puede verse privado del derecho a impugnar en todos sus extremos, incluidos los definidos en la convocatoria de la oposición, el

fundamento de la decisión individual adoptada respecto a él de conformidad con los requisitos exigidos por dicha convocatoria, en la medida en que solo esta decisión de aplicación individualiza su situación jurídica y le permite saber con certeza cómo y en qué medida resultan afectados sus intereses particulares (véase la sentencia de 14 de diciembre de 2017, PB/Comisión T-609/16, EU:T:2017:910, apartado 28 y jurisprudencia citada)" (§49)

"En cambio, cuando no existe un vínculo estrecho entre los propios motivos de la decisión impugnada y el motivo relativo a la ilegalidad de la convocatoria de oposición no impugnada a su debido tiempo, deberá declararse la inadmisibilidad de dicho motivo, con arreglo a las normas de orden público en materia de plazos de los recursos, que no pueden ser soslayadas, en un supuesto de este tipo, sin atentar contra el principio de seguridad jurídica (véase la sentencia de 14 de diciembre de 2017, PB/Comisión T-609/16, EU:T:2017:910, apartado 29 y jurisprudencia citada)" (§50)

"A este respecto, ha quedado acreditado que la oportunidad de obtener mejores notas en las pruebas es mayor si tales pruebas se presentan en la lengua materna del candidato o en la lengua que este domina igual de bien (sentencia de 2 de julio de 2014, Da Cunha Almeida/Comisión, F-5/13, EU:F:2014:176, apartado 38), máxime en el marco de una prueba técnica, como el estudio de casos" (§56)

"Pues bien, por una parte, consta que el portugués es la lengua materna de la demandante. Por otra parte, si bien es cierto que, como señala la Comisión, la demandante declaró, en su impreso de candidatura, que disponía de un nivel de francés equivalente al nivel C2 del MCER, al igual que el portugués, y que había realizado una parte de sus estudios en Bélgica y en Francia, no es menos cierto que afirma ante el Tribunal, sin que la Comisión la contradiga al respecto, dominar mejor su lengua materna que el francés. Por lo demás, esta circunstancia es especialmente probable, habida cuenta del recorrido académico y profesional de la demandante, tal como esta informó en su impreso de candidatura, del que se desprende que tanto sus estudios como su carrera profesional se llevaron a cabo, esencialmente, en Portugal" (§57)

"En quinto lugar, procede señalar que la limitación de la elección de la segunda lengua de la oposición a las tres lenguas en cuestión no afecta únicamente a la capacidad de los candidatos para expresarse oralmente o por escrito, sino que también determina el tipo de teclado que los candidatos pueden utilizar para la realización del estudio de un caso, ya que, según la práctica de la EPSO, el suministro a los candidatos de teclados, como confirmó la Comisión ante el Tribunal, está limitado a la lengua (y, en su caso, a las lenguas) en la que deben realizarse las pruebas. Pues bien, en el caso de autos, no se discute que la demandante se vio obligada a utilizar un tipo de teclado que no estaba acostumbrada a utilizar debido a su lengua materna. Procede señalar que esta circunstancia incide en la realización y, por tanto, potencialmente, en el resultado de una prueba, durante la cual se exige escribir, mediante un teclado, un texto de cierta longitud en un tiempo limitado" (§58)

"En sexto lugar, por lo que respecta a la alegación formulada por la Comisión en la vista según la cual solo podría existir un vínculo estrecho si los resultados de las pruebas de evaluación de las competencias generales de los candidatos resultaran negativos o catastróficos, es preciso señalar que tal argumento equivale a propugnar, sin justificación, una aplicación más estricta del requisito de la existencia de un vínculo estrecho cuando la ilegalidad que se invoca tiene una relación con el régimen lingüístico de la oposición" (§59) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo respalda la subsanación de las instancias telemáticas.

STS (Sala 3ª), de 31 de mayo de 2021, rec. núm. 6119/2019

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/74163765b6ebe727/20210607

"Abordando ya la cuestión de interés casacional objetivo, esta Sala no alberga ninguna duda sobre la respuesta: el deber de dar un plazo de diez días para la subsanación de las solicitudes que hayan omitido la 'firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio', en palabras del vigente art. 66.1.e) de la Ley 39/2015, está expresamente previsto por el art. 68 del mismo cuerpo legal. Y que la vigente legislación de procedimiento administrativo ha sido ya pensada para la llamada 'Administración electrónica' resulta evidente de la simple lectura de la citada Ley 39/2015, para la que el modo tendencialmente normal de comunicación entre la Administración y los particulares es el electrónico. Así las cosas, sería sumamente difícil -por no decir imposible- argumentar que la previsión legal del carácter subsanable de la omisión de firma en las solicitudes no es aplicable a las solicitudes presentadas por vía electrónica. Ello vale igualmente para aquellas omisiones que, sin referirse a la firma electrónica propiamente dicha, afectan a la 'acreditación de la autenticidad de la voluntad' del solicitante, como podría ser el paso final de validar lo formulado y enviado por vía electrónica. Es cierto que la Ley 30/1992, temporalmente aplicable al caso aquí examinado, fue elaborada en un contexto histórico y cultural diferente, aún apegado a los modos tradicionales de comunicación. Sin embargo, la previsión de su art. 71 es similar, como queda dicho, a la recogida en el vigente art. 68 de la Ley 39/2015, por no mencionar que la interpretación de la antigua norma a hechos acaecidos en la segunda década de este siglo no puede por menos de hacerse teniendo en cuenta la realidad social de ese momento, tal como exige el art. 3 del Código Civil. En otras palabras, en ese momento la firma electrónica era legalmente firma a efectos de las solicitudes presentadas a la Administración, por lo que no había ya ninguna razón por la que no le fuese aplicable lo previsto en el art. 71 de la Ley 30/1992". (F.D. 5º)

"Pues bien, esta objeción no es convincente. La Administración no puede escudarse en el modo en que ha sido diseñado el correspondiente programa informático para eludir el cumplimiento de sus deberes frente a los particulares, ni para erosionar las garantías del procedimiento administrativo. Más aún: la Administración conoció -o

pudo conocer- que la recurrente había pagado la tasa. A ello debe añadirse que, incluso aceptando a efectos puramente argumentativos que no sea técnicamente posible recibir automáticamente información sobre los pasos dados por todos aquéllos que han accedido al programa informático, la Administración debe, en todo caso, dar la posibilidad de subsanación cuando el interesado reacciona frente a su no inclusión en la lista de admitidos y acredita que sólo omitió el paso final, esto es, la firma electrónica y el registro de su solicitud" (F.D. 6º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia a propósito de la limitación de extensión del recurso de apelación.

STS (Sala 3ª), de 1 de junio de 2021, rec. núm. 137/2020

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/3379c86433d56432/20210614

"La representación procesal del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid interpone recurso contencioso administrativo contra la resolución de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) de 13 de febrero de 2020, que inadmite el recurso de alzada núm. 448/19, deducido por aquel Colegio contra el apartado 9 del acuerdo de 19 de septiembre de 2019 adoptado por la junta sectorial de magistrados de las secciones civiles generales y de la sección mercantil de la Audiencia Provincial de Madrid, referido al límite de la extensión de los escritos de recurso, que asume los criterios y consecuencias establecidos en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2017. Aquel apartado 9 dice así: 'Sobre el límite a la extensión de los escritos de recurso se asume los criterios y consecuencias establecidos por el Acuerdo de Pleno (no jurisdiccional) de la Sala Civil del Tribunal supremo de 27/01/2017, sobre admisión de los recursos, respecto del número de páginas e interlineado, fuente y tamaño, tanto del texto como de las notas a pie de página o en la transcripción literal de preceptos o párrafos de sentencias que incorporen'. A su vez, el extenso Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Civil del TS al que se remite, dispone en el primer párrafo de uno de sus apartados: '3.1 Requisitos comunes a ambos recursos. En el desarrollo de cada motivo se expondrán, con la necesaria extensión, los fundamentos del mismo (arts. 471 y 481 LEC). Una extensión excesiva, en los términos del apartado III.1, puede ser considerada innecesaria y, en consecuencia, puede dar lugar a la inadmisión del recurso. La sala considera que, por lo general, es suficiente una extensión de veinticinco páginas con interlineado 1,5 y fuente Times New Román con un tamaño de 12 puntos en el texto y de 10 puntos en las notas a pie de página o en la transcripción literal de preceptos o párrafos de sentencias que se incorporen'.

