PRAXIS JUDICIAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Revista Semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 19
Enero 2024

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

II. Derecho Mercantil…….....17

1. Derecho de Seguros…...……...17

III. Derecho Procesal……..…..……....……..31

IV. Derecho Penal..……..35

1. Parte General…….…….....35

2. Parte Especial……...…….38

V. Derecho Administrativo..…….....43

VI. Derecho Tributario...…….71

VII. Derecho Internacional Privado.……...…....85

I. DERECHO CIVIL

1. DERECHO DE FAMILIA

Jurisprudencia: Fijación de una pensión de alimentos a cargo de un padre que se encuentra en paradero desconocido, cuyos ingresos reales no se conocen: se fija en un 10% de los mismos, desde el momento de la interposición de la demanda, "todo ello, sin perjuicio de su liquidación y revisión por modificación de circunstancias una vez se conozcan los ingresos reales del demandado".

STS (Sala 1ª) de 1 de junio de 2023, rec. nº 2128/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/78445d4a264e5560a0a8778d75e36f0d/20230622

"(…) En el caso presente, concurren las circunstancias siguientes. El padre, en los meses de enero, marzo y abril de 2019, vino abonando a su hijo, por medio de una transferencia, la suma de 150 euros mensuales, lo que implica contaba con posibilidades para atender tan indeclinable obligación. La demanda se interpuso en junio de 2019.

A partir de ese momento, se despreocupó de la atención del menor, ausentándose sin dejar constancia de su domicilio actual. Es más que plausible que se encuentre en el extranjero. No consta que carezca de recursos económicos o que se encuentre en una situación de absoluta indigencia, simplemente se ignoran cuáles son los ingresos con los que cuenta actualmente, dado que, por acto propio, se ausentó sin dejar datos. En la tesitura expuesta, es la madre la que, de forma exclusiva, atiende a las necesidades del menor.

(…) En este caso, con aceptación de la petición formulada por el Ministerio Fiscal, conforme a un criterio de prudencia, fijamos en un porcentaje del 10% de los ingresos de demandado su prestación alimenticia, que se devengará desde la fecha de la demanda (art. 148 CC), al ser la primera vez que se fijan los alimentos (…) todo ello, sin perjuicio de su liquidación y revisión por modificación de circunstancias una vez se conozcan los ingresos reales del demandado" (F.D. 3º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: No son gananciales los bienes adquiridos por el marido en el período comprendido entre la firma de un convenio privado de separación entre los cónyuges en 1997 y la sentencia firme de divorcio de 2018. Por aplicación del principio de buena fe, "cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo no se integran en la comunidad bienes que, conforme a las reglas del régimen económico serían gananciales, en especial cuando se trata de bienes adquiridos con el propio trabajo e industria de cada uno de los cónyuges y sin aportación del otro". De dicho convenio privado de separación (en el que se incluye la contribución del marido a los gastos generados por los hijos comunes, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar y una pensión

compensatoria en favor de la mujer) "resulta la voluntad efectiva e inequívoca de ambos esposos de romper la relación conyugal". No puede entenderse que los bienes adquiridos entre 1997 y 2018 conjuntamente por el marido con su nueva compañera (con la que contrajo matrimonio después de la sentencia de divorcio) sean gananciales en un 50% con apoyo en la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC y, en consecuencia, con el argumento de que los fondos empleados por el marido se presumen gananciales: "la presunción de ganancialidad tiene eficacia iuris tantum y puede ser desvirtuada eficazmente ante un tribunal mediante la prueba en contrario, como ha sucedido en este caso, de manera convincente a la vista del documento privado de separación de hecho firmado por las partes en el año 1997 y materializado en la vida separada mantenida por ambos desde entonces".

STS (Sala 1ª) de 17 de julio de 2023, rec. nº 1182/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/84a242df4276ba91a0a8778d75e36f0d/20230609

"En la formación de inventario para la liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales se discute la inclusión de los bienes y deudas contraídas después de la firma de un convenio privado de separación suscrito por los esposos el 1 de diciembre de 1997. La exesposa interesa que se esté a la firmeza de la sentencia de divorcio, dictada el 13 de junio de 2018, fecha que tuvo en cuenta el juzgado para la formación del inventario. La Audiencia Provincial estima la apelación del exesposo y excluye del inventario los bienes y deudas posteriores al convenio de separación, y su criterio va a ser confirmad" (F.D. 1º).
(…) La Audiencia valora la existencia de un documento privado suscrito por las partes el 1 de diciembre de 1997 del que resulta la voluntad efectiva e inequívoca de ambos esposos de romper la relación conyugal. Naturalmente que mediante un documento privado no puede disolverse el régimen económico matrimonial, para lo que sería necesario el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en escritura pública, pero ese convenio de separación, que incluía compromisos económicos a cargo del esposo respecto de las hijas comunes, la atribución del uso de la vivienda ganancial, así como el pago de una pensión compensatoria a favor de la esposa, merece ser valorado, como ha hecho la Audiencia, como revelador de una voluntad de separación seria y prolongada en el tiempo de manera mutuamente consentida, lo que permite tomarlo en consideración a la hora de la liquidación de gananciales. Al hacerlo así, la sentencia recurrida no infringe los preceptos invocadospor la recurrente ni es contraria a la doctrina de esta sala.
Por otra parte, la sentencia recurrida constata la falta de aportación por las partes de documentación que acredite los términos exactos en los que se han producido las adquisiciones de bienes por parte del esposo después de la firma del mencionado convenido privado de separación. Adquisiciones que, según se dice, en su mayor parte se han llevado a cabo de manera conjunta por el demandado y quien es su pareja al menos desde 1999 (fecha en la que nació su primera hija común), y con la que ha contraído matrimonio después de la sentencia de divorcio del matrimonio celebrado en su día con la actora. Pero, saliendo al paso de las alegaciones de la demandante, de forma razonable, la Audiencia ofrece una explicación verosímil acerca de que las posibles titulizaciones en la proporción adquirida por el demandado como presuntivamente gananciales no obedezcan al deseo del

demandado de continuar la relación económica más allá de lo pactado, sino al juego de las presunciones legales de ganancialidad mientras no se disuelva el régimen económico. Con ello, la sentencia recurrida no contradice la doctrina de la sala ni infringe el art. 1361 CC, puesto que la presunción de ganancialidad tiene eficacia iuris tantum y puede ser desvirtuada eficazmente ante un tribunal mediante la prueba en contrario, como ha sucedido en este caso, de manera convincente a la vista del documento privado de separación de hecho firmado por las partes en el año 1997 y materializado en la vida separada mantenida por ambos desde entonces" (F.D. 4º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Carácter vinculante del convenio de modificación de las medidas acordadas en sentencia de divorcio, aunque el mismo no haya sido ratificado judicialmente, dado que dicho convenio "es manifestación de las facultades de autorregulación que corresponden a las partes litigantes, sin que se aprecien atisbos de la existencia de vicios del consentimiento". No procede la extinción de la pensión compensatoria pactada en dicho convenio, pues la circunstancia de encontrarse el deudor sujeto a un ERTE "es una medida laboral que determina la reducción o la suspensión con carácter temporal de la relación laboral, sin que suponga su extinción, por lo que superada la crisis sanitaria procede la reincorporaron de las personas afectadas a sus puestos de trabajo, y, por lo tanto, del actor, como piloto de líneas aéreas de viajes internacionales, sin que éste haya justificado que perdiera su empleo o sufriera una patente disminución de los ingresos antes percibidos, sobre lo que nada dice en su recurso, pese a disponer de tales datos": no es posible "convertir lo coyuntural en definitivo para que sea, ahora, el demandante quien pretenda desvincularse del pacto suscrito, y obtener la extinción de la pensión compensatoria pactada a favor de la que fue su cónyuge".

STS (Sala 1ª) de 6 de junio de 2023, rec. nº 6986/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cd347597d304dcf2a0a8778d75e36f0d/20230616

"(…) la estimación del recurso es procedente como consecuencia de la expuesta doctrina jurisprudencial, que es infringida por la audiencia.

En primer término, porque la sentencia del tribunal provincial niega eficacia vinculante al convenio de 3 de febrero de 2020, a pesar de que es manifestación de las facultades de autorregulación que corresponden a las partes litigantes, sin que se aprecien atisbos de la existencia de vicios del consentimiento.

El acuerdo aparece no solo suscrito por las partes, como elemental manifestación de su conformidad con el contenido pactado, sino que comienza cumpliéndose por los litigantes, lo que constituye una manifestación reconocida por actos propios de su eficacia jurídica.

(…) Por todo ello, la sala otorga valor jurídico a lo pactado en el convenio de 3 de febrero de 2020, que no es contrario a la ley, a la moral, ni al orden público, sino expresión de la libre autonomía de la voluntad de las partes, que no cabe desconocer dado el carácter vinculante de los pactos libremente asumidos (art. 1091 CC)" (F.D.

3º).

(…) la disminución de los ingresos del padre se fija en las sentencias recurridas como coyuntural, derivada de la pandemia del COVID 19. A consecuencia de ello, el actor quedó afectado por un ERTE, regulado en los arts. 22 y siguientes del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19,que constituye una medida laboral que determina la reducción o la suspensión con carácter temporal de la relación laboral, sin que suponga su extinción, por lo que superada la crisis sanitaria procede la reincorporaron de las personas afectadas a sus puestos de trabajo, y, por lo tanto, del actor, como piloto de líneas aéreas deviajes internacionales, sin que éste haya justificado que perdiera su empleo o sufriera una patente disminución de los ingresos antes percibidos, sobre lo que nada dice en su recurso, pese a disponer de tales datos.

No podemos convertir lo coyuntural en definitivo para que sea, ahora, el demandante quien pretenda desvincularse del pacto suscrito, y obtener la extinción de la pensión compensatoria pactada a favor de la que fue su cónyuge" (F.D.4º).

Jurisprudencia: El interés superior del menor fundamenta la atribución temporal de la custodia temporal de la menor a la tía paterna de la menor, por ser ésta "la persona más adecuada por su edad, predisposición, cualificación, condición de madre de dos menores, una de las cuales mantenía con la hija de los litigantes una excelente relación". No procede atribuir la custodia de la hija a ninguna de los dos progenitores: ni al padre, por "hallarse sometido a un proceso penal de violencia doméstica y de género", ni a la madre, en orden de búsqueda y captura, "por haber obstaculizado, desde el primer momento, toda clase de contacto y comunicación del padre con su hija, con incumplimiento reiterado de diversas resoluciones judiciales que así lo habían acordado, hasta el punto de sustraerse a la acción de la justicia, al haber huido con la niña, cuyo paradero se desconoce, y, por consiguiente, la concreta situación en la que se encuentra, a la que ha desarraigado de su núcleo afectivo y familiar y acaparado de forma personal y exclusiva". "A más abundamiento [justifica esta solución], el daño psicopatológico susceptible de sufrir la niña, al desarrollarse, bajo la creencia inducida por la madre, de que su padre ha abusado de ella, cuando indicios racionales de tal clase no constan en la exhaustiva investigación judicial llevada a efecto con pluralidad de pruebas practicadas".

STS (Sala 1ª) de 20 de junio de 2023, rec. nº 2591/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/61835708bfd84550a0a8778d75e36f0d/20230630

"(…) la situación de la madre determina, igualmente, la imposibilidad de ejercer las funciones de progenitora custodia en virtud de las consideraciones siguientes. En primer término, por haber obstaculizado, desde el primer momento, toda clase de contacto y comunicación del padre con su hija, con incumplimiento reiterado de diversas resoluciones judiciales que así lo habían acordado, hasta el punto de sustraerse a la acción de la justicia, al haber huido con la niña, cuyo paradero se desconoce, y, por consiguiente, la concreta situación en la que se encuentra, a la que

ha desarraigado de su núcleo afectivo y familiar y acaparado de forma personal y exclusiva.

A más abundamiento, el daño psicopatológico susceptible de sufrir la niña, al desarrollarse, bajo la creencia inducida por la madre, de que su padre ha abusado de ella, cuando indicios racionales de tal clase no constan en la exhaustiva investigación judicial llevada a efecto con pluralidad de pruebas practicadas. Un proceder de tal clase incide, de forma negativa, en el libre desarrollo de la personalidad de la menor, y le genera un patente daño tal y como resulta de la pericial practicada.

Pesa sobre la madre una orden de búsqueda y captura y tiene abiertos sendos procesos penales por tales hechos.

Su comportamiento no encuentra amparo en Derecho. La hija no es patrimonio de la madre, ni cabe imponga su unilateral decisión sobre lo que, subjetivamente, entiende que constituye el interés de su hija, con desprecio y descalificación de las resoluciones judiciales y su posible revisión a través del sistema de recursos.

(…) En la tesitura, antes expuesta, la medida más adecuada es confiar, temporalmente, la custodia de la niña a un familiar próximo, distinto de sus progenitores, sin perjuicio del régimen de comunicación con la niña que, en su caso, se acuerde con respecto a su padre y madre, en ejecución de esta sentencia, una vez que la menor pueda ser localizada y sometida a decisión judicial.

Esta posibilidad que cuenta con apoyo normativo en los arts. 103.1 II, 158 y 160 del CC, se consideró por esta sala aplicable a los procesos matrimoniales aun cuando no se encuentre prevista en el art. 92 del CC siempre así lo exija el interés superior de la menor (STS 679/2013, de 20 de noviembre) e igualmente se admite en las sentencias 47/2015, de 13 de febrero, 582/2014, de 27 de octubre y 492/2018, de 14 de septiembre.

