PRAXIS JUDICIAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Revista Semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 17 y 18
Agosto 2023

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
PROFESOR AYUDANTE DOCTOR DE DERECHO CIVIL

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

INICIALES DE LOS AUTORES

B.A.S.: Dra. Belén Andrés Segovia, Profesora Ayudante Doctor del Departamento de Derecho Administrativo en la Universitat Jaume I de Castelló.

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, Investigador predoctoral en Derecho Civil de la Universidad de Valencia.

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

M.E.N:: Dña. Marina Elhihi Nieves

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 Contratado 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, Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil.

A.O.G.: Dr. Alfonso Ortega Gímenez, Profesor Titular 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. Derecho de la Persona…….…….…….…….…….…….…….29

II. Derecho Mercantil…….....52

1. Derecho de Sociedades…….....52

2. Derecho de Seguros…...……...66

III. Derecho Procesal……..…..……....……..78

IV. Derecho Penal..……..82

1. Parte General…….…….....82

2. Parte Especial……...……84

V. Derecho del Trabajo……86

VI. Derecho Administrativo..…….....101

VII. Derecho Tributario...……...112

VIII. Derecho Internacional Privado.……...….126

I. DERECHO CIVIL

1. DERECHO DE FAMILIA

Jurisprudencia: La acción de adición o complemento de la partición del art. 1.079 CC no permite la revisión de las valoraciones de los bienes.

STS (Sala 1ª) de 4 de abril de 2022, rec. nº 557/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c905474d9e2686c1/20220420

"Es indudable que la sentencia recurrida contradice la doctrina de la sala cuando afirma que la acción de adición o complemento ejercitada al amparo de lo dispuesto en el art. 1079 CC permite no sólo la adición de bienes o valores, sino también la revisión de valoraciones, pues, como ya hemos expuesto, las discrepancias en la valoración del activo no pueden dar lugar a la acción de complemento o adición de la partición regulada en el art. 1079 CC" (F.D.3º) [J.B.D.].

Jurisprudencia: Crédito de la sociedad por el importe del dinero ganancial del que la mujer dispuso después de la separación de hecho y antes de la sentencia de divorcio, salvo en las cantidades destinadas a la satisfacción de las cargas familiares (alquiler de la vivienda en la que pasó a residir y gastos de manutención de las hijas, que quedaron junto al padre en el domicilio familiar) (art. 1390 CC). "Dada la facilidad probatoria (art. 217.6 LEC), corresponde [al cónyuge disponente] acreditar que la disposición del dinero ganancial no se hizo en su exclusivo lucro o beneficio".

STS (Sala 1ª) de 6 de junio de 2022, rec. nº 868/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/cfbe3dce1858b269a0a8778d75e36f0d/20220621

"(…) Partiendo del carácter ganancial del dinero del que dispuso la Sra. Lourdes procede reconocer, conforme a los arts. 1390 CC y 1397.2 CC, un crédito a favor de la sociedad por el importe del dinero dispuesto que no hubiera sido destinado a la satisfacción de cargas familiares.

Dada la facilidad probatoria (art. 217.6 LEC), corresponde a la Sra. Lourdes acreditar que la disposición del dinero ganancial no se hizo en su exclusivo lucro o beneficio. A estos efectos, la alegación genérica de la Sra. Lourdes de que debía atender a los gastos generados por el mantenimiento de dos viviendas, no es argumento suficiente, dada la importancia de las cuantías extraídas. Pero sí ha quedado acreditado que la Sra. Lourdes asumió el pago de gastos que deben considerarse cargas de la sociedad, en particular las dirigidas a la satisfacción de su necesidad de vivienda [8.000 euros de alquiler] y las aportaciones a la manutención

de las hijas [que quedaron junto al padre en el domicilio familiar] [2.600 euros ingresados en una cuenta corriente].

(…) En consecuencia, debemos concluir que debe incluirse en el activo de la sociedad un crédito contra la Sra. Lourdes por el importe del dinero de los depósitos y cuentas corrientes gananciales de los que dispuso unilateralmente tras la separación de hecho, lo que se concretará en ejecución de sentencia, si bien de ese importe deberán descontarse las sumas de 8.800 y 2.600 euros, por considerar que ha quedado acreditada su aplicación al levantamiento de las cargas familiares" (F.D.3º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Responsabilidad de los bienes privativos del cónyuge no deudor, por no haberse incluido en el inventario una deuda de la sociedad de gananciales (por el importe de las rentas no pagadas, derivadas del contrato de arrendamiento de las fincas cultivadas por el marido como agricultor profesional, contrato concluido, exclusivamente, por aquél).

STS (Sala 1ª) de 27 septiembre de 2022, rec. nº 892/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/740c4116409203afa0a8778d75e36f0d/20221010

"(…) la deuda no es privativa del marido, sino ganancial, y estaba pendiente de pago cuando se disolvió la sociedad de gananciales, por lo que debió incluirse en el pasivo del inventario de la liquidación.

(…) La estimación del recurso determina la casación de la sentencia y, al asumir la instancia, como diremos a continuación, procede estimar la demanda, reconocer la legitimación pasiva de la demandada y condenarla a apagar la cantidad reclamada, pues su aceptación de la adjudicación de bienes sin haber confeccionado correctamente el inventario determina su responsabilidad por las deudas que no se hubieran abonado.

(…) tiene razón la recurrente y, contra lo que equivocadamente entiende la Audiencia, las deudas reclamadas, nacidas del impago de las rentas de un contrato de arrendamiento agrícola con el fin de cultivar y explotar la finca arrendada, no eran deudas privativas del marido, aunque en el contrato solo interviniera el marido como arrendatario.

(…) El cónyuge que no contrajo la deuda no es deudor, no responde con sus propios bienes, aunque la responsabilidad alcance a todos los bienes gananciales, y por tanto sí responda con su participación en la sociedad de gananciales.

Pero (…) la responsabilidad del cónyuge no deudor puede universalizarse y pasar a ser deudor con todos sus bienes si, disuelta y liquidada la sociedad, se adjudica bienes gananciales sin haber formalizado debidamente inventario (arts. 1401 y 1402 CC), cosa que ha sucedido en el caso" (F.D.3º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Acción de complemento o adición de la liquidación de gananciales: no procede cuando no se incluyó a sabiendas parte del dinero de un premio de la lotería, al mismo tiempo que se establecía en el convenio regulador una cláusula de cierre por la que las partes daban por finiquitada la liquidación.

STS (Sala 1ª) de 5 de octubre de 2022, rec. nº 175/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4223e37f75a8bd93a0a8778d75e36f0d/20221021

"(…) no procede el complemento o adición de la partición prevista en el art. 1079 CC (aplicable a la liquidación de la sociedad de gananciales en virtud de la remisión prevista en el art. 1410 CC) cuando, conociendo la existencia de bienes que no se incluyen en el inventario, los interesados manifiestan, mediante una cláusula de cierre incluida en el convenio regulador, que dan por finiquitada la liquidación y se dan por pagados con las adjudicaciones efectuadas. En tal caso cabe apreciar una renuncia (art. 6.2 CC) a las acciones que pudieran corresponder frente al partícipe que tenía en su poder el bien que no se incluyó en la liquidación, a sabiendas de su existencia…" (F.D.3º) [J.B.D.]

Jurisprudencia: Atribución voluntaria de ganancialidad y derecho de reembolso del cónyuge que aportó dinero privativo para la adquisición. Prueba de que la vivienda familiar, comprada como ganancial, había sido pagada, en parte, con dinero privativo de la mujer, el cual procedía de la anterior venta (en documento privado) de un piso, de la que era propietaria, a una sociedad, que posteriormente vendió a los cónyuges la vivienda familiar: en la escritura de compra de la vivienda familiar se hizo hecho constar que la sociedad vendedora había recibido con anterioridad una cantidad de dinero equivalente al precio de venta del piso privativo de la mujer (reinvertido en la segunda operación).

STS (Sala 1ª) de 2 de noviembre de 2022, rec. nº 1531/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d603f51e5872dc9aa0a8778d75e36f0d/20221115

"(…) El hecho de que la escritura pública se otorgara cuatro meses después no desvirtúa la evidente conexión entre los dos contratos, en los que interviene la misma inmobiliaria, en un caso como compradora, en otro como vendedora" (F.D.3º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Son carga de la sociedad los desembolsos hechos por tres sociedades que se hallaban bajo el ámbito de control del marido para la compra de la vivienda familiar de carácter ganancial, por lo que se debían haber incluido en el pasivo como una deuda en favor de dichas sociedades al realizarse el inventario a efectos de la liquidación.

STS (Sala 1ª) de 23 de noviembre de 2022, rec. nº 2125/2018.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8334f51b83820b0aa0a8778d75e36f0d/20221207

"(…) ha quedado acreditado que el dinero con el que se efectuaron los pagos para la adquisición de un bien ganancial no era dinero ganancial, sino perteneciente a sociedades con su propio patrimonio, sin que quepa presumir la gratuidad de los pagos efectuados ni de las operaciones financieras realizadas" (F.D. 3º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Son cargas de la sociedad de gananciales las deudas derivadas de la responsabilidad civil derivada del delito de estafa cometido por el marido, en ejercicio "de una actividad (división de inmuebles rústicos y ventas de parcelas para construir en las que legalmente no estaba permitido edificar) de la que se lucraba la economía familiar y que contaba con el consentimiento de la esposa", responsabilidad civil que se satisfizo mediante la dación en pago de fincas gananciales a los perjudicados. Por tanto, "no debe incluirse en el activo del inventario un crédito contra el marido por el valor de las fincas entregadas", sino que la deuda "ha de quedar a cargo del patrimonio que se beneficia de la actividad en cuyo desarrollo se contrajo, y no cabe duda de que (…) la actividad inmobiliaria desarrollada por el marido redundaba en beneficio común", siendo aplicable el art. 1362 CC, "que pone a cargo de la sociedad las deudas que se originen en la explotación de los negocios". "El oscuro art. 1366 CC (…) cuando deja a cargo de un cónyuge las obligaciones no contractuales (…) debidas a dolo o culpa grave, aunque sean consecuencia de la actuación del cónyuge en beneficio de la comunidad o en el ámbito de la administración de los bienes, no puede permitir que la sociedad de gananciales retenga para sí todo el beneficio de una actividad que ha generado daños indemnizables. Para que la deuda no quede a cargo del patrimonio común sino de los bienes propios de un cónyuge sería preciso que se tratara de una deuda que pudiera calificarse de puramente personal, contraída en su exclusivo interés o beneficio, loque en el caso no sucede".

STS (Sala 1ª) de 13 de diciembre de 2022, rec. nº 5637/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/462fd703606f356ca0a8778d75e36f0d/20221228

"La deuda ha de quedar a cargo del patrimonio que se beneficia de la actividad en cuyo desarrollo se contrajo, y no cabe duda de que, en el caso, partiendo de los hechos probados, la actividad inmobiliaria desarrollada por el marido redundaba en beneficio común. La propia Audiencia invoca el art. 1362 CC, que pone a cargo de la sociedad las deudas que se originen en la explotación de los negocios, sin que sea un impedimento para que la deuda quede definitivamente a cargo del patrimonio común que el cónyuge tuviera además una actividad profesional que ejercía a través de unas sociedades mercantiles.

(…) El oscuro art. 1366 CC, con todas las dificultades de interpretación que plantea, cuando deja a cargo de un cónyuge las obligaciones no contractuales (incluidas las derivadas de delito, aunque en el caso sea discutible que sea extracontractual la responsabilidad que nace de la estafa cometida mediante unas compraventas)

debidas a dolo o culpa grave, aunque sean consecuencia de la actuación del cónyuge en beneficio de la comunidad o en el ámbito de la administración de los bienes, no puede permitir que la sociedad de gananciales retenga para sí todo el beneficio de una actividad que ha generado daños indemnizables. Para que la deuda no quede a cargo del patrimonio común sino de los bienes propios de un cónyuge sería preciso que se tratara de una deuda que pudiera calificarse de puramente personal, contraída en su exclusivo interés o beneficio, loque en el caso no sucede" (F.D. 14º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Atribución voluntaria de ganancialidad y derecho de reembolso del cónyuge que aportó dinero privativo para la adquisición: aunque el art. 1355 CC no lo menciona expresamente, los cónyuges también pueden atribuir carácter ganancial en su totalidad a bienes adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo. Prueba de que parte del dinero empleado en la compra de la vivienda familiar, a la que también se había atribuido carácter ganancial, tenía carácter privativo, procediendo de la venta de dos pisos del marido: el precio de uno de ellos se había ingresado en una cuenta privativa de aquél, contra la cual giró un cheque para pagar parte del precio de la vivienda familiar.

STS (Sala 1ª) de 6 de marzo de 2023, rec. nº 6147/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0c411f1700c8d9faa0a8778d75e36f0d/20230405

"(…) parte del precio abonado en su adquisición procedía de la venta de un terreno de la exclusiva propiedad del Sr. Hilario (…) importe que fue entregado el mismo día de la venta a través de un cheque bancario de una cuenta de su exclusiva titularidad" (F.D. 1º).

"(…) La vivienda por tanto es ganancial por aplicación del art. 1355 CC, aunque para su adquisición se empleara dinero en parte ganancial y en parte privativo" (F.D.3º) [J.R.V.B].

Jurisprudencia: Los bienes gananciales no están sujetos a la responsabilidad civil del marido por la comisión de un delito fiscal en su condición de administrador de hecho de una cooperativa (obtención de ingresos de origen ilícito, mediante indebidas devoluciones del IVA), pues no estamos ante una deuda tributaria derivada del ejercicio de su profesión, sino de la sociedad cooperativa cuya gestión llevaba, sin que tampoco entre en el ámbito de aplicación del art. 1366 CC: "no existe responsabilidad civil directa de la sociedad ganancial, pues no se trata de una actuación del cónyuge en beneficio de la sociedad conyugal, sino derivada de un hecho doloso enmarcado dentro de un delito tributario nacido de la liquidación de impuestos de los que el demandado no era sujeto pasivo y sí la cooperativa en cuyo provecho actuó, y sin que la sentencia de la audiencia proclame que, de tal actividad, hubiera obtenido beneficio o ventaja patrimonial la sociedad conyugal. En cambio, los bienes gananciales responden directamente frente a la Hacienda Pública por las deudas tributarias del marido derivadas del IRPF, por aplicación del art. 106 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto, que las equipara a la comprendidas en el art. 1365 CC.

STS (Sala 1ª) de 6 de marzo de 2023, rec. nº 4973/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2d86e372ee5ff1aaa0a8778d75e36f0d/20230405

(…) No es la litigiosa una deuda tributaria derivada del ejercicio de su profesión y actividad por parte del demandado, sino de la sociedad cooperativa cuya gestión llevaba el Sr. Jose Luis, sin perjuicio de que, por la comisión del delito fiscal, en su condición de autor, sea responsable civilmente por aplicación de los arts. 28 y 116 del CP, pero no sujeto pasivo del tributo u obligado fiscal.

La sentencia de la Audiencia Provincial tampoco señala que, a consecuencia del delito cometido, se haya producido un beneficio personal del demandado, de manera tal que, con ingresos de origen ilícito -indebidas devoluciones del IVA-, incrementase el patrimonio común de naturaleza ganancial, o se emplease en la financiación de la cooperativa y, por lo tanto, en beneficio de ésta.

(…) En definitiva, consideramos que, en este caso, con respecto al IVA, no existe responsabilidad civil directa de la sociedad ganancial, pues no se trata de una actuación del cónyuge en beneficio de la sociedad conyugal, sino derivada de un hecho doloso enmarcado dentro de un delito tributario nacido de la liquidación de impuestos de los que el demandado no era sujeto pasivo y sí la cooperativa en cuyo provecho actuó, y sin que la sentencia de la audiencia proclame que, de tal actividad, hubiera obtenido beneficio o ventaja patrimonial la sociedad conyugal.

Por lo que respecta a la multa impuesta al demandado, la audiencia la considera responsabilidad ganancial por aplicación del art. 106 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que así lo dispone, sin que se haya articulado un concreto motivo de casación concerniente a tal pronunciamiento que cuenta con identidad propia.

(…) Es indiscutible que el marido responde personalmente del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 del CC), entre los que se encontrará su participación en los bienes gananciales (art. 1373 del CC). Los bienes privativos del marido y los comunes responderán en el caso de la deuda derivada del IRPF cuya imputación no se discute" (F.D. 4º) [J.R.V.B.]

Jurisprudencia: Eficacia de pacto prematrimonial de renuncia a pensión compensatoria y a la compensación por dedicación al trabajo doméstico del art. 1438 CC, contenido en capitulaciones matrimoniales en las que se había estipulado un régimen de separación de bienes, por pasar el control de "lesividad" del art. 90.2 CC, aplicable también a los pactos prematrimoniales: "Por la excepcionalidad con la que se regula, es evidente que la lesividad no puede apreciarse sin más por el hecho de que se renuncie a derechos que corresponderían legalmente en caso de no existir renuncia, pero que se configuran por el legislador como derechos disponibles". "Cierto que la aparición de circunstancias no previstas puede colocar a un cónyuge en una situación que, por no serle imputable, puede hacer irracional exigir el cumplimiento de las previsiones negociales de los esposos, pero no es el caso (…) no se ha alegado, ni la sentencia menciona, que por alguna circunstancia extraordinaria

la esposa no pudiera trabajar, primero tras la celebración del matrimonio y luego tras el nacimiento del niño. Tampoco se ha alegado que por concurrir alguna circunstancia fuera de lo común el cuidado del niño requiriera una dedicación especial que, al ser asumida en exclusiva por la madre, la hubiera colocado, por no poder trabajar, en una situación de precariedad económica que las partes no pudieron contemplar al pactar las consecuencias económicas de un eventual divorcio".

STS (Sala 1ª) de 13 de marzo de 2023, rec. nº 4354/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/002790e6750a365ba0a8778d75e36f0d/20230323

"(…) En la regulación del Código civil la compensación por desequilibrio y la compensación por el 'trabajo para la casa' tienen carácter disponible, tanto en su reclamación, que puede renunciarse, como en su configuración. Ambas se conceden solo a petición de parte y su determinación judicial debe hacerse teniendo en cuenta los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges (art. 97 CC, para la compensación por desequilibrio), o a falta de acuerdo entre los cónyuges (art. 1438 CC, para la compensación por el trabajo doméstico). Los acuerdos sobre estos derechos, y en particular, los que incluyen su renuncia, pueden formar parte de convenios reguladores de la crisis matrimonial que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 90.2 CC, 'serán aprobados por el juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges'. Se introduce así con carácter excepcional un denominado 'control de lesividad' que resultaría también aplicable a los pactos prematrimoniales que incluyan contenido propio de un convenio regulador. Por la excepcionalidad con la que se regula, es evidente que la lesividad no puede apreciarse sin más por el hecho de que se renuncie a derechos que corresponderían legalmente en caso de no existir renuncia, pero que se configuran por el legislador como derechos disponibles.

Partiendo del respeto a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, la validez de sus acuerdos exige la formación libre del consentimiento. En el caso, no se ha denunciado por la esposa ningún vicio del consentimiento ni tampoco cabe presumir una relación de superioridad del futuro esposo respecto de ella que diera lugar a que su consentimiento no fuera libremente formado y emitido. Se trata de un matrimonio celebrado por dos personas con cierta madurez, que llevaban cuatro años de relación sentimental, incluido un periodo de convivencia. Cuando otorgaron las capitulaciones, días antes de contraer matrimonio, los dos se encontraban divorciados (él con tres hijos de su matrimonio anterior e importantes cargas económicas), es decir, contaban con una experiencia matrimonial fracasada y el conocimiento de lo que eso conlleva. La futura esposa disponía de una trayectoria personal y vital que impide hablar de una parte 'débil' o ignorante que pudiera haber padecido error sobre las consecuencias de su renuncia: tenía en ese momento 43 años y era, según ha mantenido el recurrente, y ella no lo ha negado, licenciada en economía y empresaria autónoma. Por otra parte, la intervención del notario que autoriza la escritura pública de capitulaciones matrimoniales garantiza que la futura esposa pudiera ser consciente de lo que implicaba la renuncia que firmaba, y en este sentido es significativo que en la escritura el notario hiciera constar lo siguiente: 'manifiestan asimismo los señores comparecientes, aun

advertidos por mí, (el notario) de la trascendencia y contundencia de este pacto, que quieren pactar, y en efecto pactan, que, en caso de disolución, divorcio o nulidad del matrimonio proyectado nada se reclamarán el uno al otro por ningún concepto o acción que pudiera generarse por razón del matrimonio, la convivencia, gastos, bienes, derechos u obligaciones matrimoniales, independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno de ellos. A excepción de las acciones que amparen a los hijos comunes, en su caso'.

Partiendo por tanto de un consentimiento libre y consciente, en el caso debemos rechazar que pueda apreciarse, por el contenido del pacto y su objeto, referido a derechos patrimoniales disponibles, algún límite a la autonomía privada que permita considerar que es lesivo. Como hemos dicho, para ello no es suficiente que en el momento de la disolución del matrimonio concurran los presupuestos para el reconocimiento de los derechos a que se ha renunciado, porque precisamente esa es la finalidad del pacto que los futuros esposos quisieron libremente por entender que así convenía a sus intereses. En la escritura no se exoneró al futuro esposo de contribuir a las cargas del matrimonio y ambos se reconocieron 'la suficiente formación y cualificación profesional como para poder ejercer una actividad profesional que les permita satisfacer a día de hoy sus necesidades privativas de manera independiente, así como cooperar, de manera proporcional a sus respectivos recursos económicos, al sostenimiento de los gastos comunes y cargas del matrimonio'. En el momento de celebrarse el pacto, por tanto, partiendo del reconocimiento de la cualificación y capacidad de ambos, y en consecuencia de la posibilidad de obtención de ingresos propios y de la voluntad de mantener esa situación independientemente de la cuantía de sus patrimonios, la renuncia preventiva no puede considerarse lesiva para la esposa. En el caso, tampoco se perjudican los intereses del hijo común, que quedan garantizados por los alimentos reconocidos a su favor, en los términos que ya hemos expuesto.

Cierto que la aparición de circunstancias no previstas puede colocar a un cónyuge en una situación que, por no serle imputable, puede hacer irracional exigir el cumplimiento de la previsiones negociales de los esposos, pero no es el caso, ni puede aceptarse el argumento de la sentencia recurrida acerca de que no se han cumplido las premisas de la renuncia porque el Sr. Julio continuara ejerciendo actividades profesionales remuneradas y, llegado el nacimiento del hijo común, la Sra. Covadonga se dedicara a su cuidado, sin que el cuidado personal del Sr. Julio fuera paritario. En el propio pacto acordado por las partes se contemplaba la posible contratación de terceros que complementaran la función de cuidado de los hijos, y la sentencia recurrida (al cuantificar las prestaciones que reconoce) tiene en cuenta que la dedicación de la esposa no fue 'excluyente'. En todo caso, la dedicación personal de la esposa, si además se dieran todos los respectivos presupuestos legalmente exigidos para una y otra figura, podría dar lugar al reconocimiento del derecho a la prestación compensatoria y de la compensación económica por el trabajo, pero no permite concluir que la renuncia previa a tales derechos sea ineficaz, tal y como hemos advertido ya.

En el caso no se ha alegado, ni la sentencia menciona, que por alguna circunstancia extraordinaria la esposa no pudiera trabajar, primero tras la celebración del matrimonio y luego tras el nacimiento del niño. Tampoco se ha alegado que por concurrir alguna circunstancia fuera de lo común el cuidado del niño requiriera una dedicación especial que, al ser asumida en exclusiva por la madre, la hubiera colocado, por no poder trabajar, en una situación de precariedad económica que las partes no pudieron contemplar al pactar las consecuencias económicas de un eventual divorcio" (F.D. 6º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: En orden a la cuantificación de la compensación por trabajo doméstico del art. 1438 CC, "es razonable exigir que de la compensación se descuente todo aquello que el cónyuge acreedor de la compensación haya podido percibir durante la convivencia y en lo que exceda de las cargas del matrimonio que incumbían al deudor de la compensación". "El pago del seguro del hogar, los gastos de dentista o la compra de un colchón, a los que alude el recurrente, forman parte de las necesidades ordinarias de la familia", por lo que no son deducibles, como tampoco los gastos de teléfono. No son deducibles los 7.350 euros trasferidos por el marido, para pagar cuotas del préstamo hipotecario destinado a financiar la adquisición de la vivienda privativa de la mujer, en la que convivían, ya antes de casarse, como tampoco las transferencias mensuales de 600/700 euros, realizadas durante el matrimonio, con la misma finalidad: "El pago del préstamo con el que la esposa financió la adquisición de la vivienda no es carga del matrimonio a la que se refieren los arts. 90 y 91 CC", pero no debe computarse a efectos de la calcular que corresponde a la mujer, "tanto porque las cuantías de los pagos eran moderadas en atención a la diferencia de recursos económicos de ambos cónyuges como porque se trataba de pagos relacionados con la vivienda familiar, con cuya puesta a disposición por parte de la [mujer] se satisfacía la necesidad de vivienda de la familia y se evitaba un gasto mayor" (los cónyuges habían continuado residiendo en la vivienda de la mujer después de casarse). Tampoco se debe descontar el gasto para la compra de un vehículo utilitario: "Además de su importe moderado, es razonable pensar que en una casa con dos niñas de las que se ocupaba sustancialmente la madre, su adquisición y uso se dirigía a satisfacer necesidades familiares, y resulta difícil concluir por el contrario que se utilizara en exclusivo provecho e interés de ella".

STS (Sala 1ª) de 10 de marzo de 2023, rec. nº 2070/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5a57e64984a4999ea0a8778d75e36f0d/20230323

"(…) Si se trata de que, como es el caso, en el momento de la extinción del régimen económico de separación de bienes, el cónyuge que ha contribuido a las cargas familiares con los ingresos obtenidos en su actividad profesional compense a quien lo ha hecho aportando su dedicación personal a la familia y a la casa, es razonable exigir que de la compensación se descuente todo aquello que el cónyuge acreedor de la compensación haya podido percibir durante la convivencia y en lo que exceda de las cargas del matrimonio que incumbían al deudor de la compensación.

La Audiencia no desconoce este criterio, que aparece recogido en las sentencias de esta sala 16/2014, de 31 de enero, y 658/2019, de 11 de diciembre, citadas tanto

por la Audiencia como por el recurrente. Lo que sucede es que, en una valoración que esta sala comparte, razona que en el caso no pueden deducirse los pagos y gastos invocados por el recurrente.

El pago del seguro del hogar, los gastos de dentista o la compra de un colchón, a los que alude el recurrente, forman parte de las necesidades ordinarias de la familia, aunque se hicieran en relación con la Sra. Eufrasia y los pagara el Sr. Severiano. Algunos de los gastos que solicita el Sr. Severiano que se descuenten de la compensación, como los del teléfono, que según dice abonó cuando ya se había ido de casa, no solo forman parte de las necesidades ordinarias correspondientes a un momento en que no se había disuelto el régimen económico, sino que el mismo recurrente alegó en su demanda que habían sido satisfechos con cargo a su empresa; respecto de otras cantidades, aunque se tratara de transferencias de dinero propias, estaban destinadas a los gastos domésticos, como la que hizo antes de abandonar el domicilio familiar.

Insiste el recurrente especialmente en los pagos que hizo de cuotas del préstamo hipotecario contraído para abonar la vivienda propiedad de la Sra. Eufrasia . En particular, se refiere a una transferencia de 7 350 euros. Con independencia de que la amortización era del préstamo que financiaba la vivienda en la que convivía la pareja con sus dos hijas, por lo que ahora interesa cabe observar que esta transferencia se hizo antes de la celebración del matrimonio, durante la convivencia no matrimonial, cuando para el cálculo de la compensación únicamente se ha tenido en cuenta el tiempo de matrimonio. Por lo que se refiere a las transferencias de 600-700 euros que el Sr. Severiano hizo a una cuenta de la Sra. Eufrasia y de los que ella habría destinado parte a los gastos de la hipoteca, tampoco se puede atender a la petición del recurrente. El pago del préstamo con el que la esposa financió la adquisición de la vivienda no es carga del matrimonio a la que se refieren los arts. 90 y 91 CC, pero de lo que estamos tratando aquí es de otra cosa, de si por las circunstancias del caso los pagos efectuados por el Sr. Severiano deben computarse a efectos de la compensación que corresponde a la Sra. Eufrasia.

Esta sala entiende que no, tanto porque las cuantías de los pagos eran moderadas en atención a la diferencia de recursos económicos de ambos cónyuges como porque se trataba de pagos relacionados con la vivienda familiar, con cuya puesta a disposición por parte de la Sra. Eufrasia se satisfacía la necesidad de vivienda de la familia y se evitaba un gasto mayor. El Sr. Severiano también estaba obligado a contribuir a las cargas de la familia, y ello en proporción a sus recursos económicos, sobre los que dijo la Audiencia, con apoyo en la sentencia del juzgado, y no ha sido impugnado en casación, que 'frente a la ausencia de toda clase de ingresos regulares de la esposa, el impugnante ha resultado ser un empresario autónomo cuyo salario varía exclusivamente en razón a su voluntad, ya que es dueño exclusivo de la mercantil bajo cuya personalidad jurídica desarrolla su actividad, existiendo además una aparente confusión patrimonial entre el capital social y el propio de su administrador, que no duda en imputar gastos propios como societarios, figurando dicha mercantil (folios 535 y siguientes de las actuaciones) como titular de dos inmuebles y de cuatro vehículos, uno de ellos un turismo eléctrico de reciente

adquisición (BMW I), así como cuentas corrientes con saldos que suman más de 250.000 euros, elementos patrimoniales todos cuya necesidad para la actividad empresarial no ha sido aclarada'.

Por lo que se refiere al gasto para la compra de un vehículo utilitario, tampoco admitimos su descuento para el cálculo de la compensación. Además de su importe moderado, es razonable pensar que en una casa con dos niñas de las que se ocupaba sustancialmente la madre, su adquisición y uso se dirigía a satisfacer necesidades familiares, y resulta difícil concluir por el contrario que se utilizara en exclusivo provecho e interés de ella" (F.D. 3º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Oposición a las medidas de protección de menor en situación de desamparo. Principio de flexibilidad procesal: los "procedimientos especiales, tuitivos frente a las situaciones de riesgo en las que puedan hallarse los menores, con la finalidad de preservar el libre desarrollo de su personalidad y garantizar su interés superior (arts. 10.1 y 39 CE), se sustancian con gran flexibilidad procedimental, de manera tal que las partes gozan de un amplio margen para formular nuevas alegaciones y proponer pruebas sobre ellas (art. 752 LEC), susceptibles de ser sometidas al principio de contradicción"; "con relación al régimen de preclusión de las alegaciones que, en los procesos dispositivos, se concentra en demanda, contestación, reconvención y oposición a ésta, sin perjuicio además de las alegaciones complementarias de la audiencia previa, o de los hechos nuevos o de nueva noticia (arts. 286, 400.2, 412 y 426 LEC), el art. 752.1 LEC establece la regla de que "los procesos (…) se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento"; "no se cuestionaron los informes presentados, relativos a un nuevo embarazo de la madre de persona que no es el padre [del menor], con la natural crisis de pareja que tal circunstancia trajo consigo, con episodios violentos, falta de estabilidad y de madurez de la madre, en contraste con la situación de equilibrio emocional del menor, bajo el régimen de acogimiento que disfruta, y la valoración negativa que supondría, para su interés superior, un cambio de régimen de custodia con evidentes factores de riesgo". Aplicación del principio del interés superior del menor, que justifica la decisión de no retornarlo a su familia biológica.

STS (Sala 1ª) de 21 de febrero de 2023, rec. nº 316/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bad2081de3daa715a0a8778d75e36f0d/20230317

"(…) Es objeto del presente procedimiento, la oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores, dictadas por la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores de la Dirección Provincial de Bienestar Social de Toledo, de 19 de diciembre de 2019, por la que se acordaba la incoación del procedimiento de declaración de desamparo y asunción de tutela de un menor no nacido, y la ulterior resolución de 7 de abril de 2020, por la que se acordaba la declaración de desamparo y asunción de tutela del niño Cosme, nacido el NUM000 de 2020.

(…) Contra dichas resoluciones los progenitores del menor D. Baldomero y D.ª Serafina interpusieron demanda de oposición, al entender que las precitadas resoluciones administrativas no se ajustaban a derecho, con solicitud de que se les entregase la custodia de su hijo.

(…) la demanda fue estimada por el Juzgado de Primera instancia n.º 2 de Toledo,

(…) Contra dicha sentencia se interpuso por la Administración recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió a la sección segunda de la Audiencia Provincial de Toledo, que dictó sentencia confirmatoria de la pronunciada por el Juzgado" (F.D.1º).

"El motivo se interpuso, al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.4 de la LEC, por vulneración del art. 24CE, en relación con los artículos 316, 326 y 376 de la LEC, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica de la prueba practicada, que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible, habiéndose denunciado la infracción en segunda instancia, y con resultado de indefensión material al concluirse, con patente error, que debe mantenerse la resolución de primera instancia a pesar de los múltiples elementos documentales y de todo tipo que ponen de manifiesto la existencia de un riesgo patente para el normal desarrollo del menor en un entorno mínimamente estable para sus necesidades.

(…) No podemos compartir el argumento de la sentencia del tribunal provincial de que la situación a analizar sea la concurrente al tiempo de la adopción de las medidas administrativas de protección, en virtud de los principios de litispendencia y perpetuación de la jurisdicción, como si de una fotografía se tratase, que congelase en el tiempo una imagen o el estado de cosas existentes al momento de dictarse la resolución administrativa objeto de oposición en este trance.

Lejos de ello, estos procedimientos especiales, tuitivos frente a las situaciones de riesgo en las que puedan hallarse los menores, con la finalidad de preservar el libre desarrollo de su personalidad y garantizar su interés superior (arts. 10.1 y 39 CE), se sustancian con gran flexibilidad procedimental, de manera tal que las partes gozan de un amplio margen para formular nuevas alegaciones y proponer pruebas sobre ellas (art. 752 LEC), susceptibles de ser sometidas al principio de contradicción.

(…) Así, con relación al régimen de preclusión de las alegaciones que, en los procesos dispositivos, se concentra en demanda, contestación, reconvención y oposición a ésta, sin perjuicio además de las alegaciones complementarias de la audiencia previa, o de los hechos nuevos o de nueva noticia (arts. 286, 400.2, 412 y 426 LEC), el art. 752.1 LEC establece la regla de que 'los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento'.

Lo cierto es que no se cuestionaron los informes presentados, relativos a un nuevo embarazo de la madre de persona que no es el padre de Cristián, con la natural crisis de pareja que tal circunstancia trajo consigo, con episodios violentos, falta de estabilidad y de madurez de la madre, en contraste con la situación de equilibrio emocional del menor, bajo el régimen de acogimiento que disfruta, y la valoración negativa que supondría, para su interés superior, un cambio de régimen de custodia con evidentes factores de riesgo" (F.D.2º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Carácter ganancial de la indemnización por despido, en la parte correspondiente al período de vigencia de la sociedad. Despido anterior a la sentencia de divorcio, con cobro posterior de la indemnización: "Lo relevante no es el momento en el que se pagó, sino que el despido se produjera durante la vigencia del régimen económico".

STS (Sala 1ª) de 23 de diciembre de 2022, rec. nº 4814/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/855acd30165a3b63a0a8778d75e36f0d/20230112

"(…) la doctrina de la sala considera ganancial la indemnización cobrada por un esposo en virtud del despido en la empresa donde trabajaba porque tiene su causa en un contrato de trabajo que se ha venido desarrollando a lo largo de la vida del matrimonio, si bien tiene en cuenta en el cálculo de la concreta cantidad que tiene la naturaleza de bien ganancial el porcentaje de la indemnización que corresponde a los años trabajados durante el matrimonio.

(…) En el caso que juzgamos la fecha de la disolución del régimen económico es relevante a efectos de precisar si el despido del que nace el derecho a la indemnización se produjo durante la vigencia del régimen de gananciales, no a efectos de calcular cuántos años se trabajó durante la vigencia del régimen económico. Lo relevante no es el momento en el que se pagó, sino que el despido se produjera durante la vigencia del régimen económico.

(…) Puesto que, como ha quedado dicho, si el despido tuvo lugar el 4 de abril de 2017 y la disolución del régimen económico se produjo con la firmeza de la sentencia de divorcio dictada el 13 de noviembre de 2017 (pronunciamiento de la instancia no impugnado), es llano que el derecho a la indemnización se devengó durante la vigencia del régimen económico" (F.D. 3º).

Jurisprudencia: Extinción de pensión de alimentos: la hija, "con 29 años cumplidos mantiene un evidente y manifiesto desinterés por buscar un trabajo de forma activa y por trabajar, y si bien no tiene independencia económica, ésta solo es debida a su falta de diligencia e interés en la consecución de un empleo puesto que no se ha acreditado en autos ni causa física ni psíquica para que, con 29 años en el momento de la vista, pueda conseguir un empleo". Estos hechos, "unidos a su vida en pareja en Zamora desde hace 10 años o a que percibe un subsidio, en definitiva, vienen a corroborar la situación de pasividad en la que se ha colocado voluntariamente en orden a procurarse una forma

de vida". A esta situación "hay que añadir la manifiesta desafección de la hija respecto a su padre imputable solo a ella, que de por sí ya es causa suficiente para extinguir la pensión alimenticia". Como argumento para mantener la pensión de alimentos, la hija afirma que padece un trastorno adaptativo mixto, pero "no consta aportado en autos ningún documento médico que acredite que hay una relación directa entre ese trastorno y la posibilidad de desempeñar un trabajo, por lo tanto, no hay causa alguna que le impida trabajar". Importante disminución de ingresos del padre, escayolista, que en el IRPF de 2020 declara unos ingresos de 7.874,46 euros/año mientras que en el IRPF de 2006 (año posterior a la sentencia de separación) había declarado ingresar 14.117,25 euros. Argumentó que, "donde está su lugar de trabajo y residencia, ha decaído mucho la construcción y hay poco trabajo, afirmando que se está dedicando ahora a la colocación del pladur para buscar más opciones de empleo".

SAP Soria (Sección 1ª) de 1 de febrero de 2023, rec. nº 913/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2aa348131638cfcfa0a8778d75e36f0d/20230310

"(…) El actor, como progenitor, solicita la extinción de la pensión alimenticia porque su hija cuenta ya con 29 años de edad, no consta que estudie ni que trabaje.

(…) Como argumento para mantener la pensión de alimentos [la hija] afirma que padece un trastorno adaptativo mixto (…) no consta aportado en autos ningún documento médico que acredite que hay una relación directa entre ese trastorno y la posibilidad de desempeñar un trabajo, por lo tanto, no hay causa alguna que le impida trabajar.

Y si lo anteriormente expuesto basta para la extinción de la pensión de alimentos, además concurre una causa que, por sí sola, ya es suficiente para acordar la citada extinción. En concreto la falta de relación entre padre e hija imputable solo a ésta.

(…) Finalmente se ha de tratar la cuestión económica relativa a los ingresos del progenitor en el momento actual. Sirva decir que el actor es escayolista y que en el IRPF de 2019 y 2020 (documentos 19 y 20 de su demanda) se aportan unos ingresos mínimos que en el segundo ejercicio ascienden a 7.874,46 euros/año mientras que los que venía percibiendo, conforme al IRPF de 2006 aportado como documento número 16 de la demanda, ascendía a 14.117,25 euros. Según declaró en la vista en Béjar, donde está su lugar de trabajo y residencia, ha decaído mucho la construcción y hay poco trabajo, afirmando que se está dedicando ahora a la colocación del pladur para buscar más opciones de empleo.

Por todo ello, esta Sala concluye que Doña Sonsoles con 29 años cumplidos mantiene un evidente y manifiesto desinterés por buscar un trabajo de forma activa y por trabajar, y si bien no tiene independencia económica, ésta solo es debida a su falta de diligencia e interés en la consecución de un empleo puesto que no se ha acreditado en autos ni causa física ni psíquica para que, con 29 años en el momento de la vista, pueda conseguir un empleo. Hechos, que unidos a su vida en pareja en Zamora desde hace 10 años o a que percibe un subsidio, en definitiva, vienen a corroborar la situación de pasividad en la que se ha colocado voluntariamente en

orden a procurarse una forma de vida. Situación a la que hay que añadir la manifiesta desafección de la hija respecto a su padre imputable solo a ella, que de por sí ya es causa suficiente para extinguir la pensión alimenticia" (F.D. 4º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Hija de casi 24 años, que continúa estudiando: limitación del derecho a percibir alimentos durante un plazo de dos años, a contar desde la sentencia de modificación de medidas, "plazo suficiente para encauzar su vida académica, laboral y profesional". Durante dos años académicos consecutivos estuvo matriculada en una escuela en diseño de moda; en el curso académico siguiente se matriculó en Enseñanzas Artísticas superiores de conservación y restauración de bienes culturales (modalidad de escultura) y, posteriormente, se cambió de centro, cuando le quedaba un año para terminar en el anterior, alegando motivos personales. La Sala considera que "cambia de disciplina y de escuela con cierta ligereza lo que se traduce en falta de aplicación en los estudios elegidos, ya que no consigue terminar ninguno de los módulos que inicia; esta actitud refleja pasividad", por parte de la hija, "quien no está realizando el esfuerzo que requiere finalizar los cursos, no existiendo un aprovechamiento ni terminación de los estudios por causa únicamente imputable a ella".

SAP Toledo (Sección 1ª) de 18 de enero de 2023, rec. nº 521/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0fa80aef8b459471a0a8778d75e36f0d/20230320

(…) En el supuesto que nos ocupa, Elisenda (…) en la actualidad cuenta con casi 24 años y continúa estudiando, constando en autos la documentación aportada en relación a sus estudios (…): curso 2017-2018 matriculada en diseño de moda en la escuela (…) de Asturias, curso 2018-2019 matriculada en el segundo curso de diseño, curso 2019-2020matriculada en Enseñanzas Artísticas superiores de conservación y restauración de bienes culturales -modalidad de escultura-. En su declaración en el acto del juicio en fecha 21 de octubre de 2021, Elisenda indicó que se encuentra estudiando, si bien, este curso se ha cambiado de centro, cuando le quedaba un año para terminar en el anterior, por motivos personales.