Ese apartado III.1 que cita el párrafo que acaba de ser transcrito dice a su vez, en sus párrafos segundo y cuarto, lo que sigue: 'En la experiencia de aplicación del Acuerdo de 2011 la sala viene observando con preocupación creciente cómo muchos de los escritos de interposición de los recursos presentan una extensión

desmesurada que, lejos de facilitar su resolución, dificulta el trabajo de la fase de admisión, entorpece el correcto entendimiento de las pretensiones del recurrente, introduce confusión en el debate y provoca que, en muchas ocasiones, los argumentos realmente relevantes queden oscurecidos en un cúmulo de alegaciones reiterativas e incluso contradictorias. [...] Es por ello que, en trámite de admisión del recurso de casación, habrá que dar cumplimiento estricto a lo previsto en el art. 481.1 LEC. La necesaria extensión del escrito de interposición es la adecuada para que el recurso cumpla su función. Por tanto, no se cumple este requisito cuando la argumentación sea esquemática o demasiado escueta, pero tampoco cuando sea tan extensa que impida conocer el verdadero fundamento del motivo"' (F.D. 1º)

"Tampoco existe habilitación legal para adoptar lo acordado en aquel apartado 9. No la hay en la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo art. 1.1 establece el principio de legalidad procesal. No se la prestan las fuentes del derecho a que se refiere el art. 1.1 del Código Civil. Los hábitos o usos procesales (aquello que se acostumbra hacer por y ante determinado órgano judicial), solo podrían admitirse en mínimos casos y como complemento e interpretación de preceptos legales, pero sin carácter vinculante alguno. Los acuerdos no jurisdiccionales carecen del valor complementario e interpretativo de la jurisprudencia. Con el acuerdo no jurisdiccional se somete a un esfuerzo de síntesis que la ley, única fuente del derecho procesal, no solo no exige, sino que obliga más bien a lo contrario. En nuestro sistema procesal el juicio de segunda instancia es pleno, sin más límite que la reformatio in peius y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos y no impugnados (tantum devolutum, quantum appellatum). En otros términos, no es tanto un 'juicio nuevo' cuanto una revisio prioris instantiae, revisión de la primera instancia que permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa, como bien se ha encargado de enfatizar el Tribunal Supremo (STS, 22/04/2016, entre muchas, dada la posición pacífica). -Se infringe el art. 24 CE por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por limitación del derecho de defensa. La limitación en los recursos de apelación no puede hacerse de forma única sin riesgo de lacerar el derecho de defensa y alegación, pues la casuística de motivos de apelación, por razones procesales y sustantivas, adquiere una indudable trascendencia, tanto en la óptica alegatoria cuanto en la probatoria, llegando al absurdo de prodigar futuras abreviaturas y un uso de un lenguaje cuasi críptico en aras de salvaguardar los caracteres no consumidos en esa suerte de saldo disponible hasta completar las veinticinco páginas. En suma y como corolario de cuanto antecede, el acuerdo ha de ser declarado nulo de pleno derecho ante la manifiesta falta de habilitación legal (ex art. 47.1 ley 39/2015) y por lacerar el derecho de defensa ex art. 24 CE" (F.D. 2º)

"Como vimos al principio, aquel apartado 9 del acuerdo de 19 de septiembre de 2019 adoptado por la junta sectorial de magistrados de las secciones civiles generales y de la sección mercantil de la Audiencia Provincial de Madrid, asume los criterios y consecuencias establecidos por el Acuerdo de Pleno de la Sala Civil que cita. De ambos, criterios y consecuencias, lo realmente transcendente para la decisión que hemos de dar son las segundas, pues los primeros, en sí mismos, son adecuados para aquello que es primordial en el ejercicio de la función jurisdiccional,

a saber: la precisa identificación de la o las cuestiones jurídicas suscitadas y, por ende, la cabal respuesta a las mismas. En esta línea, aquel Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Civil del TS expone, no sin razón y no sin descansar en la apreciación de lo que ocurre en dicha Sala, que un escrito de interposición de extensión desmesurada, lejos de facilitar su resolución, dificulta el trabajo de la fase de admisión, entorpece el correcto entendimiento de las pretensiones del recurrente, introduce confusión en el debate y provoca que, en muchas ocasiones, los argumentos realmente relevantes queden oscurecidos en un cúmulo de alegaciones reiterativas e incluso contradictorias; y añade, también, que La necesaria extensión del escrito de interposición es la adecuada para que el recurso cumpla su función. Por tanto, no se cumple este requisito cuando la argumentación sea esquemática o demasiado escueta, pero tampoco cuando sea tan extensa que impida conocer el verdadero fundamento del motivo. A la vista de dicho texto, no es difícil apreciar que no hay en él el establecimiento de un deber procesal de inadmisión, que como tal deba ser observado por las distintas secciones. Por el contrario, las frases que en él se incluyen, referidas a una extensión excesiva y a que ésta puede ser considerada innecesaria y, en consecuencia, puede dar lugar a la inadmisión del recurso, advierten tan solo de una posibilidad, sujeta no a la mera constatación de la extensión excesiva, sino a la comprobada concurrencia de las consecuencias perjudiciales para el deseable ejercicio de la función jurisdiccional indicadas en letra cursiva en el párrafo segundo de este fundamento de derecho, pues es esto lo que también se asume. Por ello, no podemos compartir que el apartado 9 de los acuerdos adoptados en aquella junta sectorial careza manifiestamente de la necesaria habilitación legal, ni, tampoco, que lacere el derecho de defensa, pues la primera ha de pregonarse, desde el mismo texto constitucional, para todo acuerdo razonable cuyo fin sea encauzar el correcto desenvolvimiento del proceso y, por tanto, la mejor prestación del derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva; y el segundo no sufre en realidad desde el mismo momento en que la dirección letrada de cualquiera de las partes puede exponer, y obliga a considerar, la necesidad de una mayor extensión de sus escritos" (F.D.5º). [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo establece que las compañías de telefonía deben entregar previamente y por escrito las condiciones de contratación a los usuarios que lo soliciten bien en forma papel bien mediante sistemas de mensajería instantánea o correo electrónico.

STS (Sala 3ª), de 14 de junio de 2021, rec. núm. 7902/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/42cf026be64fc914/20210622

"Determinar si, tratándose de contrataciones telefónicas, a la vista de lo establecido, de un lado, en el artículo 12 de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas aprobada por Real Decreto 899/2009, de 12 de mayo, y de otro, de lo previsto en los artículos 97 y 98 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por RDL 1/2007, de 16 de noviembre, resulta necesario facilitar al

usuario, con carácter previo y por escrito, las condiciones generales de contratación, cuando las mismas hayan sido solicitadas expresamente" (F.D. 3º)

"Por ello aun siendo notorio que hoy día se realizan múltiples contrataciones telefónicas o a distancia con remisión a páginas de internet para conocer las condiciones generales de contratación también es cierto, como sostiene la Junta de Andalucía, que existen usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas de diversas características. Si bien los usuarios conocidos como 'nativos digitales', que han crecido con la red y el progreso tecnológico, están totalmente familiarizados con ella no acontece lo propio con los llamados 'inmigrantes digitales', es decir aquellos usuarios que han adquirido familiaridad con los sistemas digitales en su época adulta. Y como esgrime la Junta de Andalucía puede haber usuarios carentes en absoluto de habilidad o de medios para acceder a las condiciones generales publicadas de manera telemática. Por tal razón, conforme a la previsión de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas respecto a la facilitación por escrito de las condiciones generales de contratación previa a su celebración cuando es peticionada, debe accederse a ello sin que altere la naturaleza del futuro contrato la pre-contratación a distancia o telefónica, tal cual regula, con carácter general, el apartado sexto del artículo 98 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Y, de no hacerlo, como aquí aconteció, puede la empresa de telecomunicaciones ser sancionada. Debe tenerse en consideración que cuando la norma dice 'por escrito' tanto comprende el tradicional formato papel enviado a domicilio, como los más novedosos *whatsapp* o cualquier otro sistema de mensajería instantánea, SMS, o un correo electrónico. De lo que se trata es de que si el usuario final demanda un texto escrito individualizado lo reciba. A la vista de lo argumentando, la respuesta de la cuestión planteada es que resulta necesario facilitar al usuario, con carácter previo y por escrito, que tanto puede ser en formato papel tradicional como sistemas de mensajería instantánea o correo electrónico, las condiciones generales de contratación, cuando las mismas hayan sido solicitadas expresamente, aun tratándose de contrataciones telefónicas, a la vista de lo establecido, de un lado, en el artículo 12 de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas aprobada por Real Decreto 899/2009, de 12 de mayo, y de otro, de lo previsto en los artículos 97 y 98 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios aprobado por RDL 1/2007, de 16 de noviembre. Lo anterior conduce a la estimación del recurso de casación de la Junta de Andalucía anulando la sentencia de instancia en el pronunciamiento relativo a falta de tipicidad de la conducta consistente en no facilitar por escrito las condiciones generales de contratación, habiendo sido solicitadas expresamente, por lo que se confirma la tipicidad de dicha conducta declarada por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 5 de julio de 2016, que se declara conforme a Derecho por lo que, en consecuencia, se desestima el recurso contencioso administrativo en tal punto lo que conduce a la confirmación de la cuantía de la sanción originariamente impuesta por tal infracción" (F.D. 7º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la nulidad de un planeamiento urbanístico apoyado en una jurisprudencia casacional reiterada y conforme.

STS (Sala 3ª), de 22 de julio de 2021, rec. núm. 3920/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/a2814314663b8237/20210910

"Por un lado, la ley reguladora de nuestro orden jurisdiccional contencioso administrativo (arts. 71 y 72) no faculta al Tribunal a aplazar o diferir el momento de la efectividad de la declaración de nulidad; y por otro, se trata de un pronunciamiento que pugna con la esencia misma de la nulidad de pleno derecho y con el propio principio de seguridad jurídica que se invoca al permitir, por la sola decisión del tribunal y sin amparo legal alguno, la vigencia y consiguiente aplicación -nada menos que durante el tiempo que se tarde en elaborar una nueva norma de planeamiento que sustituya a la anulada, según se pretende- de una norma expulsada del ordenamiento jurídico por estar viciada de origen, perpetuando indefinidamente su aplicación y, con ello, la persistencia en la lesión. Circunstancia, la persistencia de la lesión causante de la invalidez, que se nos antoja particularmente grave, por lo que al caso de autos se refiere, en aquellos casos en los que la declaración de nulidad tenga sobre la base la defectuosa tramitación ambiental del planeamiento, pues, como ha recordado el Tribunal Constitucional en su sentencia 109/2017, la falta de validez del plan por razones medioambientales contemplada en el art. 9.1, párrafo segundo, de la Ley 21/2013, tiene una 'finalidad tuitiva [del medio ambiente] que se manifiesta en la necesidad de que la Administración vuelva a conocer en su integridad el plan, programa o proyecto y realice una nueva evaluación completa de las eventuales consecuencias medioambientales', impidiendo su subsanación (FJ 5 de dicha sentencia).