Se comparte el criterio del Ministerio Fiscal relativo a que la persona más adecuada por su edad, predisposición, cualificación, condición de madre de dos menores, una de las cuales mantenía con la hija de los litigantes una excelente relación, es la tía paterna de la niña" (F.D. 5º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Las discrepancias en la valoración del activo no pueden dar lugar a la acción de complemento o adición del art. 1.079 C.c.

SAP A Coruña de 23 de febrero de 2023, rec. n. 543/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d27c15a3bceaac3ba0a8778d75e36f0d/20230509

"Es indudable que la sentencia recurrida contradice la doctrina del TS 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. El actor recurrente pretende con total claridad la adición de nuevos créditos al pasivo que considera que han sido omitidos, pero no cuestiona su valoración" (F.D.3º) [J.B.D.].

Jurisprudencia: Distinción entre acción de rescisión por lesión y acción de complemento o adición de la liquidación de la sociedad de conquistas

SAP Navarra de 7 de febrero de 2022, rec. n. 6/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/63549d8e52f0a4a0/20220608

"(…) la acción de rescisión por lesión, que es la entablada en este litigio por el demandante, no es apta para discutir si un determinado bien se debe reputar como privativo o como ganancial, a efectos de su inclusión, a posteriori, en el inventario y liquidación, sino que por el contrario dicha acción ha de quedar limitada a la constatación y contraste del valor económico de los concretos bienes sí inventariados y liquidados, para ponderar si existe una desviación de tal valoración que cause lesión en los términos legales expuestos" (F.D.4º) [J.B.D.]

Jurisprudencia: Constitución de curatela, nombrándose curador a quien venía ejercitando la guarda de hecho. Alzheimer, que ocasionaba un deterioro cognitivo muy grave, de carácter crónico e irreversible.

SAP de Navarra (Sección 3ª) de 6 de febrero de 2023, rec. nº 854/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/70fdac0ce2fcb655a0a8778d75e36f0d/20230727

[La sentencia reseñada sujetó a curatela a una persona que padecía una enfermedad de Alzheimer, que le ocasionaba "un deterioro cognitivo muy grave, de carácter crónico e irreversible", la cual le impedía "comprender el procedimiento y sus consecuencias", constatándose su "imposibilidad absoluta" "de manifestar en ningún grado una mínima voluntad tendente a la realización de cualesquiera actividades de la vida ordinaria, incluidas las más básicas".

Nombró al hijo curador con facultades de representación, para los actos ordinarios de la vida, así como para los "actos de disposición, otorgamiento de consentimiento y demás actos jurídicos precisados de representación incluyendo los actos de carácter jurídico, económico, contractual o administrativo, relacionados con la disposición imprescindible de numerario en cuentas bancarias para atender las necesidades de la discapaz, la contratación de suministros y servicios para el hogar familiar, y los relacionados con su salud, el transporte, y el ocio"] [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Denegación de curatela, por existir guarda de hecho que funciona correctamente, con constatación de la persona que la ejerce y determinación de sus facultades representativas. Revisión de la declaración a los tres años y obligación de rendir cuentas anuales.

SAP de Álava (Sección 1ª) de 17 de enero de 2023, rec. nº 1948/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5940f812ea527f25a0a8778d75e36f0d/20230710

[La sentencia reseñada deniega la pretensión de constitución de curatela, por existir una guarda de hecho desempeñada por la madre, desde que su hijo había alcanzado la mayoría de edad, "si bien, parece oportuno realizar una declaración judicial sobre el carácter de guardadora de hecho" de aquélla, "aunque sea a los meros efectos de acreditar esa condición frente a terceros".

Precisa que la guardadora podrá representar a su hijo en los siguientes actos: "1) En la obtención y renovación de DNI/pasaporte y obtención de un certificado digital electrónico de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, a fin de poder realizar gestiones telemáticas en las que sea precisa la utilización de tal medio de identificación y firma. 2) En la toma de decisiones de contenido económico, educativo, así como, gestión, administración y disposición ante la entidad bancaria en la que [el hijo] tenga abierta una cuenta corriente 3) En las solicitudes de actos médicos, toma de decisiones y en su caso suscripción del consentimiento informado para la realización de intervenciones médicas. 4) En cualquier acto ante la Administración y Tribunales, y en general, en cualquier acto de gestión de los intereses ordinarios de [del hijo] ante la Administración y Tribunales".

Concluye que "Cualquier otra necesidad de apoyo representativo puntual que pudiera surgir en el futuro deberá ser solicitada por el cauce del expediente de jurisdicción voluntaria".

No deja de ser curioso, que esta sentencia establezca una revisión de la declaración de guardador de hecho a los tres años, medida ésta que el art. 268.II CC sólo contempla para las medidas judiciales de apoyo, lo que es una manifestación más de la paradoja de la judicialización de la desjudicialización. Establece, además, la obligación de la guardadora de informar de su actuación el mes de enero de cada año] [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Constitución de curatela con facultad de representación, por padecerse un Parkinson en fase avanzada, como consecuencia del se carece de la posibilidad de expresar la voluntad o deseos.

SAP de Alicante (Sección 6ª) de 20 de febrero de 2023, rec. nº 945/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/215701d654e368e9a0a8778d75e36f0d/20230803

[La sentencia reseñada, revocando la recurrida, nombró curadora con facultades de representación a la hija de una persona afectada por un Parkinson en fase avanzada, que padecía un grave deterioro cognitivo, como consecuencia del cual carecía de la posibilidad de "expresar su voluntad o deseos"; y ello, a pesar de existir una guarda de hecho desempeñada por dicha hija.

Afirma que "Esta Sala no desconoce que existe otra corriente entre una parte de las Audiencias Provinciales que limitan la designación de curador, cuando existe una guarda de hecho que se desarrolla de forma eficaz, siguiendo el art. 255 in fine del CC".

Pero añade: "Sin embargo, al entender de esta Sala en aquellos supuestos en que la persona discapaz que precisa de medidas de apoyo, carece de toda forma de expresar su voluntad o deseos, de tomar decisiones por sí mismo, no pudiendo desarrollar las más mínimas habilidades de la vida, y por tanto teniendo nula capacidad, pese a tener un guardador/a de hecho. Se hace totalmente necesario establecer una curatela representativa al ser aquella guarda insuficiente"] [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Constitución de curatela en favor de entidad pública por existir conflictividad entre la persona con discapacidad y quien pretende asumir su guarda de hecho.

La SAP de Alicante (Sección 6ª) de 27 de abril de 2023, rec. nº 1022/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6d51af4338567440a0a8778d75e36f0d/20230803

[La sentencia reseñada consideró procedente la curatela encomendada al IVASS, constituida por la sentencia recurrida, rechazando el recurso de la mujer de la persona con discapacidad, la cual argumentaba que "era ella misma la que estaba desempeñando el papel de guardadora de hecho del demandado y era quien debía asumir su curatela".

Frente a ello, la Audiencia afirma que es evidente que la convivencia entre los cónyuges "es insostenible", "habiéndose producido, incluso, episodios de violencia de género", y que en el acto de la vista la mujer "llegó a manifestar que no quería convivir con su esposo, y que, si lo hacía, debía ser a cambio de una pensión compensatoria", manifestando, además, éste que no quería seguir conviviendo con aquélla.

Concluye que "Dicha situación permite descartar la existencia de una guarda de hecho eficaz y adecuada y determina la necesidad de designar un curador"] [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: No todo familiar próximo de la persona con discapacidad "ha de ser reconocido, por esa sola circunstancia, como su guardador de hecho".

SAP de La Coruña (Sección 4ª) de 24 de abril de 2023, rec. nº 903/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1d572cfdc57bcc9da0a8778d75e36f0d/20230718

[La sentencia reseñada revocó la recurrida, que había denegado la constitución de una curatela con el argumento de que la persona con discapacidad era atendida por dos de sus hijos. Se trataba de una persona, internada en una residencia, que padecía una enfermedad de Parkinson diagnosticada hace más de veinticinco años, por lo que tenía un deterioro cognitivo avanzado, sin posibilidad de comunicación verbal, ni de otra clase, siendo "absolutamente dependiente de la ayuda de terceros para las más elementales actividades de la vida diaria".

La Audiencia observa que "no todo familiar próximo" de la persona con discapacidad "ha de ser reconocido, por esa sola circunstancia, como su guardador de hecho, y que tampoco la cercanía familiar y/o afectiva de una persona con discapacidad con respecto a otras de su entorno -sus cinco hijos, en este caso- selecciona automáticamente a cualquiera de ellas como guardador de hecho, con las obligaciones y responsabilidades inherentes".

Afirma que la persona con discapacidad al enviudar y perder a su marido, "perdió también a su verdadero guardador de hecho, a la persona que la había cuidado y asistido desde que hace aproximadamente veinticinco años aparecieron los primeros síntomas de la enfermedad", añadiendo que "La situación que se produjo con el óbito [del marido] es, precisamente, la que la Ley contempla: no existe otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad (art. 269)", descartando que la circunstancia de que los hijos reaccionaran, inmediatamente, para atender a su madre, buscándole habitación en una residencia especializada, y de que, un mes después del fallecimiento del padre, presentaran solicitud de provisión judicial de apoyos, no los convertía en guardadores de hecho. Nombro, así, curadora con facultades de representación, en la esfera personal y patrimonial, a una de las hijas, con la aquiescencia del resto de los hermanos".

La sentencia reseñada suscita la siguiente reflexión: el art. 263 CC, que consagra el principio de conservación de la guarda de hecho ejercida correctamente, obliga a determinar cuándo la misma no funciona adecuadamente, pues solo entonces procederá la constitución de una curatela. Pero, con mayor razón, procederá la curatela, cuando la persona que necesite medidas de apoyo carezca de guardador. Repárese en que el art. 263 CC establece el principio de conservación de la guardia de hecho ejercida correctamente, pero no permite denegar la constitución de una curatela, con el argumento de que es posible apoyar a la persona con discapacidad a través del ejercicio de una guarda de hecho, pudiendo asumir la condición de guardador quien, al tramitarse el procedimiento, no lo es, pero está dispuesto a ser nombrado curador] [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Constitución de curatela, por ser inadecuada la guarda de hecho para apoyar a una persona con episodios de desmedida tendencia al gasto.

SAP de La Coruña (Sección 5ª) de 2 de mayo de 2023, rec. nº 534/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/641f4df99784ba7ea0a8778d75e36f0d/20230718

[La sentencia reseñada revocó la sentencia recurrida, que había denegado la constitución de una curatela, con el argumento de que la persona con discapacidad estaba ya apoyada de manera suficiente y adecuada por la hermana, guardadora de hecho, que es la que pretendía ser nombrada curadora.

Según el informe médico diagnosticada, la persona con discapacidad, sufría "una esquizofrenia paranoide, enfermedad que cursa con brotes, con ideaciones delirantes y juicio de la realidad alterado" y que "para evitar estos episodios es imprescindible seguir el tratamiento continuamente", lo cual no acontecía en el caso juzgado en el que, en diversas ocasiones, se había abandonado el tratamiento, lo que había provocó diversos brotes; y, en trámites de aclaraciones, se evidenció que la enferma no conocía los precios de las cosas, no daba los datos económicos, "decía que no sabía, por lo que sería muy influenciable para que alguien la pudiera engañar".

La promotora del procedimiento había declarado que su hermana "ha sido estafada, que la estafa llegó a unos 60.000 euros, que su hermana ha realizado compras compulsivas, que ahora pasa todo el día en la residencia por el miedo que tiene a salir, miedo que se vincula a aquellos hechos".

La Audiencia nombró curadora a la hermana con facultades de representación, "para lo relativo a las actividades de carácter médico y que afecten al ámbito de salud, concediéndole facultades de representación salud (consentimiento del tratamiento médico, suministro medicación pautada, consentimiento de intervenciones quirúrgicas, seguimiento pautas alimenticias, toma medicación) y para aquellas actividades de carácter económico-jurídico-administrativas y contractuales (seguimiento de sus cuentas, ingresos, gastos, para administrar sus ingresos, para gestionar sus gastos ordinarios, para realizar actos de carácter económico o administrativo complejos como prestamos, enajenaciones, donaciones), sin perjuicio de que, en las cuestiones cotidianas, se respeten sus gustos y preferencias"].

Jurisprudencia: Denegación de curatela, por existir guarda de hecho que funciona correctamente, con constatación de la persona que la ejerce.

SAP de León (Sección 2ª) de 2 de junio de 2023, rec. nº 516/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e477410b8ed0a117a0a8778d75e36f0d/20230811

"Ciñéndonos al caso que nos ocupa, D. Carmelo, de 89 años de edad al día de la fecha, está viudo, tiene un único hijo, el recurrente, que está pendiente de él y se ocupa de sus asuntos, y se encuentra ingresado en la residencia de mayores Conde de Toreno, donde tiene todas sus necesidades cubiertas.

Es cierto que del examen que se le practicó, grabado en vídeo y cuya grabación obra incorporada al procedimiento, y del informe de la Médico Forense se deduce que el Sr. Carmelo presenta una demencia degenerativa en fase moderada que genera en el mismo una situación de discapacidad y que, a causa de la enfermedad, precisa apoyo para una larga lista de actos que se especifican en el Tercero de los Fundamentos de Derecho de la resolución recurrida y que no son sino reproducción de lo reflejado en referido informe, mas el mismo queda cubierto con la guarda de hecho que ejerce su hijo, cuya representación procesal actúa imbuida de lo que era la práctica habitual con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley, que, como queda dicho, impone un, no siempre fácil, cambio de mentalidad" (F.D. 3º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Curatela versus guarda de hecho: es procedente la constitución de una curatela, cuando el guardador de hecho es diligente en la administración del patrimonio de la persona que se halla bajo su guarda, pero no puede llevarla a cabo adecuadamente, por la conducta de esta última, que, con su actuación, pone en riesgo su propio patrimonio.