En virtud de lo expuesto, la Sala considera que Elisenda cambia de disciplina y de escuela con cierta ligereza lo que se traduce en falta de aplicación en los estudios elegidos, ya que no consigue terminar ninguno de los módulos que inicia; esta actitud refleja pasividad por parte de Elisenda , quien no está realizando el esfuerzo que requiere finalizar los cursos, no existiendo un aprovechamiento ni terminación de los estudios por causa únicamente imputable a ella.

(…) Por ello, esta Sala concluye que Elisenda muestra desinterés por sus estudios, que viene a corroborar la situación de pasividad en la que se ha colocado voluntariamente en orden a su formación y a procurarse una forma de vida, y por ende una futura fuente de ingresos. Así, en atención a la situación académica de Elisenda, la Sala considera que la percepción de la pensión de alimentos debe limitarse a dos años, por lo que se deberá extinguir en el plazo de dos años a contar

desde la fecha de la presente resolución, plazo suficiente para encauzar su vida académica, laboral y profesional" (F.D. 3º).

Jurisprudencia: Nulidad por causa ilícita del contrato de alimentos suscrito por un padre con la finalidad de beneficiar a uno de los hijos, con el que "tenía una especial relación personal y de afecto", vulnerando los derechos legitimarios del resto de los descendientes: "en atención a la edad del cedente (que otorgó el contrato en la etapa final de su vida, superada la estadística de esperanza de vida), a la ausencia de necesidades asistenciales (pues contaba con una pensión, vivía solo en su propia casa y no precisaba especiales cuidados), a la importancia económica de los bienes cedidos y a la escasa exigencia de las obligaciones asumidas por el cesionario, debemos concluir que no se dan los presupuestos para entender que el contrato celebrado fuera de alimentos".

STS (Sala 1ª) de 15 de febrero de 2022, rec. nº 6001/2018.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cacbdffce670fb3f/20220228

"(…) debemos concluir que la Audiencia no ha valorado correctamente las circunstancias concurrentes en el caso y que, puestas en relación de manera conjunta, conducen a entender que no existió un contrato de alimentos sino que la verdadera intención de los otorgantes del contrato litigioso fue que el demandado, con quien sin duda el padre tenía una especial relación personal y de afecto, recibiera sus bienes sin estar sometido a los límites propios del derecho de sucesiones y, en consecuencia, sin respetar el derecho de los demás legitimarios.

(…) en atención a la edad del cedente (que otorgó el contrato en la etapa final de su vida, superada la estadística de esperanza de vida), a la ausencia de necesidades asistenciales (pues contaba con una pensión, vivía solo en su propia casa y no precisaba especiales cuidados), a la importancia económica de los bienes cedidos y a la escasa exigencia de las obligaciones asumidas por el cesionario, debemos concluir que no se dan los presupuestos para entender que el contrato celebrado fuera de alimentos sino que, como entendió el juzgado, la voluntad de los otorgantes era que el hijo recibiera los bienes del padre sin estar sometido a los límites propios del derecho de sucesiones y, en consecuencia, sin respetar el derecho de los demás legitimarios" (F.D. 5º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: No puede repercutirse en la cuantificación de la pensión de alimentos la contribución de la madre al pago de los gastos de desplazamiento del padre, para que éste pueda comunicarse con el hijo, que reside con aquélla en Inglaterra, pues esto supondría hacer recaer, exclusivamente, sobre él dichos gastos. "Tal carga económica no tiene que ser soportada, exclusivamente, por el padre, que es quien realiza además el esfuerzo de los desplazamientos a Inglaterra para verse con su hijo" (principio de proporcionalidad y de contribución equitativa de ambos progenitores, de similar capacidad económica): la madre debe contribuir a los gastos de desplazamiento del padre, incluyendo los de estancia, pero no los de manutención, con un límite de 150 euros, por cada viaje de ida y vuelta, actualizables anualmente conforme al IPC.

STS (Sala 1ª) de 18 de mayo de 2022, rec. nº 6230/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e15bc9e77c357a6d/20220531

"(…) La efectividad de dicho régimen implica indiscutibles costes, tanto de viaje como estancia en el extranjero, y es evidente que siendo similar la capacidad económica de los litigantes, éstos deben colaborar, equitativamente, a su satisfacción, en tanto en cuanto garantes y responsables del bienestar del hijo común, el cual no es únicamente objeto de protección jurídica, sino también el titular del derecho de relacionarse con su padre, que le deben garantizar ambos progenitores, como titulares de la patria potestad, contribuyendo a los gastos que se generen.

Tal carga económica no tiene que ser soportada, exclusivamente, por el padre, que es quien realiza además el esfuerzo de los desplazamientos a Inglaterra para verse con su hijo. En este sentido, la Audiencia resuelve que la contribución de la madre deberá efectuarse por cada viaje y que comprende también los gastos de estancia, con exclusión de los relativos al mantenimiento, pero con un límite de 150 euros, por cada viaje de ida y vuelta, habida cuenta de la variación de precios según la época, anticipación en que se efectúe la comprade los billetes o reservas, lugar en que se lleve a efecto el hospedaje etc. El recurrente no aporta elemento de juicio alguno para considerar que dicha barrera sea desproporcionada a las circunstancias concurrentes. No indica en el recurso el coste que le supone desplazarse para comunicarse con su hijo. Ni se ataca, por arbitraria, la valoración del tribunal provincial.

Por todo ello, se desestima el recurso en este extremo; no obstante, sí procede acogerlo, con respecto a la actualización de los 150 euros, que deberá llevarse a efecto anualmente conforme al IPC, por un criterio elemental de proporcionalidad.

Igualmente, se estima el recurso en relación al montante de la pensión de alimentos, en tanto en cuanto, tras fijarse en 400 euros al mes por el Juzgado, se eleva a 600 euros mensuales, por la sola circunstancia de que la madre tenga que contribuir a los gastos de desplazamiento del padre para comunicarse con su hijo, con loque se traslada a éste el coste de los mismos" (F.D.5º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Los alimentos fijados por vez primera por la sentencia de primera instancia se devengan desde la fecha de la interposición de la demanda; y ello, "sin perjuicio del derecho del recurrente de acreditar la cantidad abonada voluntariamente, en concepto de alimentos, durante la sustanciación del litigio, a los efectos de evitar una duplicación en el pago", pero "no son susceptibles de ser descontadas las cantidades relativas al seguro médico privado que cubre también a los litigantes, al constituir partidas distintas a los alimentos fijados en dinero, no compensables". Por el contrario, el aumento de la pensión de alimentos llevado a cabo por la sentencia de segunda instancia sólo se debe desde la fecha de ésta, por no ser la que primero los establece, limitándose a modificar su cuantía.

STS (Sala 1ª) de 23 de mayo de 2022, rec. nº 3775/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/32b2d3af4861d751/20220607

"(…) el recurso debe ser desestimado, en tanto en cuanto la sentencia de la Audiencia fija que los alimentos se devengan desde la interposición de la demanda en aplicación del art. 148.1 CC, y no desde la fecha de la sentencia del juzgado, como resolvió este último.

No obstante, sí debe ser estimado cuando, al elevar el importe de la pensión de alimentos, establece el tribunal provincial que tal modificación al alza produce eficacia desde la fecha de interposición de la demanda y no desde que es dictada.

Todo ello, sin perjuicio del derecho del recurrente de acreditar la cantidad abonada voluntariamente, en concepto de alimentos, durante la sustanciación del litigio, a los efectos de evitar una duplicación en el pago. No obstante, no son susceptibles de ser descontadas las cantidades relativas al seguro médico privado que cubre también a los litigantes, al constituir partidas distintas a los alimentos fijados en dinero, no compensables" (F.D. 4º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: La custodia compartida no significa que no pueda imponerse el pago de una pensión de alimentos a uno de los progenitores cuando hay una desproporción entre los recursos de ambos. La madre no desempeña un trabajo retribuido, "viviendo en el domicilio de su madre con los menores y litigando con justicia gratuita, mientras que el recurrido (padre), tiene trabajo retribuido y goza de vivienda propia, al margen de la que fue familiar, lo que denota desproporción en los ingresos de cada progenitor, por lo que el padre deberá abonar a los menores en la persona de la madre, la cantidad de 100 euros por cada hijo".

STS (Sala 1ª) de 9 diciembre de 2022, rec. nº 6975/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/acd39027afc009eda0a8778d75e36f0d/20221226

"(…) Formulado recurso de apelación por el actor, la Audiencia Provincial estima el recurso, estableciéndose un régimen de guarda y custodia compartida asumiendo los progenitores los gastos de sus hijos las semanas que estén a su cargo, con gastos extraordinarios al 50% (F.D. 1º).

"(…) no consta, en este procedimiento, que la recurrente desempeñe un trabajo retribuido, viviendo en el domicilio de su madre con los menores y litigando con justicia gratuita, mientras que el recurrido (padre), tiene trabajo retribuido y goza de vivienda propia, al margen de la que fue familiar, lo que denota desproporción en los ingresos de cada progenitor, por lo que el padre deberá abonar a los menores en la persona de la madre, la cantidad de 100 euros por cada hijo, actualizables anualmente conforme al IPC, ingresando la cantidad en la cuenta corriente que a tal efecto determine la madre (F.D. 2º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Los alimentos fijados en la sentencia de modificación de medidas, aumentando la cuantía de los fijados en las medidas provisionales coetáneas del art. 775.3 LEC, se devengan desde el momento de la interposición de la demanda: la sentencia de primera instancia no "recae en un proceso diferente, sino en el mismo proceso en el que se acuerdan estas, por lo que, igual que cuando se trata de medidas provisionales previas, ha de aplicarse la doctrina jurisprudencial, en el sentido de que los alimentos fijados en la sentencia de primera instancia, se devengan desde la interposición de la demanda, sin perjuicio que se compute lo ya abonado en virtud del auto de medidas, para evitar un doble pago, ya que dichas medidas solo constituyen un estatuto jurídico provisional".

STS (Sala 1ª) de 15 de diciembre de 2022, rec. nº 4274/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e500565441c6e120a0a8778d75e36f0d/20221230

[En la sentencia de divorcio se había establecido una custodia compartida, sin fijar pensión de alimentos a cargo de ninguno de los progenitores.

Posteriormente, el padre instó demanda de modificación de medidas, recayendo sentencia de primera instancia en la que se le concedió custodia monoparental, imponiéndose a la madre la obligación de pagar una pensión de alimentos de 120 euros al mes, 40 euros más de la establecidas en el auto de medidas provisionales, desde la fecha de dicha sentencia, extremos éste, que fue confirmado en segunda instancia.

En el recurso, el padre argumenta que los alimentos se debían devengar desde el momento de la interposición de la demanda y no, desde la fecha de la sentencia de primera instancia, tal y como se sostenía en ella y en la sentencia recurrida, la cual afirmaba que la pensión se había establecido por vez primera en el auto de medidas provisionales coetáneas y "que la sentencia de primera instancia lo único que hizo fue alterar su cuantía por lo que debe considerarse eficaz desde que fue dictada"].

"(…) En la sentencia 644/2020, de 30 de noviembre, con cita de la 600/2016, de 6 de octubre, atribuimos efectividad a la pensión de alimentos fijada en la sentencia de segunda instancia desde la interposición de la demanda, si bien precisando que se debía descontar lo abonado en virtud del auto de medidas provisionales coetáneas para evitar el pago duplicado (la sentencia de primera instancia no los fijaba y dejaba sin efecto el auto de medidas).

Y en la sentencia 573/2020, de 4 de diciembre, declaramos que los alimentos fijados en la sentencia de primera instancia se devengaban desde la interposición de la demanda, sin perjuicio de computar lo ya abonado en virtud del auto de medidas provisionales previas, para evitar un doble pago. La interrogante que se planteaba en este caso era la de la efectividad de la pensión alimenticia determinada como medida definitiva en la sentencia de disolución del matrimonio por divorcio cuando le había precedido un auto de medidas previas o provisionales que establecía y concretaba tal obligación. Y lo que se consideró fue que la respuesta la ofrecía la sentencia 86/2020, de 6 de febrero, en la que habíamos declarado:

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

Es cierto, que esta doctrina se refiere a las medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio del art. 771 LEC, pero también lo es que ha de considerarse extensiva a las medidas provisionales coetáneas del art. 773 LEC y a las del art. 775.3 LEC, pues tampoco en su caso la sentencia de primera instancia recae en un proceso diferente, sino en el mismo proceso en el que se acuerdan estas, por lo que, igual que cuando se trata de medidas provisionales previas, ha de aplicarse la doctrina jurisprudencial, en el sentido de que los alimentos fijados en la sentencia de primera instancia, se devengan desde la interposición de la demanda, sin perjuicio que se compute lo ya abonado en virtud del auto de medidas, para evitar un doble pago, ya que dichas medidas solo constituyen un estatuto jurídico provisional.

Pues bien, al no haberlo considerado así, la sentencia recurrida ha infringido el art. 148 CC y conculcado nuestra doctrina, por lo que procede estimar el recurso de casación" [J.R.V.B.]

Jurisprudencia: Fijación de un límite temporal de dos años a la pensión de alimentos de un hijo de 24 años de edad, que en junio de 2017 había finalizado un Ciclo Formativo de Formación Profesional de Grado Medio; en junio de 2020, otro de Grado Superior; y, desde el 1 de febrero de 2021, se encontraba preparando oposiciones: el plazo de dos años se computará desde la fecha en que aquél "inició la preparación para el acceso a Instituciones Penitenciarias, periodo que, a plena dedicación, se estima razonable para preparar la misma u encontrar otro empleo alternativo acorde con su formación" (revocación de la sentencia, que había establecido como fecha de inicio del cómputo del plazo de dos años, la de la propia sentencia). La mayoría de edad del hijo perceptor no es suficiente para extinguir la pensión, si no se acredita que el hijo ha accedido al mercado laboral o está en condiciones de hacerlo o que ha rechazado una oferta de empleo en línea con su formación: "No procede la extinción por la circunstancia de que en el acto de la vista el padre ofreciera al hijo un trabajo de camarero, de fin de semana, en una localidad que distaba, casi 100 km de su lugar de residencia, por considerarse "solución estable para éste, ni desde el punto de vista económico ni de proyección profesional ya que el hijo no ha interrumpido su formación encaminada a encontrar un empleo estable".

SAP de Albacete (Sección 1ª) de 24 de mayo de 2022, rec. nº 88/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6e8d433764732deaa0a8778d75e36f0d/20220718

"(…) el hecho de que el hijo sea mayor de edad no es suficiente para extinguirla si no se acredita que el hijo ha accedido al mercado laboral o está en condiciones de hacerlo o que ha rechazado una oferta de empleo en línea con su formación toda vez que el hijo Cirilo ,pese a tiene limitaciones físicas derivadas de dolencias traumatológicas que le provocan dificultad de movilidad, bipedestación y dolores que se acreditan mediante informes médicos aportados, no consta que haya accedido al mercado laboral o que esté actualmente en condiciones de hacerlo de modo inmediato o que haya rechazado una oferta de empleo en línea con su formación ya que el hecho de que en el acto de la vista se ofrezca por el demandante al hijo un trabajo de camarero de fin de semana en la localidad de El DIRECCION000 que dista casi 100 km de su lugar de residencia (Albacete) no se considera solución estable para éste, ni desde el punto de vista económico ni de proyección profesional ya que el hijo no ha interrumpido su formación encaminada a encontrar un empleo estable desde que en junio de 2017 finalizó un Ciclo Formativo de Atención a Personas en situación de Dependencia de Formación Profesional de Grado Medio, pues en junio de 2020 finalizó un Ciclo Formativo de Grado Superior y actualmente desde el mes de febrero de 2021 se encuentra preparando oposiciones para el acceso a Instituciones Penitenciarias, por lo que resulta correcto el mantenimiento de la pensión alimenticia a cargo del demandante y a favor del hijo Cirilo durante un periodo de dos años que se computarán desde el 1 del mes de Febrero 2021 en que Cirilo inició la preparación para el acceso a Instituciones Penitenciarias, periodo que, a plena dedicación, se estima razonable para preparar la misma u encontrar otro empleo alternativo acorde con su formación" (F.D. 3º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Procede pagar pensión de alimentos de 200 euros a un hijo de 24 años, que se encuentra realizando estudios de FP e intentado acabar la ESO, así como a una hija de 22 años, que también realiza estudios de FP, que compagina con un contrato de trabajo temporal, a tiempo parcial, de 12,50 horas a la semana, que realiza únicamente los sábados y domingos, por el que mensualmente percibe menos 300 euros brutos, cantidad "insuficiente para satisfacer todas sus necesidades". Confirmación de la sentencia recurrida, que había establecido un plazo temporal para la percepción de la pensión: mientras "dure la formación académica que los hijos están realizando con rendimiento aprovechable y fructuoso, y un año más desde que cada uno cese en la formación que están realizando, para darles un margen para abrirse camino en el marco laboral, sin perjuicio de que si las circunstancias cambiasen pueda volverse a plantear la cuestión ante los tribunales". Consideración de dicho plazo como razonable, "en atención a las circunstancias personales de los demandantes y a la actual situación del mercado laboral".

SAP (Sección 3ª) de Valladolid de 17 de octubre de 2022, rec. nº 22/2022

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fd6987816524e4e8a0a8778d75e36f0d/20230102

"(…) En relación con la alegada ausencia de una específica limitación temporal de la obligación del demandado de abonar la pensión de alimentos, podemos afirmar, de una mera lectura de la sentencia, que no es cierta, pues ésta sí contiene un

pronunciamiento sobre esta cuestión al contemplar expresamente, en cuanto a la 'duración de la pensión', que esta 'se impondrá mientras dure la formación académica que los hijos están realizando con rendimiento aprovechable y fructuoso, y un año más desde que cada uno cese en la formación que están realizando, para darles un margen para abrirse camino en el marco laboral, sin perjuicio de que si las circunstancias cambiasen pueda volverse a plantear la cuestión ante los tribunales'. Y este límite temporal a la prestación de alimentos la Sala lo considera razonable en atención a las circunstancias personales de los demandantes y a la actual situación del mercado laboral" (F.D. 6º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Extinción de la pensión de alimentos por injurias y amenazas de la hija, "siendo objeto de denuncia tales hechos y reconocidos por la misma, si bien, en el proceso penal y a tales efectos el padre perdonó a la hija". El art. 152 CC "no exige para la extinción de la obligación de prestar alimentos condena firme, sino haber cometido alguna de las faltas que pueden dar lugar a la desheredación, y como tales se han de considerar las injurias y las amenazas": "en el presente caso no hay sentencia firme condenatoria por más que los hechos se hayan reconocido porque no se mantuvo, otorgando perdón, la acusación por el hoy demandante, requisito aquél que es necesario para la condena".

SJPI núm. 8 Pamplona de 8 de febrero de 2023, procedimiento 552/2021

ARANZADI JUR\2023\63411.

"(…) alega en la demanda que tras el dictado de la sentencia que se pretende modificar no solamente es ausente la relación entre el padre y la hija, sino que ésta ha venido a insultar y amenazar a su padre, siendo objeto de denuncia tales hechos y reconocidos por la misma, si bien, en el proceso penal y a tales efectos el padre perdonó a la hija" (F.D.1º).

"(…) Es cierto, no puede obviarse, que en el presente caso no hay sentencia firme condenatoria por más que los hechos se hayan reconocido porque no se mantuvo, otorgando perdón, la acusación por el hoy demandante, requisito aquél que es necesario para la condena.

Ahora bien, el artículo 152 no exige para la extinción de la obligación de prestar alimentos condena firme, sino haber cometido alguna de las faltas que pueden dar lugar a la desheredación, y como tales se han de considerar las injurias y las amenazas" (F.D. 3º) [J.R.V.B.]

Jurisprudencia: Desestimación de la acción de rescisión de la liquidación de la sociedad de gananciales contenida en convenio regulador: se aprecia renuncia tácita al existir cláusula en que prestan su conformidad y se dan por pagadas las partes con las adjudicaciones efectuadas.

SAP (Sección 10ª) Valencia de 28 de noviembre de 2022, rec. nº 1116/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c70e994537257302a0a8778d75e36f0d/20230314

(…) la conclusión a la que llega el tribunal es que cuando, existiendo un conflicto matrimonial se llega a un acuerdo de liquidación de la sociedad de gananciales y se plasma en el documento que 'ambas partes prestan su conformidad a la liquidación practicada y se dan por pagadas, con las adjudicaciones efectuadas' constituye una liquidación definitiva de la sociedad de gananciales y si no se incluyó las cuotas hipotecarias se debió a que esa fue la intención de las partes, pues hay que tener presente que esa vivienda, propiedad de la demandada, era el domicilio familiar en el que los litigantes y sus hijos vivieron durante los años de duración del matrimonio y lógico es deducir que la vivienda constituye una necesidad de carácter permanente y constituye una carga del matrimonio que ambos den satisfacer en la medida de sus posibilidades y en la forma en que lo acuerden, ya mediante la asignación de pago directo a cargo de la nómina de la demandada, bien mediante la asunción de otras cargas y pagos de forma que se hacen conjuntas las ganancias y de la mismo forma la cargas constante la sociedad y de esa forma se atiende a todas las necesidades de las personas que de ellos dependen, en su caso, los hijos, entre las que se encuentra la vivienda.

Por ello, cuando al firmar el documento muestran su conformidad y se dan por pagadas, no cabe a posteriori pretender la incorporación de un activo que ya estaba presente en esa fecha, del que los litigantes estaban debidamente informados de que los pagos se reputan como de naturaleza ganancial al realizarse constante el matrimonio para atender a una necesidad permanente de la familia y, de conformidad con el artículo 1354 del CC, si no fue incluido responde a la voluntad expresamente manifestada de estar conforme sin que se aprecie error o vicio de consentimiento que pueda invalidar la liquidación ni lesión a los efectos del artículo 1074 del CC al no apreciar objetivamente que hubo lesión pues durante el periodo ganancial ambos litigantes decidieron poner en común todas sus ganancias para cumplir con los deberes inherentes al matrimonio y descendencia por lo que ahora no cabe introducir ese concepto pues debió hacerse en la liquidación y ello no fue lo querido por los litigantes (F.D.2º) [J.B.D.].

Jurisprudencia: Acción de complemento o adición de la liquidación de gananciales: no es preciso que las partidas omitidas sean desconocidas.

SAP Madrid (31ª) de 2 de febrero de 2022, rec. nº 29/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e1f536b5c399a362/20220602

"(…) la omisión de bienes, siempre que sean de importancia no esencial, se puede adicionar al amparo del artículo 1079 y la diferencia de valoración se puede corregir: si es superior al cuarto, por medio del artículo 1074 del Código civil. Todo ello, siempre en interés del principio del favor partitionis.

Al efecto de poder ejercitar la acción de adición/complemento mencionada, no es preciso que las partidas fueran desconocidas en el momento de practicarse la partición, en el presente supuesto la liquidación de la sociedad de gananciales, pues el precepto se refiere a todas las partidas omitidas, sin hacer diferenciación alguna…" (F.D.2º) [J.B.D.]

2. DERECHO DE LAS PERSONAS

Jurisprudencia: Constitucionalidad del auto judicial que acuerda administrar la vacuna contra el Covid-19 a una persona aquejada de Alzheimer contra la voluntad del hijo tutor (hoy curador con facultad de representación). El art. 9.6 de la Ley 41/2002 no es "un precepto que permita al juez civil actuar contra la voluntad válidamente manifestada de la persona afectada para la mejor realización de las políticas públicas sanitarias. No se legitima al juez para actuar contra la voluntad del paciente sino en ausencia de esa voluntad, entendida como verdaderamente libre, clara y consciente, en un contexto concreto de peligro para la salud de la persona con discapacidad. Se habilita legalmente a la autoridad judicial a autorizar una actuación sanitaria determinada cuando así resulta necesario para asegurar la mejor protección de los intereses de una persona vulnerable que puede no estar siendo adecuadamente asistida". La "misión de la persona llamada a prestar apoyo no es la de sustituir las convicciones de la persona con discapacidad por las suyas propias sino velar por el respeto a la «voluntad, deseos y preferencias de aquella». Más allá de esa actuación vicarial, como portavoz de los deseos de la persona afectada, la capacidad decisoria de quien presta apoyo queda circunscrita a la búsqueda de la realización del interés de la persona afectada, lo que ha de responder, como ya se ha dicho, a criterios objetivos que son plenamente fiscalizables por la autoridad judicial".

STC 30/2023, de 20 de abril, rec. de amparo n. 3214/2022.

https://www.boe.es/boe/dias/2023/05/22/pdfs/BOE-A-2023-12080.pdf

"1. Objeto del recurso.

El presente recurso de amparo se dirige contra el auto de 26 de noviembre de 2021, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Telde, recaído en pieza separada del juicio verbal especial sobre capacidad núm. 1026-2016. Dicho auto acordó la administración de la vacuna frente al Covid-19, «por personal sanitario especializado y bajo las precauciones especiales de empleo», a doña F.R.S., madre del recurrente, aquejada de una demencia severa (ocasionada por el trastorno neurológico denominado «enfermedad de Alzheimer») que le impedía prestar por sí misma consentimiento a dicha actuación sanitaria. Previamente el recurrente, en su calidad de tutor, había manifestado su negativa a tal vacunación (…).

4. Doctrina constitucional aplicable.

(…) Desde un primer momento, este tribunal ha reconocido que el derecho fundamental a la integridad personal, en su concreta dimensión de derecho a la integridad física (art. 15 CE), tiene una primera vertiente protectora como derecho de la persona a su «incolumidad corporal» (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ

2). Desde esta dimensión inicial, el art. 15 CE «protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (por todas, SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2).

(…) en el concreto ámbito sanitario, este tribunal ha afirmado que el derecho fundamental a la integridad personal «conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9).

(…) La doctrina expuesta es trasladable al supuesto de administración de una vacuna.

(…) Se trata, pues, de un acto sanitario que consiste en la inoculación de un «preparado», de contenido variable, en el cuerpo humano a efectos de provocar una respuesta inmunitaria, por lo que su administración entra, con claridad, dentro de las facultades de autodeterminación garantizadas por el derecho a la integridad personal del art. 15 CE. Se trata, asimismo, de una actuación que puede producir efectos secundarios adversos (no deseados), aunque sean estadísticamente minoritarios, lo que determina, asimismo, un riesgo potencial para la salud, circunstancia que conduce, igualmente, al ámbito de protección que otorga este derecho fundamental.

(…) Como injerencia en el derecho fundamental a la integridad personal, la constitucionalidad de la administración no consentida de una vacuna queda supeditada al cumplimiento de los diversos requisitos que, de acuerdo con nuestra doctrina, rigen la restricción de los derechos fundamentales sustantivos, en particular la existencia de una habilitación legal precisa, con la debida calidad normativa en la definición del supuesto de hecho y de sus consecuencias, y el respeto al principio de proporcionalidad (…)

5. Norma habilitante de la injerencia.

(…) En el caso que nos ocupa, la ley habilitante de la injerencia es la Ley de autonomía del paciente, norma esta que no impone la vacunación como consecuencia necesaria y automática, al margen de la voluntad del sujeto afectado.

(…)

El art. 9.3 de la Ley 41/2002 prevé, a su vez, la prestación de consentimiento por representación, entre otros casos, para la situación en la que «el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia» [letra b)], que es el supuesto que ahora se suscita. Para esta hipótesis legal de consentimiento por representación, el art. 9.6 de la ley dispone lo siguiente (cursiva añadida):

«En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse *atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente*. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad».

Del texto transcrito se desprende que estamos ante una medida de carácter estrictamente tuitivo, que puede ser adoptada por la autoridad judicial con una sola finalidad legítima: la protección de la persona que se encuentra impedida o imposibilitada para prestar consentimiento en un contexto de riesgo para su salud.

La actuación del poder público se dirige estrictamente, en este caso, a suplir la imposibilidad o la limitación de la persona afectada para prestar consentimiento y, por tanto, para decidir sobre la actuación sanitaria (en este caso, la administración de la vacuna) en función de su puro interés individual.

(…) El art. 9.6 de la Ley 41/2002 no es, por ello, un precepto que permita al juez civil actuar contra la voluntad válidamente manifestada de la persona afectada para la mejor realización de las políticas públicas sanitarias. No se legitima al juez para actuar contra la voluntad del paciente sino en ausencia de esa voluntad, entendida como verdaderamente libre, clara y consciente, en un contexto concreto de peligro para la salud de la persona con discapacidad. Se habilita legalmente a la autoridad judicial a autorizar una actuación sanitaria determinada cuando así resulta necesario para asegurar la mejor protección de los intereses de una persona vulnerable que puede no estar siendo adecuadamente asistida.

(…) el primer criterio de ponderación a tener en cuenta en aplicación del art. 9.6 de la Ley 41/2002 es el contenido de la voluntad de la persona con discapacidad en la medida en que dicha voluntad haya podido manifestarse, pues resulta obvio que una decisión judicial que impone forzosamente la vacunación sin tomar en consideración el criterio expresado por el propio paciente (aun cuando, por razón de la discapacidad, esa manifestación pueda tener un valor limitado o resultar incompleta) niega a esta persona cualquier autonomía decisoria y, con ello, su condición de fin en sí mismo.

(…) el primer criterio de ponderación a tener en cuenta en aplicación del art. 9.6 de la Ley 41/2002 es el contenido de la voluntad de la persona con discapacidad en la medida en que dicha voluntad haya podido manifestarse, pues resulta obvio que una decisión judicial que impone forzosamente la vacunación sin tomar en consideración el criterio expresado por el propio paciente (aun cuando, por razón de la discapacidad, esa manifestación pueda tener un valor limitado o resultar incompleta) niega a esta persona cualquier autonomía decisoria y, con ello, su condición de fin en sí mismo.

(…) Donde no pueda operar la voluntad de la persona con discapacidad (o donde la manifestación de dicha voluntad pueda no ser suficiente), el papel que reserva la ley a las llamadas «medidas de apoyo» es el de atender de modo imparcial del interés de la persona afectada, de acuerdo con criterios puramente objetivos, plenamente fiscalizables por el juez civil. No puede ignorarse, en este punto, que la actividad de apoyo a la persona con discapacidad está sujeta a fiscalización permanente del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial (arts. 270 y 287 CC) (…).

7. Enjuiciamiento del caso.

De acuerdo con lo expuesto en los fundamentos precedentes, debe descartarse que en el presente supuesto se haya producido una vulneración del derecho fundamental a la integridad personal de doña F.R.S.

a) En primer lugar, la resolución judicial se funda en un informe forense según el cual doña F.R.S. «sufre de Alzheimer de varios años de evolución por lo que no puede dar un consentimiento válido, ni entender lo que es más beneficioso para su salud».

Sentado este extremo, no ha sido controvertido, ni en el presente proceso de amparo ni en el procedimiento de jurisdicción voluntaria en el que se dictaron las resoluciones judiciales impugnadas, que doña F.R.S., por el estado evolutivo de su enfermedad, se encontraba en una situación en la que carecía de toda posibilidad de manifestar su voluntad acerca de la administración de la vacuna, sin que hubiera dejado tampoco, en anticipación de esa situación, instrucciones al respecto, ni mediante un documento de instrucciones previas previsto en el art. 11 de Ley 41/2002 ni a través del documento notarial a que se refiere el art. 255 CC.

b) Se observa, asimismo, que la negativa a la administración de la vacuna manifestada por el tutor legal en su escrito de 27 de diciembre de 2020 fue completamente genérica.

(…) la negativa del tutor obedeció a una posición personal contraria a la vacunación en general, decisión que no admitía, por otra parte, modulación o reserva alguna en función de la información que el personal médico del CSS Ingenio o la propia administración sanitaria pudiera ofrecer para despejar inquietudes, dudas o incertidumbres del tutor en relación con los efectos que la concreta vacuna podía tener en la salud de la persona con discapacidad

(…) Como hemos señalado en el fundamento jurídico precedente, la misión de la persona llamada a prestar apoyo no es la de sustituir las convicciones de la persona con discapacidad por las suyas propias sino velar por el respeto a la «voluntad, deseos y preferencias de aquella». Más allá de esa actuación vicarial, como portavoz de los deseos de la persona afectada, la capacidad decisoria de quien presta apoyo queda circunscrita a la búsqueda de la realización del interés de la persona afectada, lo que ha de responder, como ya se ha dicho, a criterios objetivos que son plenamente fiscalizables por la autoridad judicial" [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Suficiencia de la guarda de hecho: confirmación de la sentencia recurrida, que había considerado improcedente constituir una curatela en favor de una persona de 76 años, que padece enfermedad de Alzheimer GDS 5-6, con intensidad moderada a grave, y necesita supervisión y ayuda constante, reside en su domicilio, siendo asistida en todo momento por una cuidadora y atendida por sus hijas.

SAP de Madrid (Sección 31ª) de 31 de marzo de 2022, rec. nº 189/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c3a22299614c8546a0a8778d75e36f0d/20230314

"La representación procesal de Dª. Elisa y Dª. Guadalupe (…) formuló demanda (…) en la que hacían constar que su madre, Dª. Emilia (…) que cuenta en la actualidad con 76 años de edad, padece enfermedad de Alzheimer GDS 5-6, con intensidad moderada a grave, y necesita supervisión y ayuda constante, reside en su domicilio, asistida en todo momento, por una cuidadora y atendida por sus hijas, por lo que solicitaban, ante el deterioro cognitivo que presenta que se declare la incapacidad de Dª. Emilia y se nombre tutora a su hija Dª. Guadalupe.

La sentencia de instancia, desestima la demanda, al considerar suficientemente protegido el interés de Dª. Emilia, con la guarda de hecho que llevan a cabo sus hijas, estando Guadalupe autorizada en sus cuentas bancarias, y gestionando su patrimonio en lo necesario, y constando que las dos hijas se ocupan de atender a su madre en todo lo que necesita" (F.D. 1º).

"En el presente caso, tal como señala el juez de instancia, se ha constatado, que las dos hijas de la discapaz, se encargan de su cuidado, habiendo contratado personal para que su madre está atendida y cuidada las 24 horas del día, estando ellas, en contacto con este personal, y ocupándose de todas las necesidades de su madre, procurándole compañía, estancias en familia, y atendiendo todas y cada una de sus necesidades, tratando en todo momento de que su madre está lo mejor posible. En cuanto al aspecto patrimonial, es la hija Dª. Guadalupe , la que, por estar autorizada en su cuenta bancaria, se ocupa de gestionar sus cuentas y controlar su economía. Las recurrentes, no ponen en duda que su madre está adecuadamente cuidada y atendida, sino que recurren la falta de adopción de otros apoyos, como la curatela que solicitan, por estimar que la guarda de hecho es una figura exenta de controles, lo que sin embargo, no sucede con la regulación legal actual, puesto que el nuevo art. 265 CC establece que: "A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias. Asimismo, podrá exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento". Luego no puede criticarse el mantenimiento de la guarda de hecho, sin la adopción de otras medidas, dado que la ley expresamente prevé el establecimiento de controles en estas situaciones.

(…) Por otra parte, argumenta la parte recurrente, que la falta de nombramiento de un curador con facultades de representación avocaría a las guardadoras de hecho a

acudir constantemente a los juzgados, con el consiguiente retraso, y el coste que esto puede suponer, y el perjuicio por la tardanza en la toma de decisiones, que esto puede representar, pero lo cierto es que el legislador ha previsto que los problemas se susciten puntualmente, cuando resulta preciso el otorgamiento de un acto jurídico y la persona con discapacidad no está en condiciones de realizarlo, se resuelvan mediante la correspondiente autorización judicial para la realización del acto de que se trate. La regulación legal, no es muy diferente para el caso del nombramiento de un curador. Puesto que de la misma manera se contempla que incluso quien sea nombrado curador solo excepcionalmente tenga atribuidas funciones de representación.

(…) Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso de apelación formulado" (F.D. 3º) [R.T.L.].

Jurisprudencia: Curatela con facultades de representación en contra de la voluntad de una persona, que padecía una enfermedad psíquica, que le originaba una acusada tendencia a la prodigalidad. La curatela se restringió, exclusivamente, al ámbito puramente patrimonial ("realización de actos de carácter económico administrativo complejo y la toma decisiones al respecto"), nombrándose curadora a una entidad pública.

SAP Málaga (Sección 6ª) de 13 de julio de 2022, rec. nº 357/2022

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4eddfe0be0961909/20220215

"(…) no puede elevarse a obstáculo insalvable en la toma de este tipo de decisiones la negativa del afectado a la adopción de medidas de apoyo, siendo posible proveerse un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado, pues a ello responde que la Ley 8/2021 regule un procedimiento contradictorio en caso de oposición. El empleo del verbo 'atender' seguido de 'en todo caso' del art. 268 CC, subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta la voluntad de la persona con discapacidad, pero no determina que haya que seguir siempre su dictado.

(…) En el caso de autos, la dolencia que padece el Sr. Evaristo requiere de las medidas de apoyo adoptadas que cumplen con el principio de proporcionalidad y respetan la máxima autonomía del afectado, pues se refieren solo a una parcela de su actividad económica, siendo todo ello conforme con el artículo 268 del C. Civil en su nueva redacción por la Ley 8/2021, dado que de no adoptarse existe un riesgo grave y probable de que realice actos de dilapidación de su patrimonio, lo que colocaría al Sr. Evaristo , que carece de cualquier otro ingreso y medio de vida, en una situación de grave riesgo. Y respecto al argumento de que las medidas tomadas no respetan el principio de subsidiariedad, dado que existe una guarda de hecho y una 'red social de apoyo' al Sr. Evaristo, la Sala no comparte tal afirmación. En efecto, en el recurso no se menciona qué personas desempeñan tales papeles, más allá de menciones genéricas a instituciones que trabajan en el campo de la

discapacidad que no puede considerarse cumplan con los requisitos para ser conceptuadas como guardadores de hecho del Sr. Evaristo. Y en la entrevista mantenida en esta alzada, tampoco el Sr. Evaristo concretó quien desempeñaba la función de guardador de hecho, mencionando exclusivamente a una serie de profesionales cuya vinculación y atención al discapacitado, muy encomiable, no puede equipararse a esa figura jurídica.

(…) De la prueba practicada en esta alzada (…) esta Sala extrae las mismas conclusiones que el Juez de Instancia: el Sr. Evaristo padece una enfermedad de tipo psíquico que conlleva la necesidad de supervisión para los actos económicos de mayor complejidad.

(…) Y a tal conclusión se llega de una valoración conjunta de la prueba, y concretamente, del informe de la Sra. Forense que depuso en el plenario ante esta Sala. Dicha profesional señaló a preguntas de las partes y el M. Fiscal que la dolencia del Sr. Evaristo le puede producir trastornos de estabilidad, con riesgo de comportamientos de prodigalidad, dado que estas personas son influenciables y pueden entregarse a quienes les ayudan, siendo imprescindible un determinado control ante el riesgo de gastos desmesurados. Otro tanto cabe decir del testimonio del hermano del Sr. Evaristo, quien explicó, con un alto grado de credibilidad para la Sala, los actos de dispendio realizados por su hermano antes de que se adoptasen las medidas de apoyo y esta Sala extrae las mismas conclusiones que el Juez de Instancia: el Sr. Evaristo padece una enfermedad de tipo psíquico que conlleva la necesidad de supervisión para los actos económicos de mayor complejidad. Y a tal conclusión se llega de una valoración conjunta de la prueba, y concretamente, del informe de la Sra. Forense que depuso en el plenario ante esta Sala. Dicha profesional señaló a preguntas de las partes y el M. Fiscal que la dolencia del Sr. Evaristo le puede producir trastornos de estabilidad, con riesgo de comportamientos de prodigalidad, dado que estas personas son influenciables y pueden entregarse a quienes les ayudan, siendo imprescindible un determinado control ante el riesgo de gastos desmesurados. Otro tanto cabe decir del testimonio del hermano del Sr. Evaristo, quien explicó, con un alto grado de credibilidad para la Sala, los actos de dispendio realizados por su hermano antes de que se adoptasen las medidas de apoyo y control de gasto, poniendo de manifiesto un riesgo evidente de que determinadas personas que rodean a su hermano puedan aprovecharse de su enfermedad y de su propensión al dispendio si no tiene control sobre sus bienes." (F.D. 3º) [J.L.T.].

Jurisprudencia: Nombramiento como curadora con facultades de representación a la sobrina, anterior guardadora de hecho, en apoyo de una persona que padecía "una enfermedad psíquica de carácter persistente" que le impedía "expresar su voluntad, deseos, preferencias, de manera libre" y que en la entrevista no había sido "capaz de siquiera de llegar a comunicarse y no pudo moverse de la silla de ruedas". Insuficiencia de la guarda de hecho, "por cuanto requerir de las personas guardadoras que para todos los actos que deban hacerse deban acudir a la autorización siendo estos todos en el presente caso, supone un gravamen perjudicial para la persona que necesita dichos apoyos, por el retraso que puede conllevar y por tanto para su mejor calidad de vida".

SAP Málaga (Sección 6ª) de 20 de septiembre de 2022, rec. nº 557/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2f97c401e990b7a6a0a8778d75e36f0d/20230427

"(…) La sentencia hoy recurrida aplica dichos principios para considerar que la persona discapaz (cuestión no discutida) no necesita de apoyos consistentes en curador representativo, dado que existe en la actualidad (cuestión no discutida) una guarda de hecho que llevaría, conforme a los artículos 250, 263 a 267 del Código Civil, complementado por el 287 del mismo, a que se trate de apoyos suficientes.

Conforme a dicha sentencia, informe del médico Forense y su reproducción en esta instancia, apreciados conjuntamente por este Tribunal, doña Angustia, padece una enfermedad psíquica de carácter persistente que le impide parcialmente para el informe y totalmente para el ponente, expresar su voluntad, deseos, preferencias, de manera libre. De hecho en la entrevista la citada persona no fue capaz de siquiera de llegar a comunicarse y no pudo moverse de la silla de ruedas" (F.D.1º).