El único precedente de esta Sala que se invoca (el pronunciamiento anulatorio por vicios de procedimiento del Real Decreto 1422/2012, de 5 de octubre, por el que se establecen las servidumbres aeronáuticas del aeropuerto de Lleida- Alguaire, contenido en nuestras sentencias de 22 y 23 de abril de 2014, recs. 73/2013 y 21/2013), se refiere a un supuesto excepcional -como la propia sentencia se cuida de destacar de forma expresa, fundamentado en 'razones imperiosas' de seguridad de la navegación aérea y 'en circunstancias excepcionales, y por razones muy cualificadas que atañen a la seguridad y a la vida de las personas'- que, por su propia excepcionalidad, no es susceptible de ser extendido a supuestos en los que tales excepcionales circunstancias no concurren. Y sin que pueda tampoco acogerse la invocación de una doctrina elaborada en un ámbito jurisdiccional distinto, el de la jurisdicción constitucional, construida por el Tribunal Constitucional, sobre la base de la falta de equivalencia de los conceptos de nulidad y de inconstitucionalidad (STC 45/1989, FJ 11), en relación con un pronunciamiento, como es el de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, que es ajeno a esta jurisdicción contencioso administrativa.

(...) Pues bien, si los principios que inspiran la EAE son los de cautela y acción preventiva que caracterizan la política de la Unión Europea en el ámbito del medio

ambiente (art. 191 TFUE) y su 'finalidad institucional justificadora' es la de 'anticipar la protección ambiental antes de la toma de decisiones que puedan comprometer negativamente el medio ambiente', integrándose en los planes de forma instrumental en un proceso continuo 'desde la fase misma de borrador', y si 'la evaluación medioambiental ha de realizarse lo antes posibl'", es a esta fase preliminar de borrador del instrumento de planeamiento, y no a cualquier otro momento de la tramitación del plan, a la que debe referirse su iniciación'.

Tanto el examen de las Directivas que la Ley 21/2013, transpone (Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, y Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente) como el texto de la propia ley y su exposición de motivos, refuerzan esta conclusión, pues ponen de relieve su configuración como instrumento estratégico de prevención que permite integrar el factor medioambiental en el proceso de toma de decisiones del planificador desde su inicio mismo y antes de su adopción para obtener soluciones más sostenibles. Lógicamente, no es misión ni de las Directivas ni del carácter básico de la Ley 21/2013, precisar el momento procedimental exacto en el que deba producirse la iniciación del procedimiento ambiental de la EAE, instrumental del procedimiento sustantivo de planeamiento en el que se imbrica, pero su ubicación en la fase preliminar de borrador del plan resulta inequívoca" (F.D. 6º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo pone límites a la técnica de rectificación de errores referida al ámbito de la Tesorería General de la Seguridad Social.

STS (Sala 3ª), de 15 de septiembre de 2021, rec. núm. 4068/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/062bfd14f23b4b77/20210924

"En efecto, no consideramos convincente la tesis argumental que desarrolla el Letrado de la Administración de la Seguridad Social que aduce que el Tribunal de instancia ha incurrido en un claro error de interpretación del artículo 146 de ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, al no tomar en consideración que en este supuesto concreto la Tesorería General de la Seguridad Social podía efectuar la revisión de oficio por cuanto la Inspección de Trabajo habrá constatado la existencia de omisiones o inexactitudes en las solicitudes y declaraciones del beneficiario, al tratarse de un trabajador extranjero que al darse de alta en la Seguridad Social omite que carecía del preceptivo permiso de trabajo, ya que -como reseña la sentencia impugnada-, sin perjuicio de que esa omisión correspondiera al empleador, cabe rechazar la interpretación extensiva de la excepción contemplada en dicha disposición legal, que prescribe, (como regla general), la obligación de la Tesorería General de la Seguridad Social de proseguir

el procedimiento debido para revisar actos que tengan una incidencia directa sobre los derechos del trabajador.

La apelación al artículo 16.4 del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que ampararía a juicio del Letrado recurrente la actuación de la Tesorería General de la Seguridad Social, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, no autoriza a inaplicar el régimen jurídico de revisión de los actos administrativos declarativos de derechos emanados de las Entidades gestoras de la Seguridad Social previsto en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social de acuerdo con el rango normativo del lex specialis, por lo que en su caso corresponderá al legislador completar las excepciones establecidas en el apartado 2 de la citada Ley 36/2011 para cohonestar la normativa reguladora de la Seguridad Social con el principio de seguridad jurídica" (F.D. 3º)

"(…) El supuesto de excepción a la aplicabilidad del Régimen General de revisión de los actos declarativos de derechos contemplado en el primer inciso del artículo 146.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, debe interpretarse en el sentido de que solo exime a las Entidades, órganos u Organismos gestores de la Seguridad Social de instar el correspondiente proceso judicial ante el Juzgado de lo Social competente, cuando la revisión tenga por objeto la rectificación de errores materiales o de hecho ostensibles, manifiestos o indiscutibles y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, sin necesidad de acreditar que concurra animo defraudatorio en el mismo.

En consecuencia con lo razonado, debemos declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 5 de abril de 2019" (F.D. 4º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo determina que si se aprecia simulación y ocultación en el pago de una sanción, la empresa no podrá eludirla amparada en la buena fe.

STS (Sala 3ª), de 16 de septiembre de 2021, rec. núm. 5052/2019

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/be2b69cfa13d0a20/20211004

"La simulación negocial -institución que proviene del Derecho privado, pero que encuentra en el Derecho tributario un terreno proclive a su aplicación dogmática (art. 16 LGT), en tanto esa simulación se oriente a la defraudación o evasión fiscal mediante un abuso de las formas jurídicas lícitas y admisibles- es siempre dolosa si se la examina desde el punto de vista sancionador. No cabe, pues, la comisión

culposa ni la fortuita o la basada en el error invencible de prohibición -si se mantiene *a fortiori* la simulación como fundamento de la aparición de la deuda dejada de ingresar-.

De tal antítesis se deriva que hayamos considerado, en la doctrina anterior -que ahora se completa y extiende-, que no es posible invocar la interpretación razonable de la norma prevista en el artículo 179.2.d) de la LGT para neutralizar la imposición de una sanción tributaria por hechos en que ha concurrido simulación. Y ahora reiteramos tal doctrina, afirmando que no cabe acogerse a un error de prohibición -de naturaleza invencible- para justificar la inexistencia de infracción ante hechos declarados, en la sentencia, como simulados, a menos que tal calificación pudiera excepcionalmente ser revisada con ocasión de un recurso de casación, y así lo hubiera pretendido el recurrente, lo que no es el caso.

(...) Una vez establecida y mantenida esa calificación de simulación, nos parece difícil de compartir con la sentencia impugnada que, en el seno de un despacho de abogados de importante estructura profesional y de amplios medios materiales y personales, muy conocido en el sector jurídico y que cuenta entre los servicios que ofrece a sus clientes con una cualificada división de Derecho fiscal, se pudiera razonablemente dudar de que, como era una práctica común y aceptable en ese tiempo la de hacer uso de la interposición de sociedades profesionales para facturar al despacho -lo que, aun afirmado por la Sala juzgadora, tampoco es cierto, así expresado sin incluir en ese hábito o tolerancia importantes matizaciones y salvedades- se obraba en la creencia totalmente excusable de obrar lícitamente. De haber error, que solo podemos considerar concurrente al caso a los exclusivos efectos dialécticos, no podría ser reputado invencible en modo alguno, atendidas las circunstancias a que nos hemos referido" (F.D. 3º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo prevé la suspensión cautelar de dos previsiones reglamentarias que dan a conocer las causas de exclusión para el ingreso en la Policía Nacional

ATS (Sala 3ª), de 28 de septiembre de 2021, rec. núm. 244/2021

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/00cf4a2edaa2a843/20211001

"Comenzando por la pretendida falta de legitimación de los recurrentes para solicitar la suspensión cautelar de los puntos del Real Decreto 326/2021 que son objeto del recurso contencioso-administrativo, la alegación del Abogado del Estado no puede ser acogida. No niega éste que los recurrentes sean personas que llevan tiempo preparándose para participar en la oposición de ingreso a la Policía Nacional. Este simple hecho demuestra que tienen un interés legítimo en combatir, incluso en vía cautelar, las causas de exclusión para el ingreso en el mencionado cuerpo policial; y ello porque, como es obvio, la aplicación de la causa de exclusión aquí combatida empeoraría su posición, impidiéndoles la realización de una expectativa.

Aún en este orden de consideraciones, ha de rechazarse también la idea del Abogado del Estado según la cual debe impugnarse la convocatoria de oposición, en vez de la disposición general que regula el cuadro médico de exclusiones. Desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, puede tener sentido impugnar una disposición general y no impugnar los actos administrativos que luego hagan aplicación de aquélla: como ocurre en el presente caso, la anulación de los preceptos reglamentarios impugnados -y lo mismo cabe decir de su suspensión cautelar- determinaría su inaplicación al posterior acto administrativo, que es precisamente lo que buscan los recurrentes en defensa de su interés legítimo.