STS (Sala 1ª) 20 octubre 2023, rec. nº 7437/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bce79ddd053f1fe5a0a8778d75e36f0d/20231027

[El TS, desestimando el recurso de casación del Ministerio Fiscal, confirmó la sentencia recurrida, la cual había establecido una curatela con facultad de representación en apoyo de un anciano de 92 años, que, como consecuencia de diversas enfermedades psiquiátricas, de carácter muy severo, carecía de la capacidad de gobernarse por sí mismo.

Consideró que la guarda de hecho, ejercida por el hijo con el que convivía (nombrado curador), no era suficiente medida de apoyo, pues el padre "se escapa de la casa sin avisar, que mismo se va al banco para sacar dinero, o incluso aperturar nuevas cuentas y adoptar distintos sistemas de gestión, lo que supone un riesgo por la vulnerabilidad del mismo"] [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Curatela versus guarda de hecho: constitución de una curatela, debido a la gravedad de la enfermedad que padece la persona con discapacidad; y ello, a pesar de existir un guardador de hecho, que se ocupa eficazmente de aquélla, por considerarse que, concurriendo una discapacidad

severa, la guarda de hecho no puede funcionar correctamente, al requerir una multiplicidad de actuaciones representativas.

STS (Sala 1ª) 20 octubre 2023, rec. nº 8533/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7d28a88f0c1d42f4a0a8778d75e36f0d/20231027

[El TS sigue la tesis de que el carácter grave de la discapacidad determina la constitución de una curatela con facultades de representación, por considerar insuficiente la guarda de hecho en este caso.

De hecho, relata que "La Audiencia toma en consideración también el relato de la esposa acerca de las dificultades a que se enfrenta en la vida diaria (actividades cotidianas, medicación, manejo del dinero, incluso que firma por él), problemas para relacionarse con la administración por no tener conferida la representación de su esposo".

El TS afirma, así: "Es cierto que la regulación de la guarda de hecho permite al guardador de hecho solicitar y obtener una autorización judicial para actuar en representación de la persona con discapacidad, y que la autorización puede comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo (art. 264 CC), pero cuando por la discapacidad que afecta a la persona no puede prestar consentimiento y es precisa de manera diaria la actuación representativa de quien presta el apoyo, es obvio que la necesidad de acudir al expediente de previa autorización judicial de manera reiterada y continua revela la insuficiencia de la guarda de hecho, la falta de agilidad en su actuación y en el desempeño de la prestación de apoyos, su falta de adecuación a la necesidad del apoyo requerido y, en consecuencia, la conveniencia de una medida judicial"] [J.R.V.B.].

II. DERECHO MERCANTIL

1. DERECHO DE SEGUROS

Jurisprudencia: Seguro de RC médica. Acción directa del perjudicado. Vulneración 'lex artis'. Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Interés de demora.

STS (Sala 1ª) de 27 de septiembre de 2023, rec. nº 4211/2019

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/244c2a7dcde56b13a0a8778d75e36f0d/20231016

'(…) Por consiguiente, el advenimiento de un riesgo típico no informado constituye fuente de responsabilidad civil, lo que sin duda le consta a una entidad especializada en la responsabilidad civil médica como es la compañía Zúrich.

Es evidente que antes de la presentación de la demanda se formularon reclamaciones extrajudiciales directamente dirigidas contra la compañía aseguradora, la cual tampoco demostró que el centro médico asegurado no le hubiera comunicado el siniestro, proceder que constituye una elemental obligación que conforma pauta normal de la actuación de los asegurados, máxime cuando se trata de un centro médico especializado integrado en el sistema de la sanidad pública.

Por lo tanto, lo excepcional o anormal -la no comunicación del siniestro reclamado- requiere su demostración por la parte que así lo sostenga, como sucede en este caso con la compañía demandada.

El art. 20.6 de la LCS centró la atención de la sala, buena muestra de ello la encontramos en la sentencia 556/2019, de 22 de octubre, en la que hemos señalado:

'En cuanto al día inicial del cómputo, según el art. 20.6º LCS, 6º 'será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro', y la jurisprudencia de esta sala (por ejemplo, sentencia 522/2018, de 24 de septiembre) ha declarado que esa regla general tiene dos excepciones: la primera, referida al tomador del seguro, al asegurado o al beneficiario, implica que si no han cumplido el deber de comunicar el siniestro dentro del plazo fijado en la póliza o en la ley el término inicial del cómputo será el de la comunicación (artículo 20.6ª II LCS) y no la fecha del siniestro; y la segunda, referida al tercero perjudicado o sus herederos, determina que excepcionalmente será término inicial la fecha de dicha reclamación o la del ejercicio de la acción directa (art. 20. 6ª III LCS) cuando el asegurador pruebe que no tuvo conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción por el perjudicado o sus herederos'.

No cabe aplicar la regla excepcional contemplada en el segundo inciso de tal precepto, pues la compañía no ha justificado -carga de la prueba que le corresponde por atribución legal (art. 217.6 LEC)- que desconociera la realidad del siniestro antes de la primera reclamación dirigida contra ella en noviembre de 2013, cuando constan anteriores actuaciones encaminadas a la reparación del daño contra la asegurada, que lógicamente se debieron poner en conocimiento de la compañía demandada, siendo excepcional no hacerlo. Fácil hubiera sido requerir a la asegurada para que precisara la fecha en que comunicó el siniestro a la compañía demandada; pues la indeterminación de tal dato perjudica lógicamente a la compañía, lo que demuestra la inconsistencia de su argumento.

La STS 579/2019, de 5 de noviembre, invocada por la compañía demandada, en modo alguno, guarda identidad de razón con el presente proceso. En el caso enjuiciado en dicha resolución, la parte demandante había promovido reclamación administrativa de declaración de responsabilidad patrimonial contra la administración sanitaria. Reconocida ésta y cuantificado su importe promovió la acción directa ante los tribunales de lo civil contra la aseguradora. La pretensión ejercitada implicaba revisar un acto administrativo firme para obtener, de esta forma. una indemnización mayor que la fijada en vía administrativa. La precitada sentencia, ratificando el pronunciamiento de la audiencia, declaró improcedente un

pronunciamiento de tal clase, bajo el argumento de que 'sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios'. Al haber acudido a la vía administrativa se consideró, ante la singularidad del supuesto, que una prudente compañía no resarciese al daño hasta que se pronunciaría la Administración, y se añade además que 'hasta tal punto es así, a efectos de causa justificada, que existe un cambio sustancial, no ya de cuantía, sino de conceptos a valorar, entre lo decidido por la resolución administrativa no impugnada y lo reclamado en la demanda de este litigio'.

La expuesta fue la ratio decidendi (razón de decidir) determinante de que se entendiese que concurría causa justificada para no imponer los intereses de demora desde la fecha del siniestro. Ahora bien, en el caso que ahora nos ocupa, no hubo reclamación administrativa previa, ni el perjudicado estaba obligado a promoverla, sino que ejercitó la acción directa contra la sociedad anónima demandada.

La pasividad en la liquidación del siniestro es evidente, ni tan siquiera consta lo intentase la aseguradora tras la presentación de la demanda y consiguiente tramitación del proceso.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso de casación interpuesto por el demandante a tenor del conjunto argumental antes expuesto, dada la falta de diligencia de la compañía en la puntual y exigible liquidación del siniestro, lo que conforma el presupuesto de su mora causante de la tardía reparación del daño sufrido por el perjudicado, que se vio forzado a acudir a un dilatado proceso judicial, ante la pasividad de la compañía que, con su comportamiento omisivo, se hizo acreedora a la condena de los intereses legales del art. 20 LCS, entidad que no puede obligar al demandante a acudir a la vía administrativa previa para que la administración reconozca su responsabilidad o esperar el pronunciamiento firme de la sentencia civil, lo que dejaría a dicho precepto sin juego normativo". (F.D. 4º) [P.G.P.]

Jurisprudencia: Seguro de vida e invalidez. Reclamación de capital. Actuación dolosa del asegurado. Cláusula de exclusión limitativa de los derechos del asegurado. Inoponible por falta de firma del asegurado.

STS (Sala 1ª), de 27 de septiembre de 2023, recurso nº 4117/2019

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f904f745873e4e00a0a8778d75e36f0d/20231017

"(…) 3.1 La exigencia de transparencia contractual que impone el art. 3 de la LCS .

La contratación en masa explica la utilización de las condiciones generales de contratación cuidadosamente redactadas por parte de las compañías de seguro. La celeridad exigible en el tráfico jurídico legitima la utilización de dicha técnica contractual, aunque suponga pagar el peaje de la restricción que implica al principio

de la libre autonomía de la voluntad de los contratantes proclamado por el art. 1255 del CC. El escenario descrito genera una situación disímil, en tanto en cuanto supone que una gran compañía impone sus condiciones contractuales a un asegurado cuyo ámbito de actuación se limita a aceptarlas o rechazarlas. Esta asimetría convencional determina la necesidad de establecer resortes para garantizar el justo equilibrio en los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

Bajo las connotaciones expuestas resulta justificado que se imponga a las compañías de seguros un deber de transparencia, que debe ser escrupulosamente observado, con la intención de que los asegurados tomen constancia efectiva de cuáles son los riesgos objeto de cobertura y en qué concretos términos son cubiertos, todo ello con la finalidad de que no se vean sorprendidos por cláusulas limitativas o lesivas para sus intereses.

Tan elemental exigencia de la contratación requiere de las aseguradoras un comportamiento leal en la redacción clara y precisa de sus condiciones contractuales particulares y generales, así como que las condiciones calificables como limitativas gocen de la garantía de hallarse debidamente destacadas en las pólizas, así como específicamente amparadas por las firmas de los tomadores, como manifestación de su conocimiento y aceptación.

Las precitadas exigencias legales van encaminadas a garantizar que los asegurados tengan plena constancia de las obligaciones que frente a ellos asumen las compañías, que no pueden quedar indefinidas en el limbo de la incertidumbre (oscuridad, ambigüedad de las cláusulas), o desconocidas para el tomador del seguro, de manera que se vea sorprendido, cuando pretenda exigir la cobertura del siniestro, por mor de una cláusula que le impide, cercena o limita el acceso a la prestación de la compañía.

En definitiva, si conforme al art. 1 de la ley reguladora del contrato de seguro 50/1980, de 8 de octubre, dicho contrato es aquel por el que 'el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas', no ha de ofrecer duda que el tomador del seguro debe tener constancia real y efectiva, no sólo del riesgo constituido en verdadera alma y nervio del contrato, sino de los límites en los que opera la cobertura de la compañía aseguradora, en tanto en cuanto que, si la finalidad del seguro es diluir, neutralizar o anular el riesgo, el asegurado ha de conocer, desde el primer momento, al suscribir el contrato, el marco en que opera la prestación de la compañía aseguradora en el supuesto de la realización del siniestro.

(…)

3.2 Condiciones delimitadoras y limitativas del riesgo, su diferenciación

Para la individualización del riesgo, su adecuación a los intereses de las partes y fijación de la cuantía de la prima o precio del seguro, se acude a la inclusión en las

correspondientes pólizas de condiciones delimitadoras y limitativas del riesgo asegurado. La distinción entre unas y otras, desde un punto de vista estrictamente teórico, aparece relativamente sencilla, pero, en su aplicación práctica, no deja de presentar dificultades.

En principio, una condición delimitadora define el objeto del contrato, perfila el compromiso que asume la compañía aseguradora, de manera tal que, si el siniestro acaece fuera de dicha delimitación, positiva o negativamente explicitada en el contrato, no nace la obligación de la compañía aseguradora de hacerse cargo de su cobertura. Las cláusulas limitativas, por el contrario, desempeñan un papel distinto, en tanto en cuanto producido el riesgo actúan para restringir, condicionar o modificar el derecho de resarcimiento del asegurado.

(…)

Las dificultades expuestas han llevado a la jurisprudencia a intentar establecer criterios distintivos entre unas y otras cláusulas. En tal esfuerzo de concreción jurídica, es de obligada cita la STS 853/2006, 11 de septiembre, del Pleno de esta Sala, que señala que son delimitadoras las condiciones:

'[...] mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla'.

La precitada sentencia 853/2006 sienta una doctrina, que es recogida posteriormente en otras muchas resoluciones de este tribunal, como las SSTS 1051/2007 de 17 de octubre; 676/2008, de 15 de julio; 738/2009, de 12 de noviembre; 598/2011, de 20 de julio; 402/2015, de 14 de julio, 541/2016, de 14 de septiembre; 147/2017, de 2 de marzo; 590/2017, de 7 de noviembre, 661/2019, de 12 de diciembre, según la cual son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: (i) qué riesgos constituyen dicho objeto; (ii) en qué cuantía; (iii) durante qué plazo; y (iv) en que ámbito temporal o espacial.

El papel que, por el contrario, se reserva a las cláusulas limitativas radica en restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización, una vez que el riesgo, objeto del seguro, se ha producido (SSTS de 16 de mayo y 16 octubre de 2000, 273/2016, de 22 de abril, 520/2017, de 27 de septiembre, 590/2017, de 7 de noviembre, 661/2019, de 12 de diciembre).

En palabras de la STS 953/2006, de 9 de octubre, serían 'las que empeoran la situación negocial del asegurado'.

Un criterio utilizado para determinar la naturaleza de ciertas cláusulas como limitativas, es referirlo al contenido natural del contrato; esto es '[...] del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora' (SSTS 273/2016, de 22 de abril, 541/2016, de 14 de septiembre y 147/2017, de 2 de marzo). En este sentido, se atribuye la condición

de limitativa a la cláusula sorpresiva que se aparta de dicho contenido ordinario (STS 58/2019, de 29 de enero y 661/2019, de 12 de diciembre).