"(…) Y si bien es cierto que el artículo 269 recoge , en su primer párrafo, que La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad, es precisamente esa suficiencia la que ha de valorarse y que no se considera , en el caso, por cuanto requerir de las personas guardadoras que para 'todos' los actos que deban hacerse deban acudir a la autorización siendo estos 'todos' en el presente caso, supone un gravamen perjudicial para la persona que necesita dichos apoyos, por el retraso que puede conllevar y por tanto para su mejor calidad de vida" (F.D.2º). [J.L.T.].

Jurisprudencia: Nombramiento de la madre como curadora a la madre, tras constatar que "las relaciones entre los padres no son buenas, lo que corrobora objetivamente el posterior proceso de divorcio y el resultado de la audiencia de ambos en esta segunda instancia". Revocación de la sentencia (dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021), que había prorrogado la patria potestad de ambos progenitores, respecto de un hijo con un "profundo retraso mental".

SAP Sevilla (Sección 2ª) de 4 de octubre de 2022, rec. nº 2640/20222

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2aa611881065f898a0a8778d75e36f0d/20230327

"Brevemente, y en lo que al presente interesa, destacamos que dictada sentencia que declara la incapacidad del demandado y rehabilita la patria potestad, la madre recurre pidiendo que se le declare tutora en exclusiva" (F.D.1º).

"(…) La recurrente pide que se le atribuya en exclusiva la tutela de su hijo.

Practicadas en segunda instancia las pruebas preceptivas, se concluye que el mayor con discapacidad que precisa medidas de apoyo no pudo expresar preferencia alguna, dado su profundo retraso mental.

(…) El recurso señala que las relaciones entre los padres no son buenas, lo que corrobora objetivamente el posterior proceso de divorcio y el resultado de la audiencia de ambos en esta segunda instancia.

Esta circunstancia, unida al hecho de que ya existe una sentencia de rehabilitación de patria potestad, impide que se acuda a la guarda de hecho, que se revela sino imposible si disfuncional.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que el artículo 276 del Código Civil establece como regla general que se llamará para el desempeño del cargo del curador '3.º Al progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueren varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo' (F.D.3º).

"(…) Se designa para ejercitar el cargo de curador a su madre" [J.L.T.]

Jurisprudencia: Curatela, limitada al estricto apoyo del tratamiento médico farmacológico contra la voluntad de una persona que padece un trastorno mixto de personalidad y un trastorno adaptativo mixto reactivo a los problemas de carácter sociofamiliar.

SAP de Alicante (Sección 6ª) de 20 de octubre de 2022, rec. nº 137/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/07e7f48dafa73bc9a0a8778d75e36f0d/20230315

"En el caso presente se trata de valorar si las manifestaciones de voluntad que realiza la persona son totalmente conscientes y voluntarias o pueden estar determinadas por el trastorno que padece de manera que le impide manifestar de forma libre su voluntad, deseos o preferencias, de manera que necesita un apoyo para controlar su tratamiento médico y farmacológico.

De la prueba practicada se ha acreditado que la recurrente, Señora Estela, padece un trastorno mixto de personalidad y trastorno adaptativo mixto reactivo a problemática socio-familiar que repercute en su trastorno.

(…) Se refleja en el último informe forense que según informe de su psiquiatra de fecha 5 de mayo de 2022 que Doña Estela no sigue de forma constante el tratamiento psiquiátrico y psicológico y ella misma manifiesta que no se toma la medicación pautada por la mañana ya que luego necesita conducir.

El estado psicofísico que presenta repercute sobre la adecuada aptitud para expresar libremente su voluntad, deseos y preferencias. Considerando necesarios apoyos para dar cumplimiento a las prescripciones médicas pautadas" (F.D. 5º).

"(…) la Sala considera necesario establecer un régimen de curatela para el apoyo que necesita la parte recurrente para el tratamiento de su trastorno, del cual si bien es consciente de su padecimiento, no así del alcance del mismo, pues considera que puede controlar por sí misma el tratamiento farmacológico, cuando ello no es así, como se desprende de los informes médicos obrantes en autos" (F.D. 6º).

"En cuanto a la persona sobre la que debe recaer la curatela, la apelante manifestó en el acto de la vista que actualmente no tiene relación alguna con su hijo Ignacio, por lo que no procede mantener el nombramiento que se realizó del mismo como curador en la sentencia de instancia.

(…) sea nombrado el IVASS como organismo para prestar a Doña Estela las medidas de apoyo necesarias a los efectos de controlar el tratamiento farmacológico que necesita" (F.D. 7º) [R.T.L.].

Jurisprudencia: Curatela con facultad de representación en apoyo de una persona "con deterioro cognitivo con grave repercusión a nivel funcional", nombrándose curador al marido, anterior guardador de hecho. Insuficiencia de la guarda de hecho: "tanto el guardador de hecho, esposo de la persona afectada por la discapacidad, como sus tres hijas consideran precisa la constitución de la curatela atendiendo fundamentalmente a la envergadura de las decisiones que deben adoptarse en el ámbito patrimonial".

SAP de Madrid (Sección 31ª) de 14 de diciembre de 2022, rec. nº 226/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3574f1ccb08fe404a0a8778d75e36f0d/20230314

"Por el Ministerio Fiscal se interpone recurso de apelación frente a la sentencia de fecha 28 de octubre de 2021 dictada en los autos de Juicio verbal especial sobre capacidad seguidos con el número 42/2020 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 95 de Madrid.

En dicha resolución se estima la demanda formulada por D. Evelio y acuerda fijar medida de apoyo para Dña. Carlota para el ejercicio de su capacidad jurídica consistente en el nombramiento de un curador representativo, cargo que recae en el Sr. Evelio esposo de la Sra. Carlota. Se acuerda también que el curador deberá representarle en la toma de decisiones de carácter personal, de salud, administración y disposición de sus bienes, así como en los actos jurídicos, económicos, administrativos o procesales en los que la Sra. Carlota deba intervenir.

El Ministerio Fiscal impugna la resolución y solicita se mantenga la guarda de hecho que venía ejerciendo el Sr. Evelio" (F.D. 1º).

"En el caso que nos ocupa existe conformidad en las partes respecto al hecho de que la Sra. Carlota precisa de medidas complementarias de apoyo ya que como se señala en la sentencia de instancia, y no es rebatido por las partes, Doña Carlota es una persona con deterioro cognitivo con grave repercusión a nivel funcional. Se

indica en la resolución que necesita de asistencia y apoyo total en el cuidado personal, así como en las actividades instrumentales de la vida diaria, en el manejo de la medicación y en la asistencia al médico. Se añade que no conoce su situación económica y necesita asistencia total en la gestión de sus asuntos económicos, jurídicos y administrativos y en la realización de todo tipo de contratos.

(…) El hecho de que la nueva regulación permita mantener una guarda de hecho cuando no existan medias voluntarias o judiciales no significa que esta medida tenga preferencia sobre las medias judiciales.

(…) Debe valorarse si es más proporcionada las actuales circunstancias y necesidades de la Sra. Carlota la guarda de hecho que ha venido siendo ejercida por su esposo o lo es la curatela.

Y en este caso se considera que lo procedente es mantener la curatela acordada en la sentencia de instancia. No puede decirse que hasta ahora no haya funcionado correctamente la guarda de hecho, pero ello no impide considerar que en este caso es más conveniente mantener la curatela acordada por el Juzgador de instancia y ello por ser necesario el apoyo de la Sra. Carlota de modo permanente.

(…) La solución apuntada por el Ministerio Fiscal de mantener la guarda de hecho supone mantener una solución estereotipada con carácter general sin atender a las circunstancias del caso concreto. (…) La guarda de hecho puede resultar apropiada en aquellos supuestos en que sea suficiente por no precisar de decisiones representativas pudiéndose limitar el guardador a adoptar las medidas más convenientes en el ámbito personal, o cuando deba acudirse en contadas ocasiones a realizar actuaciones representativas. Pero en el caso que nos ocupa tanto el guardador de hecho, esposo de la persona afectada por la discapacidad, como sus tres hijas consideran precisa la constitución de la curatela atendiendo fundamentalmente a la envergadura de las decisiones que deben adoptarse en el ámbito patrimonial.

(…) La guarda de hecho no supone un apoyo suficiente para la Sra. Carlota por lo que esta Sala considera necesaria la constitución de la curatela, con supervisión judicial de cuantas decisiones que adopte el curador en el ejercicio de su cargo lo requieran. Debe por ello ser confirmada la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos" (F.D. 2º) [R.T.L.].

Jurisprudencia: Suficiencia de la guarda de hecho: revocación de la sentencia recurrida, que había considerado procedente constituir una curatela en favor de una persona de 92 años, que padecía un deterioro cognitivo grave por demencia prefrontal con trastorno de conducta, como consecuencia de lo cual precisaba "apoyo en cuanto a las funciones de su autocuidado en el ámbito de su salud y toma de decisiones de carácter tanto sanitario como contractual y procesal, siendo totalmente dependiente en todos los aspectos de su vida".

SAP de La Coruña (Sección 6ª) de 31 de enero de 2023, rec. nº 115/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1d69c99ae4b6cf74a0a8778d75e36f0d/20230309

"(…) Reafirmaba seguidamente que, pese a que el Ministerio Fiscal estimó suficiente la guarda de hecho para la salvaguarda de la situación de Piedad, consideraba que tal poder de representación va a resultar de vital importancia a su hija para poder ejercer adecuadamente su función de cuidadora, por lo que su labor excederá en ese sentido a la de una mera guardadora de hecho. Añade que, con el fin de dar cobertura legal a tal situación procedía constituir una curatela sobre Piedad, nombrando curadora a su hija Natalia (art. 269 del CC)" (F.D. 1º).

"(…) el informe médico forense evidencia que doña Piedad, de 92 años de edad, padece un deterioro cognitivo grave por demencia prefrontal con trastorno de conducta, precisando apoyo en cuanto a las funciones de su autocuidado en el ámbito de su salud y toma de decisiones de carácter tanto sanitario como contractual y procesal, siendo totalmente dependiente en todos los aspectos de su vida" (F.D. 2º).

"(…) La prueba revela que existe una guarda de hecho que supone apoyo suficiente y adecuado, clara y encomiablemente desde el punto de vista asistencial como pone de manifiesto el informe sociosanitario y también desde el punto de vista representativo pues la guarda de hecho puede ser asistencial y/o representativa. Nótese que la sentencia recoge como fundamento de la curatela la necesidad de representarla en todas aquellas situaciones y gestiones que pudieran resultar necesarias para el adecuado desarrollo de su vida diaria, como pudieran ser, en el ámbito sanitario tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas, o cuestiones patrimoniales (pagos de IBI, declaraciones o pagos de impuestos, recibos, etc.), gestiones bancarias o solicitudes de ayudas o prestaciones a las administraciones públicas. Puede entenderse, en esencia, que resultan ser las funciones representativas implícitas en la guarda de hecho conforme al art. 264 del Código Civil.

(…) Cuestión distinta es la dificultad acreditativa de la condición de guardador de hecho y el ejercicio de las funciones representativas que por ley se le atribuyen, razón por la que la Sala, atendiendo a la fecha de presentación de la demanda, estima conveniente disponer en esta sentencia la condición de doña Natalia como guardadora de hecho de su madre doña Piedad recordando las funciones representativas que la ley le reconoce aun estimando el recurso del Ministerio Fiscal. Y extender esa representación en materia de salud ante la redacción del art. 6 de la Ley 3/2001 gallega a diferencia del art. 9 de la Ley 41/2002, que ya supone habilitación legal expresa para que pueda actuar un familiar y con mayor razón, se estima, un guardador de hecho reconocido" (F.D. 3º) [R.T.L.].

Jurisprudencia: Curatela representativa en favor de una persona de 92 años, que padecía una demencia severa, tipo Alzheimer, por lo que necesitaba "apoyo intenso para realizar todas las actividades de la vida, tanto simples como complejas". Insuficiencia de la guarda de hecho, "por

cuanto requerir de las personas guardadoras que para todos los actos que deban hacerse deban acudir a la autorización siendo estos todos en el presente caso, supone un gravamen perjudicial para la persona que necesita dichos apoyos, por el retraso que puede conllevar y por tanto para su mejor calidad de vida".

SAP de Pontevedra (Sección 6ª) de 1 de febrero de 2023, rec. nº 873/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/aec2dcafe40d1b06a0a8778d75e36f0d/20230405

"(…) se declaró que no procede adoptar medida judicial de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de doña Ruth al existir una guarda de hecho adecuada y suficiente. El defensor judicial de la discapacitada, que fue designado en el procedimiento, interpuso recurso de apelación solicitando el nombramiento de un curador con funciones asistenciales y representativas, en los ámbitos económico-jurídico- administrativo y referentes a salud y médico-hospitalarias, indicando que debe ser designada la hija doña Adelina, con la que convive. El debate se centra en esta alzada en valorar si resulta suficiente la medida de apoyo prestada a través de la guardadora de hecho o si es preciso designar un curador, concretando en este caso las medidas de apoyo que este debe prestar" (F.D.1º).

"En el presente caso, tal y como señala la médico forense doña Candida en su informe, nos encontramos con que doña Ruth (que en la actualidad tiene 92 años) padece una demencia severa tipo Alzheimer, que tiene un curso crónico, progresivo e irreversible. Al determinar las habilidades de la misma se reseña en el informe que tiene dificultad grave para todas las relacionadas con la vida independiente, las que afectan a cuestiones económicas y de salud. Considera la médico forense que la discapacitada precisa apoyo intenso para realizar todas las actividades de la vida, tanto simples como complejas, con necesidad de prestación de consentimiento por representación. En su informe señala que los deseos y preferencias que aquella manifiesta se encuentran condicionados por los déficits funcionales que presenta, y en la vista celebrada ante este tribunal la forense afirmó que en ocasiones los deseos que revela pueden no ser lo mejor para ella.

En la vista declararon los tres hijos de doña Ruth y se pudo constatar la existencia de diferencias entre los mismos en cuestiones de ámbito económico que afectan al uso de la vivienda sita en Ceboleira, en la que actualmente vive el hijo don Anselmo y cuyo usufructo corresponde a la madre. Existen también discrepancias entre los hermanos acerca del pago de los gastos por suministros de esa vivienda que se cargan en la cuenta de la que es titular la señora Ruth, quien asume de este modo los mismos con las dos pensiones que percibe. En la actualidad doña Ruth vive con su hija doña Adelina, que es la que le presta todos los auxilios precisos asumiendo las funciones de una guardadora de hecho.

Nos encontramos ante un supuesto en que la discapacitada precisa ayudas que exceden de meras atenciones puntuales y que dada la edad y enfermedad que padece se irán incrementando. Existe así una necesidad permanente de apoyo que exige además una actuación representativa que no reviste carácter excepcional

(circunstancia esta de excepcionalidad que prevé el artículo 264 CC para el guardador de hecho). Consideramos entonces procedente designar una curadora, al resultar insuficiente la guarda de hecho, recayendo dicha función en la hija doña Adelina, con la que actualmente convive y que es la persona que se encarga y cuida de ella en el día a día. Las medidas de apoyo a la discapacitada comprenden las relativas a los cuidados de la discapacitada en las actividades de la vida diaria y en todas las cuestiones que afecten al ámbito amplio de salud y económico-contractual, sin perjuicio de que se respeten sus gustos y preferencias en cuestiones cotidianas" (F.D.3º) [J.L.T.].

Jurisprudencia: Curatela representativa con facultades de representación amplísimas en apoyo de una persona diagnosticada de demencia de tipo Alzheimer, en fase severa. Insuficiencia de la guarda de hecho. La curatela se constituye con la finalidad de evitar a la "guardadora de hecho a un peregrinaje constante para solicitar autorización judicial en relación con actos tan nimios como sacar pequeñas cantidades de dinero de la cuenta de su madre para comprarlos alimentos que esta precisa o ropa que le resulte necesaria, medicamentos...".

SAP de León (Sección 1ª) de 8 de febrero de 2023, rec. nº 1007/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8e91e29ef8e569a6a0a8778d75e36f0d/20230320

"(…) La sentencia debería haber sido confirmada si, como en ella se indica, la guarda de hecho fuera suficiente para garantizar las medidas de apoyo precisas y proporcionadas a la discapacidad de la demandada, pero este tribunal entiende que no resulta suficiente ni satisfactoria, por lo que resulta precisa la constitución de curatela, como se indica en el fundamento siguiente" (F.D. 2º).

"(…) el informe médico-forense es contundente cuando dice que la persona explorada deambula en silla de ruedas, está diagnosticada de 'Demencia tipo Alzheimer fase severa' (…) el informe termina con una valoración global de 'demencia tipo Alzheimer en fase severa', y para efectuar una valoración numérica, por referencia al '(T)est del reloj', efectúa una valoración de 0 sobre 10.

Sobre la base de tales datos, es más que evidente la absoluta imposibilidad de llevar a cabo un trámite de audiencia por la carencia de capacidad de comprensión y de autodeterminación de la persona que debería ser oída, lo que ya de por sí pone de manifiesto la enorme necesidad de apoyo que precisa cuando ni siquiera es capaz de valerse por sí misma y, en particular, porque carece de capacidad de comprensión de su propia realidad y de la realidad que la rodea y porque tiene abolidas sus facultades volitivas y no puede adoptar decisiones coherentes por sí misma.

La situación anteriormente descrita también pone de manifiesto que la guarda de hecho es notoriamente insuficiente, pero no porque su hija no la cuide y atienda debidamente, sino porque el mero apoyo asistencial no es suficiente: en casi todos los ámbitos de su vida Ofelia precisa adoptar decisiones que requieren una capacidad de comprensión de la que carece y una iniciativa ejecutiva que no tiene.

La discapacidad de aquella llega a extremos tales que, según informe médico-forense, precisa apoyo hasta para el manejo de dinero de bolsillo y, en general, para todo tipo de actos que impliquen administración y/o disposición de contenido económico y/o jurídico, y también para decidir sobre tratamientos médicos de toda índole. Estas limitaciones llevarían a la guardadora de hecho a un peregrinaje constante para solicitar autorización judicial en relación con actos tan nimios como sacar pequeñas cantidades de dinero de la cuenta de su madre para comprar los alimentos que esta precisa o ropa que le resulte necesaria, medicamentos... Pues bien, el artículo 264 del Código Civil solo contempla la actuación representativa del guardador de hecho 'excepcionalmente', en lógica coherencia con lo que significa tal condición.

La guarda de hecho solo es suficiente si cubre todos los ámbitos ordinarios de la actividad de la persona con discapacidad, pero cuando es preciso extender los apoyos de manera generalizada ya deja de serlo, salvo cumplida demostración en contrario. En este caso, es la propia guardadora la que pone de manifiesto sus dificultades para atender a su madre sin capacidad para representarla de manera continuada y, por ello, este tribunal considera procedente constituir un régimen de curatela" (F.D. 3º) [R.T.L.].

Jurisprudencia: Curatela representativa en apoyo de un anciano de 93 años, viudo, que no sabía leer, ni escribir, que padecía una sordera severa y que apenas podía ver. Nombramiento como curadora a la hija con la que convivía, otorgándole facultad de representación, exclusivamente, "para todos aquellos actos de carácter económico o administrativo de carácter complejo, para todos los actos de administración y disposición de sus bienes, y para la toma de decisiones de carácter económico complejas y de los actos de administración de sus ingresos" (respecto a los actos de la esfera personal, especialmente, los relativos al ámbito de la salud, la curatela se constituye con un estricto carácter asistencial).

SAP Valencia (Sección 10ª) de 9 de febrero de 2023, rec. nº 1512/2021

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/58057b91a52604eaa0a8778d75e36f0d/20230327

"Son circunstancias relevantes para la resolución del presente recurso el que Simón (…) está próximo a cumplir los 94 años de edad. Es viudo, y vive en compañía de su hija Marta en la casa de ésta en la localidad de Pobla de Farnals. No sabe leer ni escribir. Esta severamente sordo y prácticamente no ve. Ha tenido 6 hijos con los que apenas mantiene contacto y a los que reprocha no haber atendido a su mujer cuando enfermó.

(…) La sentencia de instancia dictada ya al amparo de la nueva legislación desestimó la demanda instada por su hija Adolfina y declaró no haber lugar a adoptar medida alguna de apoyo" (F.D.2º).

"El informe forense practicado en esta alzada y las aclaraciones que del mismo se han realizado por el Médico forense han resultado sumamente esclarecedoras a los

efectos de determinar la necesidad de apoyo del discapaz. Además de continuar con la medicación prescrita por parte de neumología para tratar su insuficiencia pulmonar, el hecho de su edad, el de no saber escribir ni leer, y sus dificultades auditivas y visuales, hacen de él una persona vulnerable necesitada de apoyo (…) atendiendo a la alta conflictividad existente entre los hermanos entre sí, se hace necesario dotar a esa guarda de hecho de mayor efectividad, al tiempo que de un mayor control de su actuar, lo que solo puede ser llevado a cabo a través de la figura del curador, lo que supondrá la obligación de rendir cuentas de su actuar, de la intervención judicial en los actos a que se refiere el art. 287 del CC e incluso de la necesidad de nombrar un defensor judicial para el caso de conflicto de intereses entre la persona necesitada de apoyo y la que se lo presta, conforme al art. 295 del C.Civil.

(…) El apoyo prestado hasta ahora se revela insuficiente, debiendo revestir la forma de curatela, que será solo asistencial para todos aquellos actos relativos a las actividades cotidianas de la vida como comprar, preparar la comida, asear la casa , incluso para la toma de su medicación, administrada por su hija a través del oportuno pastillero, comprenderá también asesoramiento asistencial para el conocimiento de su situación económica, administra del dinero de bolsillo, consentimiento para tratamiento médico e intervenciones quirúrgicas y para testar. La curatela tendrá carácter representativo para todos aquellos actos de carácter económico o administrativo de carácter complejo, para todos los actos de administración y disposición de sus bienes, y para la toma de decisiones de carácter económico complejas y de los actos de administración de sus ingresos" (F.D. 3º).

"En cuanto a la persona que debe ser nombrada curadora ha de estarse a la voluntad de la persona que necesita del apoyo, que en el caso de autos debe recaer sobre su hija Marta" (F.D. 4º). [J.L.T.].

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Jurisprudencia: Cuestión prejudicial sobre el carácter abusivo de intereses referenciados a índices IRPH.

La STJUE (Sala 9ª) de 13 de julio de 2023, C-265/2022.

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62022CJ0265

La STJUE 13 julio 2023, C-265/2022 (ECLI: EU:C:2023:578), respondiendo a una cuestión prejudicial, ha afirmado que los "artículos 3, apartado 1, 4 y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que designa, como índice de referencia para la revisión periódica del tipo de interés aplicable a ese préstamo, un índice establecido por una circular que fue publicada oficialmente [Circular 8/1990 de 7 de septiembre, del Banco de España], que describe los IRPH en su anexo VII] y al que se aplica un incremento, es pertinente el contenido de la información

incluida en otra circular [Circular 5/1994, de 22 de julio], de la que se desprende la necesidad de aplicar a ese índice, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo a fin de igualar dicho tipo de interés con el tipo de interés del mercado. También es pertinente determinar si esa información es suficientemente accesible para un consumidor medio" [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Ilicitud de la causa del contrato: no es apreciable, cuando la finalidad ilícita es buscada por una sola de las partes y en la otra parte solo concurre una conducta imprudente que posibilita esa finalidad ilícita pero no la persigue ni la consiente: es improcedente la declaración de nulidad de un préstamo hipotecario solicitado para la compra de un club, que se consideró parte de una operación de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico.

La STS (Sala 1ª) de 23 de marzo de 2021, rec. nº 5093/2018.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2094cca4ef9b79dd/20210407

La STS 23 marzo 2021 afirma que "no es apreciable la ilicitud de la causa del contrato cuando la finalidad ilícita es buscada por una sola de las partes y en la otra parte solo concurre una conducta imprudente que posibilita esa finalidad ilícita pero no la persigue ni la consiente".

Por ello, consideró improcedente la declaración de nulidad de un préstamo hipotecario solicitado para la compra de un club, que se consideró parte de una operación de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico, por el que fue condenado penalmente el prestatario, como también los apoderados del banco que intervinieron en representación de éste en el otorgamiento de la escritura del préstamo, pero, solamente (estos últimos), por imprudencia, porque "incumplieron los deberes propios de su cargo".

Afirma que, "al no concurrir un propósito común (o querido por una parte y consentido por la otra) de cometer un delito mediante la celebración del contrato de préstamo hipotecario, no puede afirmarse que el propósito delictivo de una de las partes quedara incorporado al contrato y que este tenga causa ilícita y, por tanto, sea nulo y releve al prestatario de la obligación de reintegrarlo al prestamista" [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Resolución del arrendamiento de local de negocio por carecer el arrendador de licencia de actividad a su nombre.

STS (Sala 1ª) de 20 abril de 2022, rec. nº 4231/2019, rec. nº 4231/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/63f099701238fbcb/20220510

La STS de 20 abril de 2022 consideró procedente la resolución del contrato de arrendamiento de un local, destinado, exclusivamente, a la actividad de restauración, porque el Ayuntamiento denegó al arrendatario el cambio de la titularidad de la

licencia de actividad, al no encontrarse la misma a nombre del arrendador. Observa que "la entrega del local arrendado sin las condiciones necesarias para cumplir el destino pactado comporta un incumplimiento de la obligación de entrega del arrendador que faculta para el ejercicio de la acción resolutoria" [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Silencio como declaración tácita de voluntad: ha de ser elocuente.

STS (Sala 1ª) de 29 de junio de 2021, rec. nº 3335/2018.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f4242e7704a50cdc/20210712

La STS 29 junio 2021 afirma que, para que "el destinatario pueda invocar su confianza en la existencia de tal declaración de voluntad con eficacia jurídica es presupuesto necesario, asimismo, que el silencio resulte elocuente" [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Doctrina de la representación aparente: inaplicación: la buena fe de los terceros, por sí misma, no basta para obligar frente a ellos a quien no dio poderes para contratar en su nombre, ni creó una razonable confianza de haberlos dado.

STS (Sala 1ª) de 7 de julio de 2021, rec. nº 3735/2018.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/46eaef1eef590827/20210719

La STS 7 julio 2021 *(Tol 8511180)* entendió que no podía aplicarse la doctrina de la representación aparente en beneficio del banco, que había concedido un préstamo hipotecario a una empresa. La hipoteca la había constituido a título gratuito el hijo, en representación del padre (hipotecante no deudor), quien le había dado un poder notarial para realizar actos de administración y disposición sobre la finca hipoteca, poder que después sería declarado nulo, por falta de consentimiento del poderdante, al carecer éste, en el momento del otorgamiento, de las facultades volitivas e intelectivas, necesarias y mínimas para ello (de hecho, posteriormente, el padre sería incapacitado, nombrándose tutora a su hija).

Dice, así, que la inexistencia de poder no puede quedar suplida por la doctrina de la apariencia, pues "no fue el representado quien creó la apariencia de representación, dada la absoluta falta de consentimiento, según la sentencia firme que declaró la nulidad del poder", descartando, además, a mayor abundamiento, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, la buena fe del banco, por no considerar razonable su confianza en la existencia de un poder de representación válido [J.R.V.B.]..

Jurisprudencia: Responsabilidad del arrendatario por daños en la cosa arrendada: "El arrendador no responde por los daños causados en el inmueble, que sean consecuencia "del desgaste y deterioro natural conforme a los usos propios de la actividad pactada en el mismo contrato".

STS (Sala 1ª) de 8 de julio de 2021, rec. nº 320/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/08dd93d87d7f07c6/20210726

La STS 8 julio 2021 desestimó la demanda de la arrendadora de un inmueble, destinado a una actividad industrial, contra la arrendataria, por los daños derivados del deterioro del terreno. Afirma que en el contrato de arrendamiento "expresamente se contemplaba el destino del local a la actividad de la arrendataria, que se recogía de forma detallada", habiendo quedado acreditado que "el deterioro del suelo procede de la ineptitud del firme de la parcela para el uso propio de la actividad para la que se celebró el contrato", de modo que hay que "concluir que los daños discutidos no son daños imputables a la arrendataria y al ejercicio de su actividad, pues su causa es la inaptitud del firme para la actividad para la que la arrendadora cedió voluntariamente su uso, y por tanto deben ser asumidos por ella, conocedora del destino para el que arrendaba la finca" [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Rendición de cuentas del mandatario de gestión de patrimonio: han de ponderarse, además de los rendimientos, los gastos que deben ser atendidos con ese patrimonio".

STS (Sala 1ª) de 12 de julio de 2021, rec. nº 2229/2018.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f3327816a439014a/20210730

La STS 12 julio 2021, en relación con el mandato voluntario, otorgado por los hijos, para que el padre gestionara y administrara su patrimonio, mandato, cuya vigencia se prolongó durante once años, observó "que en el saldo de la rendición de cuentas de la gestión del patrimonio de los hijos llevada a cabo por el padre han de ponderarse, además de los rendimientos, los gastos que deben ser atendidos con ese patrimonio" [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Improcedencia de la compensación judicial de la indemnización por el incumplimiento del arrendador, reclamada y pendiente en otro procedimiento.

STS (Sala 1ª) de 18 de julio de 2022, rec. nº 6002/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c16f9761ac6ede56a0a8778d75e36f0d/20220727

La STS 18 julio 2022 consideró procedente la resolución del contrato de arrendamiento de un terreno, sobre el cual debía de construirse una nave industrial, por impago de rentas, y la condena del arrendatario al pago de las rentas no pagadas.

Afirma que no es posible "aplicar la compensación judicial, cuando el supuesto crédito compensable, alegado por la parte arrendataria, se discute, a su iniciativa, en un proceso ordinario entre las mismas partes, que no es susceptible de acumularse al presente, por ser de distinta naturaleza y tramitarse por procedimientos distintos".

Hay que tener en cuenta que, previamente, el arrendatario había interpuesto una demanda de resolución del contrato, argumentando la existencia de graves defectos en la nave, que le impedían ejercitar su actividad industrial, reclamando también indemnización de daños y perjuicios [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Existencia de precontrato de alta dirección, y no, de meros tratos preliminares: alcance de la indemnización de daños y perjuicios.

STS (Sala 1ª) de 23 de diciembre de 2021, rec. nº 11/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/35c14b342135a6e4/20220127

La STS 23 diciembre 2021 entendió que había habido un precontrato entre una entidad constructora y cementera con un alto directivo, para que éste aceptara el nombramiento como consejero delegado de la misma, descartando que se estuviera en presencia de unos meros tratos preliminares (y, por lo tanto, no vinculantes para los intervinientes en ellos).

Para ello, tuvo en cuenta que había existido una oferta, realizada a través de una carta, escrita por quien en ese momento era consejero delegado de la sociedad demandada, y dirigida al demandante, en la que se le daba la bienvenida al Grupo. En dicha carta habían quedado "definidos los elementos básicos del contrato, esto es, el hecho del nombramiento del actor como consejero, para a continuación pasar a ser nombrado consejero delegado, las condiciones económicas o retributivas de dicho nombramiento, las cuales quedaron fijadas en sus aspectos de retribución fija, bonus y aportaciones al plan de pensiones, y finalmente la fecha en que dicho nombramiento iba a tener lugar, pendiente de la confirmación por parte del actor y que una vez obtenida permitiría su incorporación definitiva".

Consideró "que las condiciones ofertadas por la sociedad demandada al actor fueron aceptadas por éste", aceptación que, si bien no constaba documentada, sin embargo, podía desprenderse "de los propios actos llevados a cabo por el actor, que tácitamente la ponen de manifiesto", en concreto, de la resolución del contrato que le vinculaba con otra importante sociedad, resolución "que era presupuesto para que el nombramiento ofrecido pudiera llevarse a efecto, respetando la obligación de no competencia expresamente recogida" en el Reglamento del Consejo de Administración.

Por lo tanto, la negativa de la sociedad demandada a nombrar consejero delegado al demandante supuso un incumplimiento generador de responsabilidad contractual (no extracontractual), condenándose a aquélla a indemnizar los daños sufridos por

éste, esto es, las cantidades dejadas de percibir, como consecuencia de la resolución del contrato con la anterior sociedad, a la que estaba vinculado [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Dolo negativo o reticencia dolosa.

STS (Sala 1ª) de 6 de febrero de 2022, rec. nº 3387/2018.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b8b5644b213af691/20220301

La STS 6 febrero 2022 observa que "el dolo, en cuanto vicio del consentimiento contractual, comprende no sólo la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe (dolo negativo u omisivo). Esta modalidad de dolo negativo implica el comportamiento desleal de ocultar intencionadamente información relevante y decisiva para obtener de esta forma el consentimiento del contratante que padece el vicio" [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Aliud por alio: resolución del contrato de compraventa por imposibilidad de construir sobre los terrenos comprados.

STS (Sala 1ª) de 11 de octubre de 2022, rec. nº 619/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/73eca6087eb94d60a0a8778d75e36f0d/20221021

STS (Sala 1ª) de 22 de noviembre de 2022, rec. nº 3733/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5d042998b56c807aa0a8778d75e36f0d/20221202

Las SSTS 11 octubre 2022 y 22 de noviembre 2022 han aplicado la doctrina del *aliud pro alio* para resolver compraventas de fincas, vinculadas a la aprobación de planeamientos urbanísticos: se trataba de terrenos sobre los que se pensaba construir (por ello, se habían comprado), pero sobre los que no se pudo edificar, por no haberse producido el cambio urbanístico esperado.

Resolvieron, por frustración de la finalidad del negocio, la compra de fincas calificadas como "no urbanizable común", a las que, finalmente, no se calificó "como suelo urbanizable no sectorizado", a pesar de existir un compromiso previo entre la vendedora y el Ayuntamiento para llevar a cabo tal recalificación, como consecuencia de la paralización de la tramitación del PGOU [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Cesión de créditos: el consentimiento del deudor cedido no es necesario, cuando el capital prestado ha sido ya entregado por el banco.

STS (Sala 1ª) de 20 de abril de 2023, rec. nº 5337/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/324197d7aabcb199a0a8778d75e36f0d/20230428

La STS 20 abril 2023, que conoció de la cesión de un crédito hipotecario, afirma que la regla de la no necesidad "del consentimiento del deudor para que la cesión sea considerada válida encuentra una excepción en la cesión de un crédito relativo a obligaciones sinalagmáticas, pues en estos casos el crédito de una parte tiene una correlativa obligación" (está pensando en la cesión de créditos derivados de préstamos), por lo que "no se transmite solamente la parte positiva de la relación obligatoria, sino el haz completo de derechos, obligaciones y acciones derivadas del contrato, por lo que el deudor cedido también ostenta la posición de acreedor respecto del acreedor-cedente, y, en consecuencia, tiene un interés directo en que quien haya de subrogarse en la posición del acreedor (cesionario) cuente con la solvencia necesaria para hacer frente a sus nuevas obligaciones".

Sin embargo, añade que esta excepción no tiene justificación "cuando las obligaciones del acreedor cedente ya no se encuentren pendientes de cumplimiento"; y "esto es lo que sucede en el caso de la litis, en el que la entidad prestamista ya había cumplido en el momento mismo de la formalización del contrato del préstamo hipotecario la obligación de entrega del capital mutuado" (aquí la cuestión de la solvencia del nuevo acreedor carece de importancia para el deudor cedido, que ya ha recibido el capital prestado, siendo para él indiferente a quién haya de restituirlo y pagar los intereses) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Invalidez del contrato celebrado por persona sujeta a curatela, sin el consentimiento del curador. Cuestionable aplicación de los arts. 1304 y 1314 CC en su redacción anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, al ser la legislación vigente a tiempo de la conclusión del contrato anulado. Restitución de la totalidad del precio pagado por la compra del bar, aunque el mismo hubiera desaparecido o hubiera disminuido de valor, por la mala gestión de la persona con discapacidad.

STS (Sala 1ª) de 21 de marzo de 2023, rec. nº 1428/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4e61e55b827ddb4ba0a8778d75e36f0d/20230329

"(…) 1. Con carácter previo debemos advertir que los motivos del recurso se basan en la regulación del Código civil en la redacción anterior a 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 su capacidad jurídica. La respuesta de la sala para enjuiciar el acierto de la sentencia recurrida respecto del alcance de la restitución en caso de nulidad de un contrato celebrado sin la debida asistencia del curador se ajustará al derecho vigente en el momento en que se celebró el contrato anulado.

2. El art. 1303 CC establece la restitución recíproca de las prestaciones como un efecto de la declaración de nulidad de un contrato. Pero el final del mismo precepto

anuncia una serie de salvedades al principio de recíproca y plena restitución de las prestaciones ('salvo lo que se dispone en los artículos siguientes').

La primera salvedad es la que introduce el art. 1304 CC, que en la redacción anterior a la reforma de la Ley8/2021, establecía: 'Cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera'.

La norma partía del caso del menor o 'incapaz' (en la terminología de la época) que ya no conserva en su poderla prestación recibida, por haber despilfarrado o hecho mal uso del dinero percibido, sin emplearlo en gastos necesarios, o por haber perdido o destruido la cosa. La razón que fundaba la regla era la presuposición de que ese resultado se daba porque quien no está en condiciones por su situación mental o psíquica de prestar por sí solo válidamente consentimiento contractual igualmente se encuentra en la situación de que 'no sabe cuidar de sus cosas', es decir, cuenta con escasa habilidad para gestionar sus bienes y, por tanto, para gestionar la prestación recibida.

La generalidad de la doctrina ha explicado que la finalidad de la norma es que no resulte ilusoria la protección que se quiere dispensar mediante la nulidad de los contratos celebrados por menores o por personas con discapacidad psíquica o intelectual, cosa que sucedería si para conseguir la restitución de lo por ellos entregado se vieran obligados a pagar con cargo a su patrimonio el equivalente de lo recibido y malgastado.

La doctrina también ha puesto de relieve que a los mismos principios respondía la regla segunda del art. 1314CC que, tras declarar la improcedencia de la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar la acción añadía: 'Si la causa de la acción fuere la incapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad'.

2. La aplicación al caso de lo expuesto determina que estimemos el recurso de casación.

En el caso que juzgamos la Audiencia declara la nulidad del contrato celebrado por la persona con discapacidad por no haber contado con la asistencia que precisaba del curador. Pero luego, en atención a que la prestación que recibió (un bar en funcionamiento) ha reducido su valor, según la Audiencia por el fracaso de su gestión, rechaza que se le deba restituir el precio que pagó porque no existiría reciprocidad en la restitución, y ello porque el contratante con discapacidad 'no puede retornar las participaciones de un negocio que ya no existe...pero que tenía un valor apreciable cuando le fue transmitido y por el que ... pagó 39 000 euros'.

La Audiencia parte de que el valor de la prestación recibida por la persona con discapacidad (las participaciones que permitirían explotar el bar) ha desaparecido por su gestión del bar. Y esa es la razón por la que niega que deba restituírsele el

dinero que pagó. Este razonamiento es contrario al régimen expuesto de la restitución en los contratos anulados por razón de discapacidad, que permite a la persona con discapacidad ejercitar la acción de nulidad y obtener la restitución de lo que entregó aun cuando lo que recibió se hubiera perdido, desaparecido o reducido su valor (salvo 'dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad', que ha quedado excluido en el caso).

Procede por tanto que estimemos el recurso de casación" (F.D. 3º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Determinación de horarios profesionales de Abogados: recurso a las normas orientativas en controversias solventadas mediante acuerdos extrajudiciales.

STS (Sala 1ª) de 17 de abril de 2023, rec. nº 1333/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/05412c32624f2afca0a8778d75e36f0d/20230428

La STS 17 abril 2023 reitera que "las normas orientativas de los honorarios profesionales fijados por los colegios de abogados no tienen carácter vinculante, si bien pueden ser una expresión de los usos profesionales observados".

Sin embargo, no aplicó las normas orientativas, porque las actuaciones del abogado no habían sido contenciosas, sin que se llegara a la formalización judicial del proceso, puesto que "las diferencias entre las partes se solventaron mediante acuerdos extrajudiciales", aplicando, en cambio, un "criterio de equidad y prudencia", con arreglo al cual cuantificó los honorarios en 6000 euros (se reclamaban 18.000 euros) [J.R.V.B.].

II. DERECHO MERCANTIL

1. DERECHO DE SOCIEDADES

Jurisprudencia: Operación financiera. Negocio jurídico complejo. Incumplimiento normativa legal. Diferencia nulidad sociedad de capital y nulidad contratos de intercambio.

STS (Pleno), de 22 de diciembre de 2022, rec. nº 3104/2019

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/70b5b2b04cbcb647a0a8778d75e36f0d/20230112

"(…) En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida declara probado que existió una promoción entre los clientes de Banco Santander, mediante un documento publicitario de presentación, para la constitución de unas sociedades de inversión inmobiliaria, diseñadas por el banco y denominadas REIS. El objeto era la inversión en bienes inmuebles para su arrendamiento, con la gestión por una sociedad gestora de instituciones de

inversión colectiva propiedad del banco. La sentencia infringe los mencionados preceptos legales, al conferir a las sociedades de inversión REIS la naturaleza jurídica de sociedades ordinarias y no de Instituciones de Inversión Colectiva (en adelante IIC), por lo que su constitución fue contraria a norma imperativa y nulas las aportaciones sociales efectuadas.

2.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 14 LIIC, en relación con los arts. 1, 2 y 35 LIIC y el art. 6.3 CC.

Al desarrollar el motivo, la parte recurrente aduce, sintéticamente, que el Banco Santander promovió un producto de inversión para captar fondos de clientes e invertirlos en bienes inmuebles para su arrendamiento y esta actuación estaba sometida a la imperativa reserva de actividad prevista en los mencionados preceptos LIIC. Al no apreciar la nulidad derivada de la infracción de dicha normativa imperativa, la sentencia recurrida no es ajustada a Derecho, puesto que las sociedades REIS se constituyeron en contravención a normas de obligado cumplimiento, debiendo restituirse a las demandantes los capitales invertidos en tales sociedades.

3.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 43 y 44 RIIC.

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida infringe la prohibición de promocionar entre el público las sociedades REIS como sociedades de inversión libre inmobiliaria y no como sociedades de inversión colectiva. De modo tal que se constituyeron unas sociedades con un objeto social que está reservado legalmente a las sociedades de inversión colectiva.