Por todo ello, no puede acogerse la alegación de falta de legitimación para solicitar la suspensión cautelar. Dado además que la razón del Abogado del Estado para sostener que no concurre el *periculum in mora* es la misma -o sea, que lo que debe impugnarse es la resolución de convocatoria de oposición para el ingreso en la Policía Nacional-, forzoso es concluir que dicha razón no puede servir para desestimar la solicitud de suspensión cautelar formulada por los recurrentes" (F.D.3º)

"(…) sólo queda por analizar si el tiempo de tramitación y resolución de este recurso contencioso- administrativo determinaría, en el supuesto de estimación del mismo, la frustración de la finalidad perseguida por los recurrentes. La respuesta debe ser afirmativa. Aunque el tiempo medio de duración de un recurso contencioso-administrativo ante esta Sala es bastante menor al indicado por los recurrentes, no deja de ser superior a un año; lo que significa que, de no otorgarse la suspensión cautelar de los puntos del Real Decreto 326/2021 que son objeto de este recurso contencioso-administrativo, la eventual estimación de éste no impediría que los recurrentes hubieran perdido al menos la oportunidad de participar en una oposición libre para el ingreso en la Policía Nacional. Y la pérdida de esta oportunidad comportaría, sin duda, un perjuicio en términos de tiempo, energía e incluso motivación psíquica. El *periculum in mora* es, así, claro.

Por lo que se refiere a la posible perturbación de los intereses generales, el Abogado del Estado se limita a observar que aquí se trata de una disposición general, cuya suspensión cautelar sólo es admitida por la jurisprudencia de esta Sala en supuestos de especial gravedad. Pero la verdad es que no especifica qué alteración del buen funcionamiento de la Administración o del correcto desarrollo del proceso selectivo ahora convocado -o de los que puedan convocarse antes de que esta Sala dicte sentencia- derivaría de la suspensión cautelar de las causas de exclusión relativas a las lentes intraoculares. No deja de ser significativo, en este sentido, que el Abogado del Estado no diga nada sobre la novedad de estas causas de exclusión, inexistentes con anterioridad a la aprobación del Real Decreto 326/2021: no aporta ningún argumento sobre cómo habría sufrido el interés general durante todo el tiempo en que los aspirantes a ingresar en la Policía Nacional no se veían imposibilitados de hacerlo por tener lentes intraoculares.

Así las cosas, esta Sala entiende que concurren los requisitos establecidos en el art. 130 de la LJCA, sin que proceda ahora hacer ninguna consideración sobre

apariencia de buen derecho, ni menos aún ninguna otra sobre la pretensión principal de este recurso contencioso-administrativo" (F.D.4º) [B.A.S.]

VI. DERECHO TRIBUTARIO

Jurisprudencia: Procedimiento económico-administrativo. Resolución. Retroacción de actuaciones.

STS (Sala 3ª) de 22 de julio de 2021, rec. nº 499/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a1cbf99915226ff5/20210804

"1. Ya se ha expuesto que el auto de la Audiencia Nacional de 19 de septiembre de 2019, que se recurre en casación, confirmó la inadmisibilidad, declarada por auto de 2 de julio anterior, del recurso contenciosoadministrativo interpuesto por la hoy recurrente contra la resolución del TEAC de 7 de junio de 2018. La Sala de instancia considera que no existe acto fiscalizable por haberse impugnado una 'resolución estimatoria del TEAC, lo que ha redundado en la pérdida de objeto del recurso'.

2. La interpretación realizada por la Sala de instancia no puede ser compartida, con base en las siguientes consideraciones.

2.1. Tal y como sostiene la parte recurrente, el auto impugnado en casación, en la medida que sostiene que no existe acto fiscalizable por haberse impugnado una 'resolución estimatoria del TEAC, lo que ha redundado en la pérdida de objeto del recurso', impide que la retroacción de actuaciones ordenada por el TEAC pueda ser sometida a control judicial de legalidad.

En efecto, afirma la recurrente, sin que haya sido desvirtuado de contrario, que nunca solicitó que se acordara la retroacción de actuaciones, sino que la pretensión ejercitada en la reclamación económico-administrativa era la estimación 'incondicional' del recurso. Por tanto, la resolución dictada por el TEAC, en la medida que ordenaba una retroacción de actuaciones, no estimaba en su totalidad las pretensiones ejercitadas por la recurrente.

Ello comporta que no nos hallemos ante una estimación total de la reclamación, sino, en todo caso, ante una estimación parcial, motivo por el cual se encontraba legitimada para recurrir en vía contencioso-administrativa.

Al conceder el TEAC algo distinto a lo solicitado por la reclamante, no puede entenderse que se hayan satisfecho las pretensiones de la parte, lo que le habilitaba para continuar recurriendo en sucesivas instancias y, por ello, debió haberse admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo interpuesto ante la Audiencia Nacional.

En suma, no puede equiparse una estimación íntegra de la reclamación con una estimación con retroacción de actuaciones. Prueba de ello es que ambos supuestos se hallan regulados en apartados distintos del artículo 239.3 de la LGT. Así, la estimación total está regulada como una posible alternativa del alcance de una resolución económico-administrativa en el primer párrafo del citado precepto, mientras que la posibilidad y requisitos para acordar una retroacción de actuaciones está regulada en el segundo párrafo.

2.2. En segundo término, la resolución dictada por el TEAC en la reclamación interpuesta por Oracle es objetivamente recurrible, por ser un acto definitivo que pone fin a la vía administrativa.

Dispone el artículo 69.c) de la LJCA que debe declararse la inadmisibilidad del recurso cuando tenga 'por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación'. A su vez, es el artículo 25 de la LJCA el que define qué actos o actuaciones son susceptibles de impugnación, señalando:

'El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, yasean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos'.

Por otro lado, el artículo 28 de la referida LJCA dispone qué actos no son susceptibles de recurso contenciosoadministrativo, declarando que:

'No es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma'.

Pues bien, es evidente que, entre los actos no susceptibles de recurso contencioso-administrativo, no se encuentra la resolución del TEAC, antes, al contrario, es un acto definitivo que pone fin a la vía administrativa y, por ende, susceptible de impugnación en vía contencioso-administrativa.

2.3. A lo expuesto, se añade que el criterio que defiende el auto recurrido infringe el artículo 106.1 de la Constitución, de acuerdo con el cual 'los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican'.

En efecto, la vía para discutir la idoneidad de una resolución del TEAC que no satisface en su integridad las expectativas del recurrente es la interposición de un recurso contencioso-administrativo frente a la misma, de tal forma que, si no se admite a trámite este recurso, el acierto o desacierto de la resolución del TEAC quedará imprejuzgado, toda vez que no podrá discutirse en un posterior litigio si la decisión de retrotraer las actuaciones fue o no ajustada a Derecho.

2.4. En último término, la interpretación del auto recurrido en casación puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva que asiste a los contribuyentes, en su manifestación de derecho de acceso al proceso, proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución, al impedírseles discutir ante los tribunales de justicia una resolución de un tribunal económico-administrativo que ordena una retroacción de actuaciones no solicitada ni directa ni subsidiariamente por la recurrente.

3. Conforme a lo expuesto, debe concluirse que, de conformidad con los artículos 249 de la LGT, 19.1, 25.1 y 69.c) de la LJCA y los artículos 24.1 y 106.1 de la Constitución, la resolución de un órgano económicoadministrativo que anula los actos tributarios cuestionados (en el caso, una liquidación y una sanción) para ordenar la retroacción de las actuaciones con la finalidad de que la Administración tributaria proceda a la correcta calificación de unas determinadas rentas, cuando dicha retroacción no fue solicitada ni directa ni subsidiariamente por el reclamante, sí es susceptible de recurso contencioso-administrativo" (F.D. 3º)

"1. La segunda cuestión de interés casacional por la que se nos pregunta, consiste en determinar si, no existiendo vicio formal del procedimiento, el órgano económico-administrativo está facultado para ordenar, tras la nulidad de los actos tributarios cuestionados (en el caso, una liquidación y una sanción) y sin que haya sido solicitada por las partes, la retroacción de las actuaciones al objeto de que la Administración tributaria lleve a cabo una nueva valoración y determine, en su caso, una nueva liquidación y sanción tributarias.

2. Su adecuada solución exige partir de lo dispuesto en el artículo 239 de la LGT y de la jurisprudencia reiterada de esta Sala sobre la retroacción de las actuaciones.

El artículo 239 de la LGT dispone que:

'1. Los tribunales no podrán abstenerse de resolver ninguna reclamación sometida a su conocimiento sin que pueda alegarse duda racional o deficiencia en los preceptos legales.

2. Las resoluciones dictadas deberán contener los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se basen y decidirán todas las cuestiones que se susciten en el expediente, hayan sido o no planteadas por los interesados.

3. La resolución podrá ser estimatoria, desestimatoria o declarar la inadmisibilidad. La resolución estimatoria podrá anular total o parcialmente el acto impugnado por razones de derecho sustantivo o por defectos formales.

Cuando la resolución aprecie defectos formales que hayan disminuido las posibilidades de defensa del reclamante, se producirá la anulación del acto en la parte afectada y se ordenará la retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo el defecto formal.'

Del tenor del precepto se desprende que, la forma normal de terminación del procedimiento económicoadministrativo, es la resolución del tribunal que podrá ser estimatoria, desestimatoria o declarar la inadmisibilidad, en los casos recogidos en

el precepto. Conforme a la prohibición del non liquet, no puede el tribunal abstenerse de resolver, debiendo dictar resolución motivada expresiva de los fundamentos fácticos y jurídicos que la fundamentan. En la resolución se decidirán todas las cuestiones que se hayan suscitado en el expediente, hayan sido o no planteadas por los interesados.