Las consecuencias de dicha diferenciación devienen fundamentales, dado que las cláusulas delimitadoras, susceptibles de incluirse en las condiciones generales para formar parte del contrato, quedan sometidas al régimen de aceptación genérica, sin la necesidad de la observancia de los requisitos de incorporación que se exigen a las limitativas (SSTS 366/2001, de 17 de abril; 303/2003, de 20 de marzo; 14 de mayo 2004, en recurso 1734/1998; 1033/2005, de 30 de diciembre): mientras que estas últimas deben cumplir los requisitos previstos en el art. 3 LCS; esto es, estar destacadas de un modo especial y ser expresamente aceptadas por escrito, formalidades que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (SSTS 516/2009, de 15 de julio; 268/2011, de 20 de abril; 541/2016, de 14 de septiembre; 234/2018, de 23 de abril; 58/2019, de 29 de enero; 418/2019, de 15 de julio), y que además han de concurrir conjuntamente (SSTS 676/2008, de 15 de julio; 402/2015, de 14 de julio; 76/2017, de 9 de febrero y 661/2019, de 12 de diciembre).

3.3 La condición litigiosa tiene la consideración jurídica de limitativa

Compartimos con el tribunal provincial su criterio de que nos encontramos ante una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, que concertó con la compañía demandada un contrato de seguro, que cubría, entre otros, el riesgo de su fallecimiento, con un capital asegurado inicialmente de 60.000 euros, posteriormente rebajado a 50.000 euros.

Quedaba, con ello, perfectamente delimitado el objeto del contrato, la cobertura amparada por la póliza: la muerte del asegurado; la cantidad objeto de prestación en el caso de siniestro: 50.000 euros de capital; así como la fecha de efecto de las garantías pactadas a las 0 horas del día 23 de junio de 2011 y su duración anual renovable, sin limitaciones con respecto al ámbito espacial en que se produjera el siniestro.

Es evidente, por el contrario, que la cláusula 4º b) de las condiciones generales del seguro limita la cobertura, en tanto en cuanto no incluye el fallecimiento por cáncer, que es una prototípica enfermedad mortal, siempre que esta sea diagnosticada antes de transcurrido un año a partir de la fecha efecto del contrato, con lo que se impone un periodo de carencia, que implica una limitación a una cobertura que, según las condiciones particulares (documento cuarto), desencadenaba sus efectos a partir de su suscripción el 23 de junio de 2011.

La precitada condición excluyente no es ilícita, ni lesiva, pero para que pueda operar jurídicamente, es decir, para que pueda ser opuesta al asegurado y, en consecuencia, para que la compañía pueda liberarse de dar cobertura al siniestro, es necesario que concurran los requisitos impuestos por el art. 3 de la LCS, que considera cumplidos el tribunal provincial y que cuestiona la recurrente.

3.4 La inobservancia de los requisitos impuestos por el art. 3 de la LCS determina la estimación del recurso

Pues bien, no podemos considerar que la condición general 4 d) se encuentre incorporada debidamente al contrato con las garantías del art. 3 de la LCS, toda vez que aquélla, inserta en el pliego de condiciones generales aportadas por la compañía, no aparece avalada con la firma del tomador del seguro -las condiciones generales no se encuentran suscritas-, y sin que podamos considerar cumplido tan esencial requisito por la circunstancia de que, en unas solicitudes de seguro y de modificación de la suma asegurada en concepto de capital por fallecimiento, se contengan unas remisiones a unas cláusulas, que no se encuentran transcritas, en las que figura la condición general 4, en los términos antes reseñados.

Tampoco aparece el contenido de la precitada cláusula limitativa en las condiciones particulares de la póliza, que únicamente refleja una fórmula genérica y predispuesta que contiene la leyenda de que: 'Mediante la firma del presente documento, el tomador de seguro declara recibir junto a estas condiciones particulares las condiciones generales y especial (si las hubiere), que constituyen este contrato, y acepta todas sus cláusulas y, en especial, aquellas que limiten los derechos del tomador y del asegurado'.

En definitiva, no se ha aportado documento alguno en que se encuentre transcrita dicha cláusula de exclusión de la cobertura del seguro, conteniendo la firma del asegurado como reflejo documental de un conocimiento que no se adquiere a través de remisiones genéricas.

(…)

En definitiva, en el presente caso, las condiciones particulares no recogen transcrita la cláusula 4 d), en la que basa la compañía demandada la exclusión de la cobertura. Tampoco en documento aparte debidamente suscrito. Las condiciones generales, en las que sí se encuentra recogida y destacada en negrilla, carecen de la firma del tomador del seguro. En consecuencia, debemos concluir que no se cumplieron las exigencias cumulativas del art. 3 de la LCS, lo que conduce a la estimación del recurso de casación interpuesto". (F.D. 3º) [P.G.P.]

Jurisprudencia: Seguro Agrario Combinado. Cálculo de la indemnización.

STS (Pleno Sala 1ª) de 21 de junio de 2023, recurso nº 3418/2019

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e4dc7f9f7a7c705ea0a8778d75e36f0d/20230630

"(…) Conforme a la regulación general de la LCS, la indemnización en los seguros de daños está delimitada por tres factores: el valor del interés, el valor del daño y la suma asegurada; sin que pueda ser superada ninguna de esas tres cantidades.

Para concretar el importe de la indemnización habrá que establecer primeramente el valor del interés, entendido como la relación económica existente entre un sujeto y un bien que constituye el objeto cubierto por la póliza (sentencia de pleno 328/2023, de 1 de marzo, y las que en ella se citan).

A continuación, habrá que valorar el daño, que se obtiene hallando la diferencia entre el valor del interés inmediatamente anterior al siniestro y el valor residual o valor del interés después del siniestro.

Finalmente, se pone en relación el valor del interés con la suma asegurada, que es la expresión de los límites económicos pactados en la póliza, es decir, el valor o suma que se ha pretendido asegurar. Esto determinará la existencia de infraseguro (valor del interés mayor que la suma asegurada), sobreseguro (valor del interés menor que la suma asegurada) o seguro pleno (valor del interés igual a la suma asegurada).

3.- Sin embargo, este régimen jurídico general de los seguros de daños en la LCS tiene notables diferencias en los seguros agrarios combinados. Los arts. 9 y 10 LSAC y 16 RSAC establecen que el capital asegurado para las producciones agrícolas estará en función de la cosecha esperada ('estimada', en la dicción legal), de acuerdo con los rendimientos de cada cultivo que determine el Ministerio de Agricultura y conforme a los precios unitarios que también se establezcan para la campaña del producto de que se trate. Es decir, lo que se asegura en cada parcela es una producción esperada acorde con las producciones realmente obtenidas en años anteriores. De tal modo que la suma asegurada es estimativa, porque se calcula sobre la base de la producción o unidades declaradas por el asegurado en la póliza y el precio fijado por el asegurado dentro de los límites establecidos por el Ministerio de Agricultura.

Asimismo, se determinarán los porcentajes de cobertura sobre el capital garantizado y la diferencia no cubierta quedará a cargo del asegurado (arts. 13.1 LSAC), pudiendo dar lugar incluso a la pérdida de la indemnización (art. 16.6 RSAC). Y, finalmente, debe tenerse en cuenta lo previsto sobre la regla proporcional en el art. 23.1 RSAC:

'Si el valor real de los bienes asegurados excediera de la cantidad asegurada, el asegurado será reputado su propio asegurador por este exceso, y sufragará la parte alícuota que le corresponda de las pérdidas. Si el importe de la cosecha de la parcela es igual o inferior a la suma asegurada, se indemnizará la pérdida efectiva'.

4.- Lo anterior debe ponerse en relación con que el contrato de seguro ha sido caracterizado doctrinal y jurisprudencialmente como un contrato de exquisita o máxima buena fe (uberrima bona fidei), lo que se traduce, en consonancia con los arts. 1258 CC y 57 CCom, en que las partes deben actuar con total diligencia antes de la celebración del contrato, durante su vigencia y tras la producción del siniestro (sentencia 714/2023, de 10 de mayo).

5.- Conforme a esta regulación, en el seguro agrario combinado no existe propiamente una suma asegurada predeterminada, sino un rendimiento esperado en función de lo declarado por el agricultor para cada finca y que da lugar a una suma fijada de común acuerdo entre las partes, ya que si Agroseguro no está de acuerdo con dicha estimación tiene que manifestarlo antes de firmar la póliza, o durante el periodo de carencia de la póliza (seis días desde el pago de la prima), e incluso puede manifestar también su discrepancia en la fase de peritación de los daños.

Una vez que tiene lugar el siniestro, los peritos de Agroseguro deben revisar los datos reseñados en la declaración de seguro, cotejarlos con los rendimientos históricos de que disponen y con la realidad que ellos mismos observan en las fincas, así como realizar las comprobaciones y correcciones necesarias, entre ellas la de los rendimientos previstos y declarados en la póliza si no están de acuerdo con ellos. Y en este caso, por más que la recurrente alegue que las conclusiones de sus propios peritos eran erróneas, nada de ello se deduce de las hojas de conformidad firmadas por los peritos y el perjudicado.

6.- Tampoco podemos admitir que la indemnización concedida en la instancia sea coincidente con el importe de la suma asegurada, por la sencilla razón de que en la póliza no consta tal suma asegurada, económicamente cuantificada como una cifra inamovible, sino que es un cálculo sobre el rendimiento esperado y declarado para cada finca en kilogramos, fijado en la póliza de común acuerdo entre las partes. A tenor de las condiciones particulares y generales de la póliza, y de la normativa especial aplicable a los seguros agrarios antes mencionada, si Agroseguro (que tiene a su disposición la serie histórica de rendimientos de todas las fincas que asegura) no está de acuerdo con ese rendimiento esperado y declarado por el agricultor, debe oponerse al mismo y puede corregirlo hasta en tres ocasiones distintas, dos antes de la ocurrencia del siniestro y otra después (cuando los peritos de Agroseguro acuden a las fincas para comprobar los daños):

(i) En primer lugar, en el momento de la contratación del seguro, según previene la Condición Especial 12ª del Seguro con Coberturas Crecientes para Explotaciones de Frutales (Actuación en caso de disconformidad): 'Si Agroseguro estuviera disconforme con el rendimiento declarado en alguna de las parcelas, el asegurado podrá demostrar el mismo, corrigiéndose por acuerdo entre las partes. De no lograrse dicho acuerdo, se ajustará los rendimientos medios obtenidos en los cinco años anteriores quitando el de peor y el de mejor resultado, o la media si existe información de menos de cinco años'. Sin que conste que la recurrente mostrara su disconformidad.

(ii) En segundo lugar, Agroseguro debió manifestar su disconformidad con el rendimiento declarado en la póliza, en el periodo de carencia, a tenor del art. 13 RSAC. El periodo de carencia, según la Condición Especial 18ª del Seguro con Coberturas Crecientes para Explotaciones de Frutales, era de seis días completos desde la entrada en vigor de la declaración del seguro. Tampoco consta que la aseguradora hiciera uso de esta posibilidad.

(iii) Por último, la tercera ocasión en que Agroseguro debió declarar su disconformidad con el rendimiento declarado en la póliza fue en el momento de realización del peritaje, según el apartado V del procedimiento para la peritación. En este caso, los peritos de la demandada acudieron a las fincas tras la producción de los siniestros y no hicieron objeción alguna tras ver las fincas, cotejar los datos y hacer las comprobaciones necesarias.

7.- Debe tenerse en cuenta, en relación con lo anterior, que cuando ya se había entablado el procedimiento, la parte demandante presentó un informe pericial, no contradicho por ninguna otra prueba, que acreditaba la capacidad de sus fincas para producir los rendimientos declarados en la póliza. Dándose la circunstancia, como destaca acertadamente la sentencia recurrida, de que, conforme a esos mismos rendimientos, Agroseguro había elaborado un acta de tasación definitiva, en la que reconocía al Sr. Eloy la indemnización reclamada en la demanda, que sin embargo modificó unilateralmente en dos ocasiones posteriores.

8.- En cuanto al posible sobreseguro, no hay infracción del art. 31 LCS, porque la sentencia recurrida no se refiere a la anulación de la póliza con posterioridad al siniestro, sino que, como hemos visto, argumenta que Agroseguro pudo oponerse a la declaración de rendimiento tanto al suscribir la póliza como en el periodo de carencia, conforme a la normativa especial constituida por el art. 13 RSAC.

9.- En conclusión, la Audiencia Provincial no condena a Agroseguro a indemnizar al asegurado en una cantidad equivalente a la suma asegurada, ni superior al daño sufrido, sino en una cantidad equivalente al daño sufrido, comprobado y aceptado por los peritos de Agroseguro, y conforme a los rendimientos esperados declarados en la póliza, también constatados por los peritos y aceptados por la aseguradora. Por lo que tampoco puede apreciarse que haya existido un enriquecimiento injusto del asegurado.

10.- Como consecuencia de todo lo cual, los tres primeros motivos de casación deben ser desestimados". (F.D. 3º) [P.G.P.]

Jurisprudencia: Seguro marítimo: buque pesquero. Causalidad del siniestro y condiciones de navegabilidad. Coberturas pactadas en la póliza.

STS (Sala 1ª) de 21 de junio de 2023, recurso nº 5066/2020

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/97c3b407aabb34a6a0a8778d75e36f0d/20230630

"(…) Al desarrollar el motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida infringe dicho precepto y la jurisprudencia que lo interpreta, al no tener en cuenta que el siniestro no se produjo porque el buque se encontrara en una determinada zona de navegación, sino por el acaecimiento de una explosión que produjo su hundimiento, que hubiera tenido lugar igual si se hubiera producido a sesenta o a trescientas millas de la costa.