TERCERO.- Decisión de la Sala. Desestimación de los tres primeros motivos por plantear cuestiones que exceden del ámbito del litigio

1.- La demanda, al igual que ahora el recurso de casación, argumenta que las partes (sociedades demandantes y banco demandado) realizaron un negocio complejo de inversión, que las demandantes consideran sometido a la normativa de servicios de inversión (por su fecha, regulación pre-MiFID) y en el que no se habrían cumplido los requisitos legales para su celebración, por lo que solicitan la nulidad de la operación financiera en su conjunto, por infracción de normas imperativas, y la restitución de las prestaciones.

Sin embargo, de darse lugar a lo pretendido en los tres primeros motivos de casación y, con ello, a lo solicitado expresamente en la demanda (véase la literalidad del suplico reproducido en los antecedentes de hecho), debería declararse la nulidad de las aportaciones dinerarias a unas sociedades anónimas y, consecuentemente, la nulidad de tales sociedades, o alternativamente, su disolución por no alcanzar la cifra de capital mínimo, o la obligación de las sociedades REIS de realizar unas reducciones del capital social para adaptarlo a las devoluciones de las aportaciones de las demandantes. Y ello no es posible en este procedimiento, porque las sociedades REIS, con personalidad jurídica propia, en cuanto que constituidas en

escritura pública e inscritas en el Registro Mercantil, ni han sido demandadas, ni se ha dirigido pretensión alguna contra ellas, ni por consiguiente pueden ser condenadas en este litigio a su nulidad, disolución o reducción de su capital social, que es lo que necesariamente conllevaría la estimación de lo pretendido en la demanda.

2.- En la demanda se relata expresamente que la operación financiera objeto de litigio consistió en la captación de capital de los clientes (las sociedades mercantiles demandantes) para destinarlo a la realización de unas aportaciones dinerarias para la constitución de unas sociedades anónimas con un capital social de cien millones de euros cada una, denominadas REIS. Y aunque la propia demanda lo obvie, al referirse solamente a los arts. 6.3 y 1303 CC, no podemos dejar de lado las previsiones de los arts. 56 y 57 de la Ley de Sociedades de Capital sobre nulidad de las sociedades, en particular el art. 56.1 e), en cuanto que lo que vienen a postular las demandantes es la nulidad de las sociedades REIS por ilicitud de su objeto.

Sobre esta base, no podemos ignorar que los efectos de la sentencia por la que se declarase la nulidad de una sociedad anónima, como lo son las sociedades REIS, a lo que necesariamente abocaría la estimación de estos tres motivos de casación y de la demanda, difieren sustancialmente de los propios de la declaración de nulidad de los contratos de intercambio (en este caso, el contrato de inversión). El carácter plurilateral organizativo del contrato de sociedad justifica que, atendidos los intereses en juego, los efectos resultantes de su nulidad se aparten de los propios de la invalidez los contratos de cambio. La declaración judicial de nulidad del contrato de sociedad no resulta entonces en la obligación de restitución a la situación anterior a la celebración del negocio, sino que se procede a la extinción de la sociedad. Producida la declaración de nulidad de la sociedad se conservan, por tanto, los efectos organizativos propios del contrato de sociedad inscrito y se mantiene la personalidad jurídica de la sociedad viciada a los efectos de proceder a su liquidación.

Como declaramos en la sentencia 916/2002, de 10 de octubre:

'el régimen de la nulidad societaria responde a la Directiva 68/151/CEE, que en gran medida lo desvincula de la nulidad contractual para, prescindiendo de efectos retroactivos, asimilarlo o aproximarlo a un supuesto de disolución con posterior liquidación, beneficiando así la seguridad del tráfico y la protección de los terceros por haberse manifestado ya una sociedad en el tráfico bajo apariencia de regularidad formal sujeta a su vez a control notarial y registral'.

3.- Pues bien, resulta evidente que todas estas consecuencias de orden societario que, aun planteadas de manera más o menos implícita en la demanda, comportarían la estimación de las pretensiones anulatorias de las demandantes no pueden adoptarse sin que se haya dirigido pretensión alguna contra las sociedades anónimas afectadas -las sociedades REIS-, que en ningún momento han sido parte en este procedimiento. Como dice el último inciso del art. 5.2 LEC, las pretensiones de tutela jurisdiccional civil deben dirigirse 'frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida'.

Lo que supone que los tres primeros motivos de casación deban ser desestimados. (F.D. 2º, 3º) [P.G.P.]

Jurisprudencia: Exclusión de socios. Amortización de participaciones. Valor razonable estimado a valor nominal. Concepto de orden público societario.

STS (Pleno), de 20 de diciembre de 2022, rec. nº 1913/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e44bb34ee2d770d5a0a8778d75e36f0d/20221230

" (…) 1.- Sin desconocer ni minusvalorar todo lo anterior, que conduce a la conclusión de que el acuerdo impugnado fue contrario tanto a los estatutos sociales como a las disposiciones legales reseñadas, esta sala considera que esa infracción no constituyó, sin embargo, una vulneración del orden público que permita una impugnación sin sujeción a plazo alguno de caducidad y prescripción, según resulta de las razones que exponemos a continuación.

2.- En primer lugar, debemos recordar que el orden público societario está sujeto a un criterio de interpretación restrictivo por constituir una excepción a la regla general de caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos sociales, por lo que, como señaló acertadamente la Audiencia, no basta que se produzca una infracción de una norma imperativa, sino que, además, en lo que ahora interesa, debe afectar lesivamente a derechos fundamentales o libertades públicas, a otros derechos constitucionalmente protegidos, o a otros derechos esenciales del socio, que queden fuera del ámbito propio de la autonomía de la voluntad, al constituir uno de sus límites (arts. 6.2 y 1255 CC). Régimen u orden legal y orden público no son nociones idénticas, solo parcialmente coincidentes, que no se pueden identificar ni confundir por excluirlo el principio de no redundancia (art. 1255 CC).

Incluso en el caso de que el acuerdo social provoque un efecto de limitación o privación de uno de esos derechos, la aplicación de la cláusula del orden público debe realizarse ponderando los intereses en conflicto y las circunstancias del supuesto litigioso. Y al realizar esa ponderación no debe perderse de vista que la ratio del art. art. 116.1 TRLSA (actual art. 205.1 LSC), como norma que parte de la regla general de la caducidad del plazo de impugnación de un año de los acuerdos de la junta general (frente a la regla general civil de la imprescriptibilidad de las acciones de nulidad, en los casos de nulidad de pleno derecho, radical y absoluta) radica en la conveniencia de facilitar la certeza de las relaciones jurídicas, a fin de evitar la perturbación tardía del tráfico jurídico. Se trata de una regla que tutela el principio de seguridad jurídica (art. 9 CE), de singular importancia en el moderno tráfico mercantil.

3.- Aun siendo cierto que el derecho al reembolso de la cuota de liquidación de los socios excluidos es uno de los derechos económicos más relevantes de la posición del socio, junto con el de participar en las ganancias (art. 93, a LSC), y que ese derecho está protegido, al igual que el derecho de la suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de la asunción de nuevas participaciones, por el art. 33 CE (sentencia de 3 de octubre de 1984 y STC 23/1987), sin embargo, en el caso

litigioso lo cuestionado no es que ese derecho se haya desconocido, sino que la junta, al acordar la exclusión del socio y fijar el importe de la cuota de liquidación que debía reembolsar, consideró como 'valor razonable' de las participaciones de los socios excluidos el de su 'valor nominal'. Y en este punto resulta determinante las características propias que la regulación que la valoración de las participaciones de los socios profesionales tiene en su regulación legal específica de las sociedades profesionales, en la que el ámbito de la autonomía de la voluntad está singularmente ampliado, interviniendo en un doble plano.

4.- En efecto, como ya hemos señalado, el art. 16.1 de la Ley de Sociedades Profesionales admite que en el contrato social puedan establecerse 'criterios de valoración y cálculo con arreglo a los cuales haya de fijarse el importe de la cuota de liquidación que corresponda a las participaciones del socio profesional separado o excluido'. Esta norma, de carácter autorizatorio de los pactos de valoración, supone que la regla del 'valor real' o 'valor razonable' no rige de forma imperativa en el ámbito de las sociedades profesionales, sino que es regla legal supletoria.

A falta de previsión en el contrato social o en los estatutos, la autonomía de la voluntad vuelve a tener protagonismo como fuente de la reglamentación convencional (a modo de contrato de fijación jurídica), ya en el marco de la regulación propia de la forma social adoptada por la sociedad profesional (art. 1.3 LSP), pues conforme al art. 100.1 LSRL (actual art. 353.1 LSC), el valor real de las participaciones sociales en los casos de separación o exclusión del socio se determina, primero, por acuerdo entre la sociedad y el socio afectado y, solo en defecto de pacto, se fija por el auditor distinto al de la sociedad designado por el registrador mercantil. En puridad, ambos criterios (acuerdo y valor razonable fijado por auditor) responden a una misma lógica jurídico-económica al identificar esos valores con los 'valores de mercado', en el sentido de que, partiendo de que no existe en rigor un 'mercado de participaciones sociales' (tampoco de acciones excepto en el supuesto de sociedades abiertas), dicho valor debe determinarse por aproximación, según la normativa contable. Y conforme al Plan General de Contabilidad (Primera Parte, apartado 6.2), aprobado por RD 1514/2007, de 16 de noviembre, 'valor razonable es el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua'. Y la Norma Técnica de elaboración del informe especial del auditor de cuentas para estos casos publicada mediante Resolución de 23 de octubre de 1991, del presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, se refiere a distintos métodos de valoración dinámicos respecto de las acciones de una sociedad en funcionamiento, con criterios de flexibilidad, pues según reconoce dicha Norma 'sólo puede hablarse de aproximaciones o juicios razonables'. Esos métodos 'han de ser, en cada caso, adecuados a las circunstancias y contexto en que se trate tal valoración, no fijando ningún método específico y sólo a efectos orientativos, como podía ser el método de determinación del valor del activo neto real, valor de capitalización de resultados y valor actual de flujos monetarios netos, método de la Unión de Expertos Contables Europeos' (STS Sala Tercera, secc. 2.a, de 26 de septiembre de 2012, rec. 5861/2009).

Por ello, como afirma la resolución de la DGRN (actual DGSJYFP) de 17 de mayo de 2021, 'generalmente, el valor contable no será equivalente al valor razonable o de mercado de las participaciones sociales'. Sin perjuicio de lo cual, ese Centro Directivo ha admitido la inscribilidad de cláusulas de valoración de participaciones sociales, en el caso de transmisiones voluntarias inter vivos, aun cuando no coincida dicho valor con el valor razonable determinado por auditor de cuentas, por remitirse al valor contable, 'siempre que no perturbe la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva prácticamente insalvable' (RDGRN de 2 de noviembre de 2010), y con 'los límites generales derivados de la prohibición de pactos leoninos y perjudiciales a terceros' (RDGRN de 15 de noviembre de 2016). Y niega que esas cláusulas tengan carácter expropiatorio o leonino, y 'aun cuando en el momento de realizar la transmisión el valor contable fuera inferior al valor razonable, tampoco puede afirmarse que comporte enriquecimiento injusto o sin causa en favor de los restantes socios o de la sociedad, en tanto que responde a lo pactado y aceptado previamente por todos los socios' (RDGSJYFP de 17 de mayo de 2021).

5.- La razón de ser a la que responde la especialidad normativa de la Ley de Sociedades Profesionales sobre la valoración de las participaciones de los socios profesionales salientes estriba en la particular naturaleza de la actividad de estas sociedades, y las particularidades propias de su patrimonio (incluido el denominado 'goodwill') y capital social. En este sentido se ha afirmado en la doctrina que, a la luz del art. 10 LSP, la sociedad profesional no comparte la lógica dominical común del resto de sociedades, al ser el capital más un factor de organización que de formación de un fondo de explotación (o incluso de garantía de terceros), y que puede carecer de justificación que el socio saliente perciba por su cuota de liquidación un valor que tome en cuenta también los flujos de caja o rendimientos futuros u otros criterios de valoración dinámica según resultados esperados, que serán fruto del trabajo de los socios remanentes y no de los egresados. Se toma en cuenta que en este tipo de sociedades el valor de la empresa procede fundamentalmente del trabajo personal de los socios profesionales, que, junto con su reputación profesional, es lo que constituye su principal aportación a la sociedad (y no tanto su aportación al capital).

Esas particularidades de la valoración de las participaciones o acciones en las sociedades profesionales se reflejaban incluso de forma más intensa en los textos prelegislativos y en el propio curso de la tramitación parlamentaria. Entre las enmiendas presentadas durante ese iter parlamentario figuraban algunas que postulaban fijar como regla subsidiaria, a falta de otra previsión convencional, el valor teórico-contable, y la admisibilidad de que el valor pactado pudiese ser directamente el valor nominal de las acciones o participaciones (enmiendas nº 59 y 91 en el Congreso). Ciertamente estas enmiendas no prosperaron, pero el debate parlamentario trasluce la idea, también expresada por un sector doctrinal, de que en la práctica con frecuencia en las sociedades profesionales no existen activos materiales ni reservas acumuladas relevantes, de forma que el valor de las participaciones se fundamenta principalmente en activos intangibles como la marca, los clientes y los profesionales.

6.- No desconocemos que la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, en la sentencia de 26 de septiembre de 2012 (sec. 2.a, rec 5861/2009) ha realizado una interpretación reductora del ámbito de la libertad de pactos a que se refiere el art. 16.1 LSP cuando alude a la posibilidad de que en el contrato social se 'establezcan libremente criterios de valoración o cálculo con arreglo a las cuales haya de fijarse la cuota de liquidación que corresponda a las participaciones del socio profesional excluido, así como en los casos de transmisión mortis causa y forzosa cuando proceda', al afirmar que 'la presunta libertad que otorga el legislador para la fijación de criterios de valoración o cálculo para la determinación de la cuota de liquidación, entendemos no puede sustraerse a las disposiciones generales establecidas tanto para las sociedades anónimas, como para las sociedades limitadas.

'Tampoco se podrá, 'fijar estatutariamente' métodos y criterios de valoración que otorguen una cuota inferior al valor en balance de la sociedad, especialmente en casos en los que podría ser obligatoria la transmisión, ya que podrían ser considerados, por los socios o herederos, injustos.

'Por tanto, parece más razonable que fijar un criterio valorativo que pudiese dar lugar a diferentes interpretaciones, determinar en los estatutos qué garantías debe cumplir la valoración o la cualificación de quien realiza la valoración, y cómo se le elige, ya que fijar un criterio que deba aplicarse dentro de 10 ó 20 años puede llevar a controversias, e incluso contradecir futuras regulaciones normativas'.

Pero esta doctrina se enmarca en un conflicto de naturaleza tributaria en relación con un supuesto en el que el precio 'puramente simbólico' por el que se había efectuado la transmisión de las participaciones, con relación al que se consideraba real, suscitaba la cuestión de si esa sustancial diferencia encubría en realidad, bajo la apariencia de un contrato de compraventa, una autentica donación, dando lugar a una simulación relativa. Cuestión distinta y distante de la planteada en la presente litis, en la que tampoco se suscitan eventuales problemas de perjuicio o fraude a terceros acreedores del socio excluido (art. 1699 CC, in fine).

7.- Tampoco puede acogerse el argumento de los recurrentes, como base para una declaración de nulidad por contradicción con el orden público, de que el importe del reembolso de la cuota de liquidación acordada (143 euros para cada uno de los socios excluidos) es un 'precio vil'. Al margen de lo que ya hemos expuesto sobre las razones que pueden hacer admisibles los pactos de valoración de las participaciones de los socios profesionales conforme al 'valor nominal', baste ahora recordar que por sí solo el importe fijado carece de eficacia invalidante, pues, como declaró la sentencia 1114/1996, de 13 de diciembre, reiterando doctrina anterior, 'en nuestro sistema jurídico no se exige como en otras épocas históricas, el requisito del justo precio (que permitía en su caso la rescisión contractual por 'lesión ultra dimidium') criterio que no sigue el Código civil y que 'abundante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado' en atención a que 'cualquiera que sea la desproporción entre el valor de la cosa vendida y el precio asignado en la compraventa, mientras exista un precio cierto la venta será válida pues nuestro Código no requiere que la prestación del comprador tenga un valor equivalente al de la cosa vendida. En definitiva, no pueden considerarse vulnerados los artículos 1.261, ni 1.445 del Código civil'.

Y el hecho de que se pudiera haber producido un enriquecimiento injusto tampoco justificaría por sí solo la aplicación de la excepción a la regla general de la caducidad de la acción, pues esa excepción ('en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá', dice enfáticamente el art. 205.1 LSC) tampoco se aviene con el régimen general de prescriptibilidad de la acción de enriquecimiento injusto (art. 1964 CC), acción, por otra parte, de carácter subsidiario (por todas, sentencia 352/2020, de 24 de junio).

8.- Finalmente, al realizar la necesaria ponderación en la aplicación de la doctrina del orden público en relación con las circunstancias del caso y la finalidad de la regla general de la caducidad de la acción de impugnación, en consideración al principio de la seguridad jurídica y la necesidad de certeza en las relaciones con terceros en el tráfico, debemos destacar la relevancia del hecho de que los acuerdos de exclusión y amortización de las participaciones de los socios excluidos fueron inscritas en el Registro Mercantil el 17 de octubre de 2014, inscripciones que han venido desplegando, por tanto, los efectos de la publicidad registral material (legitimación, fe pública y oponibilidad) propios del Registro Mercantil (arts. 20, 21 Ccom y 7, 8 y 9 RRM), a través de los cuales dota de certeza a las situaciones jurídicas y derechos inscritos en beneficio de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

9.- Todo lo anterior conduce a la conclusión de que, en las circunstancias del presente caso, los acuerdos impugnados, adoptados el 27 de marzo de 2009, no vulneraron el orden público societario y, por tanto, no cabe aplicar la excepción que para esos casos preveía el art. 116.1 LSA (actual art. 205.1 LSC) respecto del plazo de caducidad de la acción de impugnación de un año, acción que debe considerarse caducada.

En consecuencia, procede desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia de apelación. (F.D. 4º) [P.G.P.]

Jurisprudencia: *Legitimación pasiva de sociedad beneficiaria de una escisión parcial. Nulidad de contrato incluido en la unidad económica traspasada en bloque por sucesión universal.*

STS (Secc. 1ª), de 26 de septiembre de 2022, rec. nº 1689/2019

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1b62219a7414e9bba0a8778d75e36f0d/20220801

"(…) CUARTO.- Decisión del tribunal: legitimación pasiva de la sociedad beneficiaria de la escisión parcial para ser demandada en un proceso sobre nulidad del contrato incluido en la unidad económica traspasada

1.- Conforme al art. 70.1 LME, '(s)e entiende por escisión parcial el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes (...)'.

2.- Al haberse producido la escisión parcial de Inversis, antes del inicio del litigio, siendo Andbank la sociedad beneficiaria de esa escisión, existió una sucesión universal entre Inversis y Andbank respecto de la unidad económica consistente en

el negocio minorista o retail de aquella, que fue traspasada en bloque del patrimonio de la sociedad escindida al patrimonio de la sociedad beneficiaria de la escisión. En la parte del patrimonio traspasada en bloque de una a otra sociedad se encontraban incluidas las relaciones negociales mantenidas por Inversis con los demandantes como consecuencia de los contratos de adquisición de los bonos estructurados. No era necesario que en la escritura de escisión se detallaran todas y cada una de las relaciones negociales con los clientes minoristas que eran objeto de transmisión pues bastaba que se encontraran incluidas en la unidad económica transmitida en la escisión parcial, como es el caso. Por otra parte, no podría haberse especificado en la escritura de escisión parcial que se transmitía la obligación de restitución a los demandantes de lo pagado por los contratos de adquisición de los bonos estructurados puesto que en aquel momento se trataba de contratos respecto de los que no se había formulado pretensión anulatoria alguna.

3.- Por tanto, Andbank adquirió todos los bienes, derechos y acciones integrados en la unidad económica del negocio minorista de Inversis, en la que se incluían los derivados de los contratos celebrados con los demandantes, clientes minoristas; desde un punto de vista pasivo, Andbank asumió todas las obligaciones dimanantes de dicha unidad económica y quedó subrogada en todas las responsabilidades legales y contractuales que procedieran de dicho negocio minorista.

4.- Sobre esta cuestión, en la sentencia 439/2017, de 13 de julio, declaramos:

'La sentencia 796/2012, de 3 de enero de 2013, en un supuesto de escisión parcial de una unidad de negocio, califica esta modalidad de transmisión como un acto de sucesión universal donde las relaciones jurídicas se transmiten en bloque y, el hecho de que una determinada deuda no se incluyera en el proyecto de escisión, no significa necesariamente que quedara fuera del referido efecto de la sucesión universal. Es lo que sucede en este caso; aunque no se haga mención expresa en la escritura de segregación a la sucesión en la responsabilidad por anulación de los contratos de adquisición de las cuotas participativas, dicha responsabilidad es consecuencia de la sucesión universal derivada de la transmisión en bloque del negocio financiero. Por lo tanto, Banco Sabadell, en cuanto que sucesor universal del Banco CAM tras la fusión por absorción, deviene responsable de las obligaciones que tuviera el Banco CAM frente a terceros, puesto que las transformaciones estructurales de las sociedades, a través de las operaciones de fusión, escisión total o parcial o cesión global de activos, producen, en sus respectivos ámbitos, una sucesión universal en un patrimonio, o en partes de patrimonio, de una sociedad por otra (arts. 22, 68, 69, 71, 80 y 81 LME). En todos estos supuestos la eficacia de la transformación respectiva se produce con la inscripción en el Registro Mercantil (arts. 47, 73 y 89.2 de la reseñada Ley), y con ello el efecto legal de la transmisión en bloque de todos los bienes, derechos y obligaciones de las sociedades absorbidas, extinguidas, y también de las segregadas a favor de las sociedades beneficiarias'.

5.- En consecuencia, en contra de lo afirmado por la recurrida, en los supuestos de escisión parcial se produce una sucesión universal respecto de la unidad económica traspasada en bloque, aunque la sociedad escindida no se extinga, pues la

pervivencia de la sociedad escindida es consustancial al carácter parcial de la escisión (art. 70.1 LME), a diferencia de lo que ocurre con la escisión total (art. 69 LME). Como consecuencia de esa sucesión universal, Andbank quedó subrogada en todas las responsabilidades legales y contractuales que procedieran de dicho negocio minorista.

(…) 7.- En la sentencia 8/2015, de 3 de febrero, en la que en el caso objeto del litigio se había producido una escisión parcial con pervivencia de la sociedad escindida, declaramos:

'(...) la responsabilidad de la sociedad escindida, respecto de las deudas anteriores a la escisión y traspasadas a una sociedad beneficiaria, será subsidiaria, solidaria e ilimitada. Pero la subsidiariedad no exige que, previamente a la reclamación frente a la sociedad escindida, se haga excusión de todos los bienes de la beneficiaria, ni siquiera que conste que se le hubiera requerido de pago, sino que tan sólo precisa que se haya producido el incumplimiento de la obligación. En nuestro caso, queda acreditado que antes de la presentación de la demanda se había producido el incumplimiento de la obligación de pago de la deuda, razón por la cual, sin necesidad de que previamente se hubiera dirigido la acción frente a la beneficiaria, la sociedad escindida devino responsable solidaria e ilimitadamente'.

8.- A diferencia del caso objeto de la sentencia 8/2015, de 3 de febrero, en el presente caso la transmisión en bloque del negocio minorista de Inversis a Andbank no supuso la transmisión de una obligación de pago que pudiera resultar incumplida. Lo que se transmitió fue la titularidad de la relación negocial entre Inversis y sus clientes de negocio minorista y, con ella, la posición pasiva respecto de una futura acción de nulidad del contrato por error vicio.

9.- La responsabilidad solidaria de Inversis respecto de las obligaciones de Andbank derivadas de la unidad económica transmitida, prevista en el art. 80 LME, tendría por objeto, en este caso, la obligación de restitución que es consecuencia de la declaración de nulidad por error vicio de los contratos de adquisición de los productos estructurados por parte de los demandantes.

10.- Pero para que dicha obligación nazca, es preciso que previamente se haya instado por los clientes la nulidad contra la sociedad titular de la relación contractual cuya anulación se pretende y que se haya declarado la nulidad y la consiguiente obligación de la sociedad beneficiaria de restituir a los clientes lo pagado por estos. Y esa sociedad frente a la que ha de instarse la nulidad no es Inversis, que traspasó en bloque, por sucesión universal, la unidad económica de su negocio minorista antes incluso de que esa pretensión fuera ejercitada, sino Andbank, a la que fue transmitida tal unidad económica en la operación de escisión parcial de Inversis y asumió la posición contractual de esta en la relación negocial con los demandantes.

11.- Ciertamente, habría sido admisible que los demandantes hubieran dirigido la demanda no solo contra Andbank sino también contra Inversis para que, en caso de que una vez conseguida la declaración de nulidad de los contratos frente a Andbank y la condena de esta a restituir a los demandantes lo pagado por estos

Andbank no hubiera dado cumplimiento a esa obligación restitutoria, poder exigir a Inversis, sin necesidad de instar un nuevo proceso en su contra, ni siquiera de hacer excusión de los bienes de Andbank, su responsabilidad solidaria e ilimitada, aunque subsidiaria respecto de la de Andbank. Así se reconoció en la sentencia 439/2017, de 13 de julio, en un supuesto de segregación del art. 71 LME, en el que el régimen de responsabilidad solidaria, ilimitada y subsidiaria de la sociedad segregada es, a estos efectos, el mismo que el de la sociedad escindida.

12.- Pero la pretensión de anulación de los contratos no puede dirigirse directamente contra Inversis, sociedad escindida, en una demanda en la que solo esta sociedad es demandada, porque carece de legitimación pasiva respecto de dicha acción, pues la relación contractual cuya anulación se pide, con todos los derechos y acciones, en el lado activo, y obligaciones y responsabilidades, en el lado pasivo, fue transmitida de Inversis a Andbank, sociedad beneficiaria, en la operación de escisión parcial en la que aquella traspasó a esta, en bloque, su negocio minorista.

13.- Es relevante que, al menos desde el comienzo de este litigio, los demandantes conocían la existencia y alcance de dicha modificación estructural, pese a lo cual se opusieron a la pretensión de Andbank de comparecer como demandada y mantuvieron la procedencia de su pretensión exclusivamente frente a Inversis.

14.- También lo es que la recurrida no haya opuesto justificadamente, frente a los motivos de los recursos basados en la escisión parcial de Inversis y la consiguiente falta de legitimación pasiva de esta sociedad, que esa modificación estructural haya sido empleada como una artimaña que dificulte a los terceros la identificación de la sociedad contra la que deben dirigir la acción o como integrante de una actuación dirigida a defraudar a los clientes de la sociedad escindida.

15.- Por tal razón este motivo del recurso de casación debe estimarse, lo que hace innecesario entrar en el resto de los motivos del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal. Y como consecuencia de tal estimación, la sentencia de la Audiencia Provincial debe ser casada, el recurso de apelación, estimado, y la demanda, estimada". (F.D. 4º) [P.G.P.]

Jurisprudencia: Asistencia a junta general. Representación voluntaria. Doctrina de los actos propios.

STS (Secc. 1ª), de 5 de julio de 2022, rec. nº 1998/2019

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bfa351641e117fffa0a8778d75e36f0d/20220718

"(…) El régimen de la representación voluntaria en la junta general de la sociedad de responsabilidad limitada es propio de dicho tipo social y diferente al previsto en la sociedad anónima, en atención a la configuración de la sociedad limitada como sociedad cerrada. La particularidad reside, fundamentalmente, en que solo se permite el otorgamiento de la representación en favor de un determinado círculo

(de confianza) de personas, evitando la presencia indiscriminada de extraños en la junta general.

Junto a ello, se permite que los estatutos amplíen el círculo de personas que pueden asumir esta representación.

3.- En la sentencia 191/2014, de 15 de abril, invocada en el recurso de casación, declaramos que tales reglas sobre representación voluntaria en la junta general de la sociedad de responsabilidad limitada tienen carácter imperativo y no pueden ser objeto de disposición, salvo en la ampliación estatutaria de las personas a cuyo favor se puede otorgar la representación. Por lo que, si en los estatutos de la sociedad nada se dice o simplemente se remiten al precepto legal transcrito, no será posible la representación por un extraño, aunque sea un profesional, con un poder especial y limitado a la junta de que se trate.

Pero la cuestión a resolver en este recurso de casación no es si el art. 183 LSC es imperativo o no, sino si las sociedades demandadas actuaron de mala fe al exigir su aplicación estricta en las juntas impugnadas, justo en el momento de su constitución y sin dar oportunidad de acreditación de otra representación ajustada a la normativa, cuando en otras varias juntas precedentes habían permitido la misma representación voluntaria que ahí sorpresivamente rechazaron. Esa es la razón de decidir de la sentencia recurrida, que transcribimos para una mejor contextualización de lo que resolveremos a continuación:

'(d)ebe entenderse acreditado que las sociedades demandadas venían admitiendo con anterioridad a las juntas objeto de impugnación la representación otorgada en documento privado en favor de personas que no reunían los requisitos subjetivos del artículo 183 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

'En la demanda ya se hacia constar de forma expresa que en las juntas precedentes se había admitido ese tipo de representación, mencionando expresamente las juntas de 31 de diciembre de 2012 en las que los demandantes habían otorgado en documento privado su representación a las mismas personas a las que se les había conferido en las juntas aquí impugnadas y que en aquéllas sí había sido admitida; o las juntas de 16 de febrero de 2012 en las que don Estanislao asistió representado por don Antonio en virtud de representación otorgada en documento privado, tipo de representación igualmente admitida a otro socio, la entidad 'AGUA VERDE 2000, S.L.', que asistió a las juntas celebradas con fecha 16 de febrero de 2012 e incluso a la supuesta junta universal de 11 de enero de 2012 por medio de representante voluntario, sin que aquélla fuera otorgada en documento público.

'Este hecho no fue negado por la parte demandada en su contestación a la demanda. Es más, guardó absoluto silencio sobre él, limitándose a señalar que la representación otorgada por los demandantes en las juntas impugnadas no se ajustaba a las previsiones del artículo 183 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que en aplicación del artículo 405.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe considerarse admitido el hecho consistente en la general admisión de la representación de los socios en las juntas por medio de documento privado en favor de quien no reunía los requisitos del artículo 183 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

'Ni siquiera en la audiencia previa el letrado de la parte demandada consideró que la admisión en juntas anteriores de la representación en documento privado fuera un hecho controvertido, teniéndose como tal a instancia de la parte demandante -pese a su admisión tácita en la contestación a la demanda-

'En todo caso, los documentos no 18 y 20 de la demanda no han sido impugnados y consisten en la representación dada en documento privado por los actores para las juntas de 31 de diciembre de 2012 en favor de las mismas personas que actuaron en su representación en las juntas de 28 de febrero de 2013. Pese admitirse como prueba el requerimiento a las demandadas para que aportaran el acta notarial de las juntas de 31 de diciembre de 2012, las actas no han sido aportadas a las actuaciones lo que corrobora la admisión de la representación dada por los demandantes en documento privado para esas juntas a los mismos representantes.

'Consta aportada acta notarial de las juntas de las demandadas celebradas con fecha 16 de febrero de 2012 a las que don Estanislao asistió representado por don Antonio (documentos no 15 y 16 de la demanda). A esas mismas juntas el socio 'AGUA VERDE 2000, S.L.' asistió representado por don Lázaro , sin que conste (véase folio 440 de los autos) ni se haya afirmado que sea el representante legal de la referida sociedad. En las actas notariales no se describen los documentos de representación ni se unen a las escrituras, pero no consta que se otorgasen en documento público y la actora ha aportado los documentos privados de representación que no han sido impugnados por las demandadas (documento no 14 de la demanda).

'Por último, en el acta de las juntas celebradas el día 11 de enero de 2012, también figura que el socio 'AGUA VERDE 2000, S.L.' asistió por medio de representante voluntario sin que conste que la representación se otorgase en escritura pública -lo que de ser así sólo se ajustaría a los estatutos de la entidad 'MANTROL SERVICIOS, S.L.'-.

'Admitida por las sociedades demandadas la representación otorgada en documento privado para cada junta en favor de personas que no reúnen los requisitos del artículo 183.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, su sorpresiva exigencia en las juntas celebradas con fecha 28 de febrero de 2013 constituye un acto contrario a la buena fe (artículo 7 del Código Civil) que no puede ser amparado por los Tribunales y que determina la infracción del derecho de los demandantes a asistir a las juntas y, en consecuencia, la nulidad de todos los acuerdos adoptados en las mismas. No se puede estar admitiendo determinada forma de otorgar la representación para, repentinamente, incurriendo en una palmaria contravención de los propios actos, rechazar esa misma forma de otorgar la representación cercenando de forma sorpresiva el derecho de asistencia a la junta de los demandantes que no habían sido previamente advertidos del cambio de criterio de las sociedades demandadas en orden al otorgamiento de la representación' (énfasis añadido).

4.- Al referirnos antes a la ratio del art. 183 LSC, hemos hecho mención a que responde a la lógica propia de las sociedades cerradas. Y en dicho tipo de sociedades, lo habitual es que, en las juntas generales, durante periodos de tiempo prolongados, comparezcan siempre los mismos socios, lo que hace que en la

práctica la exigencia de los requisitos de representación se adapte a tales circunstancias. Cuando es así y el presidente niega una representación que no se ajusta a las previsiones legales o estatutarias, pero que previamente ha admitido sin objeción en otras juntas precedentes, puede ir contra sus propios actos, tal y como tratamos en la sentencia 483/2002, de 22 de mayo, que en un caso en el que el presidente de la junta admitió una representación no ajustada a lo previsto legalmente, pero que se había admitido sin objeción en juntas precedentes, declaró:

'Efectivamente, el Presidente tenía toda la razón, ya que a tenor de jurisprudencia de esta Sala no se puede declarar que la inexistencia material o física de un poder escrito de designación para concurrir a una Junta, invalide la representación y por ende suponga la nulidad, siempre que en juntas anteriores se hubiera aceptado dicha representación, ya que la misma con tales antecedentes ha de estimarse como válida, incluso aunque las juntas anteriores fuera de distinta naturaleza -ordinaria o extraordinaria- (S.S. de 8 de mayo de 1.961, 5 de julio de 1.986 y 20 de abril de 1.987).

'Con ello se evita dar un tratamiento a dicha formalidad de 'ad solemnitatem', de manera que, sin la existencia física y palpable del escrito especial de representación, no pueda darse por válida la delegación, lo que iría en contra del sentido espiritual y racional que impulsa la doctrina de la Sala en esta materia'.

Con la circunstancia muy relevante de que, en este caso, el cambio de criterio sobre la admisibilidad de la representación se manifestó justo al tiempo de constituirse las juntas, sin posibilidad de reacción para los socios afectados. Ya que, si lo hubieran advertido antes, para evitar equívocos provocados por los comportamientos anteriores, los presidentes de las juntas no incurrirían en abuso alguno al ceñirse a las previsiones legales y estatutarias.

5.- Esta evaluación de la buena o mala fe en la admisión o rechazo de una representación voluntaria no ajustada a la norma, pero admitida con anterioridad, debe ser, por definición, casuística, como pusieron de manifiesto las sentencias 113/2010, de 16 de marzo, y 51/2011, de 21 de febrero. Y como, guía o regla de interpretación, debe tenerse presente que los requisitos de representación se establecen en la LSC en interés de la sociedad, para facilitar el control de asistencia y participación en las juntas generales; y, al mismo tiempo, que negar el derecho de asistencia supone una restricción muy intensa de los derechos del socio, por lo que quien presida la junta tiene que extremar su buena fe, a fin de tutelar y garantizar los derechos del socio; por lo que si en juntas anteriores se ha admitido a alguien de forma continuada como representante de un socio, el presidente actuaría contra la buena fe cuando, sin que hayan cambiado las circunstancias y sin advertencia previa al respecto, negara la validez de la representación anteriormente reconocida (actos propios y confianza legítima).

Y eso es lo que cabalmente sucedió en este caso si atendemos al desarrollo cronológico que realiza la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida, del que se desprende que, de manera reiterada, las sociedades recurrentes en casación admitieron en juntas anteriores el mismo sistema de representación voluntaria que denegaron en las juntas impugnadas. Por lo que la conclusión a que llega la Audiencia Provincial sobre la mala fe y la contravención de los actos propios es

correcta, una vez que, de manera sorpresiva y sin aviso previo, se vulneró la confianza legítima de los socios en que se admitiría el mismo sistema de representación voluntaria consentido en ocasiones precedentes.

En resumen, lo relevante es haber expresado el cambio de criterio justo al tiempo de constituir las juntas y no haberlo advertido antes. El precedente por sí solo no es fuente normativa que obligue de cara al futuro, ya que puede variarse y ajustarse a la ley; pero después de haber generado la confianza en los socios en que se podía acudir a esa clase de representación, negarlo en el momento de constitución de las juntas generales, sin margen de reacción, es lo que resulta contrario a la buena fe.

6.- Como consecuencia de lo expuesto, el recurso de casación debe ser desestimado". (F.D. 3º) [P.G.P.]

2. DERECHO DE SEGUROS

Jurisprudencia: Seguro de hogar. Ámbito de cobertura. Diferencia carga de la prueba y valoración de la prueba. Inoponibilidad al tercero perjudicado de las excepciones oponibles por el asegurador al asegurado

STS (Secc. 1ª), de 14 de diciembre de 2022, recurso nº 1192/2019

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/08ca4ab1d1b991c4a0a8778d75e36f0d/20230112

"(…) No cabe confundir valoración probatoria y carga de la prueba. La primera es una operación previa, que hemos definido en las sentencias 468/2019, de 17 de septiembre; 141/2021, de 15 de marzo; 852/2021, de 9 de diciembre, y 653/2022, de 11 de octubre, como:

'(...) la actividad intelectual que ha de realizar el Juez a los efectos de determinar, con respecto a las afirmaciones fácticas realizadas por las partes, si estas se han visto corroboradas por las pruebas propuestas y practicadas en el proceso, sometiendo a las mismas a un examen fundado en máximas de experiencia obtenidas por el propio Juez o establecidas en la ley, así como a través de los más elementales postulados de la lógica y la razón -sana crítica-, proceso que, además, ha de exteriorizar en la motivación de la sentencia, que zanja el conflicto judicializado sometido a su consideración'.

Manifestación de lo expuesto, la encontramos en el artículo 217 de la LEC, considerado como infringido, que no está normativamente ubicado en las disposiciones generales sobre la prueba (artículos 281 a 298 de la LEC), sino entre los preceptos reguladores de los requisitos internos de la sentencia y sus efectos (artículos 216 a 222 LEC), por lo que la vulneración de las reglas que disciplinan la carga de la prueba debe denunciarse por la vía de la causa 2ª del art. 469.1 de la LEC, es decir por 'infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia'.

En efecto, las reglas de juicio contenidas en el art. 217 de la LEC operan, únicamente, cuando, tras la valoración probatoria, un hecho relevante para la

decisión del litigio no ha quedado acreditado. En tales casos, las reglas que contiene dicho precepto le indican al juez cómo ha de proceder a los efectos de estimar o desestimar las pretensiones o resistencias de las partes, toda vez que tiene el deber ineludible de resolver los litigios sometidos a su consideración como obligación impuesta por los artículos 24 de la Constitución, 1.7 del Código Civil y 11.3 Ley Orgánica del Poder Judicial, sin que quepa acogerse al juramento de no ver claro el negocio - sibi non liquere (no le queda claro)-.

Por consiguiente, el art. 217 de la LEC, sólo se infringe cuando, ante un hecho dudoso, que no ha resultado acreditado, se atribuyen las consecuencias de la incertidumbre a la parte a quien no compete su demostración. En este sentido, nos manifestamos, por ejemplo, en las sentencias 144/2014, de 13 de marzo; 473/2015, de 31 de julio; o, más recientemente, 221/2022, de 22 de marzo; 358/2022, de 4 de mayo; 493/2022, de 22 de junio, y 653/2022, de 11 de octubre, entre otras.

En definitiva, mientras que las reglas de valoración están destinadas a fijar qué concretos hechos de los alegados y controvertidos por las partes deben considerarse demostrados, las reglas de la carga de la prueba determinan, precisamente, las consecuencias procesales de la falta de prueba.

(…) En el marco del contrato de seguro de responsabilidad civil, el perjudicado es un tercero. La víctima, al ser ajena a la relación convencional (art. 1257 CC), carece, en principio, de cualquier acción contra la compañía aseguradora para obligarla a resarcir el daño sufrido. No obstante, a los efectos de dispensar protección jurídica a las víctimas, se consagró normativamente la acción directa del art. 76 de la LCS, que permite al perjudicado y a sus herederos dirigirse contra la compañía aseguradora para obtener el resarcimiento del daño causado por el asegurado en la póliza.

Así las cosas, se configuró la acción directa como un derecho propio del perjudicado frente a la compañía de seguros, autónomo e independiente del que ostenta el asegurado contra su propia compañía (SSTS 87/2015, de 4 de marzo y 321/2019, de 5 de junio), de manera que el art. 76 LCS proclama que 'la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado', así como que 'el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido'.

Esta naturaleza autónoma de la que goza el derecho del perjudicado frente a la aseguradora, tiene como presupuestos necesarios los dos siguientes:

(i) Que exista un título de imputación jurídica que haga al asegurado responsable de la obligación del resarcimiento del daño (arts. 1101 y 1902 y ss. del CC); y que constituye carga de la prueba correspondiente al perjudicado reclamante como hecho constitutivo básico de su pretensión indemnizatoria, así como la acreditación de la realidad y cuantía del daño sufrido (art. 217 LEC), de manera tal que únicamente cabe la condena de la compañía si previamente se constata la responsabilidad del asegurado (SSTS 469/2001, de 17 de mayo y 129/2022, de 19 de febrero, y las citadas en ellas).

(ii) La existencia de una cobertura válida, suscrita entre el causante del daño y la compañía aseguradora, que comprenda su responsabilidad civil, pues si la cobertura de la póliza no ha nacido o se ha extinguido, el perjudicado carece de derecho contra la aseguradora. A estos efectos, el art. 76 de la LCS impone, como hemos visto, la obligación del asegurado de manifestar al perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.