Ahora bien, la resolución de un tribunal económico-administrativo únicamente puede ordenar la retroacción de actuaciones en aquellos casos en que: (i) se aprecie la existencia de defectos de forma en el acto impugnado o en la tramitación del procedimiento del que éste resulta y, (ii) que dichos defectos hayan disminuido las posibilidades de defensa del reclamante.

En este sentido, se ha pronunciado esta Sala en sentencias, entre otras, de 7 de abril de 2011 (casación número 872/2006; ES:TS:2011:2580), 26 de marzo de 2012 (casación número 5827/2009; ES:TS:2012:2104), 14 de junio de 2012 (casaciones números 5043/2009, ES:TS:2012:5537 y 6219/2009, ES:TS:2012:5461), 25 de octubre de 2012 (casación número 2116/2009; ES:TS:2012:7914), 15 de septiembre de 2014 (casación número 3948/2012; ES:TS:2014:3728) y 19 de mayo de 2020 (RCA/5693/2017; ES:TS:2020:977)], en las que declara:

'Es jurisprudencia de esta Sala que los órganos económico-administrativos no pueden a su albur decretar la retroacción de las actuaciones inspectoras, haciendo abstracción del vicio que determina la anulación de la liquidación tributaria [sentencias de 7 de abril de 2011 (casación 872/06, FJ 3º), 26 de marzo de 2012 (casación 5827/09, FJ 3º) y 25 de octubre de 2012 (casación 2116/09, FJ 3º)]. En la segunda de las sentencia citadas hemos razonados que el legislador (véase el artículo 83 de la Ley General Tributaria de 2003; en el mismo sentido, el artículo 90 de la Ley homónima de 1963) ha querido distinguir entre las competencias en materia de liquidación ('gestión', en la terminología de la Ley de 1963, 'aplicación de los tributos', en la de 2003) y de revisión, atribuyéndolas a instancias administrativas diferentes. Se trata de un principio nuclear de nuestro sistema tributario que debe presidir cualquier interpretación que se haga de las normas reguladoras de la materia. De modo que hay que eludir todo entendimiento que atribuya a los tribunales económicoadministrativos competencias en materia de liquidación, más allá de las que sean consecuencia obligada de su tarea de revisar el acto tributario reclamado.

Pues bien, el artículo 239.2 de la Ley General Tributaria de 2003 (como antes el 169 de la Ley de 1963) impone al órgano competente para resolver la reclamación la obligación de decidir todas las cuestiones que se susciten en el expediente, hayan sido o no planteadas por los interesados. En cuanto a su alcance, cabe que la resolución que adopten los órganos de revisión económico-administrativa sea estimatoria, desestimatoria o de inadmisibilidad. La resolución estimatoria podrá anular total o parcialmente el acto impugnado por razones de derecho sustantivo o por defectos formales (artículo 239.3, primer párrafo, de la Ley de 2003).

El régimen jurídico expuesto, como hemos reconocido en reiteradas ocasiones, otorga a los tribunales económico-administrativos una amplia facultad revisora, que

va desde la mera modificación a la nulidad radical de los actos impugnados y que les faculta para decidir cuantas cuestiones se deriven del expediente, hayan sido o no planteadas por las partes (sentencia de 11 de marzo de 2010, casación 8651/04, FJ 4º). Sin embargo, tan amplias facultades deben ir acompañadas de las garantías necesarias para preservar la seguridad jurídica subjetiva y la defensa en plenitud de los derechos de los interesados (sentencia de 30 de junio de 2011, casación 3958/07, FJ 3º), dentro siempre de los límites propios de la función que tienen atribuida.

Por ello, les cabe, en efecto, declarar la nulidad del acto impugnado, anularlo total o parcialmente e, incluso, ordenar a los órganos de gestión que dicten otro acto administrativo de liquidación con arreglo a las bases fijadas en la propia resolución de revisión. Pueden también aprobar resoluciones que expulsen del mundo del derecho dicho acto porque ha sido adoptado sin cumplir las garantías formales y procedimentales dispuestas en el ordenamiento jurídico o sin contar con los elementos de juicio indispensables para decidir, ordenando dar marcha atrás, retrotraer las actuaciones y reproducir el camino, ya sin los defectos o las carencias inicialmente detectadas.

Ahora bien, no debe olvidarse que en nuestro sistema jurídico la eventual retroacción de las actuaciones constituye un instrumento previsto para reparar quiebras procedimentales que hayan causado indefensión al obligado tributario reclamante, de modo que resulte menester desandar el camino para practicarlo de nuevo, reparando la lesión; se trata de subsanar defectos o vicios formales [el propio artículo 239.3 de la Ley General Tributaria de 2003, en su segundo párrafo, así lo expresa con meridiana claridad; véase también el artículo 66.4 del Reglamento general de desarrollo de la mencionada Ley en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo (BOE de 27 de mayo)]. O, a lo sumo, para integrar los expedientes de comprobación e inspección cuando la instrucción no haya sido completa y, por causas no exclusivamente imputables a la Administración, no cuente con los elementos de juicio indispensables para practicar la liquidación; se trata de acopiar los elementos de hecho imprescindibles para dictar una decisión ajustada a derecho, que, por la ausencia de los mismos, no se sabe si es sustancialmente correcta o no. Desde antiguo este es el criterio del Tribunal Supremo [pueden consultarse las sentencias de 30 de noviembre de 1995 (apelación 945/92, FJ. 2º); 15 de noviembre de 1996 (apelación 2676/92, FJ 4º); y 29 de diciembre de 1998 (casación 4678/93, FJ 3º); más recientemente, las sentencias de 26 de enero de 2002 (casación 7161/96, FJ 4º); 9 de mayo de 2003 (casación 6083/98, FJ 3º); 19 de septiembre de 2008 (casación para la unificación de doctrina 533/04, FJ 4º); 24 de mayo de 2010 (casación interés de ley 35/09, FJ 6º); y 21 de junio de 2010 (casación para la unificación de doctrina 7/05, FJ 3º), entre otras muchas].

La retroacción de actuaciones no constituye un expediente apto para corregir los defectos sustantivos de la decisión, dando a la Administración la oportunidad de ajustarla al ordenamiento jurídico. Es decir, cabe que, ordenada y subsanada la falla procedimental, se adopte un nuevo acto de contenido distinto a la luz del nuevo

acervo alegatorio y fáctico acopiado; precisamente, por ello, se acuerda dar 'marcha atrás'.

Ahora bien, si no ha habido ninguna quiebra formal y la instrucción está completa (o no lo está por causas imputables a la Administración), no cabe retrotraer para que la Inspección rectifique, por ese cauce, la indebida fundamentación jurídica de su decisión'.

3. Pues bien, la aplicación de la doctrina expuesta al caso que se examina, comporta que, al no encontrarnos ante vicio formal, la retroacción acordada por el TEAC no resulte procedente.

El vicio apreciado por el TEAC, consistente en la necesidad de acreditar la naturaleza jurídica de determinadas rentas, en concreto, si eran beneficios empresariales o cánones, es un vicio de carácter sustancial y no meramente formal, resultando, en consecuencia, improcedente la retroacción de actuaciones acordada.

La calificación de la naturaleza del software -estandarizado o no- constituía en sí mismo el elemento fundamental sobre el que descansaba la regularización practicada a la hoy recurrente, por lo que el TEAC debió pronunciarse sobre este extremo, sin que resulte admisible que ordenara la retroacción de actuaciones posibilitando a la Inspección dictar, en su caso, una nueva liquidación en la que se intentara una nueva y 'mejor' fundamentación de la regularización, pues dicha actuación infringe la norma legal transcrita y la interdicción del non liquet que le impide abstenerse de resolver una reclamación sometida a su conocimiento alegando 'duda racional' o, como en este caso, 'falta de idoneidad de este Tribunal' para valorar el informe aportado por la reclamante, lo que motivó que acordase:

'En consecuencia, debe anularse el acuerdo de liquidación ordenando la retroacción de las actuaciones para que por parte del órgano inspector se proceda, a la luz del nuevo dictamen, a determinar la calificación de las cantidades satisfechas, pudiendo para ello, en su caso, recabar de nuevo el auxilio del equipo informático especializado. De esta forma, una vez analizadas las discrepancias planteadas, se procederá a dictar un nuevo acuerdo, con expresión de la concreta aplicación de la norma que en el mismo se efectúa y en el que las cuestiones de índole técnico-informática resulten adecuadamente contestadas y en concreto, se determine de manera fundada la naturaleza del software analizado'.

Tal y como expone la recurrente, determinar si las cuantías abonadas por un contribuyente constituyen un beneficio empresarial o un canon, analizando si un determinado producto es un software estandarizado o no, es, sin duda, una cuestión que incide directamente en la norma que define y cuantifica el tributo y afecta intrínsecamente a su esquema liquidatario, por lo que no es susceptible de la retroacción de actuaciones acordada.

4. En definitiva, no existiendo vicio formal de procedimiento, el órgano económico-administrativo no está facultado para ordenar, tras la nulidad de los actos tributarios cuestionados (en el caso, una liquidación y una sanción) y sin que haya sido

solicitada por las partes, la retroacción de las actuaciones al objeto de que la Administración tributaria lleve a cabo una nueva valoración y determine, en su caso, una nueva liquidación y sanción tributarias, pues la insuficiencia probatoria no es un defecto formal acaecido durante la tramitación del procedimiento sino un vicio sustantivo." (F.D. 4º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Carga de probar la realidad de los desplazamientos y gastos de manutención y estancia en restaurantes y hoteles, si al empleador o al empleado, respecto de la exención relativa a las dietas y asignaciones para gastos de locomoción

STS (Sala 3ª) de 22 de julio de 2021, rec. nº 7485/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ca8fb654b3e205fb/20210806

"1. El debate esencial que ha tenido lugar en la instancia no solo giró sobre la carga de la prueba de la realidad de los desplazamientos que justifican las dietas, sino también sobre la relevancia que, a la hora de acreditar esa realidad, pueda tener la circunstancia de que coincida en el perceptor de esas dietas la condición de trabajador y de administrador de la empresa pagadora.