(…) La sentencia recurrida fundamenta básicamente su argumentación en la sentencia de la misma Audiencia Provincial 825/2017, de 20 de abril, que fue confirmada por la sentencia de esta sala 160/2020, de 10 de marzo, si bien con indicación expresa de que, a efectos de la aplicación del art. 756.7 CCom 'es necesario que se determine la relación de causa y efecto entre la infracción cometida y el naufragio del buque' (lo que en la sentencia de la Audiencia Provincial no se había explicitado).

2.- En su momento, se discutió doctrinal y jurisprudencialmente si el anteriormente mencionado supuesto de exclusión de cobertura a que se refiere el art. 756.7º CCom (lo que se conoce como ausencia de condiciones de navegabilidad del buque) debía tener relación causal con el siniestro, o bastaba con que concurriera dicha condición. En la actualidad, esta cuestión está zanjada en la jurisprudencia de la sala, que considera que debe existir relación causal. Las sentencias 160/2020, de 10 de marzo, y 516/2022, de 28 de junio, tras una detallada síntesis de los pronunciamientos de este tribunal, reprodujeron la sentencia 262/2018, de 3 de mayo, que declaró:

'[e]l artículo 756 recoge supuestos de irresponsabilidad de la aseguradora por causas determinadas, aunque no se hayan excluido de la póliza, y entre ellas, el número séptimo se refiere a: falta de documentos prescritos en este Código, en las Ordenanzas y Reglamentos de Marina u omisiones de otra clase del capitán, en contravención de las Disposiciones Administrativas, a no ser que se haya tomado a cargo del asegurador la baratería del patrón, pero tal texto ha de conectarse con el párrafo primero del artículo 756, según el cual 'no responderán los aseguradores de los daños y perjuicios que sobrevengan a las causas aseguradas por cualquiera de las causas siguientes'. La preposición 'por', y la palabra 'causa', obliga a concluir que entre la falta de documentos y el siniestro haya relación de causa a efecto'.

2.- Tal y como se ha planteado el debate en la instancia y se reproduce en este motivo de casación, la cuestión primordial reside en determinar si el incumplimiento de las condiciones especificadas en el certificado de navegación, y sobre todo la navegación en alta mar (a más de 300 millas de la costa, concretamente 309) y no cerca del litoral (a menos de 60 millas) tuvo relevancia causal en el hundimiento del buque. Sobre lo que la Audiencia Provincial argumentó mediante una presunción:

'si los riesgos aumentan (de forma evidente) en la navegación de gran altura con respecto a la navegación de litoral, está en la lógica de las cosas presumir que si el naufragio se hubiera producido dentro de la zona de navegación autorizada, las posibilidades de rescate del buque hubieran aumentado de manera considerable'.

3.- Esta presunción, no desvirtuada por la parte recurrente, tiene pleno sentido. La asistencia y salvamento de un buque que navega por el litoral es mucho más sencilla y factible que las mismas tareas respecto de un buque que navega a más trescientas millas de la costa. Lo que conlleva no sólo un incremento de costes en cuanto a la construcción y preparación del buque, sino también en la prima de seguro, que aquí no se ha abonado pese al aumento unilateral del riesgo.

A diferencia de otros casos, en que la falta de los requisitos de navegabilidad era meramente documental o formal (vide, la sentencia 516/2022, de 28 de junio), pero sin que constara que influyeran realmente en la producción del daño, en este caso sí cabe atribuir una incidencia causal al incumplimiento de la demandante, puesto que no se trataba de un problema de índole burocrática, sino de un incremento exponencial del riesgo asumido, en cuanto que es un dato objetivo que la navegación muy alejada de la costa, con un despacho administrativo que indica una preparación del buque para una singladura a distancia mucho menor, puede tener una relevancia determinante en la imposibilidad o agravamiento de las tareas de asistencia, salvamento y rescate; con el consiguiente incremento de la gravedad del siniestro.

4.- En el caso enjuiciado, la falta de navegabilidad es trascendente, en cuanto que afecta al diseño de buque para la navegación en un determinado tipo de aguas. Es decir, va más allá de la comprobación de que el buque disponga o no de un concreto documento administrativo, y afecta a que para navegar donde se produjo el naufragio se deben reunir determinadas condiciones que no tenía el Dadimar Dos. Como recuerda la sentencia recurrida, el incumplimiento de los límites geográficos de navegación para los que el buque se encontraba despachado y certificado, supone una infracción del convenio SEVIMAR (Convenio SOLAS, versión 1974, enmendado), cuya finalidad es la de asegurar estándares mínimos de seguridad en materia de construcción, equipamiento y utilización de los buques, así como de su normativa interna de trasposición (la LPEMM, el Real Decreto 1837/2000, de 10 de noviembre, el Real Decreto 543/2007, de 27 de abril y la Orden Ministerial de 18 de enero de 2000).

Tan claro es que los requerimientos de seguridad influyen según se navegue en el litoral o en alta mar, que la autoridad marítima impuso al armador una sanción por la comisión de una infracción grave contra la ordenación del tráfico marítimo, y previamente lo había requerido para que realizara el cambio de clasificación SEVIMAR del buque de navegación litoral a navegación en altura.

5.- Por ello, la Audiencia Provincial concluye, con acierto, que:

'Si con conocimiento de que se infringen las condiciones del despacho y del certificado de conformidad, el armador asume el riesgo de navegar por zonas para las que no se encuentra autorizado, en las que las probabilidades del acaecimiento del siniestro se incrementan, incurre en una conducta antijurídica que, si afecta a la navegabilidad del buque, determina la pérdida del derecho a la indemnización'.

Y desde un punto de vista causal, hubiera correspondido al armador probar que el evidente incremento de los riesgos que supuso navegar a gran altura, en contradicción flagrante con las autorizaciones de las que disponía, no tuvo influencia en el siniestro. Lo que, como también afirmó la Audiencia Provincial, no había logrado.

6.- Como consecuencia de lo cual, el segundo motivo de casación también debe ser desestimado". (F.D. 4º y 5º) [P.G.P.]

Jurisprudencia: Seguro de vida. Deber de declaración del riesgo. Falta de relación de causalidad entre los datos silenciados por el asegurado y el riesgo objeto de cobertura.

STS (Sala 1ª) de 8 de junio de 2022, recurso nº 3839/2019

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0fcb10c4253b9ed2a0a8778d75e36f0d/20230622

"(…) La recurrente no centra la existencia del interés casacional en la exigencia de dolo o culpa grave del tomador del seguro para aplicar el art. 10.3 LCS, algo que, ciertamente, no controvierte. Lo plantea sobre la concurrencia del dolo o culpa grave de dicho precepto cuando el tomador del seguro silencia o niega la existencia de enfermedades relevantes para la valoración del riesgo, aunque estas no sean la causa de su muerte. Cuestión sobre la que dice que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

4. En la sentencia 108/2021, de 1 de marzo, dijimos, con cita de las sentencias 647/2020, de 30 de noviembre, 639/2020 y 638/2020, ambas de 25 de noviembre, y 611/2020, de 11 de noviembre:

'[...] (i) que el deber de declaración del riesgo ha de ser entendido como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que además recaen las consecuencias que derivan de su no presentación o de la presentación de un cuestionario incompleto, demasiado genérico o ambiguo, con preguntas sobre la salud general del asegurado claramente estereotipadas que no permitan al asegurado vincular dichos antecedentes con la enfermedad causante del siniestro; (ii) que el asegurado no puede justificar el incumplimiento de su deber por la mera circunstancia de que el cuestionario sea rellenado o cumplimentado materialmente por el personal de la aseguradora o de la entidad que actúe por cuenta de aquella, si está probado que fue el asegurado quien proporcionó las contestaciones a las preguntas sobre su salud formuladas por dicho personal; y (iii) que lo que esta sala debe examinar es si el tipo de preguntas formuladas al asegurado eran conducentes a que este pudiera representarse a qué antecedentes de salud conocidos por él o que pudiera conocer se referían, es decir, si las preguntas le permitían ser consciente de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando o silenciando datos relevantes para la exacta valoración del riesgo y causalmente relacionados con el siniestro.

'La sentencia 611/2020, con cita de las sentencias 333/2020, de 22 de junio, y 345/2020, de 23 de junio, reitera, en primer lugar, que del art. 10 LCS resulta que lo determinante de la liberación del pago de la prestación a cargo del asegurador no es la mera inexactitud en las respuestas del asegurado sino el dolo o la culpa grave, es decir, 'la inexactitud intencionada o debida a una culpa o negligencia de especial intensidad', y en segundo lugar, en cuanto a la relevancia de la relación causal entre el dato omitido y el riesgo cubierto, que como resulta de la sentencia 345/2020 y de las sentencias 562/2018, de 10 de octubre, 307/2004, de 21 de abril, y 119/2004, de 19 de febrero, el incumplimiento del deber de declaración leal del art. 10 LCS precisa que concurran los requisitos siguientes: '1) que se haya omitido o comunicado incorrectamente un dato relevante; 2) que dicho dato hubiera sido requerido por la aseguradora mediante el correspondiente cuestionario y de manera

clara y expresa; 3) que el riesgo declarado sea distinto del real; 4) que el dato omitido o comunicado con inexactitud fuera conocido o debiera haber sido conocido con un mínimo de diligencia por el solicitante en el momento de realizar la declaración; 5) que el dato sea desconocido para la aseguradora en ese mismo momento; y 6) que exista una relación causal entre la circunstancia omitida y el riesgo cubierto'.

La desestimación del motivo único del recurso y, por lo tanto, de este, se justifica por la aplicación de nuestra propia doctrina, de la que lo significativo en el presente caso es lo que tiene que ver con la relevancia de la relación de causalidad entre lo omitido o silenciado y el riesgo cubierto, que, conforme a lo que hemos dejado anotado, exige para poder ser apreciada que, partiendo de las preguntas formuladas por el asegurador, sobre el que recaen las consecuencias que derivan de su no presentación o de la presentación de un cuestionario incompleto, demasiado genérico o ambiguo, el tomador del seguro silencie u oculte datos relevantes para la exacta valoración del riesgo y causalmente relacionados con el siniestro, lo que en el caso no se da por lo que decimos a continuación.

Es cierto, que el tomador del seguro y asegurado, antes de contestar al cuestionario de salud que le sometió la aseguradora (el 19 de septiembre de 2013), padecía hipertensión arterial (desde 1998), dislipemia (desde 1998), diabetes mellitus (desde 2002), hipertrofia de próstata, síndrome de apnea del sueño, y que había sufrido un ictus (en 1998). Y también, que al responder a dicho cuestionario negó: (i) tener alguna enfermedad, secuela de cirugía o accidente; (ii) estar tomando algún medicamento o haber seguido tratamiento más de 20 días en los últimos 7 años; (iii) tener o haber tenido tensión arterial elevada; (iv) tener o haber tenido afecciones del cerebro o del sistema nervioso: cefaleas frecuentes, insomnio, vértigos, desmayos, epilepsia, apoplejía; (v) tener o haber tenido afecciones del aparato digestivo, endocrino o de la sangre, diabetes; y (vi) tener o haber tenido afecciones urinarias o de próstata.

Pero es igualmente cierto, que no existe relación alguna entre las preguntas del cuestionario/patologías previas y la enfermedad que provocó el fallecimiento del asegurado. Y, además, que el razonamiento de la recurrente afirmando que de haber conocido el cuadro conjunto de enfermedades que padecía el asegurado jamás hubiera perfeccionado el contrato de seguro, por conllevar una altísima morbo-mortalidad asociada, creando un riesgo sencillamente inasegurable por cualquier compañía, incurre en el defecto argumental de la petición de principio, al apoyar la conclusión (que jamás hubiera perfeccionado el contrato de seguro) en premisas que se dan por sentadas sin previa demostración (que los datos de salud que silenció el tomador del seguro configuraban un cuadro conjunto de enfermedades que conllevaba una altísima morbo-mortalidad asociada, y que ello creaba un riesgo inasegurable por cualquier compañía).

En definitiva, en el caso no cabe apreciar, conforme a lo exigido por nuestra doctrina, que los datos de salud silenciados estuvieran causalmente relacionados con el siniestro. Y tampoco, que tuvieran la relevancia determinante para la valoración del riesgo que afirma la recurrente. Las pruebas han descartado lo primero. Y lo segundo no se puede establecer, simplemente, porque ella lo diga.

Requiere de una prueba fiable y convincentemente demostrativa conforme a los criterios operativos y de explotación aplicados en el ramo de seguro correspondiente por la técnica aseguradora.

En consecuencia, el motivo único del recurso decae y, por lo tanto, el recurso se desestima. (F.D. 2º) [P.G.P.]

III. DERECHO PROCESAL

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo examina las circunstancias que deben tenerse en cuenta para la apreciación de la atenuante cualificada de dilaciones indebidas.

STS (Sala 2ª) de 30 de marzo de 2023, rec. nº 5907/2020.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7bf9a4d1de4e4134a0a8778d75e36f0d/20230428

"Reclama la recurrente que se suprima el carácter cualificado que se ha conferido a la atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6 CP).

(…) ocho años es la cifra que con carácter orientativo aparece insistentemente en la jurisprudencia como punto de referencia de la cualificación. (…) Solo si junto al factor tiempo se uniesen otros elementos de relieve (padecimiento redoblado por circunstancias especiales, perjuicios graves demostrables y demostrados...) podría muy excepcionalmente ponderarse una eficacia privilegiada.

(…) El actual número 6 del art.21, dentro del catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal define como tal la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

A tenor de esa literalidad son requisitos de la atenuante: a) una dilación indebida y extraordinaria; b) que ocurra durante la tramitación del procedimiento; c) que esa demora o retraso no sea atribuible al imputado y d) que la dilación no venga explicada por la complejidad del litigio.