En definitiva, para obtener el resarcimiento del daño sufrido, el perjudicado cuenta con dos derechos cada uno de ellos instrumentalizado en las correspondientes acciones. El primero, derivado del acto ilícito causante del daño; y el segundo, del propio contrato de seguro que le confiere la acción directa. De tales derechos, surgen dos obligaciones correlativas diferentes: la del asegurado de resarcir el daño causado en el ámbito extracontractual o el contractual (arts. 1101 y 1902 CC), y la del asegurador, proveniente también de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76 LCS (SSTS 200/2015, de 17 de abril, que cita la de 12 de noviembre de 2013, reproducidas en la más reciente 321/2019, de 5 de junio).

La víctima puede acumular ambas acciones y ejercitarlas conjuntamente contra el autor del daño y su compañía aseguradora, unidos por vínculos de solidaridad (arts. 72 LEC), o contra cada uno de los responsables, independientemente, con el límite de que no puede enriquecerse consiguiendo un doble resarcimiento del daño.

3.4 Estimación del motivo

En el contexto expuesto las actoras ejercitan la acción directa contra la compañía de seguros. La dueña de la perra manifiesta que habita en la vivienda objeto de la póliza de hogar suscrita. Facilita el dato de que la compañía aseguradora es Generali e indica que el seguro de hogar, que le ampara, cubre los daños causados por la perra. Especifica, incluso, que ello es así siempre que el canino no supere los 20 kg de peso. La circunstancia de facilitar dichos datos supone el conocimiento del seguro y su relación con el mismo. Aporta, también, prueba documental concerniente a la documentación de la perra causante de los daños, en la que consta su vacunación, así como el nombre de la dueña, y su domicilio en la vivienda aseguradora.

La actora promueve, entonces, diligencias preliminares al amparo del art. 256.1.5.o LEC, y la compañía no se opone alegando ser ajena al siniestro (art. 260.1 LEC). Ahora bien, aporta únicamente las condiciones particulares de la póliza en las que figura 'responsabilidad civil ampliada a la vida privada'; pero no las generales, que determinan el contenido de la cobertura suscrita, dato que, obviamente, conocía, al tratarse de condiciones impuestas y predispuestas por la propia compañía aseguradora.

Las demandantes acreditan la realidad del siniestro, la condición de propietaria del perro de Dª Estibaliz, que ésta vive en el domicilio cubierto por la póliza del hogar, y que su madre, con domicilio en Madrid y no en DIRECCION000, localidad en la que se produjeron los hechos, se limitaba a pasearlo. Igualmente, demostraron la

existencia del seguro con la cobertura de responsabilidad ampliada a la vida civil y que, según la dueña del perro, abarcaba los daños causados por éste.

La sentencia de la Audiencia concluye que no se ha acreditado suficientemente que el siniestro acaecido estuviere cubierto por la póliza de seguro de hogar, aunque obtiene el tribunal de la página web de la aseguradora que, dentro de la cobertura denominada 'responsabilidad civil ampliada a la vida privada', quedaban cubiertos los daños imputables al cabeza de familia, por razón de los arts. 1902, 1903 y 1910 del Código Civil (en adelante CC), así como a su cónyuge o a su pareja de hecho, y, en su art. 8.2, la cobertura derivada de la propiedad o tenencia legal de perros de compañía que convivieran en la vivienda asegurada y que no fuesen utilizados con fines comerciales, siempre que no tuviesen un peso superior a 20 kilos. En definitiva, considera que la actora no aporta las condiciones generales de la póliza, y que, además, el perro al ser de raza Beauceron, pesa más de 20 Kg.

Pues bien, considera la Sala que, tratándose del ejercicio de una acción directa del perjudicado contra la compañía aseguradora, en virtud del principio de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), no se puede imponer a las demandantes que, incluso, promueven diligencias preliminares para obtener la póliza de seguro, que no acreditó suficientemente el ámbito de la cobertura, cuando la compañía no aporta al proceso las condiciones generales que ella misma redacta y que impone en su contratación en masa cuando además le son expresamente requeridas, las cuales devienen esenciales para la delimitación de la cobertura del seguro, máxime cuando no niega que resulten cubiertos los daños causados por animales.

Tampoco cabe que el tribunal provincial asuma funciones probatorias, que corresponden a la parte demandada (art. 282 LEC), como la relativa al peso de la perra, que se da por supuesta sin haber sido cuestionado, o las concernientes a las condiciones de la póliza y su vigencia a la fecha del siniestro.

En definitiva, entendemos que, en este caso, se han vulnerado las reglas de la carga de la prueba, y, por ende, debemos declarar que la incertidumbre probatoria, que se achaca a la parte actora, pesa en el proceso en contra de la compañía aseguradora, lo que implica la estimación de este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

(…) El recurso se fundamenta en la infracción del art. 1905 CC y del art. 73 LCS, así como jurisprudencia que lo interpreta con cita de las sentencias 937/2002, de 10 de octubre, y 529/2003, de 29 de mayo.

El motivo se debe estimar. El perro no se discute era titularidad de Dª Estibaliz , con domicilio en la vivienda asegurada en DIRECCION000, localidad en la que se producen los hechos. La madre de ésta, con domicilio en Madrid, actuaba, al acaecer el siniestro, como una mera servidora de la posesión ajena, y en tal condición se limitaba a pasear a la perra.

El art. 1905 del CC hace responsable al poseedor del animal o al que se sirve de él, a responder de los daños que causase, aunque se le escape o extravíe. Es una responsabilidad que deriva del daño que pueda producir un animal y el comportamiento de éste constituye el título de imputación del daño. El fin de protección de la norma alcanza al animal que se escapa o extravía. No se responde cuando el daño no proviene del riesgo derivado de la tenencia o utilización del animal, sino de una causa ajena como fuerza mayor o culpa de la víctima, en este caso inexistentes. La responsabilidad de Dª Estibaliz resulta de su condición de dueña del animal, cuya posesión derivada de su titularidad dominical ostentaba, aunque no en el concreto momento de producirse los hechos (sentencias 228/1983, de 28 de abril; 577/1991, de 18 de julio y 1022/2004, de 20 de noviembre).

(…) Nos encontramos ante un seguro de hogar. Es hecho que no se discute que la dueña de la perra Dª Estibaliz habita en la vivienda objeto del contrato de seguro. Igualmente, según la normalidad de las cosas, los animales conviven con sus dueños, así resulta además de la documentación de la perra. La madre de Dª Estibaliz simplemente paseaba a Canela , y su domicilio no se encuentra en DIRECCION000, sino en Madrid, de lo que se deduce una detentación puntual de la canina.

La compañía no niega que la póliza cubra los daños causados por los perros que vivan en el hogar, sino que se limita a afirmar que el tomador del seguro no es dueño ni poseedor del animal. Se fundamenta, para ello, en que, en las precitadas condiciones particulares de la póliza, figura como residentes habituales en la vivienda solo 1 persona.

Ahora bien, la acción directa del perjudicado es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, y dentro de ellas se encuentran las relativas a la declaración del riesgo y su agravación y, por ende, las concernientes a que la perra viva, en contra de lo declarado, en la vivienda asegurada, y la residencia en ella de una persona más, como es Dª Estibaliz , lo que deviene un hecho indiscutido.

La actora propone la testifical de la dueña de la perra, del tomador del seguro y de la servidora de la posesión. Con respecto a dichas pruebas, la demandada las reputa innecesarias, en la audiencia previa, cuando serían básicas para acreditar que el siniestro no está amparado en la póliza de seguro del hogar en la modalidad de 'responsabilidad civil ampliada a la vida privada', basada en que el perro no vive en el domicilio -en contra de la presunción de que lo hace con el propietario- o que la dueña del perro no tiene ninguna relación con el tomador del seguro. En cualquier caso, desconocemos las condiciones de exclusión, no justificadas por la compañía, y no podemos darlas por acreditadas.

Por otra parte, tampoco le corresponde justificar a las demandantes el peso de la perra que, además, es hembra y mestiza de Beauceron, y que la sentencia, sin que nadie hubiera cuestionado tal dato, ni propuesto prueba alguna para acreditarlo (art. 282 LEC), considera excede de 20 kg.

Por consiguiente, consideramos el siniestro cubierto por la póliza. (F.D. 3º y 4º) [P.G.P.]

Jurisprudencia: Seguro de vida. Duración anual y renovable tácitamente. Cancelación por falta de pago y comunicación de su denuncia.

STS (Sala 1ª), de 28 de noviembre de 2022, recurso nº 2110/2019

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/edb14d6c5d365534a0a8778d75e36f0d/20221213

"(…) El motivo denuncia la infracción de los arts. 22 y 15.2 LCS y la jurisprudencia contenida en las sentencias 443/2004, de 4 de junio y la sentencia de 18 de diciembre de 2001.

En el desarrollo del motivo se razona que, conforme al art. 22 LCS, la parte que se oponga a la prórroga del contrato de seguro debe notificarlo con dos meses de anticipación, caso contrario se prorroga automáticamente. Y, en cualquier caso, una vez prorrogado el contrato, no queda a la facultad de las partes resolverlo.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo primero. Conviene advertir que, al no ser objeto de recurso de casación, no podemos pronunciarnos sobre la procedencia de la interpretación dada por los tribunales de instancia al art. 15.2 CC, en relación con el art. 8.1 del clausulado general de la póliza de seguro, respecto de la vigencia del seguro CAI Vida Protección.

Nos ceñimos a lo que ha sido objeto del motivo de casación, que es la infracción de los arts. 22 y 15.2 LCS, respecto de la cancelación del otro seguro, CAI Vida Préstamo.

Esta póliza de seguro de vida era de duración anual y se prorrogaba tácitamente mientras no se hubiera opuesto alguna de las partes con antelación a la conclusión del periodo del seguro, dos meses en el caso del asegurador (art. 22.2 LCS).

Aunque la argumentación de la Audiencia no aclara la causa de la cancelación, esta se produce mediante una comunicación realizada por la aseguradora al tomador, en junio de 2011, con la intención de que operara a fecha 1 de abril, pues había sido pagado el recibo del primer trimestre, y ya no se reclamaban los siguientes. Los hechos acreditados en la instancia, en concreto las dificultades del tomador para pagar las pólizas de seguro y las conversaciones mantenidas con los empleados de la demandada para cancelar las de seguro vida, podrían explicar el sentido de esa comunicación de cancelación y la aceptación pasiva del tomador.

Pero, en cualquier caso, aunque se negara que la cancelación era fruto de lo convenido por las partes, y se caracterizara como una declaración unilateral de voluntad del asegurador de querer cancelar la póliza, si bien podría dudarse de su

eficacia respecto de la vigencia de la póliza durante el año 2011, no cabría negarle esa eficacia para los años posteriores. Respecto del año 2012, la comunicación fehaciente muestra la voluntad de la compañía de no continuar con el aseguramiento y fue realizada con la antelación suficiente, más de dos meses antes de la finalización del año 2011.

De tal forma que, si el riesgo cubierto con la póliza, el fallecimiento del tomador, hubiera acecido durante el año 2011, podría dudarse de la vigencia de la póliza, esto es de que la cancelación pudiera operar desde abril de 2011. Pero en un caso como el presente, en que la muerte del tomador acaeció varios años después, en concreto en abril de 2016, esa comunicación servía en cualquier caso para que la póliza quedara extinguida a finales de 2011 y no se prorrogara su vigencia en los años siguientes.

Por esta razón, la conclusión alcanzada por la Audiencia de que el siniestro, el fallecimiento del tomador, ocurrió cuando ya no estaba vigente la póliza de seguro es correcta, y no se infringe la norma invocada, el art. 22 LCS.

(…) 1. Formulación del motivo segundo. El motivo denuncia la infracción del art. 20, párrafos 4 y 8 de la Ley del Contrato de Seguro, pues no concurrían las circunstancias que de acuerdo con la jurisprudencia justificarían la no imposición de los intereses del art. 20 LCS. El recurso, en su desarrollo, cita la sentencia 106/2019, de 19 de febrero.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo segundo. Conforme al ordinal 4º del art. 20 LCS:

'La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial.

'No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100'.

La excepción a esta regla general se prevé en el ordinal 8º del mismo art. 20 LCS:

'No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable'.

Para la apreciación de esta excepción, la jurisprudencia aporta algunas pautas para la interpretación del art. 20.8º LCS, que se contienen, entre otras, en la sentencia 73/2017, de 8 de febrero:

'Si bien de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.8º LCS, la existencia de causa justificada implica la inexistencia de retraso culpable o imputable al asegurador, y le exonera del recargo en que consisten los intereses de demora, en la apreciación de

esta causa de exoneración esta Sala ha mantenido una interpretación restrictiva en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados (...).

'En atención a esa jurisprudencia, si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso, para que la oposición de la aseguradora se valore como justificada a efectos de no imponerle intereses ha de examinarse la fundamentación de la misma, partiendo de las apreciaciones realizadas por el tribunal de instancia, al cual corresponde la fijación de los hechos probados y de las circunstancias concurrentes de naturaleza fáctica para integrar los presupuestos de la norma aplicada.

'Esta interpretación descarta que la mera existencia de un proceso, el mero hecho de acudir al mismo constituya causa que justifique por sí el retraso, o permita presumir la racionabilidad de la oposición. El proceso no es un óbice para imponer a la aseguradora los intereses a no ser que se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar (...). En aplicación de esta doctrina, la Sala ha valorado como justificada la oposición de la aseguradora que aboca al perjudicado o asegurado a un proceso cuando la resolución judicial se torna en imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura (...).

'Con carácter general, en fin, e invocando un modelo de conducta acrisolado, el propósito del artículo 20 LCS es sancionar la falta de pago de la indemnización, o de ofrecimiento de una indemnización adecuada, a partir del momento en que un ordenado asegurador, teniendo conocimiento del siniestro, la habría satisfecho u ofrecido. Siempre a salvo el derecho del asegurador de que se trate a cuestionar después o seguir cuestionando en juicio su obligación de pago y obtener, en su caso, la restitución de lo indebidamente satisfecho'.

En este caso, a los meros efectos de juzgar sobre la procedencia de aplicar la excepción del art. 20.8º LCS, la sala entiende justificada la oposición de la aseguradora, a la vista de las circunstancias concurrentes (la prima había sido impagada en enero de 2011, no se pasaron al cobro las primas de los años sucesivos, y el fallecimiento del tomador acaeció en abril de 2016) y de la jurisprudencia de la sala sobre el art. 15.2 LCS, sin que sea tan clara la interpretación dada por los tribunales de instancia al art. 8 del clausulado en relación con este art. 15.2 LCS, en un caso como este". (F.D. 5º y 6º) [P.G.P.]

Jurisprudencia: *Seguro de accidentes. Delimitación de la cobertura y exclusiones. Cláusulas limitativas*

STS (Sala 1ª), de 21 octubre de 2022, recurso nº 1650/2019

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/edb14d6c5d365534a0a8778d75e36f0d/20221213

"(…) El debate casacional gira en torno a la interpretación del concreto significado y alcance de la doble exigencia legal establecida en el art. 3 LCS, según la cual, las cláusulas limitativas deben destacarse 'de modo especial' y ser 'específicamente aceptadas por escrito', en relación con las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, y si, en el presente supuesto, se pueden considerar cumplidos esos requisitos respecto de la cláusula controvertida que aparece en el apartado letra e) de la estipulación sobre 'Exclusiones' de las condiciones particulares, en negrita - junto con el resto de los supuestos de exclusión, de la letra a) a la letra j) - y si, con la firma al final de las condiciones particulares, la asegurada pudo realmente conocerla y aceptarla.

2. La distinción entre las cláusulas delimitadoras del riesgo y las limitativas de derechos, y los especiales requisitos de transparencia de éstas.

2.1. La jurisprudencia de esta sala ha distinguido las cláusulas delimitadoras del riesgo de las cláusulas limitativas de derechos, a partir de la sentencia de Pleno de 11 de septiembre de 2006, reiterada en otras posteriores. La sentencia 402/2015, de 14 de julio, resume así esa jurisprudencia:

'Entre las primeras, las delimitadoras del riesgo, se encuentran aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, incluyendo en estas categorías la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada. Responden a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o en coherencia con el uso establecido, evitando delimitarlo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza (SSTS de 25 de octubre de 2011, 20 de abril de 2011, 18 de mayo de 2009, 26 de septiembre de 2008 y 17 de octubre de 2007).

'Son limitativas de los derechos del asegurado las que restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización, una vez que se ha producido el riesgo (SSTS de 14 de junio de 2007, 30 de diciembre de 2005 y, 26 de febrero de 1997, entre otras) No siempre las diferencias entre unas y otras aparecen en las cláusulas con la claridad suficiente, calificándose de limitativas de derechos las que limitan sorprendentemente el riesgo (STS de 25 de noviembre de 2013, RC 2187/2011). El principio de transparencia que opera con especial intensidad en las cláusulas limitativas de derechos, debe ponerse de manifiesto en las cláusulas particulares (STS de 15 de octubre de 2014, RC 2341/2012)'.

2.2. En el seguro voluntario de accidentes, modalidad a la que responde el de la litis, el art. 100 LCS delimita el riesgo asegurado como objeto del seguro, 'como lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal, permanente o muerte'. Cualquier restricción mediante cláusulas que determinen las causas o circunstancias del accidente (o, en su caso, las modalidades de invalidez) por las que queda excluida la cobertura, supondría una cláusula limitativa de derechos del asegurado.

En concreto, como recordó la citada sentencia 452/2015, de 14 de julio, a partir de la sentencia de 7 de julio de 2006 (rec. 4218/1999) 'se viene considerando que la cláusula que excluye en la póliza litigiosa los accidentes producidos en situación de embriaguez manifiesta 'debe considerarse como limitativa por cuanto la situación de embriaguez, aunque sea manifiesta, no constituye ni demuestra por sí misma la concurrencia de intencionalidad del asegurado en la producción del accidente' (SSTS de 13 de noviembre de 2008, RC 950/2004, 22 de diciembre de 2008, RC 1555/2003 y, 16 de febrero de 2011, RC 1299/2006)'.

La aplicación de la cláusula de exclusión de cobertura por embriaguez (sobrepasar el límite previsto por la legislación sobre tráfico de tasa de alcohol en sangre), que aparece en las pólizas litigiosas, se justifica porque el accidente de la asegurada sobrevino en un momento en que, según la autopsia practicada, tenía una tasa de alcohol etílico en sangre de 2,23 g por litro.

En tal supuesto, la aseguradora queda liberada de su obligación de indemnizar, siempre que se cumpla la doble exigencia del art. 3 LCS, propia de las cláusulas limitativas, que examinamos a continuación.

2.3. Como sintetizó la sentencia 1029/2008, de 22 de diciembre, las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados deben cumplir, en orden a su validez, como expresión de un principio de transparencia legalmente impuesto, los requisitos de: a) ser destacadas de modo especial; y b) ser específicamente aceptadas por escrito (art. 3 LCS, que se cita como infringido).

La sentencia 402/2015, de 14 de julio, fijó doctrina, reiterada por otras (v.gr. sentencia 234/2018, de 23 de abril), en la que desgrana los diversos requisitos en que se traducen cada una de esas dos exigencias legales y su finalidad:

(a) En cuanto a la exigencia de que las cláusulas limitativas de derechos figuren 'destacadas de modo especial': (i) tiene la finalidad de que el asegurado tenga un conocimiento exacto del riesgo cubierto; (ii) deben aparecer en las condiciones particulares y no en las condiciones generales, por más que, en estas últimas declare conocer aquéllas (sentencia de 1 de octubre de 2010, - rec 2273/2006 -, entre otras); (iii) la redacción de las cláusulas debe ajustarse a los criterios de transparencia, claridad y sencillez (lo que proscribe 'la mezcla de exclusiones heterogéneas objeto de una agrupación que consigue entorpecer su comprensión' - sentencia de 19 de julio de 2012 - rec. 878/2010 -); (iv) deben aparecer destacadas o resaltadas en el texto del contrato; y (v) deben permitir al asegurado, comprender el significado y alcance de las mismas y diferenciarlas de las que no tienen esa naturaleza.

(b) Respecto a la exigencia de que las cláusulas limitativas deban ser 'especialmente aceptadas por escrito': (i) es un requisito que debe concurrir cumulativamente con el anterior (sentencia de 15 de julio de 2008, rec 1839/2001); (ii) es imprescindible la firma del tomador; (iii) la firma no debe aparecer solo en el contrato general, sino en las condiciones particulares que es el documento donde habitualmente deben aparecer las cláusulas limitativas de derechos; (iv) esta exigencia se cumple cuando la firma del tomador del seguro aparece al final de las condiciones particulares (

sentencia de 17 de octubre de 2007 - rec 3398/2000 -); también se ha admitido su cumplimiento por remisión de la póliza a un documento aparte en el que aparecían, debidamente firmadas, las cláusulas limitativas debidamente destacadas (sentencia 22 de diciembre de 2008 - rec. 1555/2003 -); (v) como criterio de delimitación negativa de esta exigencia, hay que destacar que en ningún caso se ha exigido por esta sala una firma para cada una de las cláusulas limitativas.

2.4. En todo caso, y con carácter general, conviene recordar que el control de transparencia, tal y como ha quedado configurado por esta sala (SSTS de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014), resulta aplicable a la contratación seriada que acompaña al seguro, particularmente de la accesibilidad y comprensibilidad real por el asegurado de las causas limitativas del seguro que respondan a su propia conducta o actividad, que deben ser especialmente reflejadas y diferenciadas en la póliza (sentencia 452/2015, de 14 de julio).

3.- Aplicación de la jurisprudencia reseñada al caso. Al aplicar la doctrina jurisprudencial al presente caso debemos estimar el recurso. La cláusula de exclusión de la cobertura controvertida en las tres pólizas (del mismo contenido y formato) figuran en las condiciones particulares, aparecen adecuadamente resaltadas en negritas, responden a una redacción clara y fácilmente comprensible para un consumidor medio, y están debidamente firmadas.

Las razones en contra aducidas por la Audiencia no pueden confirmarse. En primer lugar, no es necesario que la forma de destacar especialmente la cláusula limitativa se haga necesariamente mediante el uso de letras mayúsculas, cursivas o subrayado del texto, o mediante el empleo de un determinado tipo de caracteres tipográficos o de un aumento del tamaño de letra. El uso de las negritas con la finalidad expresada, y como medio de cumplimiento de la exigencia del art. 3 LCS, ha sido avalada por esta sala en diversos precedentes. Así la sentencia 234/2018, de 23 de abril, admitió que 'el tomador conocía dicha limitación establecida para el caso de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, ya que la cláusula en cuestión aparecía en las condiciones particulares, se destacaba en negrita el lugar que ocupaban las 'cláusulas limitativas' (...)'. También la sentencia 76/2017, de 9 de febrero, admitió que 'la cláusula controvertida (...) viene suficientemente destacada en 'negrita' a los efectos de que no pase desapercibida por el asegurado'. El hecho de que todos los apartados de las cláusulas de exclusiones estén redactados en negrita no puede interpretarse como una forma de oscurecer o enmascarar la exclusión controvertida, sino precisamente como una forma de cumplir la exigencia legal respecto de todas las causas de exclusión previstas.

En segundo lugar, la redacción de la cláusula es no solo clara, sino que, además, es precisa. Como afirmó la sentencia de primera instancia, 'se establece ... una delimitación absolutamente objetiva sobre el grado de intoxicación, según los parámetros establecidos en la normativa sobre el tráfico viario'. Es precisamente, la introducción de esta precisión, garante de la objetividad y previsibilidad de las situaciones englobadas en el perímetro de esta exclusión, la que explica la extensión del apartado dedicado a esta causa de exclusión (cuatro líneas).

En tercer lugar, la exclusión figura en un apartado separado (identificado bajo la letra e para diferenciarlo de los demás), sin ningún tipo de abigarramiento y sin mezclarla o confundirla con otras exclusiones heterogéneas que pudieran dificultar su lectura y visualización o comprensión del riesgo excluido. La exclusión se refiere a una determinada tasa de alcohol en sangre, superior a la admitida por las normas reguladoras del tráfico, y al alcoholismo, causas ambas claramente relacionadas y no heterogéneas.

Tampoco puede ofrecer dudas, finalmente, el requisito de la aceptación por escrito, cuando la cláusula aparece incorporada en las condiciones particulares y están firmadas por la asegurada, constando la firma justo encima de una declaración en la que el asegurado afirma conocer y aceptar 'especialmente las exclusiones y las cláusulas limitativas de sus derechos que figuran destacadas en estas condiciones particulares'.

4.- Estimación del recurso y asunción de la instancia. Revisión judicial de la prueba pericial según las reglas de la sana crítica.

4.1. La consecuencia de lo anterior es que estimamos el recurso de casación y, al asumir la instancia, por los mismos motivos desestimamos el recurso de apelación de la demandante.

4.2. También desestimamos la impugnación de Segurcaixa respecto de la declaración de falta de efectos probatorios de la póliza de 7 de agosto de 2012, por falta de autenticidad de la firma, para acreditar por sí que la asegurada aceptó expresamente las exclusiones y limitaciones de las coberturas del seguro.

Hemos declarado reiteradamente (por todas, sentencia 578/2012, de 27 de julio) que, con carácter general, la valoración de las pruebas periciales es función soberana y exclusiva de los tribunales de instancia (sin perjuicio de la posibilidad de su revisión en sede del recurso extraordinario por infracción procesal en caso de que se conculque el art. 24.1 CE por incurrirse en error de hecho palmario, o se desconozcan o falseen las conclusiones del perito). Y la sentencia de 5 de enero de 2007 (rec. 121/2000) delimita los recíprocos ámbitos de actuación de juez y perito, sentando como pautas: a) que la función del perito es la de auxiliar al juez, sin privar a éste de su facultad, dimanante de la potestad judicial de valorar el dictamen presentado; b) que, en tal función, el juzgador está sujeto al principio constitucional de proscripción de la arbitrariedad, al mandato legal de respetar las reglas de la lógica y a la obligación de motivar las sentencias.

4.3. La sentencia 460/2016, de 5 de julio, recoge una reiterada jurisprudencia en el sentido de que, como no existen reglas legales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, ni las reglas de la sana crítica están catalogadas o predeterminadas, la conclusión que resulta es, en principio, la imposibilidad de someter la valoración de la prueba pericial a la verificación casacional. Excepcionalmente, cabrá la revisión cuando en los informes de los peritos o en la valoración judicial se aprecie un error patente, ostensible o notorio, cuando se extraigan conclusiones contrarias a datos fácticos evidentes, se efectúen

apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia, se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, se falseen arbitrariamente sus dictados o se aparten del propio contexto del dictamen pericial (sentencias 58/2010, de 19 febrero; 28/2013, de 30 de enero; 163/2016, de 16 de marzo; y 460/2016, de 5 de julio, entre otras).

Aunque al asumir la instancia, como tribunal en funciones de apelación, tenemos mayor margen de revisión de las apreciaciones del juez de primera instancia, en este caso el detallado examen de la prueba caligráfica practicada y las minuciosas observaciones realizadas en su sentencia, extraídas también del interrogatorio del perito en el acto del juicio, nos conducen a confirmar también la sentencia de primera instancia en este extremo por sus propios fundamentos, dadas las notorias diferencias que subraya entre las firmas indubitadas y la dubitada obrante en la reseñada póliza. Esta sala considera que los argumentos impugnativos de Segurcaixa (en esencia, que las personas alcohólicas y depresivas suelen hacer firmas distintas, que los peritos tienen una capacidad de apreciación superior a quien no lo es, que el informe del perito judicial fue taxativo) no llegan a desvirtuar la conclusión del juez de instancia, cuyos extensos argumentos, basados en un estudio pormenorizado de las circunstancias del caso, hacemos propios". (F.D. 3º) [P.G.P.]

III. DERECHO PROCESAL

Jurisprudencia: Los gravámenes generados por la sentencia de instancia solo podrán acceder al recurso de casación si previamente se intentó su reparación mediante el recurso de apelación.

STS (Sala 2ª) de 27 de enero de 2022, rec. nº 1589/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/824306f318166d5e/20220211

"(…) A su parecer, se lesionó gravemente el derecho a una defensa eficaz sin justificación alguna pues el artículo 737 LECrim no prevé ningún límite temporal al informe más allá de la necesidad de que se ajuste al contenido de las conclusiones elevadas a definitivas." (F.D. 2º)

"(…) Cuando coexisten dos escalones impugnativos -normalmente, apelación y casación-, al segundo solo podrán acceder, salvo excepciones relacionadas con el orden público procesal o gravámenes derivados de la propia sentencia de apelación, las cuestiones que hayan sido objeto de debate en la instancia previa. Tal regla constituye una derivación de la doctrina de la cuestión nueva en el ámbito de los recursos, campo donde además adquiere connotaciones más rígidas. A la segunda instancia puede llevarse todo lo tratado en el juicio de instancia de forma explícita o implícita. También cuestiones que no hubieran sido alegadas pero que han aflorado en la sentencia como consecuencia de la amplitud del conocimiento en esa instancia, marcado tan solo por los principios acusatorio, en materia penal, y de rogación o dispositivo en otros ámbitos. No en cambio aquellos temas novedosos

que fueron silenciados sin razón alguna en la instancia. De tal modo, a un recurso posterior solo podrá acceder lo delimitado por la impugnación previa. El recurso de casación penal en el régimen vigente se admite legalmente contra sentencias dictadas en apelación. En casación se ventila la corrección de la decisión del Tribunal de apelación. Ello, indirectamente, supondrá debatir sobre temas decididos primeramente en la instancia. Pero no, insistimos, sobre todos, sino solo sobre aquellos que hayan sido llevados a la apelación porque solo sobre estos puede pronunciarse el tribunal ad quem." (F.D. 3º)

"El gravamen de indefensión que ahora se denuncia no fue objeto del recurso plenamente devolutivo ante el Tribunal Superior de Justicia, sin que concurra circunstancia alguna que lo hubiera impedido. Y, desde luego, no puede aceptarse que este quede hibernado hasta que la parte decida activarlo, introduciéndolo como objeto del recurso de casación. Los gravámenes generados por la sentencia de instancia deben intentar repararse mediante el primero de los recursos devolutivos que lo permita. De no hacerse así, cabe presumir razonablemente que la parte ha renunciado a hacerlo valer. La casación no puede convertirse, por razones de oportunidad pretensional de la parte, en segunda instancia sin riego de desnaturalizar intensamente la función y la finalidad que cumple en el sistema de recursos." (F.D. 4º) [E. de L.G.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo repasa la doctrina relativa al valor de la prueba indiciaria como prueba de cargo.

STS (Sala 2ª) de 22 de diciembre de 2022, rec. nº 10279/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/684e7af77704c4c9a0a8778d75e36f0d/20230112

"(…) La categorización de esta modalidad probatoria -prueba indiciaria- es útil por cuanto permite articular protocolos de control y de suficiencia. Sin embargo, conceptualmente, no es totalmente rigurosa la diferenciación entre prueba directa e indirecta. Es más artificial de lo que se suele estimar. Hace más de cien años que un prestigioso teórico en materia probatoria se atrevía a proclamar con todo fundamento que toda prueba, en último término, es indiciaria.

De cualquier forma, resultan de extremada utilidad los parámetros, no de validez sino de suficiencia, que se han elaborado para testar la capacidad de una determinada prueba indiciaria para desmontar la presunción de inocencia.

La prueba indiciaria o indirecta no goza necesariamente de menor valor o fuerza que la prueba directa. Su admisibilidad no es fruto de la resignación como irremediable concesión a criterios defensistas para evitar intolerables impunidades. No. La doctrina sobre la prueba indiciaria no encierra una relajación de las exigencias de la presunción de inocencia. Es más: la prueba indiciaria es muchas veces fuente de certezas muy superiores a las que brindaría una pluralidad de pruebas directas unidireccionales y concordantes.

(…) la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan unos requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso tanto que el órgano judicial exponga los indicios como que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, d) este razonamiento ha de venir avalado por las reglas del criterio humano o de la experiencia común (…) 'una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes' (…).

(…) Con estos parámetros como referente deviene obvia la improcedencia de acomodarnos a una dialéctica, muy habitual en las estrategias de defensa (…), consistente en analizar aisladamente los fragmentarios elementos indiciarios discutiéndolos separadamente y uno a uno para, desde ahí, al margen de toda lógica, concluir que se ha lesionado la presunción de inocencia en cuanto se detecte algún punto débil o se concluya la insuficiencia de cada indicio autónomamente, prescindiendo de su conexión con los demás. (…)

El abordaje ha de ser global: examinar integradamente la totalidad de indicios con los que la Sala alimenta su certeza para comprobar tanto que la motivación y deducción es racional; como que, engarzados y conectados, los indicios son concluyentes en el sentido de que no admiten otra explicación plausible distinta a la afirmada en la sentencia." (F.D. 2º) [E. de L.G.]

Jurisprudencia: La competencia para la investigación de las estafas informáticas vendrá determinada por la teoría de la ubicuidad, salvo que la complejidad de los hechos aconseje la aplicación del principio de funcionalidad.

ATS (Sala 2ª) de 21 de marzo de 2023, rec. nº 20969/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/264b785b2b5a282aa0a8778d75e36f0d/20230413

"(…) esta Sala tiene declarado (…) que el delito de estafa se comete en todos los lugares en los que se han desarrollado las acciones del sujeto activo (engaño), del sujeto pasivo (desplazamiento patrimonial) y en el que se ha producido el perjuicio patrimonial (teoría de la ubicuidad que ha sustituido a la tesis de la consumación que hacía equivaler el lugar de comisión con el de consumación). Por lo demás, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 3 de febrero de 2005 corroboró ese criterio con la adopción del siguiente acuerdo: 'El delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo, en consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa'.

(…) cuando se trata de una estafa en el que la comunicación entre el autor y el perjudicado se realiza por medios telemáticos, ni el criterio de la ubicuidad ni el

criterio del domicilio del perjudicado son relevantes para determinar la competencia, los criterios verdaderamente a tener en cuenta serían el de la residencia del autor, su lugar de actuación, el lugar donde se pueden encontrar los instrumentos del delito (los dispositivos informáticos)... ya que son elementos determinantes para la investigación de los hechos delictivos. Por tanto, la eficacia de la investigación desplaza la teoría de la ubicuidad (…).

(…) Entre las situaciones que pueden aconsejar la aplicación del principio de funcionalidad, y sin que sea una enumeración cerrada, podemos mencionar las siguientes: Fraudes producidos en distintas provincias procedentes todos ellos de una misma persona, en cuyo caso es razonable atribuir la competencia al lugar del domicilio del investigado; fraudes en los que la mayor parte de los elementos típicos del delito de estafa se producen en el domicilio del investigado, fraudes en los que por su complejidad los distintos hechos determinantes de la ilicitud se producen en distintas localidades y es en el domicilio del investigado donde se encuentran las pruebas o evidencias del ilícito y estafas producidas por medios informáticos en donde resulta complejo determinar el lugar de comisión del hecho, al estar concernidos distintos lugares, incluso radicados en el extranjero". (F.D. 2º)

"(…) La simple existencia de una estafa en el que los intervinientes se comunican por aplicaciones de Internet (…) no es razón suficiente para que el fuero competencial venga determinado de forma automática por el domicilio del investigado. Se precisa una cierta complejidad en la investigación que justifique la atribución de la competencia en favor del órgano judicial que esté en mejores condiciones para su desarrollo. El criterio de la funcionalidad tiene su origen en las dificultades para determinar la competencia en estafas informáticas en las que resulta, en ocasiones, problemático determinar el lugar de comisión del ilícito y resulta complejo la obtención de pruebas y el desarrollo de la investigación por estar concernidas empresas y personas radicadas en distintos lugares, incluso en el extranjero, pero no tiene razón de ser, como excepción, cuando se investiga un fraude sencillo donde los elementos típicos están perfectamente determinados (…)." (F.D. 3º) [E. de L.G.]

Jurisprudencia: La falta de formulación de protesta ante la denegación de prueba constituye un acto de renuncia voluntaria a su derecho.

STS (Sala 2ª) de 23 de marzo de 2023, rec. nº 5166/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/388549562dd9fcc5a0a8778d75e36f0d/20230411

"(…) para que se produzca dicho resultado constitucionalmente proscrito [indefensión] no solo debe identificarse una merma tangible de derechos de interferencia y defensa como consecuencia de una decisión judicial. También es necesario que la parte haya desarrollado un comportamiento diligente, exigiendo que su derecho sea respetado.

(…) el resultado de indefensión constitucionalmente relevante, debe ser imputable de manera directa y principal a actos u omisiones de los órganos judiciales. Nexo de antijuricidad específicamente constitucional que se atenúa hasta neutralizarse cuando el resultado también se explica por la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan en la protección del derecho que se afirma lesionado (…).

De ahí que la lesión del derecho a la prueba incompatible con las exigencias del proceso justo y equitativo no se produzca por la simple decisión de inadmisión del medio propuesto o de no práctica del medio previamente admitido. La parte que se ve privada del medio de prueba que considera pertinente y necesario para fortalecer su posición de defensa debe hacer patente su desaprobación con la decisión en el momento en que se adopta, para de esta manera poder pretender su reparación en instancias superiores.

Los derechos fundamentales procesales además de procurar a su titular un estatus defensivo eficaz garantizan una cualificada protección contra su vulneración. Pero tales derechos, en su mayoría, pueden ser legítimamente limitados, su ejercicio condicionado y, también, renunciados por su titular." (F.D. 8º)

"(…) Esta dimensión renunciable de los derechos fundamentales procesales resulta decisiva para valorar si una decisión judicial por la que se limita un derecho procesal ha causado indefensión constitucionalmente relevante.

(…) De tal modo, la renuncia voluntaria e inequívoca al derecho a la prueba, producida en condiciones defensivas adecuadas, neutraliza todo efecto indefensión y priva a la parte de la oportunidad de pretender la reparación mediante el correspondiente recurso devolutivo.

De ahí, la específica previsión contenida en el artículo 790.3º LECrim sobre la necesidad de formular protesta ante la denegación de prueba como precondición para denunciar vulneración del derecho a la prueba mediante los correspondientes recursos (…).

(…) Aceptada por la parte la denegación del medio de prueba, no se recupera el componente reaccional del derecho a la prueba cuando a las resultas del juicio de instancia, en una valoración 'ex post', se considera que hubiera sido más conveniente oponerse, protestando, a la decisión limitativa." (F.D. 9º) [E. de L.G.]

IV. DERECHO PENAL

1. PARTE GENERAL

Jurisprudencia: Compatibilidad eximentes de legítima defensa y miedo insuperable.

STS (Sala 2ª) de 16 de noviembre de 2022, rec. nº 328/2021

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ec48531b771e29dba0a8778d75e36f0d/20221125

"(…) esta Sala ha admitido excepcionalmente la convergencia entre legítima defensa y miedo insuperable. Pero no la compatibilidad. Se trata de supuestos de hechos en los que la apreciación de la legítima defensa es siempre de carácter incompleto (STS 645/2014, de 6-10).

En efecto, decíamos en la STS 907/2008, 18 de diciembre que la jurisprudencia ha relacionado en ocasiones la eximente de miedo insuperable con la legítima defensa, cuya compatibilidad dogmática ha reconocido, llegando a apreciar el miedo insuperable inserto en la defensa para cubrir la existencia de un exceso intensivo por parte de quien se defiende (cfr. STS 332/2000, 24 de febrero, que incorpora un detenido estudio de la evolución jurisprudencial sobre el tratamiento del miedo insuperable) El miedo puede operar según los casos como un elemento que dificulta una correcta valoración de la necesidad de la defensa por parte de quien se defiende (cfr. STS 322/2005, 11 de marzo).

Ha de quedar claro, en cualquier caso, que la eximente completa de legítima defensa debe interrumpir el análisis secuencial del delito. Excluida la antijuridicidad, huelga plantearse si la acción fue culpable.

Sea como fuere, la concurrencia del miedo insuperable de forma independiente debe ser excluida. Es cierto que podría aceptarse que el acusado se vio sometido a una situación de temor al ver a ese grupo de personas que se aproximaba a su caravana en actitud agresiva, con intenciones previsiblemente delictivas -lo que ha dado lugar a la eximente incompleta de legítima defensa-, pero el acusado pudo y, por tanto, debió, antes de disparar con dos armas distintas al referido grupo, aprovechar la seguridad y probable superioridad que le daba estar dentro de la caravana provisto de la escopeta y la pistola, recabar auxilio de agentes de la autoridad, advertir a aquellas personas que se acercaban de la tenencia de aquellas armas e incluso con disparos al aire, y demorarlos disparos al grupo hasta cerciorarse de que el peligro ya era real e inminente y con entidad suficiente para merecer semejante respuesta." (FD 1). [A.C.T.]

Jurisprudencia: Alevosía sorpresiva y enfrentamiento previo

STS (Sala 2ª) de 22 de noviembre de 2022, rec. nº 10181/2022

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ca8622ab79af8271a0a8778d75e36f0d/20221212

"(…) Tratándose de la alevosía sorpresiva, que es la que se declara concurrente en el presente supuesto y cuestiona el recurso, lo que determina la viabilidad exitosa del proyecto criminal sin riesgo personal para el agresor, es precisamente la agresión a una víctima que no contempla ser objeto de acometimiento. Difícilmente la

víctima podrá eludir el ataque o rechazar en defensa activa la agresión, si no es consciente del ataque que le acecha.

En todo caso, nuestra jurisprudencia ha expresado que el carácter sorpresivo no debe ser contemplado en términos genéricos y meramente teóricos, sino desde las circunstancias que rodean la ejecución de la acción homicida en cada supuesto concreto. Cuando las circunstancias fácticas concurrentes en el escenario de los hechos excluyen el factor sorpresa, no podrá calificarse el hecho como alevoso pues, en tal caso, la acción no podrá apreciarse de naturaleza imprevisible. De contrario, tampoco puede concluirse que siempre que acontezca un enfrentamiento previo e inmediato entre los contendientes, exista un contexto que alerte sobre la inminencia de un ataque mortífero y advierta a los involucrados de la necesidad de una actuación reactiva. En nuestra STS 1214/2003, de 24 de septiembre, manifestábamos que aparece la alevosía cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en función de las concretas circunstancias del hecho. Esto es, existirá alevosía sorpresiva cuando, pese a existir un enfrentamiento previo entre los implicados en los hechos, se produzca un cambio en la potencia agresiva del sujeto activo que resulte letal e inusitada para la víctima (en el mismo sentido las SSTS 965/2008, de 26 de diciembre; 1172/2011, de10 de noviembre; o 1385/2011, de 22 de diciembre).