Tanto la Administración como la sentencia recurrida otorgan a esa circunstancia una trascendencia capital, al punto de que es, precisamente, la condición de administrador de la empresa pagadora que ostenta el Sr. Arcadio ... la que ha resultado determinante para excluir que las dietas percibidas puedan acogerse a la exención prevista en la norma.

2. La representación procesal del contribuyente cuestiona esa tesis aportando tres argumentos esenciales:

a) El primero, que el criterio de la sentencia recurrida supone diluir, confundiéndolas, las personalidades de pagador y perceptor de la dieta.

b) El segundo, que la Administración Tributaria nunca se dirigió al Sr. Arcadio ... en su condición de representante legal o administrador de P..., sino que siempre lo hizo como persona natural, responsable de su impuesto personal (IRPF) que era, por cierto, el único objeto de comprobación.

c) El tercero, que la circunstancia de no haber practicado retenciones carece de relevancia alguna: si no se practicó tal retención fue porque la empresa pagadora no entendió que fueran retribuciones no exentas, sino dietas no gravables, siendo así que ni siquiera la Administración tributaria ha efectuado actuaciones de comprobación en relación con el impuesto sobre sociedades de la sociedad pagadora.

3. Tiene razón la parte recurrente cuando afirma que tanto la Administración como el TEAR han confundido las personalidades de pagador y perceptor de las dietas.

Acierta también dicha parte -y este es un extremo que resulta incontrovertido- cuando señala que la Administración nunca se dirigió al Sr. Arcadio ... como 'administrador' de la entidad P..; lo hizo, siempre, como contribuyente del tributo que estaba siendo comprobado, esto es, como sujeto pasivo -perceptor de las dietasdel impuesto sobre la renta de las personas físicas.

Es más -añadimos nosotros-, la relevancia otorgada a la condición de administrador de la sociedad pagadora aparece sobrevenidamente en la liquidación provisional, pues nada hay en el procedimiento de comprobación limitada que pudiera (o debiera) hacer pensar al sujeto comprobado que esa circunstancia -ser administrador, o responsable, o ejecutivo de la entidad- era la que tenía que tener en cuenta al contestar a los requerimientos que le fueron emitidos en relación con la justificación de los desplazamientos que dieron lugar a las dietas controvertidas.

Dicho todavía con mayor claridad: en el procedimiento de gestión tributaria que terminó con las liquidaciones impugnadas ante el TEAR el Sr. Arcadio ... siempre fue considerado como la persona natural que había percibido las dietas, al punto de que fue a él -y no a la sociedad que administraba o representaba- a quien se exigió aquella justificación. Además, en ningún momento se le dio noticia de que pudiera ser un extremo relevante para acreditar el presupuesto de hecho de las dietas su condición, además de perceptor, de administrador de la entidad pagadora.

4. Para el TEAR y para la sentencia recurrida en casación la circunstancia expuesta, esto es el requerimiento dirigido solo a la persona física perceptora de las dietas, resulta -al parecer- completamente irrelevante pues lo fundamental, tanto para el órgano de revisión como para la Sala de A Coruña, es que don Bienvenido ... era 'administrador de P..., SL' y, como tal, tenía acceso a la documentación requerida y, por ello, debió aportarla al órgano de gestión.

Lo expresa con claridad la resolución del TEAR cuando afirma, como se dijo más arriba, lo siguiente:

'(...) D. Bienvenido ... es socio y administrador de la sociedad pagadora de las dietas (P..., SL) y se limita a aportar documentación interna.

A juicio de este Tribunal (...), D. Bienvenido ..., que dispone de las facilidades propias de la condición de socio y administrador social, no ha aportado documentación externa justificativa de los desplazamientos y, por ello, no ha acreditado de forma suficiente la realidad de los desplazamientos'.

Y lo ratifica, prácticamente de manera idéntica, la sentencia recurrida al señalar que:

'En el caso presente tenemos que el recurrente era el administrador de la sociedad al tiempo de iniciarse las actuaciones de comprobación por lo que, no solo organizó el trabajo durante los años 2009 a 2011, sino que tenía acceso a la documentación entregada a la sociedad para hacerle el reintegro de los gastos asumidos en sus desplazamientos.

No es admisible alegar que el requerimiento de documentación le fue hecho a título individual y no como administrador dado que, aun siendo así, debió actuar de forma diligente y entregar aquello que tenía a su disposición'.

5. No compartimos esa forma de argumentar que lucen ambas resoluciones.

Dijimos en la citada sentencia núm. 96/2020, de 29 de enero (dictada -forzoso es recordarlo- en un supuesto muy similar al que ahora nos ocupa) que una forma de proceder como la que revelan esos razonamientos pone de manifiesto que 'el examen y valoración de la prueba resulta parcial y analítico' por cuanto lo esencial es que las resoluciones recurridas -en aquel proceso, y en el que ahora nos ocupa-, sitúan como justificación esencial de la decisión el solo hecho de que el contribuyente no ha acreditado la realidad de los desplazamientos que justifican las dietas.

Y eso no supone otra cosa que hacer recaer sobre el contribuyente (del impuesto comprobado) la prueba de la realidad del desplazamiento y la vinculación del desplazamiento con el desarrollo de la actividad.

Resulta, así, plenamente aplicable al caso lo que afirmamos en el fundamento jurídico quinto de la citada sentencia, que ahora reproducimos:

'(...) Prescindiendo del caso concreto, en general, la prueba de la no sujeción corresponde acreditarla al contribuyente.

Pero descendiendo al caso concreto que nos ocupa, se debe alterar la regla general de la carga de la prueba, puesto que conforme a las obligaciones formales legalmente impuestas al retenedor-pagador y el deber de declaración del contribuyente, la Administración debe tener en su poder la totalidad de los datos necesarios para determinar si deben ser o no excluidos dichos gastos de manutención y por ende a la misma corresponde probar la exclusión en base a los principios de facilidad y disponibilidad de la prueba.

En el caso presente, la Administración no podía recabar del contribuyente aquellos documentos y, con ellos, los datos que obraban ya en su poder; y cuando llega a la conclusión de que el contribuyente no ha acreditado la realidad del desplazamiento ni el motivo ni razón del mismo en los términos vistos, conculca el art. 9 del RIRPF, puesto que debió dirigirse al efecto al pagador, pues no corresponde al empleado probar la realidad de los desplazamientos y los motivos o razón de los gastos de manutención'.

En definitiva, la Administración debió dirigirse al empleador en cuanto obligado a acreditar la realidad de que las cantidades abonadas por aquellos conceptos responden a desplazamientos realizados en determinado día y lugar, motivado o por razón del desarrollo de su actividad laboral.

6. En la sentencia de 29 de enero de continua cita se puso de manifiesto que la Administración había tenido en cuenta la condición de socio-trabajador del contribuyente con carácter general, sin concretar su grado de participación o

relación, afirmando -como sucede en el caso que ahora analizamos- no solo que ello le facilita el acceso a la documentación, sino que correspondía al recurrente en su condición de socio-trabajador la carga de probar si las cantidades percibidas reunían las exigencias legales y reglamentarias para poder ser cualificadas como ayudas de gastos.

Contestamos a esa argumentación en los siguientes términos (que resultan plenamente aplicables a este asunto):

'Ciertamente tal y como se hace constar y sin un análisis suficiente y adecuado, este dato en nada altera lo dicho hasta ahora. Ciertamente si hemos puesto el acento en que la regla general de la distribución de la carga de la prueba puede alterarse en aquellos casos en los que para una de las partes resulta muy fácil acreditar un dato de difícil prueba para la otra, esto es, si se condiciona la distribución de la carga de la prueba en los supuestos de facilidad o disponibilidad de los elementos que hacen prueba sobre un hecho, puede resultar absolutamente relevante en cuanto a la alteración de las reglas de la carga de la prueba que en razón de la posición que el socio-trabajador, o en este caso cooperativista- trabajador, ocupe en el entramado empresarial, pero ello exige el examen de cada caso, sin apriorismos generalizados del que por la mera participación o, en este caso, por la mera condición de cooperativista-trabajador derive los referidos efectos de asumir la carga de la prueba el contribuyente'.

7. Algo muy similar sucede en el supuesto analizado, pues tanto el TEAR como la sentencia recurrida sitúan -apodícticamente- la condición de 'administrador y socio al 15% del pagador'

en el único elemento que determina a quién corresponde probar la realidad de los desplazamientos.

Para tales resoluciones, en efecto, basta con constatar esa situación para determinar que toda la carga de la prueba recaiga sobre el administrador, más allá de la forma en que se desenvuelven las actuaciones de comprobación.

La Administración, con el aval del órgano de revisión económico-administrativo y de la sentencia impugnada, otorga aquella relevancia esencial sin indicar siquiera al contribuyente requerido -en el seno de ese procedimiento de comprobación- cuáles eran las consecuencias de ostentar esa condición (administrador de la empresa pagadora), y sin advertirle que era precisamente esa condición la que le situaba en una situación más "exigente", a la hora de contestar al requerimiento, que la de un perceptor de las dietas que no fuera socio, representante o personal ejecutivo de la entidad.