Junto a ello, constituyendo el fundamento de la atenuante la compensación del daño causado por la dilación con una mitigación de la pena, es requisito inmanente de la atenuante que quien reclama su aplicación no haya sido beneficiario de esas dilaciones, más allá de que no le sean imputables. O, dicho desde el reverso, que le hayan acarreado perjuicios. El perjuicio, en principio, ha de presumirse: el sometimiento a un proceso penal, la incertidumbre de su resultado, la sujeción a posibles medidas cautelares (obligación apud acta)... suponen molestias o padecimientos que se acrecientan si el proceso se prolonga indebidamente. Ahora bien ese perjuicio es graduable según las circunstancias concretas de cada supuesto es ponderable para determinar, entre otras cosas, la eficacia que debe conferirse a la atenuante. No es solo una cuestión de medición temporal; también debemos

examinar cuánto de penosidad puede achacarse a esos siempre indeseables retrasos. No olvidemos el fundamento de la atenuante: compensación a lo que se evalúa como una pena natural. En la edad juvenil pueden ser mayores esos perjuicios.

(…) Pudiendo estar justificada la atenuación, no concurren circunstancias suficientes para conferirle la eficacia privilegiada (…) que ha de valorarse, según referencia orientativa presente en la jurisprudencia, en procesos cuya tramitación se prolonga ocho o más años. Aunque -hay que apresurarse a apostillar- que no es el único dato a ponderar. Ha de ser combinado con otros." (F.D. 1º) [E. de L.G.]

Jurisprudencia: La reproducción en el acto de juicio oral de las grabaciones es sustituible por la fórmula del art. 726 LECrim que obliga al juzgador a examinar directamente su contenido.

STS (Sala 2ª) de 13 de abril de 2023, rec. nº 5118/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/795784660a66ca08a0a8778d75e36f0d/20230428

"Se alega en el siguiente motivo que la transcripción de la grabación de una conversación utilizada por la Audiencia como elemento de cargo decisivo, no era prueba ni propuesta, ni practicada.

(…) El art. 726 LECrim obliga al examen de las grabaciones propuestas como prueba y admitidas. (…) Prescindir de la audición en el juicio oral no cancela su valor ni desactiva ese medio probatorio que había sido propuesto y admitido.

(…) Que la actividad probatoria haya de desplegarse en el acto del juicio oral, no significa que todos, absolutamente todos, los documentos aportados o unidos a las actuaciones deban ser leídos en ese momento, so pena de quedar desactivados como posible medio de convicción o que todos los efectos (prueba monumental) hayan de ser exhibidos en público separada y sucesivamente o que las grabaciones (¿ documental o monumental?) hayan de ser íntegramente escuchadas. Eso no solo es absurdo, sino que llevaría a la inmanejabilidad de determinados procesos penales en que la prueba es básicamente documental y, además, de ingente volumen (…). En este caso, además, dadas las dificultades de audición, el medio probatorio se concretaba más en su transcripción que en la reproducción.

La clave está en la necesidad de preservar los principios de inmediación, contradicción y publicidad. (…). Si se trata de auténtica prueba documental y ha sido propuesta, al darse por reproducida y conocida por todas las partes no se causa indefensión si el Tribunal en cumplimiento de la obligación -que no facultad- que le impone el art. 726 LECrim examina directamente ese documento (…).

Las grabaciones de sonido constituyen prueba documental. (…) Puede proyectarse sobre ellas tanto lo dispuesto en el tan citado art. 726 LECrim como la posibilidad de omitir su reproducción material y completa en el juicio oral, cuando está suficientemente identificada y contrastada, como en este caso en que se había

procedido a su transcripción por quien, además, compareció en el juicio para refrendar esa transcripción.

La prueba documental ya aportada se caracteriza por su 'invariabilidad': está ahí; nada distinto determinará en ella su lectura (o audición). Ahí seguirá, inalterada, en condiciones idóneas para ser examinada directamente y con la pausa y detenimiento que sean precisos por el Tribunal (…).

La reproducción en el acto de juicio oral de las grabaciones no es, por tanto, inexcusable, sino sustituible por la fórmula del art. 726 LECrim." (F.D. 3º) [E. de L.G.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo repasa los parámetros para la valoración del testimonio de la víctima como prueba de cargo suficiente.

STS (Sala 2ª) de 21 de abril de 2023, rec. nº 10721/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bc1605dd7a917edda0a8778d75e36f0d/20230505

"(…) La jurisprudencia de este Tribunal y la doctrina del Tribunal Constitucional entienden que la declaración de la víctima puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible, sexual, porque al producirse generalmente con absoluta clandestinidad, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada lo que es frecuente que suceda en casos de delitos contra la libertad (…). Al tribunal de casación le compete controlar la racionalidad de la valoración realizada por el Tribunal de instancia a partir de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia. Y para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima esta Sala tiene establecidos unos parámetros que, sin ser cada uno de ellos una exigencia axiomática para la validez del testimonio, sí facilitan que la verosimilitud responda a criterios lógicos y racionales, con elusión de posicionamientos internos o intuitivos del juez.

Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación.

La credibilidad subjetiva se refleja por una aptitud física del testigo para percibir lo que relata, cuando entra en confluencia con el plano psíquico, en el sentido de carecer el testigo de móviles espurios que debiliten la credibilidad de su versión.

La credibilidad objetiva o verosimilitud de su testimonio, según pautas jurisprudenciales ya muy reiteradas, debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna), con el suplementario y relevante apoyo de datos objetivos que corroboren periféricamente la versión sustentada en el relato (coherencia externa).

Por último, la persistencia en la incriminación presta su eficacia analítica desde la evidencia de que los hechos vividos son únicos e inmutables, de modo que su descripción en sucesivas declaraciones no solo debe estar despojada de modificaciones esenciales, sino que debe ser concreta, eludir las vaguedades o generalidades, estar ausente de contradicciones y ofrecer una conexión lógica con las versiones ofrecidas con anterioridad.

Obviamente estos criterios son una guía para un análisis racional del fuste o de la solidez del testimonio, sin que se constituyan en el patrón inmutable y preciso desde el que extraer su validez o suficiencia. Como decíamos en nuestra sentencia 355/2015, de 28 de mayo, que 'la deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia'." (F.D. 1º) [E. de L.G.]

Jurisprudencia: El acusado tiene derecho a declarar tras la práctica de toda la prueba en el juicio oral siempre que así lo solicite su letrado al inicio de la vista.

STS (Sala 2ª) de 28 de septiembre de 2023, rec. nº 5816/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2ffae617e5c7c1a2a0a8778d75e36f0d/20231016

"(…) no es posible desdeñar las indudables ventajas que le suponen al acusado declarar tras finalizar la práctica de la prueba en relación a lo que declararon los testigos, sobre todo, o los documentos que se han elevado al plenario como 'utilizables' a la hora de que el juez o Tribunal dicte sentencia, el informe pericial ratificado y explicado en el plenario. Su declaración puede quedar más 'matizada' si conoce lo que declararon los testigos y en algún dato técnico del informe de los peritos, como decimos.

Sin embargo, no es posible comparar la declaración del acusado con el derecho de última palabra para que en este punto añada el acusado lo que le interese de las declaraciones efectuadas en la práctica de la prueba, ya que en el derecho de última palabra no hay 'interrogatorio' por las partes, sino una explicación del acusado a modo de resumen. No se entiende protegido el 'mejor derecho de defensa' por la circunstancia de que exista el derecho de última palabra.

(…) ya que en base al interrogatorio del juicio oral podrá construir, también, la defensa su alegato en el informe del plenario en resumen de la práctica de la prueba.

Con ello, se puede fijar que:

1.- El letrado del acusado tiene derecho a solicitar del juez o Presidente del Tribunal que éste declare en último lugar tras concluir el resto de la práctica de la prueba admitida.

2.- Esta petición deberá cursarse con sentido preclusivo al comienzo del juicio en el trámite del art. 786.2 LECRIM, tanto en el sumario como en el procedimiento abreviado y resto de procedimientos penales.

3.- Que se curse esta petición no impide que el juez o presidente del Tribunal siga interrogando al acusado al comienzo del juicio sobre si reconoce los hechos y se muestra conforme con la más grave de las acusaciones. A continuación comenzará el interrogatorio, salvo que el letrado del acusado le solicite que declare tras la práctica del resto de la prueba.

4.- En el caso de ser varios los acusados y alguno de ellos lo interesara el juez o presidente del Tribunal preguntará al resto y si no lo interesan todos lo acordará con respecto a aquél o aquéllos que lo hubieren solicitado, declarando el resto al principio de la práctica de la prueba.

5.- El derecho a la última palabra se mantiene inalterable aunque el acusado declare tras concluir el resto de la práctica de la prueba. Es el derecho de autodefensa, en el que el acusado expone lo que le interese al concluir el juicio y sin preguntas de las partes.

6.- El acusado tiene derecho a declarar junto a su letrado." (F.D. 4º) [E. de L.G.]

IV. DERECHO PENAL

1. PARTE GENERAL

Jurisprudencia: La punición de la continuidad delictiva en los delitos patrimoniales.

STS (Pleno Sala 2ª) de 14 de febrero de 2023, rec. nº 2318/2020

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/60b412806808f083a0a8778d75e36f0d/20230302

"(…) De tal modo, junto a la prevención de bis in idem, en los términos precisados en el Acuerdo de Pleno No jurisdiccional de 30 de octubre de 2007, cuando, a la luz del perjuicio total causado y las condiciones de merecimiento del culpable, la pena imponible por la aplicación de la cláusula de exasperación del artículo 74.1º CP resulte manifiestamente excesiva por superar la que resultaría del castigo por separado de los distintos delitos que integran la continuidad, tampoco procederá su aplicación, debiendo individualizarse la pena del delito continuado patrimonial en atención a la regla del artículo 74. 2º CP que permite fijar la pena puntual en la extensión más ajustada a la culpabilidad.

Lo que conduce, como anticipábamos, al rechazo del motivo pues la sentencia de primera instancia no ofreció ninguna razón individualizadora más allá de la cláusula punitiva de absorción agravada del artículo 74. 1º CP para imponer la pena en la mitad superior de la prevista para el delito menos grave de hurto. En el caso, la

infracción leve no presta un mayor contenido de injusto total que justifique castigar imperativamente a la infracción más grave en su mitad superior. Lo impide la culpabilidad manifestada por los dos hechos que constituyen la continuidad.

En todo caso, y como prevención general para evitar el riesgo de pluspunición, en delitos patrimoniales cuando la continuidad se integra por una acción constitutiva de un solo delito menos grave o grave y por una o varias acciones constitutivas de delitos leves deberá estarse, exclusivamente, a la regla especial del artículo 74.2 CP.

Dicho de otra manera: en delitos patrimoniales, cuando quepa trazar una relación de continuidad entre acciones constitutivas de delitos leves y constitutivas de delitos menos graves o graves, la regla de exacerbación del artículo 74. 1º CP solo podrá activarse si dicha relación se integra, al menos, por dos delitos que constituyan delitos de naturaleza menos grave o grave." (FD ÚNICO) [A.C.T.]

Jurisprudencia: La participación del extraño en los delitos especiales.

STS (Sala 2ª) de 11 de abril de 2023, rec. nº 3199/2021

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c73493ed1a35ab41a0a8778d75e36f0d/20230421

"(…) La jurisprudencia de esta Sala ha admitido que en los delitos especiales puedan incriminarse la intervención de personas no afectadas por la condición especial de autoría que el tipo penal requiere. Desde la Sentencia de 18 de enero de 1994, caso de la construcción de Burgos, y la Sentencia de 24 de junio de 1994, la jurisprudencia del Tribunal Supremo modificó su anterior doctrina, afirmando la posibilidad de participación de extraños en delitos con elemento especiales de autoría, por la vía de la inducción o por la vía de la participación necesaria en delitos especiales, como el delito de prevaricación, superando la anterior concepción por la que

se consideraba que la participación de extraños en delitos especiales era impune. En la Sentencia del 18 de enero de 1994 se argumenta, que es evidente que por el número 1 del artículo 358, -en la actualidad artículo 404, - y es generalizable a todos los delitos especiales-, no puede imputarse un delito de prevaricación a quien no sea funcionario público, como no habrá delito de prevaricación judicial, si quien dicta la resolución no es un juez. Ello es claro y no necesita de mayores precisiones. Habría usurpación de funciones, o el delito que correspondiera pero, desde luego, no prevaricación. Sin embargo, la solución es distinta en los supuestos de inducción o cooperación necesaria, también participaciones no necesarias, de un extraño con un autor en que sí concurren las circunstancias establecidas en el tipo penal. Si la participación del extraño es cooperación ello supone participación en acto ajeno, y en este sentido puede mantenerse, con parte de la doctrina científica, que no se requiere del sujeto, a diferencia de la autoría propiamente dicha, la calidad que al autor del número primero del artículo 14, en la actualidad artículo 28, exige el tipo penal. Continúa el argumento de la Sentencia afirmando "llevado el tema expuesto al caso de la presente casación hay que decir que quien conociendo la condición de

funcionario del sujeto activo llamado a decidir, le inclina decisivamente a dictar una resolución manifiestamente injusta, induce a prevaricar y es autor, en consecuencia, por el número dos de artículo 14, en la actualidad 28, del Código Penal, lo mismo que el que presta su indispensable colaboración a la realización de tal delito comete, como autor del número 3 del artículo 14, en la actualidad 28, tal figura penal". Argumentación que es trasladable a quien aporte a la desviación de caudales públicos un informe técnico mendaz, preciso y relevante, que es el presupuesto del libramiento de fondos, pues esa mendacidad, precisa y relevante, es causal al desvío de fondos ilícitos.