(…)

Lo expuesto justifica la validación del pronunciamiento de condena por parte de la sentencia de apelación impugnada.

Con independencia de que existiera un contexto de rivalidad entre los acusados y su víctima, que propiciara incluso que Florencio fuera pendencieramente al encuentro de aquellos, la prueba practicada no refleja ningún tipo de enfrentamiento físico con anterioridad. En ese contexto de meras -pero graves- desavenencias, el Tribunal del Jurado asienta la alevosía en el desarrollo de un ataque sorpresivo y considera que el apuñalamiento, aun cuando aconteciera en el curso de una pugna bravata entre los implicados como los recursos suscitan, resultó de una embestida plenamente imprevisible en el momento en el que se desplegó. (…)" (FD 1). [A.C.T.]

1. PARTE ESPECIAL

Jurisprudencia: concepto normativo de escalamiento en el delito de robo

STS (Sala 2ª) de 16 de noviembre de 2022, rec. nº 643/2021

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9427099e1c6d387ca0a8778d75e36f0d/20221125

"(…) esta Sala Segunda, ya de manera pacífica desde el año 2000, frente a la doctrina jurisprudencial tradicional que estimaba escalamiento a la llegada a las cosas por vía insólita o desacostumbrada, distinta del acceso natural, acoge una nueva doctrina (…)para adicionalmente exigir una destreza o fuerza de cierta importancia, equiparable a la superación violenta de obstáculos normalmente predispuestos para la defensa de la propiedad.

En idéntico sentido, la STS 07/02/2001, explica que se limita el escalamiento de entrada a aquellos supuestos, más acordes con los principios de legalidad y proporcionalidad, en los que la entrada por lugar no destinado al efecto haya exigido "una destreza o un esfuerzo de cierta importancia, destreza o esfuerzo presentes en la noción estricta de escalamiento (trepar o ascender a un lugar determinado), que es el punto de referencia legal del que dispone el intérprete.

Postulado pacíficamente mantenido hasta la actualidad como muestra la sentencia 595/2016, de 6 de julio:

'La consideración que da la sentencia del acceso y huida de la vivienda por la citada vía es acorde con la actual doctrina jurisprudencial que, en cierta manera, ha abandonado la interpretación extensiva del concepto de escalamiento como acceso por vía insólita o desacostumbrada, interpretación que se encontraba enraizada en la definición legal histórica pero que carece del suficiente soporte legal para que pueda seguir siendo mantenida en la interpretación del vigente Código Penal. Actualmente se restringe el concepto de escalamiento a aquellos supuestos, más acordes con los principios de legalidad y proporcionalidad, en los que la entrada o la salida por lugar no destinado al efecto haya exigido 'una destreza o un esfuerzo de cierta importancia, destreza o esfuerzo presentes en la noción estricta de escalamiento' (trepar o ascender a un lugar determinado), que es el punto de referencia legal del que dispone el intérprete'. (…) (FD 1º) [A.C.T.]

Jurisprudencia: Aplicación de la cláusula "Romeo y Julieta" en delitos sexuales

STS (Sala 2ª) de 30 de noviembre de 2022, rec. nº 2811/2020

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1ebd281123daaa10a0a8778d75e36f0d/20221221

"(…) Este tipo de normas, en el Derecho Comparado, se conoce como 'cláusulas Romeo Y Julieta'. En la tragedia de Shakespeare, Julieta Capuleto no había cumplido aún los 14 años. Y, así, lo que pretenden estas disposiciones es evitar que la ley, al establecer límites de edad, conlleve interpretaciones estrictas, que impidan contactos de naturaleza sexual consentidas entre personas jóvenes, semejantes en edad y madurez. Es decir, con conceptos acumulativos. Pero ello no se aplica cuando esa "semejanza" no concurre y en estos casos no puede aplicarse la exención, que es lo que en este motivo propugna el recurrente, aunque sí la atenuación analógica muy cualificada que ha admitido el TSJ en su sentencia de apelación.

(…)

'1.- Las circunstancias que han de concurrir para que el consentimiento libre del menor de dieciséis años sea eficaz para excluir la responsabilidad penal del autor, es que éste sea persona próxima a él por edad y grado de desarrollo o madurez, parámetros abiertos, que dejan un amplio margen de apreciación para el que, atender a las circunstancias de cada caso, es determinante.

2.- La Circular de la Fiscalía 1/2017, en el apartado que dedica al grado de desarrollo o madurez, dice lo siguiente: 'Como se ha expuesto, nuestra legislación ha optado por un criterio mixto que comporta tanto el análisis de la franja de edad (criterio cronológico) como el análisis de las características individuales de desarrollo y madurez (criterio biopsicosocial). Así, constituirán factores diferenciales, tanto la acusada diferencia de edad (particularmente cuando se trata de adultos jóvenes) como los concretos factores singulares que concurran entre autor y víctima'.

3.- Y en la STS 1001/2016, de 18 de enero de 2017, se puede leer lo siguiente: '[...], aunque el nuevo artículo no establece mínimo alguno en orden a la prestación de un consentimiento libre. Sin embargo, sí se fijan dos premisas o circunstancias que deben concurrir conjuntamente como son la proximidad de la edad entre ambos sujetos y de su grado de desarrollo o madurez, calidad de próximo aplicable a ambos criterios'.

4.- Se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo, pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso'.

Pues bien, cierto y verdad que nos encontramos con un precepto que permite la exención cuando se den circunstancias concretas, y, -no lo olvidemos- concurrente en torno a próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica." (FD 5º) [A.C.T.]

V. DERECHO DE TRABAJO

Jurisprudencia: En una condena a la readmisión y al abono de los salarios de tramitación a favor de un trabajador fijo discontinuo hay que descontar los días en los que no debería de haberse prestado servicios dada la naturaleza del contrato.

STS (Sala 4ª) de 21 de febrero de 2023, rec. nº 4476/2029

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/21c18fbd772196eaa0a8778d75e36f0d/20230317

"La cuestión a decidir en el presente recurso de casación unificadora consiste en

determinar si, en un proceso de despido con una condena a la readmisión y al abono de los salarios de tramitación a favor de un trabajador fijo discontinuo -salarios que no establecidos concretamente en la sentencia- estos deben ser establecidos en trámite de ejecución de sentencia y comprender todos los días desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia o, por el contrario, de tales días hay que descontar los que no deberían haberse prestado servicios dada la naturaleza fija discontinua del contrato". (FD 1º).

"Y para ello no es exigible que, en este caso, en la instancia y en la fase declarativa se haya tenido que alegar por la parte demandada los periodos que no son de actividad cuando, claramente y en esa valoración global y unitaria a la que ha de atender el alcance del fallo, no se había cuestionado que los de actividad se concentraban en las mismas fechas, coincidentes con el curso escolar y, por ello, precisamente, se catalogó expresamente en suplicación la relación como fija discontinua. Como tampoco podía entenderse que la parte actora estuviera reclamando los salarios de tramitación en periodo de no actividad ya que nada de eso se interesaba en demanda, sino que, en todas las que presentó, solicitaba que se condenase a 'los dejados de percibir' desde una determinada fecha, lo que implica que no estaba reclamando periodo correspondiente a tiempo de inactividad, máxime cuando en su demanda partía de la existencia de una relación fija discontinua. Esto es, si el título ejecutivo dispone que se abonaran salarios de tramitación desde un determinado momento ello debe entenderse vinculado a que se tratan de salarios dejados de percibir a partir de ese instante y no otros periodos que no se hubieran trabajado. Otra cosa sería si la sentencia de despido hubiera fijado expresamente la cuantía y ésta, ya cuantificada, no hubiera sido impugnada de contrario.

Tampoco era necesario que en el proceso declarativo se tuviera que haber invocado como momento de la extinción otro -falta de llamamiento al inicio del curso escolar- y no el que activó la parte actora y en suplicación se ha identificado - extinción del contrato temporal que entendía fraudulento- ya que ello resulta irrelevante a los efectos que nos ocupan. El ubicar la ruptura de la relación laboral al finalizar el curso no implica que se hayan dejado de percibir salarios en el periodo transcurrido desde ese momento hasta el comienzo del siguiente curso escolar, espacio en el que no hay actividad laboral. El ponerla fecha del despido en la falta de llamamiento solo hubiera permitido a la demandada alegar una falta de acción por inexistencia del despido, pero no significa que la sentencia, que ha declarado el despido desde una fecha anterior, comprometa y obligue a abonar salarios de tramitación cuando no existen salarios dejados de percibir que tuvieran que ser indemnizados. Por ello y, en conclusión, el titulo ejecutivo, al condenar a los salarios de trámite desde la fecha del despido, en su correspondencia con lo que pidió la demandante, debe entenderse que condena a los salarios dejados de percibir y, por ende, con exclusión de los periodos de inactividad. (FD 3º) [E.T.V].

Jurisprudencia: El TS ha declarado que la persona que conforma una familia monoparental no tiene derecho a disfrutar de una prestación por cuidado del menor de duración mayor a la genérica.

STS, Pleno, (Sala 4ª) de 2 de marzo de 2023, rec. nº 3972/2020

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e75750e14f001dbfa0a8778d75e36f0d/20230317

"La cuestión a decidir en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en determinar si en una familia monoparental, la única progenitora que disfrutó de la prestación por nacimiento y cuidado del menor tiene derecho, además, a la prestación que le hubiera correspondido al otro progenitor de haber existido". (FD 1º).

"Desestimar el recurso que examinamos y confirmar la sentencia recurrida implicaría varias consecuencias que interferirían sensiblemente en el orden normativo expuesto ya que, en primer lugar, supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales que, además, quedaría estrictamente limitada a la duplicación de la duración de la misma, sin modificar los condicionantes específicos en materia de período de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador. En segundo lugar, necesariamente, deberíamos modificar el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo que tan prolijamente establece el apartado 4 del artículo 48 ET, lo que, sin duda de clase alguna, afectaría al otro sujeto de la relación contractual que se vería obligado a soportar una duración mayor de la suspensión contractual prevista expresamente en la ley, lo que le afectaría en sus previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa ulterior, no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social.

Una intervención de tal calibre dista mucho de lo que la organización constitucional del Estado encomienda a los jueces y tribunales. Su función es la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho. La intervención en el ordenamiento jurídico que exige una pretensión como la que se sostiene en el presente procedimiento sólo le corresponde al legislador, sin que la misma pueda ser suplida a través de resoluciones judiciales que vayan más allá de sus propias funciones jurisdiccionales, entre las que no se encuentran, desde luego, la modificación del régimen prestacional de la Seguridad Social, ni la modificación de la organización de la suspensión del contrato de trabajo por causas previstas en la ley, a través de la aplicación de criterios interpretativos concretos previstos legalmente que no se circunscriben a la aplicación de la norma en supuestos fácticos que, razonablemente, no parecen claramente delimitados en el ámbito de afectación de la norma interpretada" (FD 3º).

"La expuesta y analizada normativa ni resulta contraria a la letra o al espíritu de la Constitución Española, ni se sitúa al margen de la normativa internacional, especialmente del derecho de la Unión Europea, ni resulta contraria a los acuerdos, pactos o convenios internacionales suscritos por España. Antes, bien al contrario, nuestra legislación es expresión de una voluntad normativa tendente al cumplimiento estricto y completo de los preceptos y principios constitucionales, adelantándose, incluso, a las previsiones contenidas en el Directiva de la UE 2019/1158 y resulta ser perfectamente compatible con las exigencias que derivan

del resto de la normativa internacional. La discusión sobre si el sistema resultante de protección a las familias monoparentales es o no el mejor de los posibles excede con mucho de las funciones de los órganos jurisdiccionales que sí están obligados a comprobar el respeto y la adecuación del concreto régimen jurídico cuestionado a las exigencias de las normas nacionales o internacionales que pudieran condicionar la configuración legal.

En este sentido, el reconocimiento al único progenitor de una familia monoparental de la prestación por nacimiento y cuidado de menor que le hubiera correspondido al otro progenitor en supuestos en los que ya se le ha reconocido dicha prestación propia no resulta una exigencia que derive ni de la CE, ni de ninguna norma de la UE, ni de ningún acuerdo o tratado internacional ratificado por España". (FD 4º).

"Hay que poner de relieve, asimismo, que la situación de la actora en el presente procedimiento no constituye el único modelo de familia monoparental existente; al contrario, es uno más de los múltiples supuestos que pueden dar lugar a la existencia de una familia monoparental, teniendo en cuenta, además, que algunas familias biparentales, en función del carácter contributivo de la prestación discutida, pueden encontrase de facto en igual o peor situación que la de la reclamante. Si tenemos en cuenta la definición de familia monoparental que incorpora, entre otros, el artículo 182.3 b) LGSS –'la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia'-, caben varios tipos de familia monoparental. Sin ánimo de exhaustividad, es posible reconocer que en tal definición caben no sólo la que se configura por la demandante en este caso, también las familias monoparentales derivadas de la maternidad biológica por inseminación artificial, o la derivada de una gestación subrogada; la formada por adopción efectuada por un solo progenitor, la derivada de separación o divorcio, la derivada del fallecimiento de uno de los progenitores, etc. Al respecto, los datos estadísticos proporcionados por el INE revelan que las familias monoparentales como la del supuesto que nos ocupa, son únicamente el 15,8% de las que tal instituto califica como tales.

Ello abona a que, tampoco la interpretación con perspectiva de género, tantas veces aplicada ya por esta Sala, resulte determinante para la resolución del caso, puesto que como venimos reseñando, lo que se nos pide va más allá de lo que significa 'interpretar y aplicar el derecho' y se sitúa en el ámbito de su creación. Interpretar con perspectiva de género implica añadir un canon hermenéutico para la comprensión del derecho que consiste en rechazar cualquier inteligencia de la norma que conduzca a una discriminación de la mujer, utilizando, en cambio, las que conduzcan a erradicar cualquier situación de discriminación. No es necesario ahondar en las situaciones y supuestos en los que la Sala ha aplicado ese canon de interpretación que no cabe aplicar cuando el legislador, como es el caso, es consciente de la situación que regula y de las consecuencias de la misma y establece una normativa que tiende corresponsabilizar al varón en la educación y crianza de los hijos, como la fórmula elegida para corregir y evitar una discriminación ancestral de la mujer en este terreno que resultaba urgente remediar. No estamos en un supuesto en que quepa aplicar aquella visión porque no hay discriminación, sino

ante un eventual déficit de protección concreto querido y consentido por el legislador.

En efecto, el legislador -con independencia de las especialidades en materia fiscal y tributaria que no son del caso-, en materia de protección social no ha olvidado a las familias monoparentales, ya que en el supuesto especial en el que una mujer, en caso de parto, no tenga cotización mínima suficiente, se le conceden 42 días naturales de prestación que se incrementa en 14 días adicionales en los casos de familias monoparentales (artículo 182.3.b LGSS). Añadiéndose previsiones sobre prestaciones familiares no contributivas en supuestos de este tipo de familias (artículo 351.b LGSS).

Además, a juicio de la Sala, los datos disponibles revelan que estamos ante una situación conocida por el legislador que, por razones en las que no nos corresponde entrar, ha decidido de momento no intervenir para regular la situación que aquí se plantea. Ello sin perjuicio de que pueda realizarlo en cualquier caso cuando lo considere oportuno. Lo bien cierto es que, a la fecha de la deliberación de esta resolución, consta que el parlamento no ha aprobado una proposición de ley orientada a ampliar el permiso a 32 semanas en el caso de las familias monoparentales (B.O. Congreso de los Diputados de 14 de enero de 2022) y que, en fecha recientísima, el Senado ha desestimado por abrumadora mayoría una enmienda, la n.º 93, al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, consistente en la modificación del artículo 48.4 ET en el siguiente sentido: 'en el supuesto de familias monoparentales, la persona trabajadora podrá acumular el tiempo de permiso que correspondería a la otra persona trabajadora si la hubiera'. (Diario Oficial del Senado de 8 de febrero de 2023)". (FD 5º). [E.T.V].

Jurisprudencia: Para poder acceder al recurso de suplicación la cuantía que hay que tener en cuenta es la que haya sido solicitada en el trámite de conclusiones del acto del juicio.

STS (Sala 4ª) de 7 de marzo de 2023, rec. nº 657/2022

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/73f7ea5ab2dc9338a0a8778d75e36f0d/20230323

"Como indica el art. 191.2 g), las reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 3.000 euros no tendrán acceso al recurso de suplicación. Esta regla, inicialmente carente de complejidad, precisa de otras que delimiten el concepto de 'cuantía litigiosa' ya que no siempre una pretensión podrá identificarse con una cifra o número. Es por ello por lo que el art. 192 de la LRJS va a completar aquella previsión general perfilando los criterios que deben seguirse ante determinados supuestos, para poder obtener ese concepto de 'cuantía litigiosa' que, en el límite cuantitativo impuesto, permitirá acceder al recurso de suplicación al que se refiere. La cuantía de una pretensión viene determinada por la solicitud de la demanda lo

que, a su vez, condiciona el acceso al recurso de suplicación 'sin que se contemple en nuestras normas procesales una cuantía para la demanda y otra distinta para el recurso ['summa gravaminis']. Es inasumible la sinonimia entre cantidad litigiosa y cantidad controvertida, por lo que ha estarse a una concepción amplia del término 'litigiosa', que no ha de venir asimilada a cuantía disputada o controvertida, y sí a cuantía reclamada, o sea, integrante del 'petitum' de la demanda y como tal constitutiva -junto a otros pedimentos- del objeto de la litis'.

Y en cuanto al momento procesal para su fijación, aquella doctrina precisa que la solicitud no se concreta en la cifra especificada en la demanda, sino que se refiere a la que finalmente sea objeto de reclamación en el trámite de alegaciones o conclusiones (SSTS 25/06/02 -rcud 3218/01-; y 15/06/04 -rcud 3049/03-), siendo así que la pretensión laboral se formula en tres momentos diferentes del proceso [demanda; trámite de alegaciones; y conclusiones] y que es precisamente en el último de ellos -conclusiones- en el que de manera definitiva se materializa definitivamente la acción; por ello es éste el trámite procesal en el que de manera irrevocable se concreta la cuantía litigiosa, a los efectos -entre otros- de determinar la procedencia del recurso de Suplicación. [STS de 25 de septiembre de 2018, rcud 3666/2016]

Por último, citaremos la STS 903/2022, Social sección 1 del 11 de noviembre (ROJ: STS 4298/2022 -ECLI:ES:TS:2022:4298) rcud 3666/2021, en el pasaje que refiere que no puede computarse, a los efectos indicados, los intereses ni los recargos por mora." (FD 2º). [E.T.V].

Jurisprudencia: Se declara que el servicio de cafetería y comedor de los centros municipales de mayores entra dentro del concepto de 'propia actividad' y, por ende, el Ayuntamiento también responde solidariamente.

STS (Sala 4ª) de 9 de marzo de 2023, rec. nº 1518/2020

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f1aa0d852815cde0a0a8778d75e36f0d/20230323

"La controversia litigiosa radica en determinar si constituye 'propia actividad' a los efectos de la responsabilidad solidaria regulada por el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), el servicio de cafetería y comedor de los centros municipales de mayores del Ayuntamiento de Madrid" (FD 1º).

"El art. 4.1.e) y f) del Reglamento de Régimen Interior de los Centros Municipales de Mayores aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid el 25 de febrero de 2011 (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 18 de marzo de 2011) establece:

'Art. 4.1. Los Centros Municipales de Mayores contarán, al menos y cuando el

espacio lo permita, con los siguientes servicios y espacios básicos: e) Cafetería. f) Comedor.'

El apartado 4º.2.2.b) del Acuerdo de 29 de octubre de 2015 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 10 de noviembre de 2015) incluye como competencia específica de los Concejales Presidentes de los Distritos:

'Gestionar los centros para mayores, comedores y demás equipamientos de servicios sociales municipales ubicados en el Distrito, de conformidad con las disposiciones y directrices del Área de Gobierno de Equidad, Derechos Sociales y Empleo.'

La sentencia del TS de 29 de octubre de 1998, recurso 1213/1998, argumentó que el concepto jurídico indeterminado 'propia actividad' puede explicarse conforme a dos teorías:

1) La teoría del ciclo productivo, que incluye 'las operaciones o labores que son inherentes a la producción de los bienes o servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado'

2) La teoría de las actividades indispensables, más amplia que aquélla, que abarca 'todas las labores, específicas o inespecíficas, que una determinada organización productiva debe desarrollar para desempeñar adecuadamente sus funciones'.

La doctrina jurisprudencial se inclinó por la primera, excluyendo 'las actividades complementarias inespecíficas, como la vigilancia de edificios o centros de trabajo'. La razón es que 'las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata". (FD 3º).

"La aplicación de la citada doctrina jurisprudencial al supuesto enjuiciado obliga a concluir que el servicio de cafetería y comedor de los centros municipales de mayores no es una actividad complementaria inespecífica de la corporación local, como pueden serlo la limpieza o la vigilancia del centro. El Ayuntamiento de Madrid ha asumido la competencia relativa a los centros municipales de mayores que, si el espacio lo permite, deben incluir cafetería y comedor [art. 4.1.e) y f) del Reglamento de Régimen Interior de los Centros Municipales de Mayores]. No es una actividad meramente auxiliar de esa Administración pública, sino que se trata de servicios complementarios pero inherentes y necesarios para que el ayuntamiento pueda prestar a las personas mayores el servicio público que tiene encomendado. Es una labor que la corporación municipal debe desarrollar para desempeñar adecuadamente las competencias que ha asumido, sin que tenga la naturaleza de mera actividad complementaria inespecífica, por lo que debe concluirse que constituye propia actividad de la empresa principal". (FD 4º).

[E.T.V].

Jurisprudencia: El TS ha resuelto que no es válida la fijación del periodo de prueba según lo dispuesto en el convenio colectivo cuando este se limita a fijar la duración máxima.

STS (Sala 4ª) de 12 de abril de 2023, rec. nº 1269/2022

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7a688b3bc886fdd3a0a8778d75e36f0d/20230428

"El debate casacional consiste en determinar si es válido el periodo de prueba que se ha pactado en el contrato de trabajo haciendo constar: 'Se establece un periodo de prueba de S/C'. El convenio colectivo fija la duración máxima del periodo de prueba". (FD 1º).

"La mentada sentencia del TS 1246/2021, de 9 diciembre (rcud 3340/2019), niega eficacia al periodo de prueba con los argumentos siguientes:

a) El art. 14.1 del ET impone un requisito formal: el periodo de prueba debe concertarse por escrito.

b) Deberá consignarse su duración porque el periodo de prueba tiene unos límites de duración que han de respetarse y que son los establecidos en los convenios colectivos y, en su defecto, en el propio artículo 14 del ET.

c) El trabajador tiene derecho a la fijación por escrito de la duración exacta del periodo de prueba. La razón es que, durante el mismo, cualquiera de los contratantes está facultado para desistir del contrato, sin derecho a indemnización alguna, consecuencia particularmente grave para el trabajador.

d) La remisión contractual al periodo de prueba previsto en el convenio colectivo no cumple esas exigencias porque ni la norma colectiva ni el art. 14 del ET establecen una duración concreta del periodo de prueba, sino que lo que establecen es la duración máxima del periodo de prueba.

e) Ello crea una grave inseguridad para el trabajador porque desconoce en qué momento, dentro de la horquilla de seis meses que fijan dichos preceptos, ha finalizado el periodo de prueba. No hay razón alguna para entender que la duración pactada sea de seis meses, ya que se ha hecho una remisión genérica a las citadas normas, pero sin establecer que la duración a la que la remisión se refería era la duración máxima.

Se establece una salvedad: 'Cuestión distinta sería si el Convenio Colectivo fijará una duración concreta al periodo de prueba, -no una duración máxima- en cuyo caso si sería válido el periodo de prueba pactado remitiendo al fijado en Convenio Colectivo'. (FD 3º).

La aplicación de la citada doctrina a la presente litis, por unos elementales principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley y ante la inexistencia de razones para llegar a la conclusión contraria, obliga a negar validez al periodo de

prueba.

El presente contrato de trabajo establece el periodo de prueba según convenio. Y el convenio colectivo estatuye varios periodos de prueba con duraciones máximas que varían entre 15 días y 6 meses en función de la categoría profesional del trabajador. La norma colectiva no fija unas duraciones concretas de cada uno de los periodos de prueba.

Se ha vulnerado el derecho de la trabajadora a la fijación por escrito de la duración exacta del periodo de prueba, lo que le creó una grave inseguridad jurídica en relación con el alcance de una cláusula contractual que permitía la extinción ad nutum (a voluntad) del contrato de trabajo, sin indemnización alguna. Por ello, al carecer de validez el periodo de prueba, la extinción del contrato de trabajo constituye un despido improcedente". (FD 4º) [E.T.V].

Jurisprudencia: El TS declara la notificación defectuosa de la citación a juicio de la empresa demanda (en este caso: se remitió por correo certificado con acuse de recibo, pero falta la relación del receptor con el destinatario y dicha comunicación judicial se envió a una localidad distinta de la consignada en la demanda).

STS (Sala 4ª) de 17 de abril de 2023, rec. nº 4481/2021

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4c67a6e4d3c1ee6ba0a8778d75e36f0d/20230502

"La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si la citación a juicio de la parte demandada cumplía los requisitos exigidos para tenerla por incomparecida y celebrar dicho acto en su ausencia.

(…) Según se obtiene de las actuaciones, y en lo que ahora interesa al debate traído al recurso de casación para la unificación de doctrina, la citación para el acto de juicio de la empresa demandada se realizó, primero en uno de los dos facilitados por la parte actora y consignados en su demanda, en la localidad de Sevilla, AVENIDA000, lo que, el 16 de julio de 2018, resultó infructuosa por desconocido (folio 20 de las actuaciones en instancia). Tras ello, por diligencia de ordenación de 4 de septiembre de 2018 (folio 21 de las actuaciones en instancia), se acordó remitir una nueva citación al segundo domicilio indicado por la parte actora, en Madrid, si bien el destino al que se dirigió por el Juzgado la citación lo fue a la misma calle, pero de la localidad de Sevilla. Esta segunda citación fue entregada y recepcionada por una persona que se encontraba en esa dirección y localidad. El documento en cuestión figura al folio 22 de las actuaciones en instancia, en el que figura que el 17 de septiembre de 2018 se ha entregado a Eulogio, con núm. DNI identificado, la citación a juicio para el día 3 de abril de 2019.

El Juzgado de lo Social tuvo por incomparecida a la parte demanda y dictó sentencia declarando el despido improcedente". (FD 1º).

"El art. 56 de la LRJS, en relación con las comunicaciones fuera de la oficina judicial, que deberán realizarse por correo certificado con acuse de recibo, dando fe el secretario en los autos del contenido del sobre remitido, y uniéndose a ellos el acuse de recibo, indica en su apartado 3 que 'En el documento de acuse de recibo se hará constar la fecha de la entrega, y será firmado por el empleado de Correos y el receptor. En el caso de que éste no fuera el interesado se consignará su nombre, documento de identificación, domicilio y su relación con el destinatario'. La cuestión suscitada en el recurso ya ha tenido respuesta de esta Sala en la sentencia de contraste y las que en ella se citan. Y como indica nuestra doctrina, con amparo en el art. 24.1 de la CE y la doctrina constitucional, para que el derecho de defensa sea efectivo es necesario que la parte tenga conocimiento de la existencia del litigio y los vicisitudes procesales que lo acompañan, razón por la cual, los sistemas de comunicación del órgano judicial con las partes debe someterse a las reglas que a tal efecto se disponen en las normas procesales para evitar que se provoque indefensión a los intervinientes en el proceso judicial. Y en esa línea, se ha dicho por esta Sala que 'Siendo incuestionable la plena licitud y constitucionalidad de las citaciones y demás actos de comunicación procesal efectuados mediante correo certificado, resulta, también, obvio que para la validez y eficacia de esta clase de actos es de todo punto necesario que quede en los autos constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma; circunstancias esenciales que, en virtud de lo dispuesto por el legislador, son -según establece literalmente el artículo 56.3 LRJS- las circunstancias personales de quien recibió la notificación -nombre, documento de identificación y domicilio- así como su relación con el destinatario interesado. Estas exigencias son comunes, sea cual sea el destinatario y su forma jurídica, y no pueden ser obviadas, so pena de que se incumpla la norma y se pongan en peligro los derechos de defensa del destinatario'.

Pues bien, la aplicación de los mandatos legales y doctrina de esta Sala lleva a entender que la sentencia recurrida se ha apartado de ellos en tanto que, constatado que la citación de la empresa demanda, para su asistencia al acto de juicio, no se realizó dando exacto cumplimiento a las exigencias legales que permiten dar por citada en forma a la parte, ya que no se consignó en el acuse de recibo de la entidad postal la relación que podía tener la persona que recepcionó la comunicación, no pudo tenerse por citada en forma a la parte demandada, siendo totalmente rechazable que la falta de esa dato se valore como irrelevante y menos que se presuma que la persona que la recibió tendría alguna relación con el destinatario.

Es más, y como ya hemos referido, en el caso presente resulta que la remisión de la citación se realizó a una localidad que no era la que, respecto del domicilio que se consignaba, se indicaba en la demanda, ya que, en lugar de remitirla a la CALLE000 de Madrid, lo fue a la CALLE000 de Sevilla, lo que permitía ver con mayor claridad que la citación no fue realizada por el órgano judicial conforme a derecho". (FD2º).[E.T.V].

Jurisprudencia: Se declara que no es accidente laboral en el caso de una persona trabajadora que sufre una caída en la ducha del hotel cuando está 'en misión' (y no hay ningún otro elemento que

pueda conectar este hecho con el trabajo)

STS (Sala 4ª) de 18 de abril de 2023, rec. nº 3119/2020

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/012b2ceb1daab07fa0a8778d75e36f0d/20230504

"La trabajadora acudió, siguiendo instrucciones empresariales, a Tarragona para intervenir en un seminario formativo. Estando en el hotel resbala y se cae en la ducha (hacia las siete de la mañana), cuando se preparaba para asistir a dicho seminario. Fue dada de baja médica por accidente de trabajo, situación de IT que se prolongó desde el 8 al 22 de junio de 2018". (FD 1º).

La noción de accidente en misión ha sido aceptada por la doctrina de esta Sala como una modalidad específica de accidente de trabajo, en la que se produce un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa. Se trata de una creación jurisprudencial como una modalidad específica de accidente de trabajo, en la que partiéndose de que se producía un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa, a través de dicha figura se ampliaba la presunción de laboralidad a todo el tiempo en que el trabajador desplazado, en consideración a la prestación de sus servicios, aparecía sometido a las decisiones de la empresa (incluso sobre su alojamiento, medios de transporte, etc.), de tal modo que el deber de seguridad, que es una de las causas de la responsabilidad empresarial, abarcaba todo el desarrollo del desplazamiento y de la concreta prestación de los servicios, destacándose que el 'lugar de trabajo" a estos efectos es todo "lugar en que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar de trabajo habitual".

La STS 6 marzo 2007 (rcud. 3415/2005), con cita de diversos precedentes, hace el siguiente resumen: A) La misión integra dos elementos conectados ambos con la prestación de servicios del trabajador: 1º) el desplazamiento para cumplir la misión y 2º) la realización del trabajo en que consiste la misión. B) La protección del desplazamiento presenta cierta similitud con la del accidente 'in itinere', en la medida en que el desplazamiento se protege en cuanto que puede ser determinante de la lesión, como en el caso de la insuficiencia cardíaca por una crisis de asma durante un vuelo en avión que impidió que el trabajador fuese debidamente atendido, con lo que sin el desplazamiento el resultado lesivo no se hubiese producido.

C) En cuanto al accidente que se produce en la realización del trabajo que constituye el objeto de la misión, su régimen es el normal del artículo 115.1 de la Ley General de la Seguridad Social (art. 156 LGSS/2015). Pero no todo lo que sucede durante la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo, cuando ni es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral.

D) Así se excluyó de la consideración de accidente de trabajo el fallecimiento de un trabajador en misión en Nigeria; fallecimiento que se produjo un domingo, día de descanso, por asfixia por inmersión, al bañarse en la playa de Badagry. Otras

sentencias niegan también la consideración de accidente de trabajo el fallecimiento por infarto de miocardio de trabajadores en misión cuando los infartos se produjeron cuando descansaban en el hotel y sin que constase ninguna circunstancia que pudiese evidenciar una relación entre el trabajo realizado y la lesión cardiaca padecida.

E) La solución es diferente en algunas sentencias en atención a las especiales circunstancias de los casos decididos: en una -también un infarto en el hotel padecido por un directivo que participa en una reunión profesional- porque el propio infarto se vincula no a la misión, sino una situación laboral de 'gran stress', y en otra porque la lesión se produce en el propio vehículo que conducía el trabajador, aunque mientras descansaba, conduciendo otro compañero.

F) De acuerdo con esta doctrina, no puede considerarse correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en el tiempo y el lugar del trabajo, aunque se trate de periodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal o privado.

(…) 5. Recapitulación.

A) Las sentencias que han apreciado la laboralidad de la contingencia con fundamento en la 'ocasionalidad relevante' parten de la concurrencia de circunstancias de hecho que comportan un especial riesgo, sin el cual no habría podido producirse el accidente. Al estar 'en misión' el trabajador se halla inmerso en ese escenario o entorno que propicia su lesión. Es el caso del cocinero de buque que regresa al mismo (STS 24 febrero 2014, rcud. 145/2013).

B) Para que lo que normalmente no sería un accidente laboral se convierta en uno de tal índole es necesario que concurra un dato o indicio que permita entenderlo. La aportación de ese dato corresponde a quien sostiene su laboralidad, como hemos puesto de relieve en el caso del derrame cerebral durante un desplazamiento inusual (STS 16 septiembre 2013, rcud. 2965/2012).

C) Hace ya tiempo que quedó abandonada la tesis conforme a la cual todo el desarrollo de la misión está cubierto por la presunción de laboralidad (art. 156.3 LGSS), como expone la STS (Pleno) 6 marzo 2007 (rcud. 3415/2005), respecto de fallecimiento mientras se descansa en el hotel. En supuesto similar al recién citado hemos puesto de relieve que aquí opera un juicio de probabilidad y, por tanto, la presunción del artículo 156.3 LGSS no es aplicable a sucesos que acaecen en el ámbito normalmente privado (STS 8 octubre 2009, rcud. 1871/2008).

D) Al no operar la presunción de laboralidad (art. 156.3 LGSS), ni encontrarnos ante un accidente in itinere (art. 156.2.a LGSS), la laboralidad requiere que conste una conexión entre trabajo realizado y dolencia, o que conste que éste tiene en aquél su origen (STS 104/2017 de 7 febrero, rcud. 536/2015)". (FD 3º).

"El recordatorio que acabamos de realizar respecto de los aspectos que hemos considerado tipificadores de la laboralidad del accidente permite apreciar que no concurre esa cualidad en el presente supuesto. Razones de seguridad jurídica e

igualdad en la aplicación del Derecho nos llevan a replicar ahora la solución a que llegamos en nuestras citadas sentencias, de conformidad con el criterio del Ministerio Fiscal.

La trabajadora se hallaba, enviada por su empresa, a una ciudad distinta de la que habitualmente constituye el lugar de prestación de servicios. La caída mientras toma una ducha en el hotel contratado por la empresa a efectos logísticos podría considerarse acaecida con 'ocasionalidad relevante' si hubiera mediado alguna circunstancia fáctica que así lo indicara.

Lo cierto es que no se ha aportado al procedimiento dato alguno que pudiera desencadenar la aplicación de nuestra referida doctrina. No hay indicación alguna sobre anomalía en las instalaciones hoteleras (suelo deslizante, ausencia de iluminación adecuada, etc.). Tampoco aparecen datos fácticos relacionados con la misión de la trabajadora que pudieran indicar que estaba afectada por alguna circunstancia (cambio sobrevenido de horarios, escaso tiempo disponible para el descanso, etc.) que pudiera explicar su apresuramiento en las operaciones de aseo, o cualquier otro aspecto psicofísico (relacionado con la misión) que influyera en la caída.

Para que lo que normalmente no sería un accidente laboral se convierta en uno de tal índole es necesario que concurra un dato o indicio que permita entenderlo. La aportación de ese dato corresponde a quien sostiene su laboralidad, sin que los hechos probados o el debate casacional hayan puesto de relieve circunstancia alguna en tal sentido.

Al no operar la presunción de laboralidad (art. 156.3 LGSS), ni encontrarnos ante un accidente in itinere (art. 156.2.a LGSS) la laboralidad requiere que conste una conexión entre trabajo realizado y dolencia, o que conste que éste tiene en aquél su origen. La lesión sufrida durante un proceso de aseo personal e íntimo, fuera del tiempo de trabajo, sin mayores conexiones de laboralidad que las expuestas queda al margen de las contingencias que la LGSS identifica como "accidente de trabajo", sin perjuicio, claro está, de que opere la acción protectora del Sistema de Seguridad Social propia de las contingencias comunes (art. 158 LGSS)". (FD 4º) [E.T.V].

Jurisprudencia: No es tiempo efectivo de trabajo la guardia telefónica localizada cuando la asistencia al puesto de trabajo se reduce a casos puntuales y no se establece un tiempo mínimo para personarse en el mismo.

STS (Sala 4ª) de 18 de abril de 2023, rec. nº 185/2021

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5344e3d487ad1089a0a8778d75e36f0d/20230428

"Los criterios doctrinales reiterados por el TJUE en posteriores sentencias los exponemos a continuación:

-El periodo de guardia en régimen de disponibilidad no presencial sólo deberá ser considerado tiempo de trabajo si 'las limitaciones impuestas (al) trabajador durante ese período son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en ese mismo período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicarlo a sus propios intereses' (STJUE 9 de marzo de 2021, C-344/19, y STJUE 9 de marzo de 2021, C-580/19).

-Por su parte y examinando determinadas pausas durante el trabajo diario, la STJUE 19 de septiembre de 2021 (C-107/19) concluye que la clave para determinar si deben considerarse tiempo de trabajo está en si 'esas pausas son tales que afectan objetivamente y de manera considerable a la capacidad (del trabajador) para administrar libremente el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses'.

-La STJUE de 11 noviembre 2021 (C-214/20) insiste en que lo determinante para la calificación de tiempo de trabajo está en si durante el periodo controvertido el trabajador 'sigue pudiendo administrar libremente el tiempo en que no presta servicios'. Haremos también referencia a la STJUE 7 de julio de 2022 (C-377/21) que reitera la declaración del Tribunal de Justicia relativa a que una situación en la que el trabajador está obligado a permanecer en su domicilio durante el período de guardia, de estar a disposición del empresario y de presentarse en su lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos, debe considerarse comprendida en el concepto de "tiempo de trabajo", en el sentido del art. 2 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO 2003, L 299, p. 9), pero que no acaece lo mismo cuando un trabajador efectúa una guardia según el sistema de guardia localizada, que implica que esté accesible permanentemente sin no obstante deber estar presente en el lugar de trabajo (sentencia de 21 de febrero de 2018, Matzak, C-518/15, ya citada, apartados 60 y 65).

Y, por último, la STJUE de 11 de noviembre de 2021 (asunto C-214/20) ya citada compendia la doctrina del Tribunal partiendo para ello del objeto mismo de la Directiva 2003/88: establecer disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores mediante una armonización de las normas nacionales relativas, en concreto, a la duración del tiempo de trabajo. Considera que estas disposiciones constituyen normas del Derecho social de la Unión de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador y 'en particular, al establecer el derecho de todo trabajador a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a períodos de descanso diario y semanal, dicha Directiva precisa el derecho fundamental expresamente consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y debe, por consiguiente, interpretarse a la luz de dicho artículo. Por ello, en particular, las disposiciones de esa Directiva no pueden ser objeto de una interpretación restrictiva en perjuicio de los derechos que la Directiva concede al trabajador [sentencia de 9 de marzo de 2021, Stadt Offenbach am Main (Período de disponibilidad no presencial de un bombero), C-580/19, EU:C:2021:183,

apartados 26 a 28 y jurisprudencia citada]'.

En su parágrafo 38 alude a la calificación de los períodos de guardia y el concepto de 'tiempo de trabajo', que, en el sentido de la Directiva 2003/88, 'incluye todos los períodos de guardia, incluidos aquellos que se cubren en régimen de disponibilidad no presencial, durante los cuales las limitaciones impuestas al trabajador son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su facultad para administrar libremente, en esos períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses [sentencia de 9 de marzo de 2021, Stadt Offenbach am Main (Período de disponibilidad no presencial de un bombero), C-580/19, EU:C:2021:183, apartado 38]'.

Precisa seguidamente (parágrafo 39) que cuando las limitaciones impuestas al trabajador durante un determinado período de guardia no alcanzan tal grado de intensidad y le permiten administrar su tiempo y dedicarse a sus propios intereses sin grandes limitaciones, solo constituirá tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectivamente realizada, en su caso, durante tal lapso '[sentencia de 9 de marzo de 2021, Stadt Offenbach am Main (Período de disponibilidad no presencial de un bombero), C-580/19, EU:C:2021:183, apartado 39 y jurisprudencia citada].'

(…) La doctrina ampliamente referenciada con anterioridad permite otorgar respuesta al conflicto colectivo que ahora se suscita, valorando al efecto las limitaciones que provoca el régimen de guardias localizadas obligatorias para los supervisores, fuera de su jornada laboral, y que acaecen aproximadamente cada mes y medio. La mecánica que debe observarse revela que se trata de un servicio de guardias localizadas telefónicamente, en domingo y festivos de apertura comercial, en horario de 8:00 horas -cuando abre la primera tienda- a 23:00 horas -cuando cierra la última tienda-; durante ese lapso los trabajadores no pueden apagar el teléfono y tienen que coger la llamada. De manera puntual deberán acudir, cuando la tienda tiene algún problema porque no ha podido abrir o falta personal o hay problemas de mantenimiento, o ha existido un robo nocturno o un atraco, para atender al personal, o se ha producido una inundación. Resulta destacable que no se establece por la empresa el tiempo mínimo para presentarse en el centro.