8. En definitiva, sin mayores especificaciones que la mera constatación de la posición que ostenta el perceptor de las dietas en la empresa pagadora, no cabe alterar las reglas esenciales de distribución de la carga de la prueba en la materia que -como ya hemos indicado reiteradamente- determinan que no sea al empleado al que corresponde probar la realidad de los desplazamientos y gastos de manutención

y estancia, sino que la Administración, para su acreditación, deberá dirigirse al empleador en cuanto obligado a acreditar que las cantidades abonadas por aquellos conceptos responden a desplazamientos realizados en determinado día y lugar, por motivo o por razón del desarrollo de su actividad laboral.

9. Ello determina que no podamos responder a la segunda cuestión que suscita el auto de admisión en términos generales, sino en atención a las circunstancias concretas que concurran en cada caso.

Nos preguntaba el auto citado si las reglas de distribución de la carga de la prueba en esta materia deben alterarse cuando el perceptor de las dietas sea, al mismo tiempo, administrador de la sociedad que las abona.

De lo hasta aquí razonado se desprende que esa condición de administrador podrá tener relevancia en cuanto a la acreditación de la realidad del presupuesto de hecho de las dietas en atención a las circunstancias del caso y, específicamente, a tenor de la forma de conducirse que haya tenido la Administración en el procedimiento de comprobación correspondiente.

Dicho de otro modo, la condición de trabajador/administrador del perceptor de la dieta no determina per se que sea éste el que, ineluctablemente, deba acreditar la realidad de los desplazamientos o de los gastos de manutención y estancia.

Tal circunstancia puede, ciertamente, influir en la singular, casuística y concreta acreditación de aquella realidad; pero ello dependerá, insistimos, de varios factores, como, a título de ejemplo, (i) el contenido de los requerimientos efectuados, (ii) la expresión -o no- en los mismos de la condición en que tales requerimientos se dirigen al perceptor, (iii) el conocimiento por el interesado de la relevancia de su condición de responsable de la empresa a efectos de contestarlos y, sobre todo, (iv) de la constatación de las específicas funciones que ostenta el perceptor de la dieta en la entidad y su relevancia a la hora de tomar las decisiones correspondientes sobre la necesidad de los desplazamientos.

Lo que no es suficiente -insistimos- es efectuar el requerimiento al interesado como persona natural y con ocasión de la comprobación de su impuesto sobre la renta de las personas físicas y, después, manifestar que no es suficiente la acreditación porque -al ser administrador de la empresa pagadora- debió aportar más datos de los que legal y reglamentariamente le son exigibles como sujeto pasivo del tributo y a tenor de las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba que ya hemos determinado." (F.D. 3º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto sobre el Valor Añadido. Facturas no aportadas en el curso de un procedimiento de comprobación limitada. Derecho a la valoración probatoria.

STS (Sala 3ª) de 27 de julio de 2021, rec. nº 6012/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1f329eb618684589/20210816

"Pues bien, desde la anterior perspectiva jurisdiccional es desde la que no podemos aceptar la argumentación de la Sala de instancia, con base, fundamentalmente, en el carácter revisor de esta jurisdicción, debiendo destacarse dos circunstancias esenciales en el supuesto de autos:

1. Debe destacarse que la diferencia esencial en el procedimiento de gestión de comprobación limitada fue el relativo a la aportación de las facturas requeridas con la finalidad de la constatación expresada. Y, si bien se observa, la realidad es no se produjo una negativa expresa de la recurrente a su aportación, ni siquiera un silencio por su parte frente al doble requerimiento administrativo. Lo que, realmente, se produjo fue una discrepancia acerca de la forma de cumplir con los expresados requerimientos. La recurrente las puso a la disposición de la Administración actuante en la sede empresarial y la Administración entendió que en procedimiento de comprobación limitada ello no resultaba posible, continuando la discrepancia acerca de sí, en su caso, la aportación debía llevarse a cabo mediante la aportación de las mismas facturas, mediante su fotocopia, mediante su escaneo, o, en fin, mediante su digitalización. Pero lo cierto es que esta discrepancia se produjo.

2. Por otra parte, ya en vía jurisdiccional, lo cierto es que la recurrente opta, entonces, por la primera de las posibilidades reseñadas y procede a la aportación de las propias facturas, obteniendo de la Sala de instancia la respuesta de su admisión como medio de prueba válidos y adecuado a la pretensión articulada.

Ante tal circunstancia, la respuesta de la Sala, como ya hemos anticipado, no es aceptable, por cuanto ni se dan razones para discernir la discrepancia de las partes en cuanto a la obligación y modo de aportación de las facturas, ni se procede a la valoración de la prueba aportada, una vez declarada pertinente.

Tales circunstancias, por otra parte, nos impiden apreciar la existencia de ausencia de lealtad procesal por parte de la recurrente o la existencia de vulneración de abuso alguno procesal. La Sala de instancia contaba con instrumentos suficientes para realizar un pronunciamiento al respecto, respetando el expresado derecho a la tutela judicial efectiva en la perspectiva de la valoración probatoria. No decimos que, siempre, y en todo caso, la valoración probatoria no pudiera modularse desde la perspectiva de la proporcionalidad y buena administración, pues lo que decimos es que la discrepancia sobre la obligación, el modo y forma de la aportación de las facturas requeridas y la admisión de la prueba aportada impedían, en el supuesto de autos, una respuesta como la expuesta por la Sala de instancia" (F.D. 5º)

"Doctrina de la Sala en relación con la valoración probatoria.

En respuesta a la segunda de las cuestiones planteadas por el auto de admisión del recurso de casación debemos ratificar la doctrina contenida en la STS 684/2017, de 20 de abril, en el sentido de que "cabe en sede de revisión admitir documentación no aportada en sede de gestión".

La admisión de la prueba obliga a la Sala a dar una respuesta razonada y motivada respecto de la valoración de la prueba aportada y declarada pertinente sin que puede denegarse tal respuesta con base en el carácter revisor de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Ello nos impide responder a la primera de las cuestiones planteadas en el auto de admisión en cuanto la discrepancia sobre la obligación, el modo y forma de la aportación de las facturas, que deberá ser resuelta, en el supuesto de autos, por la Sala de instancia, de conformidad con los principios de proporcionalidad, buena administración, lealtad procesal y proscripción del abuso del derecho, tras la motivación de las circunstancias concretas del caso" (F.D. 6º)

"La solución del caso concreto.

Por los razonamientos expuestos, debe estimarse el presente recurso de casación, declarando vulnerado el derecho fundamental de la recurrente a la tutela judicial efectiva en su versión del derecho a la valoración de la prueba (artículo 24.1 CE), por no valorarse la prueba documental aportada conforme a las reglas de la sana crítica.

La estimación del recurso de casación conduce a anular la sentencia recurrida y a retrotraer las actuaciones, a fin de que sea la Sala de quien se pronuncie, de forma respetuosa con el derecho fundamental citado.

De conformidad con la anterior doctrina es procedente que declaremos haber lugar al recurso de casación, casando y anulando la sentencia de instancia y declarando la retroacción de actuaciones al objeto de que por la Sala de instancia se resuelva de conformidad con la doctrina expuesta." (F.D. 7º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: IRPF: Rendimientos del capital inmobiliario. Gastos deducibles y reducciones. Deducción de los rendimientos íntegros de las cantidades destinadas a la amortización de bienes inmuebles arrendados: determinación del coste de adquisición.

STS (Sala 3ª) de 15 de septiembre de 2021, rec. nº 5664/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/967b8c1fa4cfcd22/20211004

"La ley, que le va a otorgar a la postre a los conceptos y expresiones en debate la significación jurídica procedente, a efecto de calcular el rendimiento neto sometido a tributación, considera como gasto deducible "Las cantidades destinadas a la amortización del inmueble y de los demás bienes cedidos con éste", e introduce, en el mismo sentido la norma reglamentaria, el elemento más significativo de la amortización cual es la depreciación del valor del bien, esto es, la disminución de valor que sufre el bien, en este caso el inmueble, por el paso del tiempo y/o por su uso. Resulta evidente que no es posible desvincular la amortización de un inmueble del elemento que la caracteriza, de su valor y de la recuperación, en definitiva, de

dicho valor que se persigue con la efectividad de la amortización. No es posible, por tanto, una interpretación que prescinda de dicho elemento sustancial, considerar que la amortización sólo comprende los gastos y tributos asumidos por la adquisición del inmueble, es desconocer el significado del término amortización, si así lo hubiera querido el legislador habría limitado los gastos a deducir a los gastos estrictos y a los tributos necesarios para la adquisición del inmueble, pero entonces no estaríamos ante una amortización, y aun cuando es habitual, desde el punto de vista económico y empresarial, la correlación entre la previa inversión y la consiguiente amortización, la amortización en sí es un término neutral con sustantividad propia que no exige para su efectividad la previa inversión.

La propia estructura y coherencia de la norma conduce a entender que 'el coste de adquisición satisfecho', comprende necesariamente el valor del propio inmueble, esto es, se emplea el término coste como sinónimo de valor de adquisición; en otro caso se estaría contrastando magnitudes entre las que no existiría relación alguna, en tanto que la tesis del Sr. Abogado del Estado conduce a confundir las partes, esto es, el conjunto de elementos que lo conforman, con el todo, que no puede ser otro que el valor del bien inmueble, de suerte que dependiendo de la mayor de las magnitudes se tendrá en cuenta el valor de adquisición más costes y tributos para su adquisición o el valor catastral; de no ser así carecería de sentido comparar costes y tributos necesarios para la adquisición con el valor catastral, en tanto que la Ley expresamente pone en relación dos valores resultantes, no un valor, el catastral, con los estrictos gastos y tributos satisfechos para adquirir el bien inmueble que, mire como se mire, en absoluto incorpora un valor de dicho bien inmueble.