(…)

La jurisprudencia de esta Sala en supuestos similares al que es objeto de esta casación se decanta por la autoría. En el hecho, los recurridos, acusados de malversación, son quienes, como jefe de obra y miembros de la dirección facultativa, funcionarios públicos declaran el cumplimiento de las exigencias del contrato de y realizan las mediciones que son el presupuesto técnico, suficiente y necesario, para su abono. Su conducta cumple las exigencias del art. 28 del Código Penal respecto al delito de malversación de caudales públicos, que considera autor al material, al mediato, al inductor y al partícipe necesario." (FD 12º) [A.C.T.].

Jurisprudencia: el consentimiento para la imposición de los TBC

STS (Sala 2ª) de 28 de septiembre de 2023, rec. nº 3372/2021

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4257100ca719d943a0a8778d75e36f0d/20231013

"(…) los trabajos en beneficio de la comunidad no podrán imponerse sin el consentimiento del penado. Lo que hace surgir la incógnita de cómo y en qué momento ha de manifestarse esa aquiescencia por la persona condenada

(…)

(…) el consentimiento del condenado habrá de obtenerse en cualquier momento anterior a la ejecución de la pena, en la instancia, en la apelación o, incluso, en la ejecución. En palabras que tomamos también de la STS 653/2019, 'El Código Penal no establece el momento en que deba prestarse el consentimiento preciso para la ejecución de la pena de trabajos a beneficio de la comunidad. La interpretación del artículo 49 obliga a tener en cuenta, de una parte, que antes de su ejecución debe disponerse del asentimiento del condenado. De otra, que es posible que quien es acusado no esté en condiciones de resolver un asentimiento a la pena que se presenta cuando todavía no ha sido condenado. Parece prudente considerar que el momento hábil para la prestación del consentimiento puede ser cualquiera anterior a la definitiva resolución del objeto del proceso, o a su ejecución (STS 325/2019)'.

Por último, en lo que respecta al modo en que ha de prestarse ese consentimiento por el penado, al no existir una específica previsión, es admisible tanto el manifestado

directamente por el condenado, como el que se transmite al órgano judicial a través de su representación procesal, en el escrito de recurso, o en otro dirigido a tal fin. Eso sí, ha de tratarse de un consentimiento expreso, terminante y no condicionado." (FD 2º) [A.C.T.].

2. PARTE ESPECIAL

Jurisprudencia: Robo por el método del abrazo.

STS (Sala 2ª) de 6 de febrero de 2023, rec. nº 1715/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6a88a8786e231283a0a8778d75e36f0d/20230216

"(…) La Sala ha de expresar su alto grado de coincidencia con el discurso de la defensa y del propio Ministerio Fiscal. La necesidad de una aplicación restrictiva de lo que por violencia o intimidación haya de entenderse no necesita ser argumentada. De hecho, existen pronunciamientos jurisprudenciales, de reiterada y usual cita, que cobran ahora pleno significado y que recogen una doctrina asentada desde hace ya muchos años, que impide calificar como violento todo contacto físico entre el autor y la persona que resulta despojada de un bien de su propiedad.

Es el caso, por ejemplo, de la sentencia 8 de febrero de 1989, en la que decíamos que '...el procedimiento del tirón, como modalidad del robo violento, ya indica en su significado semántico su verdadera acepción como 'acción y efecto de tirar con violencia, de golpe', completada por la modalidad adverbial denominada 'de un tirón'. Este inicial concepto gramatical coincide en lo esencial con el empleado en el caló delincuente que entiende por el 'tirón' es el procedimiento empleado por el 'tirador' o descuidero de objetos que yendo a la carrera los arrebata y huye (volatero). Finalmente la jurisprudencia, siguiendo en esa línea conceptual en la que el arrebatar consiste en quitar o tomar alguna cosa con violencia y fuerza, entiende que el procedimiento del tirón es típico del robo violento, por más que la acción sea por lo común instantánea y fugaz. Sólo si prepondera la habilidad sobre la fuerza, por ser ésta apenas perceptible, la jurisprudencia se ha inclinado por el hurto (…).

(…)

Es con esta perspectiva como ha de ser analizada la narración histórica sometida a nuestra consideración. En ella se describe que la acusada abordó a Mariano, de 76 años, '...preguntándole si conocía a determinada persona para seguidamente pedirle un puesto de trabajo y ofrecerle servicios sexuales, mientras le agarraba del cuello con el conocido como 'método del abrazo' y, guiada por ánimo de ilícito beneficio apoderarse del cordón de oro con crucifijo y chapa de grupo sanguíneo que portaba, todo ello sin que Mariano se percatara en ese momento de la sustracción, pues trataba de zafarse de la acusada que le abrazaba insistentemente, perturbando así su tranquilidad y sosiego, llegando a emplear fuerza frente a la misma para lograr que le soltara'.

Nuestro examen no puede prescindir de una premisa sin la que se resentiría la estructura del delito de robo. Y es que sólo una violencia preordenada al desapoderamiento, concebida instrumentalmente para desapoderara la víctima, puede tener relevancia típica para calificar los hechos como constitutivos de un delito de robo. Ni el simple contacto físico, ni siquiera el hábil y estratégico abrazo que permite al autor del desapoderamiento rodear momentáneamente a la víctima para alcanzar el objeto pretendido pueden considerarse, por sí solos, una violencia con relevancia típica. El tenor literal del art. 237 del CP recuerda que la violencia ha de ser "empleada" para el desapoderamiento. Se refuerza así el significado funcional de la violencia como instrumento materialmente dirigido al despojo.

(…).

Es perfectamente imaginable la existencia de supuestos en los que un abrazo, empleado como medio ejecutivo para desapoderar a la víctima, no implicará necesariamente la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de robo. El abrazo puede servir como instrumento para la sustracción al descuido. Pero cuando ese abrazo, prodigado de forma insistente, obliga a la víctima a emplear fuerza para liberarse de la persona que en ese momento le rodea y ciñe, la violencia como medio de ejecución se hace evidente (…)." (FD 3º) [A.C.T.]

Jurisprudencia: El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual.

STS (Sala 2ª) de 21 de marzo de 2023, rec. nº 1147/2021

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3174b5435f9a5ab3a0a8778d75e36f0d/20230420

"(…) no hay elemento para deducir el consentimiento para mantener una relación sexual adulta, a la vista de la situación de aturdimiento alcohólico que padecía la denunciante.

El consentimiento no se ha definido nunca en nuestra legislación histórica relativa a los delitos sexuales, pero, como declara la STS 23/2023, de 20 de enero, sabido es que la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, ha definido el consentimiento en el art. 178 del Código Penal, bajo la siguiente fórmula legal: 'Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona'.

Aunque no se definiera el consentimiento, no significaba que, desde siempre, la jurisprudencia no entendiese que tal consentimiento era sustancial, como un elemento, en este caso negativo del tipo, que el agente actuara sin consentimiento de la persona agredida sexualmente, o bien bajo un consentimiento viciado por las circunstancia concurrentes derivadas de la posición del autor del hecho, significativamente provenientes de su parentesco o situación equivalente o del dominio que su posición consecuencia de una relación laboral, docente, de

superioridad, de ascendencia, incluso consecuencia de un rango de edad con respecto a la víctima, que coartara a ésta su libre determinación sexual, o bien deducida de su vulnerabilidad o de su estado de inconsciencia. Estas últimas secuencias de ataques frente a la libertad sexual, fueron catalogadas como abusos sexuales, antes de la redacción actual que ofrece el legislador a partir de la citada Ley Orgánica10/2022, de 6 de septiembre, mientras que los casos en que el autor actuaba contra el consentimiento de la víctima abrían la categoría de agresión sexual, siendo cometidos mediante violencia o intimidación, que era la característica que exigía tal agresión sexual.

Pero dicho esto, siempre era necesaria la concurrencia de esa ausencia de consentimiento que impregna el título que abraza estos delitos, pues lo son contra la libertad sexual, que se basan naturalmente en la inexistencia de consentimiento en la prestación del mismo para llevar a cabo acciones con contenido sexual.

La fórmula que utiliza hoy el legislador es, pues, una fórmula abierta, y que ya se tomaba en consideración, en términos similares, jurisprudencialmente, para entender concurrente el consentimiento.

Como es de ver, dicha fórmula descansa en actos: 'Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona'.

Por actos, se han de entender todo tipo de manifestaciones o señales de la persona que va a consentir, sea verbales o no, gestuales o situacionales, pero deben de ser considerados como explícitos.

De modo que el consentimiento se construye como positivo y concluyente, ha de ser libremente prestado (implícitamente, no viciado), y aunque no se resuelve el consentimiento para acto concreto, como sería lo deseable, la mención 'la voluntad de la persona', pudiera servir a dichos efectos, o dar una pista interpretativa al respecto. (…)." (FD 5º) [A.C.T.]

Jurisprudencia: Criterios de diferenciación supuestos de codelincuencia versus grupo criminal

STS (Sala 2ª) de 21 de junio de 2023, rec. nº 3387/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/edfbc04ced737bbaa0a8778d75e36f0d/20230721

"(…) la definición legal de grupo criminal sólo requiere de dos elementos: a) Pluralidad subjetiva: unión de más de dos personas. b) Finalidad criminal: pues debe tener por finalidad u objeto la perpetración concertada de delitos. El grupo deberá presentar una cierta estabilidad, aunque sea menor de la exigida para la organización criminal, lo que permitiría apreciar su existencia aun cuando su formación tenga por objeto la comisión de un solo delito, siempre que esté presente una cierta

complejidad y una exigencia de mantenimiento temporal relevante, que vendría a permitir nuevos delitos similares.

En cuanto a la diferencia entre el grupo criminal de los supuestos de mera codelincuencia (…) la codelincuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

Por tanto, para la existencia de un grupo criminal se precisa de una mínima permanencia, una cierta estabilidad, una reiteración de hechos similares, por similares procedimientos y con un cierto grado de planificación

Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización. Así lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial posterior a la reforma, (…) no puede conceptuarse como organización o grupo criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, por lo que ha de valorarse en cada caso la finalidad del grupo u organización(…)" (FD 3º). [A.C.T.]

Jurisprudencia: Valor de una fotocopia a efectos del delito de falsedad documental.

STS (Sala 2ª) de 3 de julio de 2023, rec. nº 6748/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b2929f31008d1082a0a8778d75e36f0d/20230720

"(…) 1º Las fotocopias de documentos son sin duda documentos en cuanto escritos que reflejan una idea que plasma en el documento original, si bien la naturaleza oficial del documento original no se transmite a la fotocopia, salvo en el caso de que la misma fuese autenticada.

Aunque no quepa descartar en abstracto que la fotocopia pueda ser usada en algún caso para cometer delito de falsedad, lo cierto es que tratándose de documentos oficiales esta caracterización no se transmite a aquélla de forma mecánica. Y, por tanto, textos reproducidos carecen en principio y por sí solos de aptitud para acreditar la existencia de una manipulación en el original, que podría existir o no como tal. (…).

2º Por ello una falsedad, en cuanto alteración de la verdad del documento, realizada sobre una fotocopia no autenticada de un documento oficial, público o mercantil, no puede homologarse analógicamente a la falsedad de un documento de la naturaleza que tenga el original, por lo que sólo podrá considerarse como una falsedad en un documento privado (…).

3º La doctrina anteriormente expuesta es aplicable a los supuestos de falsedad material, es decir cuando la falsedad se lleva a efecto alterando el documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial(artículo 390.1.1 del Código Penal).

4º En el caso de que la falsedad consista en simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad (artículo 390.1.2° del Código Penal), lo relevante a efectos de tipificación es la naturaleza del documento que se pretende simular, no la del medio utilizado para ello. Así cuando se utiliza una fotocopia o reproducción fotográfica para simular la autenticidad de un documento, y disimular la falsedad, la naturaleza a efectos de la tipificación es la del documento que se pretende simular -en este caso documento mercantil u oficial- no la del medio empleado, pues lo que se falsifica no es la fotocopia -mero instrumento-sino el propio documento que se pretende simular (…).

Igualmente, en los casos en que partiendo de un modelo original, se confecciona otro con propósito y finalidad de hacerlo pasar como si del verdadero documento oficial o mercantil se tratase. No se trata de una fotocopia que se quiere hacer como que responde al original, sino de crear un documento íntegramente falso para hacerlo pasar por uno original.

(…)

(…) una fotocopia de un documento no es equiparable al original del mismo documento. Por ello, las alteraciones realizadas sobre la fotocopia solamente podrán ser consideradas como falsedad de documento privado, punibles si concurren las demás exigencias típicas contenidas en el artículo 395 del Código Penal. Sin embargo, cuando utilizando una fotocopia se confecciona un documento que se pretende que sea considerado como un documento oficial, o dicho con otras palabras, cuando mediante una fotocopia se simula un documento oficial, la falsedad, en estos casos tipificada en el artículo 390.1.2º del Código penal, habrá de referirse a la clase de documento simulado, De manera que se tratará de un delito de falsedad en documento oficial." (FD 2º) [A.C.T.]

Jurisprudencia: criterios para la aplicación del delito de tráfico de influencias.

STS (Sala 2ª) de 6 de julio de 2023, rec. nº 5919/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d4b3c131c009641fa0a8778d75e36f0d/20230713

"(…) El delito de tráfico de influencias del art. 428 CP castiga al funcionario con capacidad para influir en otro, en orden a la adopción de una decisión en un asunto, si lo hace prevaliéndose de las facultades de su cargo, esto es, abusando de una situación de superioridad, que puede derivar de la jerarquía que le proporciona el propio cargo, consumándose el delito con esa influencia, que pude ser de cualquier

tipo, desde la más a la menos sutil, como son las indicaciones o notas de las que hemos venido hablando que hacía el condenado.