La cadencia en el desempeño y la inexistencia de un tiempo de respuesta acotado, que se adicionan a la libertad de establecer el lugar en el que pueden encontrarse, permiten afirmar que no se genera a los trabajadores una limitación de tal entidad que determine la calificación de la totalidad del periodo de guardia de localización telefónica como tiempo de trabajo efectivo. El colectivo concernido tiene así facultad de determinar su ubicación y de administrar libremente el tiempo personal, familiar y social, siempre que garantice la comunicación telefónica, y la posibilidad de acudir a la tienda, sin fijación del tiempo mínimo para ello, en los casos puntuales relacionados. Las limitaciones impuestas a los trabajadores en las guardias no presenciales de localización telefónica no alcanzan un elevado grado de intensidad, permitiéndoles disponer y organizar el tiempo familiar y social y dedicarse a sus propios intereses sin otros condicionantes que dicha comunicación por teléfono, y acudir a solventar un problema puntual, sin concreción en el tiempo de respuesta.

En consecuencia, solo constituirá tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectivamente realizada, en su caso, durante tal lapso". (FD 2º). [E.T.V].

V. DERECHO ADMINISTRATIVO

Jurisprudencia: El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre los derechos de una mujer en estado de gestación avanzado (42 semanas) que no desea que le induzcan el parto, los derechos del nasciturus ante el peligro de continuar en el vientre de su madre y la eficacia del servicio público hospitalario.

STC (Pleno), 11/2023, de 23 de febrero, rec. núm. 899/2021

https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/29226

"c) Tanto la vulneración del art. 14 CE como del art. 15 CE, se asocian en la demanda, con carácter principal, a la falta de consentimiento informado en relación con determinadas actuaciones médicas, así como genéricamente a la limitación del derecho a la autodeterminación por la no obtención del alta hospitalaria una vez iniciado espontáneamente el parto, lo que, a criterio de la parte, hacía improcedente el mantenimiento del ingreso, por no ser ya precisa la inducción del mismo. En la citada STC 37/2011, FJ 4, afirmamos que '[e]l art. 15 CE no contiene una referencia expresa al consentimiento informado, lo que no implica que este instituto quede al margen de la previsión constitucional de protección de la integridad física y moral. […] Evidentemente, las actuaciones médicas llevan implícita una posibilidad de afección a la integridad personal protegida por el art. 15 CE, en la medida en que este tutela la inviolabilidad de la persona contra toda intervención en su cuerpo, de manera que es preciso arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar la efectividad del derecho dentro de ese ámbito, cohonestándolo con la función y finalidad propias de la actividad médica'. Y señalamos que 'cualquier actuación que afecte a la integridad personal, para resultar acorde con dicho derecho, según la delimitación que antes efectuamos del mismo, se ha de encontrar consentida por el sujeto titular del derecho o debe encontrarse constitucionalmente justificada. De ahí que el legislador deba establecer […] los mecanismos adecuados para la prestación del consentimiento del sujeto que se ha de ver sometido a una intervención médica, así como los supuestos que, desde una perspectiva constitucional permitirían prescindir del mismo, teniendo siempre presente, de una parte 'que solo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 7; 2/1982, fundamento jurídico 5; 110/1984, fundamento jurídico 5), y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho 'más allá de lo razonable' (STC 53/1986, fundamento jurídico 3), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean 'necesarias para

conseguir el fin perseguido' (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5; 13/1985, fundamento jurídico 2) y ha de atender a la 'proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone' (STC 37/1989, fundamento jurídico 7) y, en todo caso, respetar su [contenido] esencial (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 10; 196/1987, fundamentos jurídicos 4, 5 y 6; 197/1987, fundamento jurídico 11), si tal derecho aún puede ejercerse' (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8)'.

Y, finalmente, que '[e]s consonante con la relevancia que se ha asignado a la información y al consentimiento previos a la realización de cualquier actuación médica la regulación de estos aspectos que se realiza en nuestro ordenamiento interno, contenida, esencialmente, en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que actualiza y completa la regulación contenida en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, con observancia de las previsiones del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina de 4 de abril de 1997'.

La citada Ley, como también expusimos en la citada STC 37/2011, FJ 5, establece la exigencia, con carácter general, del previo consentimiento de los pacientes o usuarios para toda actuación en el ámbito de la sanidad, 'que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada' y que 'se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley' (art. 2.2). Asimismo, queda recogido el derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles, tras recibir la información adecuada (art. 2.3), y a negarse al tratamiento, salvo en los casos previstos en la ley (art. 2.4). El art. 4 regula el derecho a la información asistencial de los pacientes, como medio indispensable para ayudarle a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad, correspondiendo garantizar esa información, con el contenido previsto en el art. 10, al médico responsable del paciente, así como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto, reconociéndose también el derecho a no recibir información (aunque con los límites contemplados en el art. 9.1). Por lo que se refiere al consentimiento informado, el art. 8 prevé que '[t]oda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso', y que, como regla general, se prestará verbalmente, salvo determinados supuestos, como las intervenciones quirúrgicas, en las que se efectuará por escrito. Como excepción, se permite llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables para la salud del paciente sin necesidad de su consentimiento en supuestos tasados (art. 9.2).

d) En el presente recurso de amparo se plantea, además, la posible vulneración del art. 18 CE, ya que el embarazo y el parto forman parte de la intimidad personal, y del art. 16 CE, relacionado con la reacción de la administración sanitaria por haber manifestado la recurrente su deseo de dar a luz en casa" (F.J.3º)

"frente a lo afirmado en la demanda, de la historia clínica y de los hechos probados por las sentencias, se infiere que en este caso concreto no hubo una limitación del derecho de autonomía y del consentimiento informado.

La historia clínica aportada pone de relieve que la actuación médica no contravino la voluntad de doña C.P., en cuanto a lo planteado en el plan de parto presentado, puesto que comprobado al ingresar que el parto se había iniciado no se realizó la inducción, sino que se hizo un seguimiento expectante de su evolución y del bienestar del feto, hasta que el diagnóstico médico determinó la práctica de la cesárea urgente. Las circunstancias que constan en la historia clínica a este respecto, no evidencian desatención del plan de parto propuesto por la paciente, como se apunta en la demanda, sino lo contrario. En este sentido es relevante que en el plan de parto que presentó la recurrente constaba que no quería parto instrumental o cesárea por falta de progreso salvo si sus vidas corrían peligro inmediato, que es lo que se valoró conforme al historial médico. Estas conclusiones se ven apoyadas, además, por lo afirmado en la propia demanda cuando se dice que la recurrente no se negaba a dichas intervenciones, en concreto a la cesárea, sino únicamente quería asegurarse que estaban justificadas.

De otro lado, la cesárea fue consentida por la madre tras ser informados de la situación ella y su pareja. Así consta en el informe de curso de hospitalización, en el informe de alta, en el informe del jefe de obstetricia del HUCA, de 26 de abril, tal y como consta en los antecedentes de esta sentencia, y en el informe de 14 de junio de 2019 del servicio de ginecología y obstetricia del HUCA. En este último se afirma que el doctor 'le aporta consentimientos de parto y cesárea. Se le informa que es deseable que los lea y esté informada (están recogidos en la cartilla de embarazo del SESPA). La paciente los lee y los firma voluntariamente'. Asimismo, se afirma en la sentencia 164/2019, de 10 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Oviedo, como hechos probados que '[a] pesar de la analgesia administrada [doña C.P.] pregunta por la posibilidad de realizar una cesárea, siendo informada de que existe una indicación médica por diagnóstico de desproporción pelvifetal de estrecho superior por deflexión de la cabeza fetal en occipito sacra' y que '[s]e indica cesárea por detención del primer periodo de parto y se administra profilaxis de endometritis con cefazolina, firmando el correspondiente consentimiento'. Es una operación realizada con el consentimiento de la madre (sentencia núm. 84/2020, 11 de febrero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias).

En definitiva, de la documentación aportada se desprende que la recurrente consintió las actuaciones médicas a las que tuvo que ser sometida a la vista de las circunstancias concurrentes. Constatado el consentimiento de la recurrente, queda vacía de contenido su alegación sobre el supuesto trato discriminatorio que alega haber sufrido, puesto que lo justifica la recurrente en la lesión de su derecho a decidir cómo quería que trascurriera el parto. Como ha quedado acreditado, a la vista de las delicadas circunstancias que rodearon el parto, todas las actuaciones médicas a las que tuvo que ser sometida la recurrente para la protección de su propia

salud y del *nasciturus*, fueron debidamente explicadas por el servicio médico y consentidas por la recurrente.

Como afirma el Ministerio Fiscal, no se desprende de la historia clínica, aportada por los recurrentes junto a la demanda, que las actuaciones e intervenciones médicas realizadas por los facultativos del HUCA se practicasen sin el consentimiento de doña C.P., o que se hubieran firmado los consentimientos informados por coacciones ejercidas por los facultativos que le atendieron, teniendo en cuenta además que la ahora recurrente en amparo estuvo acompañada en todo momento por su pareja y por su comadrona de confianza y que ella misma reconoce que estaba en plenas condiciones en cuanto a su capacidad para tomar decisiones. A ello se añade que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la reciente sentencia de 8 de marzo de 2022, asunto *Reyes Jiménez c. España*, afirma que 'el Convenio no exige en absoluto que el consentimiento informado se preste por escrito siempre que sea inequívoco' (§ 37). A la vista de las circunstancias concretas del caso hemos de rechazar que la actuación del Servicio de Salud del Principado de Asturias, ejecutada materialmente a través del HUCA, constituya un trato discriminatorio desfavorable hacia la recurrente por razón de sexo con vulneración del art 14 CE, que le haya privado del derecho de autodeterminación como paciente y del derecho al consentimiento informado, por el hecho de ser mujer embarazada. Lo anterior conduce a descartar la discriminación indirecta que se aduce ya que ha quedado demostrado con los informes médicos que obran en los autos que la actuación médica, además de consentida, fue adecuada a las circunstancias planteadas teniendo en cuenta la necesidad de salvaguardar la vida de la gestante y del *nasciturus*, necesidad ante la que debe necesariamente ceder el derecho de la gestante de decidir acerca del lugar y el modo en que quería dar a luz. (…) ningún dato permite establecer que la recurrente fuera objeto de un trato peyorativo y humillante por parte de los facultativos que le atendieron y realizaron las intervenciones médicas precisas, previo su consentimiento informado.". (F.J.4º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la fuerza más o menos vinculante y el objeto de las pruebas periciales.

STS (Sala 3ª), de 21 de febrero de 2023, rec. n. 257/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/978b04015bb76015a0a8778d75e36f0d/20230310

"La razón de ser del dictamen de peritos de la Administración es la de proporcionar al órgano decisor elementos de conocimiento o juicio de carácter científico o técnico que aquél no tiene por qué poseer como tal órgano y que necesita para resolver el procedimiento de que se trate. Importada la institución del proceso judicial y trasladada, como tantas otras, al seno de los procedimientos administrativos, por ende los tributarios, sin embargo la separan del dictamen judicial varios elementos decisivos. Con el rasgo común de la profesionalidad o solvencia técnica, los demás elementos de garantía quedan deslavazados en la

valoración pericial en su génesis: ni se trata de un tercero independiente, sino de un funcionario al servicio de la Administración que debe resolver; ni su dictamen es sometido a la misma contradicción que en el proceso judicial, pues no cabe interrogar al perito ni participar de forma alguna en la formación de las conclusiones del perito antes de que la decisión final del procedimiento se adopte. 4) Ello nos proporciona una pauta segura, basada en la naturaleza de las cosas, en este caso de las instituciones jurídicas, esto es, en el valor y significado, así como en la necesidad, de una prueba especializada o técnica: no es útil ni necesaria cuando el perito no aporta un criterio fundado en su experiencia o destreza excluidas al órgano decisor, sino que se limita a aplicar tablas, comparaciones o datos generales que podría establecer para cada caso cualquier otro funcionario, aunque careciera de la solvencia técnica exigible al perito." (F.D.5º)

"Convendría considerar que, por dos veces, el órgano estatal que conserva, en materia de tributos cedidos, como lo es el ITP, la facultad de revisión, ha reputado inválido el acto de la Administración autonómica cesionaria. En tales condiciones, la decisión de impugnar judicialmente tales actos debería ser más prudente y meditada, máxime teniendo en cuenta que la representación procesal de la Administración General del Estado se ha abstenido de intervenir, en esta casación, en defensa de la sentencia recurrida -pese a su comparecencia como recurrido- contra su propio acuerdo revisor plasmado en la resolución del TEAR de Aragón impugnado en la instancia. En consecuencia, la Sala reafirma y ratifica plenamente la jurisprudencia sobre las exigencias que impone el deber de motivación de la comprobación de valores mediante el método de dictamen pericial y, en particular, sobre la necesidad de que se identifiquen con exactitud los testigos o muestras empleadas en la valoración y la aportación certificada al expediente administrativo de los documentos en los que los valores y circunstancias de los mismos tenidas en consideración, constan o se reflejan. En particular: a) ha de razonarse individualmente y caso por caso, con justificación racional y suficiente, por qué resulta innecesaria, de no llevarse a cabo, la obligada visita personal al inmueble; b) La mera utilización de valores de venta de inmuebles semejantes u otros datos, parámetros o testigos, por comparación o análisis, requiere una exacta identificación de las muestras obtenidas y una aportación certificada de los documentos públicos en que tales valores y las circunstancias que llevan a su adopción se reflejan, de acuerdo con lo que ha establecido el TEAC en su constante criterio. Ello comporta la declaración de haber lugar al recurso de casación y a casar la sentencia de instancia, por apartarse de una constante doctrina jurisprudencial sobre la motivación de los actos de comprobación de valores con empleo del método de dictamen de peritos de la Administración, debiendo reconocerse el acierto de la resolución anulatoria del TEAR de Aragón que la Sala juzgadora anuló." (F.D.6º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la imposibilidad de ejecutar una sentencia

STS (Sala 3ª), de 2 de marzo de 2023, rec. nº 5143/2021

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/87f1e6cdbe647a0ea0a8778d75e36f0d/20230310

"No ha sido ajeno el Tribunal Constitucional a pronunciamientos sobre los autos de ejecución en relación con las sentencias de las que derivan. Y así en la STC 89/2004, FJ 3 con fundamento en otras precedentes subraya que 'para determinar si los Autos de ejecución se han apartado del significado y alcance de los pronunciamientos de la sentencia de la que traen causa es necesario partir del examen de tales pronunciamientos que, plasmados en el fallo o parte dispositiva, son consecuencia de la fundamentación jurídica de dicha resolución judicial, en una línea secuencial que une las alegaciones y pretensiones de la parte actora con la fundamentación jurídica y argumentación que funda la sentencia, para desembocar en el fallo y concretos pronunciamientos contenidos en éste'. Es preciso, pues, para analizar el auto dictado en el incidente de ejecución, antecedente de la cuestión de interés casacional, tomar en consideración la fundamentación de la sentencia de la que deriva, es decir, la ratio decidendi integrando el fallo con sus razonamientos jurídicos. Así lo ha dicho el Tribunal Constitucional en las sentencias acabadas de citar y también este Tribunal Supremo (SSTS de 3 de octubre de 2002, recurso de casación 5652/2000, de 26 de julio de 2005, recurso de casación 2508/2003 y de 11 de abril de 2006, recurso de casación 4219/2003)." (F.D.7º)

"'Ha de insistirse en que la ejecución de la sentencia forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24. CE, por lo que la inejecución por su imposibilidad jurídica o material, art. 105 LJCA, hace necesario una motivación especial exigente. No define la LJCA, art. 105.2, en qué consiste la imposibilidad material de ejecución de una sentencia. Ha sido la jurisprudencia la que ha ido delimitando aquella con una concepción restrictiva de los supuestos de imposibilidad (SSTS 17 de noviembre de 2008, recurso casación 4285/2005, 14 de febrero de 2013, recurso casación 4311/2011). Estamos por tanto, frente a supuestos individualizados casuísticamente en atención a las circunstancias concurrentes en cada supuesto en que deben ponderarse los distintos intereses concernidos. Como expresa la Sentencia de 23 de febrero de 2010, recurso casación 4758/2007, la posibilidad de inejecución está amparada por lo dispuesto en el actual artículo 105.2 de la vigente LJCA, que recoge lo que ya establecían los artículos 105 a 107 de la anterior, razón por la que, como indicamos en nuestras SSTS de 4 de mayo y 15 de junio de 2004 (recursos de casación 2415/2000 y 3783/2002), 'al interpretar lo dispuesto en el citado artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción, es conforme a derecho sustituir la ejecución de la sentencia en sus propios términos por una indemnización de daños y perjuicios derivados de la inejecución'. Dada tal doctrina resulta obvio que la sustitución dineraria no lesiona el art. 24. CE." (F.D. 8º)

"Pondera la Sala de instancia la desproporción entre los perjuicios a terceros de buena fe y al interés general frente al importante y fundamental derecho a la ejecución de las sentencias de un litigante. No se trata tanto de una cuestión de número como de que lo reconocido en la sentencia a Dª Regina no fue un derecho a acceder a la función pública sino la mera expectativa de acceder a una plaza de

Enfermero de Atención Continuada caso de superar el segundo ejercicio del proceso selectivo que motivó el litigio. Cabe añadir que la privación de la plaza a más de doscientas personas, por razones ajenas a su voluntad y tras un largo período de tiempo en el que muchas de ellas, tal cual explicitan al oponerse al recurso distintos grupos de recurridos, han construido un horizonte personal y profesional, implicaría la producción de perjuicios personales y familiares de entidad con un alcance en bastantes casos irreversible. Y, a mayor abundamiento, su cese incidiría en el derecho a la salud de los ciudadanos beneficiarios de la asistencia sanitaria que debe prestar la Junta de Extremadura. Es notorio que la fijación de una indemnización por la imposibilidad material de ejecutar una sentencia suele darse en el ámbito de procesos de expropiación forzosa ante la imposibilidad de restitución de una finca objeto de un procedimiento expropiatorio declarado nulo por diversas razones, como la anulación del instrumento urbanístico en que se apoyaba (SSTS 25 de octubre de 1996, recurso casación 13511/1991, 26 de mayo de 2014, recurso casación 4069/2011. También cabe en un supuesto como el de autos en el que se acepta la ponderación de intereses y derechos efectuada por la Sala de instancia para apreciar la imposibilidad de ejecución.'" (F.D.9º)

"La pretensión se ejercitó más allá del plazo del art. 104.2 LJCA, mas no es plazo de caducidad. Mientras tanto, la Administración interpuso una serie de recursos que, aunque fueron inadmitidos y no consta que fueran reputados temerarios. Por ello la solicitud de inejecución, una vez cerrada toda posibilidad de modificación del pronunciamiento judicial, es viable. Lo anterior sería una de las consecuencias. Pero, además, la recurrente en instancia interesó una indemnización por daño moral que no es cuestión nueva suscitada en sede casacional ya que también fue pretendida en la instancia sin respuesta expresa del Tribunal al haber aceptado la inejecución por sustitución." (F.D.10º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre cuando la administración no resuelve expresamente y el ciudadano procede a la vía del recurso

STS (Sala 3ª), de 7 de marzo de 2023, rec. n. 3069/2021

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/57ebc6cd9e7561c2a0a8778d75e36f0d/20230317

"(…) la invocación de inadmisibilidad es improcedente. En cualquier caso, es continua y abundante la jurisprudencia que también declara que es innecesario ampliar al acto expreso tardío desestimatorio, posterior a la interposición del recurso contencioso-administrativo, el recurso contencioso administrativo, sin perjuicio de que pueda hacerse, salvo en el caso, no concurrente, de que el acto expreso modificase en algo el deducible de la desestimación presunta por silencio. En cualquier caso, de la amplia doctrina de este Tribunal Supremo, inspirada en buena parte en la del Tribunal Constitucional sobre el artículo 24 CE, carecería de sentido, tanto ampliar el recurso, como permitir el agotamiento de la vía, mediante una reclamación económico-administrativa municipal, una vez que el asunto ya está

en manos de los Tribunales, precisamente por razón del incumplimiento del deber de resolver por parte del Ayuntamiento. Se pregunta por las opciones siguientes: 'en particular, si está obligado a desistir del recurso contencioso administrativo y agotar la vía administrativa con la interposición del recurso procedente'. Sobre el desistimiento, no constituye un acto procesal obligado o debido, sino voluntario del recurrente. El agotamiento de una vía previa cuando ya no sería, obviamente previa, para demorar aún más el acceso a la jurisdicción en que ya se encuentra el propio interesado, que en fase de casación ya ha obtenido respuesta judicial, no sería sino un acto sin sentido o finalidad procesal alguna y generador de (más) dilaciones indebidas." (F.D.3º)

"con fundamento en el artículo 24.1 CE, garantizador de la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, debemos fijar la siguiente jurisprudencia: 1) No procede declarar la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo, por falta de agotamiento de la vía administrativa previa, conforme a lo declarado en los artículos 69.c), en relación con el 25.1 LJCA, en aquellos casos en que el acto impugnado fuera una desestimación presunta, por silencio administrativo, ya que, por su propia naturaleza, se trata de una mera ficción de acto que no incorpora información alguna sobre el régimen de recursos. 2) En tal sentido, la Administración no puede obtener ventaja de sus propios incumplimientos ni invocar, en relación con un acto derivado de su propio silencio, la omisión del recurso administrativo debido. 3) Ordenar, en un recurso de casación, que se conceda a la Administración una nueva oportunidad de pronunciarse, en un recurso administrativo, sobre la procedencia de una solicitud formulada en su día y no contestada explícitamente, supondría una dilación indebida del proceso prohibida por el art. 24 CE y una práctica contraria al principio de buena administración, máxime cuando el asunto ya ha sido examinado, en doble instancia, por tribunales de justicia. 4) El agotamiento de una vía previa de recurso, aun siendo preceptiva, cuando ya no sería, en este caso, previa, para demorar aún más el acceso a la jurisdicción en que ya se encuentra el propio interesado, que ha obtenido respuesta judicial, no sería sino un acto sin sentido o finalidad procesal alguna y generador de (más) dilaciones indebidas. 5) No hay un derecho subjetivo incondicional de la Administración al silencio, sino una facultad reglada de resolver sobre el fondo los recursos administrativos, cuando fueran dirigidos frente a actos presuntos como consecuencia del silencio por persistente falta de decisión, que no es, por lo demás, una alternativa legítima a la respuesta formal, tempestiva y explícita que debe darse, sino una actitud contraria al principio de buena administración." (F.D.4º)

"En virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, procede la declaración de condena al pago de las costas causadas en este recurso de casación al Ayuntamiento de Valladolid recurrente, que dejó transcurrir un inaceptable plazo temporal sin dar respuesta, a que le obligaba la ley, a la solicitud de devolución de ingresos indebidos que, a la vista de los hechos, era procedente y que dictó resolución expresa denegatoria una vez promovido recurso jurisdiccional. Además, corona la temeridad procesal de la corporación local, la interposición de un recurso de casación previamente abocado al fracaso, a tenor de la muy abundante

jurisprudencia transcrita al respecto. Se limita la condena en costas a la cantidad de 8.000 euros" (F.D.5º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la naturaleza y fuerza efectiva de los Códigos de Conducta para los funcionarios públicos.

STS (Sala 3ª), de 27 de marzo de 2023, rec. n. 411/2022

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/098e01754d11acb4a0a8778d75e36f0d/20230405

"Suscita ¿que un guardia civil no podrá responder a una agresión con un arma de fuego mediante el uso de un arma de fuego, porque no estaría demostrando el 'máximo' respeto a la vida de quien le está agrediendo y poniendo en inminente peligro su propia vida, la de él o la de un ciudadano?." (F.D.1º)

"Los códigos de conducta para funcionarios públicos. El prolijo preámbulo del Real Decreto impugnado hace mención al amplio catálogo de 'soft law' (entre otros el Código Europeo de Ética de la Policía de 2001) que inspira la norma reglamentaria así como a las normas legales en que se ampara, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, y el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. El Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, contiene en sus artículos 52 a 55 la enumeración de los deberes de los empleados públicos, principios éticos y principios de conducta que carecen de consecuencias sancionadoras ya que el régimen disciplinario se encuentra regulado en los artículos 95 y siguientes. Tal regulación evidencia la distinción entre conductas que pueden llevar aparejada una sanción y conductas reprochables por no responder a los valores o principios que han de guiar el comportamiento del empleado público. En consecuencia, el Código de Conducta aquí impugnado, al carecer en su regulación de efectos sancionatorios, muestra inequívocamente que se limita a fijar las pautas que deben guiar el comportamiento del personal de la Guardia Civil. Es notorio que en otros sistemas jurídicos existen códigos de conducta (generalmente denominados deontológicos) que establecen normas jurídicas de obligado cumplimiento que llevan aparejadas sanciones por su incumplimiento, mas el sistema español diferencia la responsabilidad disciplinaria de la responsabilidad ética sin perjuicio de que alguna conducta pueda hallar encaje en ambas. Debe atenderse también a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, de 31 de octubre de 2003, introductoria del concepto códigos de conducta: 'Artículo 8: Códigos de conducta para funcionarios públicos. 1. Con objeto de combatir la corrupción, cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá, entre otras cosas, la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos. 2. En particular, cada Estado parte procurará aplicar, en sus propios ordenamientos institucionales y jurídicos, códigos o normas de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas. 3. Con miras a aplicar las disposiciones del

presente artículo, cada Estado parte, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, tomará nota de las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales, tales como el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, que figura en el anexo de la resolución 51/59 de la Asamblea General de 12 de diciembre de 1996.'" (F.D.4º)

"En el auto de 8 de marzo de 2017 y en la ulterior sentencia de 31 de mayo de 2017 (recurso 88/2017), hacíamos mención al 'soft law'. Tradicionalmente en el ámbito del Derecho Internacional Público, y más recientemente en Derecho Comunitario (sentencia de 13 de diciembre de 1989, asunto 322/1988, Grimaldi), actualmente de la Unión Europea se han venido reputando como 'soft law' las recomendaciones, por su carencia de efectos jurídicos vinculantes. Carecen de naturaleza imperativa. No obstante, lo cual afirmó el Tribunal de Justicia que 'las recomendaciones' no están privadas de efectos jurídicos desde el momento en que los jueces nacionales han de tenerlas en consideración para resolver las controversias sirviendo como criterio interpretativo. Lo mismo acontece con las 'recomendaciones' de GRECO y la Recomendación (2001) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre el Código Europeo de Ética de la Policía adoptada el 19 de septiembre de 2001. La reiteración en el Código de Conducta aquí cuestionado de preceptos ya reflejados en otras normas de superior rango (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público y la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil) si bien es una técnica legislativa no muy satisfactoria, no comporta infracción ni atenta al principio legal de buena regulación. No puede atribuirse falta de plenitud al Real Decreto por el hecho de establecer su disposición final segunda una facultad de desarrollo normativo mediante instrucciones a efectos de la difusión y aplicación del Código de Conducta en la línea de establecer un mecanismo de seguimiento tal cual figura en la Recomendación XII sobre directrices y medidas prácticas de aplicación del informe de evaluación 5ª ronda GrecoEval5Rep (2018) 5 de 21 de junio de 2019. Lo relevante a efectos del cumplimiento del mandato legislativo es la aprobación del Código de Conducta y su publicación en el Boletín Oficial del Estado, lo que, dicho sea de paso, no acontece con la Orden General nº 2006, de 6 de mayo de 2013, Código Ético de la Policía Nacional. Tampoco puede entenderse que el artículo 13 del Código de Conducta sobre neutralidad ideológica y política entre en contradicción con el artículo 18 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, en el aspecto neutralidad e imparcialidad. Supone una reiteración de lo establecido en una norma legal, así como del principio de imparcialidad, apartado 40, de la Recomendación 2001 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el Código Europeo de Ética de la Policía adoptada el 19 de septiembre de 2001. Y respecto a la neutralidad política los guardias civiles tienen, como cualquier ciudadano, el derecho a elegir cuando ejerzan su derecho de voto la opción que estimen oportuna, mas en el ejercicio de su actividad profesional el antedicho artículo 18 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, les conmina a la neutralidad política. Sobre tal aspecto ya se pronunció el Tribunal Constitucional

en su sentencia 38/2017, de 24 de abril, respecto al artículo 12 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas (la aplicación de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, se prevé en su artículo 2.2 y se reitera en la disposición adicional única del Real Decreto 176/2022) con una referencia análoga y la Sala Quinta de este Tribunal Supremo en la sentencia esgrimida por la Abogada del Estado, esto es la 36/2018, de 10 de abril, recaída en el recurso 127/2017. Finalmente debemos rechazar la pretendida nulidad del artículo 16 del Código de Conducta impugnado por no contener referencia a órdenes e instrucciones contrarias al ordenamiento jurídico. Va de suyo la innecesariedad de tal inclusión cuando se comprenden los actos contrarios a la Constitución o a las leyes. Si una previsión no respeta la Constitución o una ley, su desobediencia no entraña una conducta inadecuada del miembro de la Guardia Civil dada la prevalencia de la disposición de superior rango." (F.D. 6º). [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la diferenciación existente entre las exigencias de control del concurso de méritos y de la libre designación.

STS (Sala 3ª), de 29 de marzo de 2023, rec. n. 8411/2021

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/1f633ca856628dfaa0a8778d75e36f0d/20230411

"Abundando en esta idea seguimos diciendo en esa sentencia 1198/2019 que, tratándose de funcionarios de carrera, si la forma de provisión es el concurso de méritos, el juicio de idoneidad pasa por integrar los conceptos que se toman como méritos evaluables predeterminados, para lo que se ejerce una modalidad de potestad discrecional, la discrecionalidad técnica. Pero si se trata de la provisión de puestos mediante libre designación, lo determinante es que el libre juicio de idoneidad atienda, no a unos conceptos previamente fijados como méritos evaluables, sino a '... los requisitos exigidos para el desempeño del puesto caracterizado por esa especial responsabilidad que justificó su clasificación como de libre designación y ese libre juicio de idoneidad es lo que integra la idea de confianza en que el designado realizará un buen desempeño del puesto'(cfr. sentencia 1198/2019). (…) A partir de lo expuesto reiteramos nuestra jurisprudencia que exige no sólo la motivación formal del cese en el puesto o destino de libre designación por razones de idoneidad profesional sino, además, la exigencia de que esa motivación no sea vaga, imprecisa o rituaria, a base de expresiones opacas, estandarizadas, sino que dé razón de por qué la confianza profesional que motivó el nombramiento ha decaído y por qué ya no se reúnen las condiciones para desempeñar un destino atendiendo a sus requerimientos. 8. Pues bien, en ese juicio de inidoneidad sobrevenida para el desempeño del puesto por pérdida de confianza, habrá un núcleo de libre apreciación que no corresponde al juez sustituir y que no es otro sino al que nos referimos en la sentencia 1198/2019, pero esto no quita para que pueda plantearse si 'son ciertos los hechos en los que se fundamentó la pérdida sobrevenida de la idoneidad' tal y como hemos declarado

en la sentencia 723/2021, de 24 de mayo, recurso de casación 2453/2018, luego si es exigible que la razón del cese se explicite -y así se ha hecho- no cabe excluir sin más que se pueda enjuiciar." (F.D.6º)

"La sentencia impugnada rechaza la aplicación al caso de la sentencia 1198/2019 al caso por razón de la singularidad del régimen estatutario aplicable a la Guardia Civil regulado por la Ley 29/2014. Contradice nuestra sentencia 1183/2022 aunque en puridad no puede infringirla ya que es de fecha posterior, pero esto no impide que ahora apreciemos que siguió un criterio contrario al de esta Sala." (F.D.7º) [B.A.S.]

VI. DERECHO TRIBUTARIO

Jurisprudencia: Sociedades. Cómputo del plazo para la presentación de la autoliquidación. De fecha a fecha. Art. 5 CC.

STS (Sala 3ª) de 14 de febrero de 2023, rec. nº 802/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b9df7eb6f266d9fba0a8778d75e36f0d/20230224

"El cómputo del plazo del art 136.1 TRLIS (art 124.1 LIS).

Dado que el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades no contempla norma específica sobre el cómputo del plazo del art 136.1, debemos acudir, supletoriamente, al marco jurídico anteriormente expresado, aclarado hasta la saciedad por la jurisprudencia de esta Sala.

Así, por ejemplo, resulta suficiente con remitirnos a nuestra sentencia 837/2019 de 17 de junio, rec. 3269/2017,en la que expresamos lo siguiente:

'Pues bien, la regla establecida de forma explícita en el art. 48.2 de la Ley 30/1992, luego sustituida sin alteración sustancial por el art. 30.4 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, es reflejo de una evolución legislativa y la correspondiente doctrina jurisprudencial que, interpretando el cómputo de plazos sobre la base del art. 5.1 del Código Civil, ha venido sosteniendo reiteradamente que en los plazos expresados por meses o por años, el cómputo se inicia en el día siguiente a la notificación o publicación, que no se incluyen en el cómputo, y el día final del plazo coincide con el mismo ordinal del de la notificación o publicación del acto, en el mes en que finalizara el cómputo, o con el último día del mes si en el mismo no hubiera día equivalente al inicial del cómputo.

En definitiva, la jurisprudencia de esta Sala ha optado, en esta materia, por una interpretación unificadora al no considerar que la voluntad del legislador haya sido la de establecer una forma de cómputo distinta en el ámbito del procedimiento inspector. Así, al analizar concretamente el inicio del cómputo del plazo para

concluir el procedimiento de inspección, hemos declarado que se debe acomodar a las reglas generales en materia de cómputo de plazos de señalados por meses, esto es, de fecha a fecha. Así lo afirma nuestra STS de 4 de abril de 2017 , cit., que interpreta el art. 104.1 LGT "[...] conforme con la [doctrina jurisprudencial] mantenida por esta Sala, y la más acorde con el principio de seguridad jurídica, al unificar el criterio para el cómputo de los plazos por meses [...]", haciendo referencia allí a la jurisprudencia contenida en las SSTS de 25 de octubre de 2016 ;de 17 de enero de 2011 y 16 de mayo de 2014 , pronunciamientos que citan, a su vez, las SSTS de 10 de junio de 2008 (recurso 32/2006) y de 9 de mayo de 2008 (recurso 9064/2004), que señalan que es reiteradísima la doctrina de esta Sala que concluye que los plazos señalados por meses se computan de fecha a fecha ,iniciándose el cómputo del plazo al día siguiente de la notificación o publicación del acto, pero siendo la del vencimiento del plazo el día equivalente al de la notificación, pero en el mes final del cómputo, y en caso de no existir día equivalente, en la del último día del mes del vencimiento.

También en nuestras SSTS de 23 de mayo de 2018 (rec. cas. núm. 1503/2017, ES:TS:2018:2533) y 22 de mayo de 2018 (rec. cas. núm. 315/2017, ES:TS:2018:2052), entre otras muchas referidas a la cuestión del cómputo del plazo en los que casos que se hubiera acordado anulación con retroacción de actuaciones, nos hemos pronunciado en el sentido de excluir del cómputo del plazo para finalizar las actuaciones el día en que se comunica la resolución anulatoria con retroacción de actuaciones al órgano competente para llevarla a puro y debido efecto.

En definitiva, la jurisprudencia ha seguido un criterio de unificación en beneficio de la seguridad jurídica, doctrina jurisprudencial que debe extenderse también a la cuestión de interés casacional ahora suscitada, por no existir ningún elemento interpretativo que permita concluir que la voluntad del legislador ha sido la de excluir la regla general ya expuesta, que se deduce del art. 5.1 del Código Civil, en relación con el art.48.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (sustituido por el vigente art. 30. 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). No consideramos atendible el argumento que expone la recurrida de que en tal caso se estaría produciendo una ampliación del plazo máximo del procedimiento sancionador, a seis meses y un día. Antes de todo ha de hacerse notar que el argumento que expone la actora, sobre el inicio de las actuaciones inspectoras en la misma fecha de la notificación del acuerdo de inicio, se vale del ejemplo del procedimiento inspector iniciado mediante citación para comparecencia en las oficinas de la inspección o mediante la propia personación del personal en la inspección tributaria en las dependencias del contribuyente (151.2 LGT). Por tanto, es una argumentación ajena al procedimiento sancionador.

Además, hemos de insistir en que análoga argumentación ha sido rechazada en la jurisprudencia de esta Sala, respecto a la misma cuestión en el ámbito del procedimiento inspector, por las razones que expusimos en nuestra STS de 4 de abril de 2017, cit., en referencia a análoga alegación respecto al procedimiento

inspector. En esta sentencia, y en la jurisprudencia que en la misma se cita, y en cuyo contenido hemos de reafirmarnos ahora, late la necesidad, por imperativos del principio de seguridad jurídica y certeza, de que, salvo explícitas declaraciones de voluntad del legislador en un sentido que se separe de la regla general, debe reafirmarse el criterio de que en esta cuestión del cómputo de plazo fijado por meses o por años que a estos efectos es igual- el día en que se produce la notificación o publicación del acuerdo iniciador queda excluido del cómputo.

En conclusión, lo realmente relevante es que la previsión de la disposición adicional (DA) 5ª.1 de la Ley30/1992, mantenida en la DA 1ª, apartado 2.c) de la Ley 39/2015, es la supletoriedad de dicha ley de procedimiento administrativo común en todo lo no regulado específicamente en la normativa propia de los diferentes procedimientos tributarios. Y lo cierto es que las sutiles diferencias de redacción del art.211.2 LGT no expresan de forma inequívoca la voluntad del legislador de introducir en este ámbito del procedimiento sancionador tributario una forma distinta del cómputo del plazo fijado por meses, que, afalta de especialidad, debe seguir los criterios establecidos con carácter general en la legislación común del procedimiento administrativo.'

El periodo impositivo del Impuesto sobre Sociedades (IS) 2010/2011 del recurrente se extendía desde el 1 de octubre de 2010 al 30 de septiembre de 2011, siendo, por tanto, el 30 de septiembre de 2011, el último día del periodo impositivo.

A partir de aquí, como correctamente expresa el abogado del Estado, habrá que calcular, en primer lugar, el periodo de seis meses posteriores a la conclusión del periodo impositivo y, en segundo lugar, una vez realizado el anterior cálculo, computar el plazo de 25 días naturales.

(i) Plazo de los seis meses posteriores a la conclusión del período impositivo: al estar establecido por meses se ha de computar de fecha a fecha, de modo que el cómputo se inicia en el día siguiente al 30 de septiembre de 2011 y el día final del plazo habrá de coincidir con el ordinal correspondiente al último día del periodo impositivo, es decir, el 30 de marzo de 2012.

(ii) Plazo de los 25 días naturales siguientes a la conclusión del plazo de los seis meses posteriores a la conclusión del período impositivo: el dies a quo es el 30 de marzo de 2012 y, dado que se trata de un plazo de 25 días, a contar de uno determinado, este queda excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente, es decir, el 31 de marzo de 2012, concluyendo el 24 de abril de 2012". (F.D. 4º)

"Contenido interpretativo de esta sentencia y resolución de las pretensiones deducidas en el proceso.

De conformidad con el artículo 93.1 LJCA, en función de lo razonado precedentemente, procede declarar lo siguiente:

A efectos de computar el plazo para la presentación de la autoliquidación del Impuesto sobre Sociedades (plazo de los 25 días naturales siguientes a los seis meses

posteriores a la conclusión del período impositivo) debe estarse a las reglas generales en materia de cómputo de plazos, de manera que los seis meses posteriores a la conclusión del periodo impositivo deben computarse, de fecha a fecha; y los 25 días naturales a los que alude el precepto, en la forma expresada por el art 5 del Código Civil .

Conforme a lo expuesto, el plazo de presentación de la autoliquidación del Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2010/2011, concluyó el 24 de abril de 2012, de modo que, al presentarse por la contribuyente dicha declaración el 25 de abril de 2012, lo hizo fuera de plazo, resultando procedente, en consecuencia, la liquidación del recargo.

La sentencia recurrida en casación, al resultar contraria a la doctrina expresada, debe ser casada y anulada.

Procede desestimar el recurso contencioso-administrativo núm. 37/2020, interpuesto por la Pronovias, S.L.(hoy Galma Grupo Corporativo, S.L.) contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 2 de marzo de 2016, que desestimó la reclamación económico-administrativo interpuesta contra la liquidación de recargo, por presentación fuera de plazo de la autoliquidación correspondiente al Impuesto sobre Sociedades2010/2011." (F.D. 5º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: IRPF. Grado de discapacidad. Acreditación. Medios de prueba.

STS (Sala 3ª) de 8 de marzo de 2023, rec. nº 1269/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4c86c1ec1d418543a0a8778d75e36f0d/20230323

"Con carácter general, el artículo 60 de la Ley de IRPF, relativo al mínimo por discapacidad, no acota ni relaciona los mecanismos de prueba de los que los contribuyentes se pueden servir para demostrar un grado de discapacidad, igual o superior al 33 por ciento, toda vez que se remite para su acreditación a las "condiciones que reglamentariamente se establezcan".

Por tanto, cabe apuntar como primera conclusión, que el certificado o la resolución controvertidos (del IMSERSO o del órgano autonómico competente acreditativo de la discapacidad y su grado) no se encuentran configurados por una norma con rango de ley, como requisito o condición para la aplicación del beneficio fiscal.

El legislador podría haber abordado, directamente, los mecanismos de acreditación del grado de discapacidad a los efectos de la aplicación del mínimo por discapacidad. Sin embargo, no lo ha hecho.

En cambio, el mismo precepto legal -ahora sí- facilita la prueba de determinados grados de discapacidad con relación a ciertas personas:

- 'los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad", de modo que por solo dicha circunstancia "se considerará acreditado un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento'.

- 'las personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente' pues, en estos casos 'se considerará acreditado un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento [...] aunque no alcance dicho grado.'