La ley no distingue entre inmuebles adquiridos a título oneroso o gratuito, en ambos casos, como no puede ser de otra forma por la ausencia de distinción de ambos supuestos, contrasta el coste de adquisición satisfecho, que no puede ser otro que el valor del bien junto con los gastos y tributos para su adquisición con el valor catastral, magnitudes homogéneas, sin que entrañe dificultad alguna la determinación del valor resultante en el primer caso, esto es, en las adquisiciones onerosas, se comprende dentro del conjunto de elementos conformadores, junto con los gastos y tributos, el precio pagado por la adquisición, determinantes todos ellos del valor del inmueble a efectos de su amortización, que entra en contraste con el valor catastral, para acoger como valor de aplicación a efectos de determinar el rendimiento neto mediante la reducción del 3% del mayor de ambos valores. En las adquisiciones a título gratuito, no cabe distorsionar el precepto contrastando magnitudes que ninguna relación tienen entre ellas y desconoce cuál es el sentido de la amortización como depreciación que sufre el inmueble por su uso o transcurso del tiempo, por lo que al valor catastral sólo cabe contraponer el valor resultante del valor del bien adquirido mediante título gratuito compuesto junto a los gastos y tributos necesarios por el valor del propio bien. 'El coste de adquisición satisfecho' se aplica tanto para las adquisiciones onerosas como gratuitas, y, para ambos, debe comprenderse el valor del propio bien cuya determinación se hace depender en cada caso de la propia característica de la forma de adquisición, en las adquisiciones a título oneroso el valor real del bien, y en las gratuitas el importe real del valor, determinado según las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, esto

es, el consignado en la escritura de donación o de adquisición de la herencia o el comprobado por la Administración.

Reducir en las adquisiciones a título gratuito la amortización a los gastos ocasionados y tributos satisfechos para su adquisición, desvirtúa de todo punto la previsión normativa, desconoce el correcto significado de la amortización como concepto unívoco puesto que no cabe delimitar como gasto la amortización o depreciación del valor del bien inmueble y prescindir del valor de dicho bien para calcular el gasto a deducir, e introduce la incoherencia de contrastar magnitudes diferentes con merma de la lógica y propia sistemática normativa.

En este último sentido no estorba recordar que es la propia Ley la que viene a otorgar a los bienes inmuebles adquiridos a título gratuito un valor, de suerte que viene a equiparar el valor de adquisición con el valor dado al inmueble en la sucesión o donación, más los gastos y tributos. En el régimen de alteraciones patrimoniales para calcular el importe de las alteraciones, se prevé que las ganancias o pérdidas patrimoniales se deberán calcular por la diferencia entre los 'valores de adquisición y transmisión', art. 34. En las transmisiones a título oneroso, art. 35, el valor de adquisición está formado por el importe real de la adquisición más los costes de inversiones y mejoras efectuadas sobre los bienes adquiridos y los gastos y tributos inherentes a la adquisición, sin intereses satisfechos por el adquirente; y el valor de transmisión es el importe real de la enajenación menos los mismos tipos de gastos y tributos satisfechos por el transmitente. Pero del mismo modo se calcula en las adquisiciones o transmisiones a título lucrativo, art. 36, de suerte que el importe real de los valores respectivos, será aquel que resulte de la aplicación de las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones; valor que es el que debe considerarse a efectos de futuras transmisiones del bien" (F.D. 1º).

"Fijación de doctrina sobre el art 23.1.b) de la LIRPF y su proyección al caso concreto.

Dicho lo anterior la interpretación correcta del art. 23.1.b) de la LIRPF, es, tal y como se recoge en la sentencia de instancia, la que entiende que para calcular la determinación del rendimiento neto se deducirán las cantidades destinadas a la amortización del inmueble y de los demás bienes cedidos con éste, siempre que respondan a su depreciación efectiva, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, y tratándose de inmuebles adquiridos a título gratuito en el coste de adquisición satisfecho está incluido el valor del bien adquirido en aplicación de las normas sobre Impuesto sobre Sucesiones o Donaciones o su valor comprobado en estos gravámenes.

En base a la anterior doctrina ha de convenirse en la corrección de la sentencia recurrida en este punto, por lo que procede su confirmación" (F.D. 2º) [F.H.G.].

VII. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Jurisprudencia: Competencia para decretar la extinción de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la UE.

STS (Sala 3ª) de 20 de julio de 2020, rec. nº. 6680/2018.

http://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9216096/derechos%20y%20libertades/20200810

[Indebida anulación de la resolución de la Delegación del Gobierno, que confirmó en alzada la extinción de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la UE decretada por la Jefa de la Oficina de Extranjería. Si bien dicha extinción no ha sido decretada inicialmente por los Delegados del Gobierno en las CC.AA. uniprovinciales y los Subdelegados del Gobierno en las provincias, su confirmación posterior en alzada por el Delegado o Subdelegado del Gobierno, convalida el vicio inicial de anulabilidad por incompetencia funcional o jerárquica. Conformidad a Derecho de la extinción de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la UE, por desaparición de las condiciones que justificaron su concesión. El mantenimiento de la pareja de hecho registrada no alcanzó los tres años requeridos] [A.O.G.].

Jurisprudencia: El TS establece doctrina sobre el requisito de la "inversión significativa" a realizar para obtener el permiso de residencia para inversores.

STS (Sala 3ª) de 30 de julio de 2020, rec. nº 5613/2019.

http://www.poderjudicial.es/search/SentenciasDictadas/documento/TS/9216074/20200810

[La Ley de Apoyo a emprendedores y su internacionalización exige realizar una "inversión significativa" para el otorgamiento de la autorización de residencia como inversor. La inversión puede llevarse a cabo mediante la construcción o promoción de un inmueble sobre una parcela o terreno previamente adquirido mediante compraventa. Por medio de la adquisición de la propiedad por accesión puede cumplirse el supuesto legal de adquisición de bienes inmuebles previsto en el art. 63 b) de la citad Ley. Existencia de conexión entre adquisición e inversión] [A.O.G.].

Jurisprudencia: El TS anula la extinción de residencia de larga duración UE porque el hecho invocado no está previsto como causa de extinción

STS (Sala 3ª) 30 de julio de 2020, rec. nº 3863/2018.

http://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/47c54a4d73e1a1963e53b57fc201cb1e425daffa114914f0

[Anulación de la resolución que declaró extinguida la residencia de larga duración UE. Extinción producida por la constancia de una prohibición de entrada en territorio Schengen, emitida por Noruega. El hecho invocado para acordar la extinción no se encuentra previsto como causa de extinción de la autorización de residencia de larga duración UE en ningún supuesto de la LOEX ni del RD 557/2011. La comunicación a las autoridades nacionales de una prohibición de entrada en territorio Schengen expedida por otro país no determina, por sí sola, la extinción de la autorización de residencia, si no concurre alguna de las causas previstas en la ley. Además, la extinción ha de acordarse por resolución motivada, y teniendo en cuenta las circunstancias de arraigo del extranjero concernido] [A.O.G.].

Jurisprudencia: Reagrupación de familiares no comunitarios de ciudadanos españoles que no hayan ejercido el derecho a la libre circulación.

STS (Sala 3ª) de 21 de enero 2021, rec. nº 2826/2018.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e0598b67fafe7ea4/20210203

[Para la aplicación del artículo 7 del Real Decreto 240/2007 se han de tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar el derecho del ciudadano del tercer país a la tarjeta de residencia de familiar comunitario. No puede denegarse la reagrupación de familiares no comunitarios sólo porque el ciudadano de la Unión no disponga de medios económicos suficientes para sí y su cónyuge sin examinar la relación de dependencia] [A.O.G.].

Jurisprudencia: Denegación de la nacionalidad española por residencia debido al escaso grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles y a su total desconocimiento del idioma castellano.

SAN, Sala de lo Contencioso, Sección 6, Sentencia de 16 de febrero de 2021, rec. nº 933/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/06aced9ed2dfbdcf/20210310

[El Juez Encargado del Registro Civil se mostró desfavorable a la concesión de la nacionalidad en atención al escaso grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles y a la vista del total desconocimiento del idioma castellano. La solicitante no ha acreditado el grado de integración bastante en la sociedad española que exige el art. 22.4 del CC. A ello no obsta el tiempo de residencia en territorio español, lo que pondría de manifiesto, en su caso, su arraigo, pero no su integración]

Jurisprudencia: Expulsión de un extranjero y prohibición de entrada en España durante 10 años por la compra de una menor por 50 euros.

STSJ de Extremadura (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª) de 30 de junio de 2020, rec. nº 71/2020.

http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/b116db31a5a03320

[Expulsión con prohibición de entrada durante 10 años a condenado como autor de un delito de trata de seres humanos. La comisión de un delito de trata de personas supone un motivo imperioso de seguridad pública que puede justificar una medida de expulsión, siempre que la forma de comisión de tales infracciones presente características especialmente graves. En el caso, la gravedad de los hechos se concreta en la escasa edad de la niña (13 años), y la intención de traerse no una esposa, sino una esclava sexual, a disposición del hijo, y una esclava doméstica a disposición del matrimonio. Ausencia total de existencia de arraigo social, pues no consta acreditada su participación en actividad social alguna en la localidad en la que residen] [A.O.G.].