Consecuentemente, el precepto legal no excluye o restringe los medios para acreditar el grado de discapacidad, aunque confía esta cuestión al desarrollo reglamentario.

No obstante, como se deduce de lo expuesto, artículo 60 de la Ley de IRPF se desmarca de su propia regla general (la remisión reglamentaria) no para tasar, excluir o restringir los medios probatorios, sino para hacer todo lo contrario, esto es, para favorecer a determinados pensionistas de la seguridad social y a las personas incapacitadas judicialmente, facilitando la prueba.

Por tanto, ya como segunda conclusión, ninguna sinergia restrictiva se desprende de la dicción legal.

Pasando al examen de la norma reglamentaria, ciertamente, una primera lectura del artículo 72 del Reglamento del IRPF, podría llevar a considerar que limita la prueba del grado de minusvalía, en la medida que -según dicho precepto-, deberá acreditarse mediante certificado o resolución expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, consideramos que esa disposición reglamentaria, contextualizada por la Ley del IRPF y por otros preceptos y principios de nuestro ordenamiento jurídico, ofrece un amplio margen de interpretación, precisamente, para sostener lo contrario.

1.- Porque no señala, explícitamente, que tales resoluciones o certificados sean pruebas exclusivas y excluyentes.

2.- Porque, como se ha apuntado, debe realizarse una lectura del art. 72 del Reglamento del IRPF, en sintonía con el artículo 60 Ley IRPF que, como hemos visto, no contiene criterio restrictivo alguno; al contrario, favorece la prueba a pensionistas y a quienes han sido objeto de una declaración judicial de incapacidad, lo que reproduce también la norma reglamentaria.

El artículo 72 del Reglamento IRPF, lejos de restringir la prueba de la discapacidad, introduce un criterio de objetividad -no debe perderse de vista, a los exclusivos efectos del art 60 Ley de IRPF- para la acreditación de su grado, sobre la base de los citados certificados o resoluciones.

Evidentemente, esa vía se presenta como la más segura y eficiente a los efectos de demostrar la discapacidad y su graduación, de modo que, quien disponga de un certificado o resolución a su favor, estará ya liberado, por efecto del artículo 72 del Reglamento IRPF, de cualquier otra demostración adicional.

Sin embargo, no es la única, pues, si tal conclusión pudiera fundarse en criterios de seguridad jurídica, excluirla prueba de la discapacidad a través de otros medios -insistimos, a los solos efectos fiscales- conculcaría principios y derechos, de los que, a continuación, daremos oportuna cuenta.

3.- Porque la libertad que, en cuanto a la elección de medios de prueba, reconoce el ordenamiento jurídico administrativo, en general, en el artículo 77 (medios y período de prueba) de Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; y, en particular, en el artículo 106 LGT, opera como marco interpretativo del referido precepto reglamentario.

A mayor abundamiento, cabe recordar que habrá que motivar, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho (art 35.1 f) Ley 39/2015), aquellos actos que rechacen pruebas propuestas por los interesados.

En el caso que nos ocupa no se produjo tal rechazo, aunque, ciertamente, bajo determinadas circunstancias, en la práctica podría equipararse al mismo la no consideración de la documentación aportada por la contribuyente.

4.- Porque la interpretación que postula la AEAT trasciende la perspectiva puramente procedimental tributaria o administrativa y compromete, seriamente, las posibilidades de defensa y el propio derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, del que goza todo contribuyente.

En efecto, de postularse que, únicamente, a través de los referidos certificados y resoluciones pudiera considerarse acreditada la situación de discapacidad que justifica la aplicación del mínimo exento, en un eventual recurso contencioso-administrativo posterior, la tutela judicial del contribuyente quedaría reducida a la mera constatación de si tales certificados y resoluciones se presentaron; o, en su caso, a ciertos aspectos relacionados con su dimensión temporal o descriptiva.

En efecto, la tesis del escrito de interposición comportaría una evidente restricción del derecho fundamental-que concierne a todos- a utilizar los medios de prueba pertinentes (art 24.2 CE), con relación a la existencia de una realidad -la discapacidad- respecto de la que la Administración está obligada a mostrar un decidido compromiso de protección y garantía.

5.- Porque no es posible soslayar que corresponde a la AEAT, como Administración Pública que es, un papel activo -podríamos decir, militante-, en la defensa y protección de las personas con discapacidad, como se infiere de nuestra Constitución, en particular, de su artículo 49, que conmina a la Administración a ampararlas 'especialmente'.

Evidentemente, no se trata de reconocer derechos sin sustento documental o probatorio alguno, cuya consecuencia comportaría, como denuncia el abogado del Estado, la vulneración del principio de igualdad en aplicación de la Ley.

En efecto, en las específicas circunstancias del caso nos encontramos ante una tesitura diferente, la ponderación de los documentos presentados por la contribuyente, ponderación que declinó la Administración y, en cambio, acometió la sala de instancia para justificar la aplicación del artículo 60 Ley IRPF. No se trata del reconocimiento automático de un derecho o beneficio, sino de una valoración de las circunstancias en un ámbito, el de las personas con discapacidad, en el que, en otras palabras, las de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de abril de 2009, Glor contra Suiza, núm. 13444/04, cabe exigir una ponderación o justo equilibrio entre la salvaguarda de los intereses de la comunidad y el respeto de los derechos y libertades de estas personas.

Cabe constatar, además, que el artículo 10.2 CE abre la puerta, decididamente, a vías de interpretación basadas en instrumentos normativos internacionales, que son expresión de un consenso universal sobre la necesidad de avanzar en la protección social de las personas con discapacidad, como la invocada Convención internacional sobre los derechos de las personas con Discapacidad de la ONU, de 13 de diciembre de 2006, Instrumento de ratificación, "BOE" núm. 96, de 24 de abril de 2008, que, como apunta el escrito de oposición, inspira al Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad (art 1.a).

6.- Porque, aunque asumiéramos la tesis de la Administración -que no aceptamos-, no cabe negar aquí la existencia del correspondiente certificado o resolución a los que se refiere el reglamento de IRPF. Recordemos que la contribuyente obtuvo a su favor la resolución de 17 de abril de 2018 de la Dirección Territorial de Valencia de la Dirección General de Diversidad Funcional, de la Generalidad Valenciana, que le reconocía una minusvalía del 77% y una movilidad reducida con 7 puntos, con fecha de efectos desde el 3 de mayo de 2017.

Por tanto, que en el presente caso existe el certificado es innegable, si bien se solicitó y obtuvo con posterioridad a las actuaciones de regularización tributaria.

Ahora bien, conforme se ha razonado, teniendo en consideración la finalidad de la medida y, como vamos a ver a continuación, su incidencia en la capacidad económica de los contribuyentes no resulta posible mantener posiciones automáticas ni rígidas, elusivas de una realidad que no cabe desconocer.

En efecto, en supuestos como el que nos ocupa, se presenta como esencial la realidad de las circunstancias que justifican, precisamente, la aplicación del beneficio fiscal, negado por la Administración. Para la salade instancia no existe duda de que, en el ejercicio controvertido, la contribuyente padecía ya el grado de discapacidad que, años después, certificará la Generalitat de Valencia, como acabamos de dejar constancia.

A nuestro juicio, desconocer la conclusión de la Sala de Valencia, a la que ha llegado tras la oportuna valoración de la prueba, comportaría negar la especificidad fáctica de la situación de las personas con discapacidad(sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de marzo de 2016 Guberina contra Croacia, núm.23682/13), que ha de ser apreciada en el contexto de la interdicción de la discriminación (artículo 14 de la Convención de Roma y artículo 1 del Protocolo núm. 12 a la Convención).

7.- Porque, a tenor de los artículos 56 y 60 de la Ley IRPF, el mínimo por discapacidad constituye una parte de la base liquidable que, por destinarse a satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del contribuyente, no se somete a tributación por el impuesto.

Así, en opinión -certera- del escrito de oposición, esta previsión responde a la aplicación tanto del principio de igualdad, (no se pueden tratar situaciones desiguales como iguales), como del principio de capacidad económica establecido en el art. 31.1 CE, al venirse a reconocer por el Estado con dicha regulación, que el coste del mínimo vital del mantenimiento o gastos que debe soportar una persona con discapacidad para satisfacer sus necesidades básicas o necesarias, es mayor que en las personas sin discapacidad y, por tanto, debe reflejarse en el impuesto.

Desde esta perspectiva, no cabe duda de que la aplicación del mínimo por discapacidad responde, sin duda, a la adecuación el impuesto a las circunstancias personales y familiares del contribuyente (como expresa el rótulo del título V de la Ley IRPF en el que se inserta dicho precepto), afectando a la capacidad económica.

En otros pronunciamientos hemos impulsado hermenéuticas favorables sobre determinados beneficios fiscales, a partir de su proyección sobre la capacidad económica del contribuyente, como, por ejemplo, en nuestra sentencia 1261/2022, de 6 de octubre, rca 6566/2020, ECLI:ES:TS:2022:3560.

En el caso allí enjuiciado, el mecanismo establecido por la normativa fiscal, subyacente a la discusión casacional, consistía en la aplicación de una reducción de la base imponible por familia numerosa en el impuesto especial sobre determinados medios de transporte:

'Las reducciones de la base imponible, como beneficio fiscal, puede tener varias finalidades. Una acomodar el gravamen al principio de capacidad económica, en cuyo caso la potestad estructural que corresponde al legislador para su determinación aparece más constreñida, en tanto que viene limitada al respeto a dicho principio. Otra es instrumento para el desarrollo de políticas sociales y/o económicas, sometidas, por tanto, a criterios más amplios y flexibles en su determinación; en nuestro caso se pretende el objetivo de beneficiar a las familias numerosas. A su vez, se distingue entre beneficios fiscales de aplicación automática o de carácter rogado, igualmente a potestad del legislador su diseño; encuadrándose, artº 66.4 de la Ley 38/1992, la reducción de base que nos ocupa en este segundo grupo, en el que se requiere previa solicitud del interesado, a través del procedimiento o tramitación dispuesta al efecto.

En el supuesto que nos ocupa, esto es, reducción de base imponible rogada, el hecho de reunir los requisitos materiales, al contrario de lo que puede suceder en otras circunstancias o tributos, buen ejemplo de ello son los casos tratados y resueltos en las sentencias del Tribunal Supremo citadas, resulta netamente insuficientes para su obtención, en tanto que no se trata tanto de contraponer y priorizar los requisitos materiales sobre los formales, como que el requisito de la previa solicitud para su obtención, por voluntad legislativa, es estructural en la determinación de la carga impositiva, y, por ende, de obligada exigencia. Contemplándose dentro de la actividad de gestión, artº 117.1 de la LGT, "el reconocimiento y comprobación de la procedencia de los beneficios fiscales de acuerdo con la normativa reguladora del correspondiente procedimiento...'

En el presente caso no se trata de aplicar una deducción o una reducción de la base imponible -como, equívocamente, apunta la sentencia de instancia al referirse a 'la deducción por minusvalía en los ejercicios2014 y 2015'- sino que el debate se circunscribe a la aplicación del mínimo por discapacidad, atendiendo a las circunstancias de la contribuyente.

Por tanto, liquidar el impuesto en la forma que patrocina la Administración, obviando la realidad del grado de discapacidad -insistimos, cuya existencia proclama la sentencia en la fecha de los ejercicios controvertidos, tras la oportuna valoración de la prueba- comporta obviar, también, que el tributo ha de exigirse de acuerdo con unas circunstancias personales, íntimamente relacionadas con la capacidad económica y que justifican, consecuentemente, la aplicación del beneficio fiscal.

8.- Porque esta modulación del tributo, por vía del mínimo exento, reconocida por el legislador tributario a tenor de una situación de discapacidad, en cierta medida evoca lo que, años más tarde, se ha materializado en medidas de acción positiva. En definición, recogida ya por el citado Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, medidas de carácter específico, consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad (art 2.g).

Por tanto, una vez más, no cabe perder de vista esa perspectiva que, en definitiva, impide asumir interpretaciones que dificulten la plenitud de la medida.

9.- Porque, contrariamente a lo que sugiere el abogado del Estado recurrente, la sentencia que combate no ha otorgado un efecto retroactivo a la referida resolución de la Generalidad Valenciana, es decir, más allá de su fecha (3 de mayo de 2017), sino que, a partir de los datos contenidos en la misma, ha valorado que la referida discapacidad existía también en los ejercicios controvertidos, confrontando esa resolución con informes médicos y con la documentación del expediente administrativo, conclusiones valorativas sobre las que, evidentemente, este tribunal de casación no puede entrar.

De esta manera, como pone de manifiesto el escrito de oposición, difícilmente cabe apreciar vulneración del art. 10.2 del RD 1971/1999 (el reconocimiento de grado de minusvalía se entenderá producido desde la fechade solicitud), dado que dicho precepto no se vulnera por la sala de instancia y, por tanto, no proyecta virtualidad sobre el debate.

10.- Porque, ya como recapitulación, no apreciamos las consecuencias ni los efectos que el abogado del Estado refiere para el caso de imprimir una interpretación amplia de los medios de prueba de la discapacidad a los efectos del art. 60 Ley de IRPF.

Por las razones expuestas, no observamos la infracción de las normas que denuncia el escrito de interposición.

Por otro lado, no se trata de que la Administración tributaria sustituya el criterio de ningún órgano técnico a los efectos de fijar una discapacidad y proceder a su graduación sino que, en el contexto de la salvaguarda y de la promoción de las personas con discapacidad, actúe en los términos que la sociedad espera de una Administración pública responsable, a la que el ordenamiento jurídico reconoce, dentro del principio de legalidad y en aras de la defensa del interés general, una evidente función valorativa de la prueba.

La garantía de igualdad de todos los ciudadanos no se vulnera -como mantiene la Administración- con un pronunciamiento flexible o aperturista en cuanto a los medios de prueba sino, por el contrario, negando a quienes alegan padecer una discapacidad, la posibilidad de acreditarla, utilizando los medios de prueba pertinentes, es decir, de forma respetuosa con el derecho fundamental del art 24 CE, derecho que se reconoce a todos." (F.D. 5º)

"Contenido interpretativo de esta sentencia y resolución de las pretensiones deducidas en el proceso.

De conformidad con el artículo 93.1 LJCA, en función de lo razonado precedentemente, procede declarar lo siguiente:

Atendiendo a las circunstancias específicas del caso, con la finalidad de aplicar el mínimo por discapacidad del artículo 60 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas , el grado de discapacidad resultará acreditado mediante la aportación del correspondiente certificado o resolución, expedidos por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de las comunidades autónomas, a los que se refiere el art 72 del Reglamento del impuesto, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar cualquier otro medio de prueba admitido en derecho, como aquí ha ocurrido.

Dado que, como anteriormente se ha expresado, no ha habido aplicación retroactiva de los efectos temporales de la resolución de la Generalidad Valenciana, no procede responder a la segunda cuestión, contenida en el auto de admisión.

En consecuencia, se desestima el recurso de casación al resultar la sentencia impugnada, conforme a la anterior doctrina". (F.D. 6º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Compensación de bases imponibles negativas mediante presentación de autoliquidación extemporánea.

STS (Sala 3ª) de 30 de marzo de 2023, rec. nº 4754/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f4e02d38dca0d3d9a0a8778d75e36f0d/20230421

"Compensar o no las BIN es un derecho del contribuyente, no una opción tributaria del artículo119.3 LGT .

En su redacción vigente en los ejercicios impositivos a los que se ciñe el recurso, el art 25.1 TRLIS expresaba que las bases imponibles negativas que hayan sido objeto de liquidación o autoliquidación 'podrán ser compensadas' con las rentas positivas de los períodos impositivos que concluyan en los 18 años inmediatos y sucesivos.

Como expresa el escrito de interposición, esto significa que el sujeto pasivo puede elegir por compensarlas o no compensarlas, determinando, además, dentro de los límites establecidos, el período o períodos en los que aplicar la compensar y en qué cuantía.

Ahora bien, esa facultad o posibilidad no es técnicamente una opción tributaria del art. 119 LGT porque no colma los requisitos expresados en el fundamento de derecho anterior para su consideración como tal pues, en particular, ni el art 25 TRLIS ni el actual art 26 LIS están describiendo una alternativa, consistente en elegir entre regímenes jurídicos tributarios diferentes y excluyentes.

Debe tenerse en consideración que la compensación de bases imponibles es el medio que garantiza que el gravamen de la obtención de renta en el Impuesto sobre Sociedades se produzca de forma correlativa a la capacidad económica de los contribuyentes pues, a estos efectos, constituye un elemento de cuantificación de la base imponible.

De esta manera, se manifiesta la doble dimensión del mecanismo de la compensación de las BIN, pues, por un lado, se configura como un verdadero derecho del contribuyente y, por otro lado, sirve al principio constitucional de capacidad económica (art. 31 CE), como principio de ordenación del sistema tributario.

En definitiva, la compensación de las BIN es un verdadero derecho autónomo, de modo que el contribuyente podrá 'ejercer' el derecho de compensar o 'no ejercerlo', incluso, llegado el caso, 'renunciar' a él.

Y, como tal derecho, no admite restricción alguna si no es a través de las causas taxativamente previstas en la ley. No cabe, en consecuencia, impedir por vía interpretativa el ejercicio de un derecho a través de una declaración extemporánea.

Además, el contribuyente que cumple con su obligación de declarar las BIN pendientes de compensar, al mismo tiempo que está poniendo en conocimiento de la Administración la propia existencia de las BIN, está también previniéndole de que procederá en el futuro a ejercer ese derecho. De esta forma, la compensación de las BIN se configura como un derecho, preexistente a la propia autoliquidación.

Finalmente, la presentación extemporánea de una autoliquidación podrá tener los efectos que específicamente se prevean en cada momento por la normativa tributaria, incluida, en su caso, la dimensión sancionadora. Ahora bien, lo que no resulta posible -y así, además, lo ha entendido la propia Administración- es anudar a la presentación extemporánea de una declaración, la prohibición de ejercitar los derechos que el ordenamiento tributario reconoce a los obligados tributarios (entre otras, resoluciones del TEAC 10 de abril de 2002 (res.2212/00) y de 19 de diciembre de 2005 (res. 3583/02).

En consecuencia, como la decisión de compensar o no las BIN no es una opción tributaria, ex art.119.3 LGT, sino el ejercicio de un derecho del contribuyente, de modo que en su autoliquidación del Impuesto sobre Sociedades expresa una voluntad inequívoca y válida de compensar las BIN generadas en ejercicios anteriores, aunque la presentación de esa autoliquidación se produzca fuera del plazo reglamentario, debe entenderse que está ejercitando ese derecho [...]'.

[...] Contenido interpretativo de esta sentencia y resolución de las pretensiones deducidas en el proceso.

Por remisión a la doctrina sentada en la sentencia transcrita, que da respuesta a idéntica cuestión a la ahora formulada, a la pregunta que nos formula el auto de admisión, consistente en '[d]eterminar, interpretando el artículo 119.3 LGT, si es posible aplicar en el Impuesto sobre Sociedades, el mecanismo de compensación de bases imponibles negativas cuando la autoliquidación se presenta extemporáneamente', con arreglo a lo que establece el artículo 93.1 LJCA, en función de todo lo razonado procede declarar lo siguiente, como jurisprudencia de esta Sala:

'En el Impuesto sobre Sociedades y en los términos establecidos por la normativa del tributo, los obligados tributarios tienen el derecho a compensar las bases imponibles negativas con las rentas positivas de los períodos impositivos siguientes, aun cuando la autoliquidación se presente de manera extemporánea, sin que la decisión de compensarlas o no constituya una opción tributaria de las reguladas en el artículo 119.3 LGT'.

La sentencia recurrida, ya se ha dicho, resuelve en sentido contrario a la doctrina jurisprudencial establecida, por lo que el recurso de casación ha de ser estimado, así como el recurso contencioso-administrativo, anulando la resolución económico-administrativa, así como la liquidación A2985419206012760, por importe de 6.436,01euros, girada en concepto de regularización del Impuesto de Sociedades, ejercicio 2.017". (F.D. 2º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Ordenanzas fiscales. Tasa aprovechamiento. Fijación de mutuo acuerdo Corporación local y contribuyentes, mediante la celebración de un convenio de colaboración, contraviene los principios de legalidad, seguridad jurídica y no disponibilidad del crédito.

STS (Sala 3ª) de 13 de abril de 2023, rec. nº 4650/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4730ac9af9fc23f2a0a8778d75e36f0d/20230428

"Tal como se establece en el artículo 7 de ésta -referido, además, al devengo-, establece las únicas menciones específicas contenidas en la Ordenanza analizada al supuesto de ocupación del subsuelo por empresas de suministro, y dispone en sus apartados 3 y 6 lo siguiente:

'3. El Ayuntamiento podrá llegar a un concierto con las Compañías suministradoras de electricidad, así como con empresas explotadoras de servicios de suministros que afecten a la generalidad o una parte importante del vecindario, consistiendo el importe de esta tasa hasta el 1,5% de los ingresos brutos obtenidos por dicha Compañía en el Término Municipal'.

6. El Ayuntamiento podrá llegar a un concierto con la Compañía de la Distribución de Gas Canalizado para uso industrial, y para uso doméstico, comercial y pequeño industrial, consistiendo el importe de esta tasa en el porcentaje acordado de los ingresos brutos obtenidos por dicha compañía en el término municipal'.

De ahí deriva que, en cuanto a la modalidad de uso privativo del dominio público en caso de compañías suministradoras de electricidad, la ordenanza fiscal nº 23 del Ayuntamiento de Jerez de los Caballeros sea parta abiertamente de la Ley -TRLIS- en cuanto:

1) Se somete al convenio con la compañía el importe de la tasa, con la sola salvedad de que no se podrá superar el 1,5 por 100, lo que permite un gravamen inferior.

2) Estaríamos ante una especie de tasa convencional o paccionada, no nacida de la ley, sino del pacto o convenio.

3) El devengo no es institución fiscal idónea para regular la cuantificación de la tasa.

4) El artículo 5 de la ordenanza, ni especifica el caso especial de las compañías suministradoras, ni cuantifica la tasa en el 1,5 por 100 de los ingresos brutos, como manda la ley, ni contiene previsión específica que concuerde con el art. 24.1 c) TRLIS, a cuyo tenor:

'...c) Cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllas consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5 por ciento de

los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas'

CUARTO.- Jurisprudencia que se establece.

Conclusión de todo lo expuesto hasta ahora es que a la cuestión suscitada en el auto de admisión, en que se nos insta a "[...] Determinar si la previsión contenida en una ordenanza fiscal, posibilitando que el tipo de gravamen de una tasa exigida por el ayuntamiento en concepto de la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local sea fijado de mutuo acuerdo entre la Corporación local y los contribuyentes, mediante la celebración de un convenio de colaboración, contraviene los principios de legalidad, seguridad jurídica y no disponibilidad del crédito tributario [...]', debe darse la siguiente respuesta:

1) La exigibilidad de una tasa municipal deriva de la ley y, en su desarrollo, de la ordenanza correspondiente, sin que sea admisible que su exigencia o no y, en el caso primero, su cuantificación, se haga depender de un convenio o acuerdo con el contribuyente.

2) Los tributos locales y, en especial, las tasas, dado su carácter potestativo como modalidad de financiación de servicios públicos de competencia local, requieren de la ordenanza correspondiente, que ha de respetar la ley de haciendas locales y la demás legislación que sea de aplicación, sin que, en caso de discordancia, sea posible prescindir de los términos de la ordenanza ilegal y girar el tributo conforme a las directas previsiones de la ley.

3) En caso de hechos imponibles tipificados en el artículo 24.1.a) del TRLHL, la tasa se cuantifica, conforme a la ley, en el 1,5 por ciento de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas, sin que sea lícito sustituir el importe por una tarifa basada en el número de metros lineales o cuadrados, según los casos, que se multiplica por una cantidad unitaria porcada metro [...]'." (F.D. 5º)

"Resolución de las pretensiones.

En aplicación de la doctrina jurisprudencial establecida en el FD cuatro de la STS de 14 de junio de 2022, cit., debemos declarar la nulidad radical de la ordenanza y la de las liquidaciones inspiradas en ella que son objeto de impugnación, a las que arrastra y condiciona la nulidad de aquella, que ha de ser declarada, con publicación del fallo anulatorio, respecto del artículo 7, apartados 3 y 6, de la ordenanza fiscal núm. 23 del Ayuntamiento de Jerez de los Caballeros, denominada '[...]por Garras, Palomillas, Postes, Vientos, Cables, Cajas de Acometidas, Distribución, Registro o Medida de Líneas Eléctricas o de Telecomunicaciones o de gas, Pozos, Arquetas, Registros y Cables que se instalen sobre la Vía Pública o su Subsuelo; Básculas y Aparatos para la Venta Automática y Otros Análogos que se establezcan sobre la Vía Pública, su Subsuelo o vuelen sobre la misma', loque se publicará en el mismo boletín oficial en que fue publicada la ordenanza fiscal (arts. 27.3 y 72.2 LJCA)". (F.D. 6º) [F.H.G.].

VII. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Jurisprudencia: el permiso de residencia por reagrupamiento familiar de la esposa de un residente legal en España, no requiere el reconocimiento, mediante el procedimiento de exequátur, de los efectos de la resolución que decretó la disolución de un anterior matrimonio del solicitante en su país de origen

STS (Sala 3ª) de 18 de mayo de 2022, rec. nº 3410/2021.

https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2022/06/Extranjeria-STS-CA-5a-18-mayo-2022.pdf

[La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección Quinta, de 18 de mayo de 2022 declara no haber lugar a un recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia confirmatoria en apelación una sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Lugo, que estimó el Procedimiento Ordinario núm. 124/2020, interpuesto frente a las resoluciones -29 de junio de 2020- de la Subdelegación del Gobierno en Lugo, que denegaron las solicitudes de autorización de residencia temporal por reagrupación familiar formuladas por D. Tomás a favor de su cónyuge, Dª. Inmaculada, y de su hijo menor de edad, Carlos Manuel.

En resumen, la auténtica cuestión controvertida objeto de este debate judicial se centra en determinar si el demandante ha de acudir necesariamente al procedimiento de exequátur para el reconocimiento y ejecución en España de la resolución de divorcio o si por el contrario la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia, documento debidamente apostillado y traducido, que aportó, es suficiente para que pueda reagrupar a su cónyuge y a su hijo menor de edad. Y frente a lo que sostiene la Abogacía del Estado, que entiende que el divorcio, para que surta efectos en este procedimiento, debe estar reconocido en España a través de la figura del exequátur, en este caso, el interesado sí solicitó el exequátur ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de ... , lo que dio lugar a la tramitación de los autos de exequátur 426/2019, en cuyo seno el Ministerio Fiscal a medio de escrito de 6 de noviembre de 2019, no se opuso a que se dictase auto de reconocimiento de la sentencia de divorcio. Consta la sentencia de divorcio de su país de origen del matrimonio que en su día contrajo D. Tomás con Dª. María Rosario, donde se fijan los efectos jurídicos y económicos derivados de la disolución; y en particular se le reconoce a la esposa una indemnización a su favor, haciéndose constar en dicha resolución que ya se procedió a su pago por parte del ex marido. La exigencia de la tramitación de un procedimiento de exequátur no prevista expresamente en la normativa que regula la reagrupación de familiares no puede fundamentar la denegación de ese permiso. No cabe exigir un determinado medio de prueba cuando el legislador no lo ha impuesto. En consecuencia, desde el momento en que no se niega la autenticidad del mentado documento extranjero, debidamente apostillado conforme al Convenio de la Haya, y que en el

procedimiento en trámite ante el Juzgado de Primera Instancia de Sarria el Ministerio Fiscal informó de forma favorable, y aun cuando no exista a fecha de hoy (no consta) la resolución judicial de reconocimiento de la sentencia, se está en condiciones de afirmar que el interesado sí cumple los requisitos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) y en el Reglamento de Extranjería aprobado por Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 (RLOEX). C) En definitiva, la Administración denegó los permisos solicitados, al considerar, de conformidad con lo establecido en el art. 53.a) del citado Real Decreto 557/2011, que Dª. Inmaculada está casada en segundas nupcias con D. Tomás y que, si bien se aportó la sentencia de divorcio, carece de exequátur, y que, aunque se adjuntó la solicitud del reconocimiento en España presentada ante el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1, dicha solicitud no acredita el reconocimiento. En relación con el requisito del exequátur, el Juzgado de instancia y la sentencia recurrida en casación consideran que se trata de un supuesto de valor probatorio de documento extranjero y no de ejecución y que la cuestión es de carácter probatorio, de modo que la exigencia del exequátur supone ignorar las normas procesales sobre validez probatoria de los documentos extranjeros conforme a los arts. 319 y 323 LEC, plenamente eficaces cuando están traducidos, legalizados y apostillados, como era el caso.

El Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina:

"(...) Constituye el objeto del presente recurso determinar si a los efectos de la reagrupación de un familiar, en concreto de la esposa (Dª. Inmaculada) y el hijo menor de edad (Carlos Manuel) de un extranjero con permiso de residencia legal en España (D. Tomás), que había contraído un anterior matrimonio en su país de origen, es necesario resolver si la disolución de ese primer matrimonio requiere el reconocimiento de sus efectos en España, previa la tramitación del procedimiento de exequátur, o si, por el contrario, es suficiente la aportación de documento auténtico del país de origen, debidamente diligenciado, sobre dicha disolución del anterior matrimonio. En el artículo 17 LOEX, se dispone que "el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares: a) El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial." Se añade a continuación que "el extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno de sus anteriores matrimonios sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia. En la disolución por nulidad, deberán haber quedado fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes, así como la indemnización, en su caso". La condición que se establece en relación con el reagrupamiento de un cónyuge, cuando exista una relación matrimonial anterior, está pensada para el "

extranjero" reagrupante y no para la esposa reagrupada, en cuyo supuesto se requiere, no solo la disolución de ese previo matrimonio, sino también "acreditar", la situación de la anterior cónyuge y su familia, conforme impone el precepto. El artículo 53 RLOEX, al desarrollar dichas previsiones legales, reitera la prohibición de reagrupar a más de un cónyuge, aun cuando lo admita la Ley personal del reagrupante, esto es, que ha de pretenderse el reagrupamiento del " nuevo cónyuge", es decir, el actual al momento de solicitarse la residencia. Dice el artículo 53 bajo el título Familias reagrupables: "El extranjero podrá reagrupar con él en España a los siguientes familiares: a) Su cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la disolución de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los hijos menores o mayores dependientes. (...)". En el caso de autos, la decisión de la Administración, rechazada por los Tribunales de instancia, no es que el solicitante de la residencia temporal a favor de su esposa y de su hijo menor de edad no haya acreditado la relación familiar que invoca, es decir, la relación matrimonial con quien es ya residente en España, así como que esa relación matrimonial sea la actual, en el sentido de que se pretende el reagrupamiento "al nuevo cónyuge". Lo que se cuestiona en el caso de autos es que, habiendo contraído un matrimonio anterior, se ha aportado la ya mencionada acta de divorcio extendida en su país de origen, y que, a juicio de la Administración recurrente, no es suficiente a los efectos de los mencionados preceptos, sino que esa homologación requería un procedimiento de exequátur sin el cual, en el razonar del escrito de interposición del recurso, no puede estimarse cumplidos los requisitos que se imponen para el permiso de residencia por reagrupamiento de un familiar. Para el Abogado del Estado solo mediante el reconocimiento de esas resoluciones extranjeras a través de un procedimiento de exequátur se podrá verificar que las resoluciones extranjeras se ajusten al orden público español debiendo rechazare conforme a éste cuando la misma sea contraria a él como sucederá p. ej.: en el caso típico de que la resolución judicial extranjera afecte a menores de edad y se haya dictado sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en el caso de encontrarnos ante situaciones de polígama o poliandria, en el supuesto del repudio marital clásico, etc. Afirma que resulta evidente que esa finalidad no puede conseguirse con la mera legalización o apostilla a que se refiere el artículo 323 LEC. No es necesario que el art. 17 LOEX exija de forma expresa acudir al procedimiento de reconocimiento a través del exequátur. La lectura de ese precepto revela que no contempla a las resoluciones extranjeras como meros documentos públicos a los efectos probatorios, sino que va mucho más allá refiriéndose a resoluciones extranjeras que deben reconocerse para desplegar efectos en nuestro territorio, aun cuando no lo afirme expresamente. Ese precepto exige algo más que la mera aportación documental a que se refiere el artículo 56.3 RLOEX. El artículo 53 prohíbe que "puedan reagruparse a más de un cónyuge, aunque la ley personal del

extranjero admita esta modalidad matrimonial". Si nos atenemos al tenor literal de este precepto debe dejarse constancia que el precepto impone que si el residente legal en España había celebrado un anterior matrimonio, esté estuviera disuelto, a los efectos de que no se pudiera reagrupar "más de un cónyuge". Como dijimos en la STS 474/2022, de 25 de abril -RCA 3135/2021- " Porque, conforme a esa normativa expuesta, en modo alguno se condiciona el otorgamiento de la residencia temporal al cónyuge sin haber acreditado la disolución del anterior matrimonio, sino que si conforme a la "ley personal del extranjero" se permite la posibilidad de varias esposas --como es el caso del ordenamiento del Reino de Marruecos--, lo que no podrá concederse es el permiso de residencia a "más de un cónyuge". Pero ha de insistirse que en el caso de autos no se trata de residente extranjero con varias esposas". Allí se trataba de una mujer, solicitante de autorización de residencia temporal por reagrupación familiar para su esposo siendo la solicitante la que estaba casada en segundas nupcias con el nuevo cónyuge para el que solicitaba la residencia. Aquí se trata de un varón, solicitante de autorización de residencia temporal por reagrupación familiar para su esposa e hijo menor, siendo el solicitante el que está casado en segundas nupcias con el nuevo cónyuge para el que solicitaba la residencia, Como dijimos en aquella sentencia: <<el párrafo tercero del artículo 53-a) impone la exigencia de que cuando quien solicita la residencia temporal por reagrupamiento, en caso de "segundas o posteriores nupcias", solo podrá concederse "si acredita que la disolución de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los hijos menores o mayores dependientes". En puridad de principios y conforme a una interpretación sistemática del precepto transcrito, comporta que, al amparo de los principios de orden público de nuestro Derecho, en que se proscribe la poligamia, la celebración de ulteriores matrimonios, a los efectos de concesión de la residencia temporal, requiere esa disolución judicial del anterior matrimonio, de tal forma que si bien ese ulterior matrimonio es admisible conforme a la ley personal, no podrá dar lugar a la residencia sin la previa disolución>>. En conclusión, en supuestos como el presente, no es propiamente el reconocimiento y ejecución de una resolución extranjera, que es lo que requiere el procedimiento de exequátur que se regula en los artículos 41 y siguientes de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil; sino acreditar que, conforme al derecho del país de origen del reagrupante y reagrupada -Marruecos-, el anterior matrimonio del solicitante y de la esposa que pretende obtener la residencia se encuentra disuelto, con la extensión que se requiere en los mencionados preceptos. Y es que, como se declara en la sentencia de esta misma Sala 1893/2016, de 20 de julio, dictada en el recurso de casación núm. 3839/2015, no puede confundirse "la homologación de un título ejecutivo o sentencia judicial dictada en el extranjero para que produzca efectos en España con la fuerza probatoria de un documento extranjero para acreditar un hecho, en este caso el matrimonio válidamente celebrado entre la recurrente y el reagrupante". Lo que debía acreditar el solicitante de la residencia en el presente supuesto, además de otros requisitos, era el hecho de la disolución de su anterior matrimonio, no que dicha resolución surtiera efectos en España. Y esa prueba debía regularse por lo

establecido en el art. 323 LEC, bien diferente del juicio de exequátur regulado en la Ley antes mencionada, por remisión de lo establecido en el artículo 523 de la mencionada Ley procesal. Consideraciones de las que correctamente se han hecho eco las sentencias recurridas, tanto la del Juzgado como la dictada en apelación. Y sin que los hechos probados y valorados por el Juzgado y por la Sala "aquo" aparezcan contradichos -en este caso, la previa disolución del anterior matrimonio de D. Tomás y Dª. María Rosario se considera acreditada en las sentencias recurridas-, no son necesarias más consideraciones".

"(...) Sobre la fijación de doctrina jurisprudencial. Debemos concluir, en línea con lo acordado en la STS 474/2022, de 25 de abril , dando respuesta a la cuestión que suscita interés casacional, que el permiso de residencia por reagrupamiento familiar de la esposa de un residente legal en España, no requiere el reconocimiento, mediante el procedimiento de exequátur, de los efectos de la resolución que decretó la disolución de un anterior matrimonio del solicitante en su país de origen, sino la prueba plena, conforme a los requisitos legales, del documento en que se decretase dicha disolución; sin perjuicio de los demás requisitos que para dicho reagrupamiento se impone en los preceptos pertinentes de la legislación de extranjería.] [A.O.G.]

Jurisprudencia: El TS sienta doctrina sobre el requisito de la buena conducta cívica para la concesión de la nacionalidad

STS (Sala 3ª) de 3 de noviembre de 2022, rec. nº 4123/2021.

https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDA3NTIzMjZWK0stKs7Mz7MNy0xPzStJBQCezDqeIAAAAA==WKE

[Para determinar si el requisito de buena conducta cívica se ha cumplido o no de manera efectiva, habrá que tomar en consideración y valorar conjuntamente todas las circunstancias concurrentes en cada caso, tanto las que pudieran resultar favorables al interesado como las adversas, sin prescindir de ninguna y, por tanto, incluyendo las relativas a la enfermedad mental crónica que pudiera padecer aquél y al comportamiento que hubiera observado bajo los efectos de dicha enfermedad] [A.O.G.]

Jurisprudencia: Cuando se trate de una compraventa de mercaderías el tribunal competente es el del lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías

AAP Sevilla (Sección 8ª) de 2 de noviembre de 2022, rec. nº 1665/2022.

https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2023/01/Proceso-SAP-Sevilla-8a-2-noviembre-2022.pdf

[Se desestima el recurso interpuesto por la representación de M., S.L. contra el auto dictado el 24 de enero de 2022 en el Procedimiento monitorio europeo 2270/21 por el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Sevilla y confirmaba el mismo por distintos fundamentos, declarando incompetente territorialmente a los Jueces de primera instancia del partido judicial de Sevilla y como consecuencia, inadmite la petición de monitorio europeo, para que se presente dicha petición ante los órganos judiciales que sean competentes. De acuerdo con el presente Auto: por parte de la entidad "M., S.L.", se ha presentado petición de requerimiento europeo de pago, mediante el formulario correspondiente, contra "M.A.B.L.", domiciliada en ..., Porto, Portugal, en reclamación de 13.000 €, correspondiente a la compra-venta de mercancías, no materializada en el puerto de Barcelona el 24/03/2021, ascendente a un valor de 13.000 € pagados por transferencia más las costas judiciales ascendentes al 30 % de la cantidad reclamada (3.900 €). Como es de ver en los antecedentes de esta resolución, por el Juez de la primera instancia se dicta auto inadmitiendo por falta de competencia territorial dicha petición. Frente a dicha resolución se interpone por la peticionaria el presente recurso de apelación.

El Juez de la primera instancia fundamenta su auto en el art. 813 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, cuyas normas no son aplicable al procedimiento instado, siendo un procedimiento regulado por el Reglamento (CE) no 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 , por el que se estableció el proceso monitorio europeo, remitiendo en cuanto a la competencia al Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; y dicho reglamento que regula la competencia establece como norma general en su Artículo 2: "1. Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. 2. A las personas que no tuvieren la nacionalidad del Estado miembro en que estén domiciliadas les serán de aplicación las reglas de competencia judicial que se aplicaren a los nacionales". Pero estableciendo normas especiales de competencia en su art. 5, que viene a establecer excepcionalmente que, "Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro", encontrándonos en el caso de autos, que se reclama el precio pagado de una compraventa de mercancías, que debían ser entregadas y no lo fueron, según la petición, en el puerto de Barcelona el 24/03/2021, estableciendo dicho art. 5 .1), que regirá dicha norma excepcional: " a) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda; b) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario,

dicho lugar será: - cuando se tratare de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías;"... Por consecuencia, en el caso de autos es aplicable dicha norma excepcional, al encontrarnos con una compraventa mercantil, pero no siendo competente el Juez de Sevilla, (con cuyo partido judicial el único punto de conexión es el domicilio de la demandante y su representante), sino los juzgados de Barcelona (art.5 .1 b) del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial)". "(...) Por consecuencia, procede declarar incompetente territorialmente a los Jueces de primera instancia del partido Judicial de Sevilla y como consecuencia, no admitir la petición de monitorio europeo, para que se presente dicha petición ante los órganos judiciales que sean competentes] [A.O.G.]

Jurispr*udencia: No previendo nada al respecto el contrato firmado sobre la ley aplicable, cabe la acción directa contra el cargador en base a la normativa nacional.*

SAP de Lleida (Sección 2ª), de 26 de octubre de 2022, rec. nº 921/2021.

https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2023/01/Transporte-SAP-Leida-2a-26-octubre-2022.pdf

[La acción directa del porteador efectivo frente al cargador inicial y el resto de la cadena de subcontrataciones constituye una garantía de los derechos de cobro de quien realizó definitivamente el porte. Esta acción está reconocida en la legislación española Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías y la DA 6ª citada, y se prevé de forma imperativa. El CMR no es exhaustivo y no excluye expresamente esta acción directa. Por todo ello, es posible aplicar como ley subsidiaria la prevista en el ordenamiento propio de cada estado miembro. Así se prevé teniendo en cuenta la Ley aplicable determinada por Roma I, artículo 3 y 5.1 Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, cuando señala que en materia de transporte, es posible en defecto de pacto, aplicar las normas del país donde el transportista tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de recepción o el lugar de entrega, o la residencia habitual del remitente, también estén situados en ese país, que en este caso fue España, lugar de residencia habitual del remitente (Mollerussa) y también residencia habitual del transportista. No previendo nada al respecto el contrato firmado sobre la ley aplicable, cabe la acción directa contra el cargador en base a la normativa nacional. Se desestima por tanto la alegación de falta de acción directa del recurso de apelación, confirmando lo establecido en Sentencia] [A.O.G.].