(…)

'(…) la influencia ha de dirigirse a la consecución de una resolución que puede generar directa o indirectamente un beneficio económico. No es necesario para el perfeccionamiento delictivo que se produzcan resolución ni que exista beneficio económico, aunque juega como criterio de la pena, agravándola si se da tal beneficio, la materialización de tal beneficio no se conforma como resultado exigible para la consumación del delito, sino como un mero subtipo agravado. Ello es imprescindible, por el contrario, que se manifieste y pruebe la intención por parte del sujeto activo de obtener la resolución y el beneficio para él o para un tercero'.

Los hechos declarados probados se ajustan a la jurisprudencia mencionada, que, como vemos, no precisa que exista beneficio económico para la perfección del delito, porque, en todo caso, se reúnen los elementos que ésta exige para la subsunción en el art. 428 CP, pues, aunque no se haya logrado cuantificar ese beneficio obtenido, en los hechos probados se da por acreditado que hubo 'un beneficio económico que no ha podido se determinado', con lo que, al ser esto así, aunque no se haya logrado cuantificar el beneficio, sí permite dar por acreditada, al menos, esa imprescindible intención de obtenerlo, que precisa la sentencia citada." (FD 4º) [A.C.T.]

V. DERECHO ADMINISTRATIVO

Jurisprudencia: EL Tribunal Supremo se pronuncia sobre el antiformalismo existente en las comunicaciones de los funcionarios con su Administración.

STS (Sala 3ª), de 27 de junio de 2023, rec. nº 723/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/5e952ac4d87955cda0a8778d75e36f0d/20230707

"Ciertamente la parte recurrente no utilizó el cauce legalmente adecuado para la presentación del recurso de alzada. Nadie lo discute. Sin que la explicación que ofrece la parte recurrente resulte muy convincente; cuando espera a presentar el recurso de alzada dos minutos antes que se cumpla el plazo y no lo presenta a través de los medios dispuestos legalmente, se expone a sufrir las consecuencias de su torpe proceder. Ni está a voluntad de las partes elegir el procedimiento, ni acomodar trámites y plazos a voluntad y conveniencia. Las normas procedimentales son ius cogens, indisponibles para las partes, por lo que, de no someterse a las mismas, y es autor de la causa torpe, debe asumir las consecuencias jurídicas derivadas. En principio, por tanto, la norma general, sería que al no haber presentado el recurso de alzada a través de los citados medios previstos legalmente, en este caso sería el

registro del CGPJ, el recurso de alzada fue extemporáneo. Pero como se ha indicado esta no fue la razón de decidir. Además, a dicha regla general debe añadirse excepciones derivadas por los principios y garantías constitucionales que están en juego, con más intensidad en el ámbito sancionador, en concreto el de tutela judicial efectiva, en tanto que una resolución de extemporaneidad impide el acceso a la jurisdicción. A lo que ha de añadirse que en estos supuestos de relación de sujeción especial, en que las comunicaciones entre el personal interesado y la Administración de la que depende, se han llevado a cabo mediante un medio o dirección electrónica ajena a las legalmente dispuestas, se crea la confianza legítima de que dicho medio utilizado en la concreta actuación es el cauce natural de contacto, por lo que el rigor de la previsión legal, en cuanto establece los medios de comunicación adecuados, se flexibiliza, pues lo realmente importante es llegar a conocimiento efectivo de la comunicación cursada, siendo evidente, como así expone la parte recurrente, que la dirección electrónica a la que dirigió el recurso de alzada, sin ser la prevista legalmente, sí era la que constaba en la comunicación de la Comisión disciplinaria con él. Por tanto, consideramos correcto que la razón de la declaración de extemporaneidad no haya sido por no acertar la parte recurrente en presentar el recurso de alzada por el medio idóneo legalmente dispuesto, puesto que la recepción en la dirección de correo electrónico de la Comisión Disciplinaria, dirección que resultaba el indicado en las comunicaciones cursadas en el procedimiento seguido, salvaba el vicio de no haberse presentado en alguno de los medios dispuestos legalmente al efecto.

Lo que se pone en duda es el contenido del correo remitido por el recurrente el 20 de diciembre de 2021, es decir, la imposibilidad de constatar su contenido es lo que mueve a declarar la extemporaneidad. El problema, pues, se desplaza a una cuestión estrictamente probatoria y de carga de la prueba, verificar que efectivamente el archivo remitido contenía el recurso de alzada y cumplía los requisitos para su admisión. Una constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, siguiendo al Tribunal Constitucional, en tanto que está en juego el art. 24 de la CE, que en este caso dado el ámbito sancionador que nos ocupa es de necesaria observancia, sin duda, 'exige que la aplicación de las causas de inadmisión, además de razonada, responda a una interpretación de las normas procesales acorde con la Constitución, realizada siempre en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental que consagra el artículo 24.1 de la misma y que huya, pues, de toda apreciación de inadmisibilidad que pueda calificarse de rigorista, o de excesivamente formalista, o que implique una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican'. El presupuesto del que partir es que el que incumplen las formalidades que representa la garantía del correcto desenvolvimiento procedimental del derecho actuado, del que deriva el vicio del que nace la incertidumbre, le incumbe asumir la prueba de la corrección material, en este caso, del recurso de alzada interpuesto, esto es, que reúne los requisitos normativos para su admisión." (F.D.2º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre los casos que no existe la perdida de objeto procesal debido a que la actuación impugnada dispone de efectos sensibles.

STS (Sala 3ª), de 11 de julio de 2023, rec. nº. 4717/2022

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/e631b9c441bb7edea0a8778d75e36f0d/20230721

"(…) no puede hablarse de pérdida sobrevenida de objeto del recurso, ya que junto con la acción de nulidad había ejercitado una pretensión jurídica individualizada (concesión de autorización de residencia) lo que permite apreciar que continúa existiendo un interés legítimo del demandante de que se dicte una sentencia sobre el fondo del asunto. Así, a pesar de haber sido anulada la orden de expulsión, se considera que la falta de reconocimiento de la autorización de residencia ha producido efectos sensibles sobre la esfera de derechos e intereses del recurrente al habérsele privado no solo de la autorización de residencia solicitada, sino de los efectos inherentes a la misma de protección y cuidados, privándosele al mismo de los derechos más primarios como el de educación, sanidad, protección, no discriminación, etc.. En definitiva, se considera que la resolución ahora recurrida supone una clara vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva regulada en el art 24 de la Constitución Española, ya que se ha privado a la parte del derecho de obtener respuesta a las pretensiones solicitadas." (F.D.3º).

"(…) Una jurisprudencia muy consolidada de esta Sala [por todas las sentencias de 28 de febrero de 2013 (Rec. 530/2012) y 21 de septiembre de 2011 (Rec. 4291/2007)] considera aplicable la desaparición sobrevenida de la materia en litigio -o pérdida sobrevenida de objeto- como forma anticipada de terminación del proceso contencioso-administrativo, ex art. 22.1 de la LEC aplicable supletoriamente a la LJCA. Invocamos la Ley de Enjuiciamiento Civil para fundar este modo de terminación del proceso contencioso-administrativo por no estar previsto específicamente como tal en los arts. 74, 75 y 76 de la LJCA. Como señalamos en nuestra sentencia núm. 2470/2016, de 18 de noviembre (Rec. 162/2013), la Ley de Enjuiciamiento Civil atempera el rigor del principio de 'perpetuatio iurisdictionis' porque contempla que las circunstancias sobrevenidas tengan incidencia en el proceso cuando la innovación priva de interés legítimo a las pretensiones formuladas 'por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa' (art. 413, apartados 1 y 2 de la LEC en relación con el artículo 22 de la misma Ley). Para que la pérdida sobrevenida de objeto surta su efecto en este orden jurisdiccional nuestra jurisprudencia exige que ha de ser completa, por las consecuencias que su declaración comporta, al determinar la clausura anticipada del proceso, tal como resulta de la regulación contenida en el referido art. 22 de la de Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por eso, como ya señaló el Tribunal Constitucional en la STC 102/2009, (FJ 6 y Fallo), hemos dicho que la causa legal de terminación anticipada de un proceso por pérdida sobrevenida de su objeto, de conformidad a lo establecido en el art. 22 LEC, supletoria de nuestra LJCA (D. final 1 ª), se conecta con la pérdida del interés legítimo en obtener la tutela judicial en relación a la pretensión ejercitada, y

precisamente por ello su sentido es evitar la continuación de un proceso. Y así, en fin, en la misma STC citada se declara que para que la decisión judicial de cierre del proceso por pérdida sobrevenida del objeto resulte respetuosa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es necesario que la pérdida del interés legítimo sea completa. Como hemos expuesto anteriormente, el actor con fundamento en su minoría de edad sostuvo dos peticiones: una, principal, consistente en que se acordara la nulidad del acuerdo de expulsión; y otra, complementaria de la anterior, consistente en que se regularizase su situación como menor de edad. Estas dos peticiones, pese a tener una misma razón de pedir -la minoría de edad- dan lugar a dos pretensiones diferentes, cada una con sustantividad propia. Ello es así porque la segunda de las peticiones no puede ser calificada de irrelevante o de meramente subordinada a la primera, de suerte que desaparecida ésta deja de carecer de sentido. Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros, nos aporta suficientes datos para ratificar lo que estamos diciendo. Así, se establece en su artículo 9 que los extranjeros menores de 18 años tienen derecho a la educación, sin distinguir si están en situación regular o irregular, y que cuando alcanzan la mayoría de edad conservan ese derecho al menos hasta la finalización del curso escolar. Por su parte, el art. 14.3 indica que los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas. En lo que respecta a los menores no acompañados, como es el caso del recurrente, el art. 35 de la Ley de Extranjería ordena que, una vez determinada la minoría de edad, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle, considerándose regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor." (F.D.6º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo determina la anulación de la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración tributaria por ser esta injustificada y general.

STS (Sala 3ª), de 11 de julio de 2023, rec. nº 6391/2021

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/a6a7f09cdc1155bda0a8778d75e36f0d/20230728

"Determinar si la exigencia de que la declaración del IRPF sea presentada con carácter obligatorio por medios electrónicos a través de Internet, contenida en la Orden HAC/277/2019, de 4 de marzo, resulta ajustada a Derecho. 3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación los

artículos 14, 129 y apartado 2 de la Disposición adicional primera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre; artículo 96.5 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre; artículos 7.2, 96.1 y 2, 97.2 y 98 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre; artículo 117 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio; en conexión con los artículos 9.3, 31.3 y 103.1 de la Constitución española. Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 LJCA" (A.H. 3º)

"Para entender el alcance de estas modificaciones resulta conveniente transcribir lo que se dice en la exposición de motivos de la Orden en lo relativo a la cuestión que es objeto de este litigio: '[...] Respecto a la presentación de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, este año desaparece la posibilidad de obtener la declaración y sus correspondientes documentos de ingreso o devolución en papel impreso generado a través del Servicio de tramitación del borrador/declaración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. En su lugar, la declaración deberá presentarse por medios electrónicos a través de internet, en la sede electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, a través del teléfono, o en las oficinas de la Agencia Estatal de Administración Tributaria previa solicitud de cita, así como en las oficinas habilitadas por las Comunidades Autónomas, ciudades con Estatuto de Autonomía y Entidades Locales para la confirmación del borrador de declaración; si la declaración fuera a ingresar el contribuyente podrá domiciliar el ingreso, ingresar obteniendo un número de referencia completo (NRC) de su entidad bancaria o bien podrá efectuar el pago a través de un documento para el ingreso en una entidad colaboradora que deberá imprimir y proceder a efectuar dicho ingreso [...]'" (F.D.3º)

"Dicho esto, pasamos a examinar el primer argumento de la representación de la parte recurrente, sobre la aplicabilidad del art. 14 LPAC en el ámbito tributario. Son dos las líneas discusivas que se plantean: por una parte, su aplicación supletoria en el sector tributario del ordenamiento jurídico; y, en segundo lugar, y concurrentemente con lo anterior, también se argumenta su aplicación como principio, en tanto que elemento 'axial' de las relaciones Administración-ciudadano, que, en la tesis de la recurrente, debería informar la interpretación de los preceptos de la LGT que regulan la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración tributaria. Hemos de determinar, por tanto, si el art. 14 LPAC es de aplicación directa, o en su caso supletoria, y si concurren las circunstancias para su aplicación supletoria, además del valor que pueda tener como elemento interpretativo de las normas del ordenamiento jurídico tributario sobre la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración tributaria. El art. 14 LPAC reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con la Administración, y limita la obligación de hacerlo en estos términos a aquellos supuestos en que se trate, bien de una persona jurídica o una entidad sin personalidad jurídica, bien de personas físicas sometidas a una relación de sujeción especial (empleados públicos) en el ámbito de la misma, profesionales colegiados (también en dicho ámbito) y representantes de quienes estén, por los anteriores supuestos, obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración. Dado que la imposición del uso obligado de los medios electrónicos se establece como

excepción al reconocimiento del derecho de las personas a comunicarse con la Administración por medios electrónicos, reconocido en el propio art. 14 LPAC, es preciso satisfacer cumplidamente tanto los presupuestos que habilitan para tal imposición, como el rango necesario para la norma que imponga tal obligación. El art. 14.3 LPAC habilita a las Administraciones para que, reglamentariamente, establezcan la obligación de relacionarse con ellas a través de medios electrónicos para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que, por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos, quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios para imponer aquella forma de relación mediante el uso de los medios electrónicos Por otra parte, la redacción actual de la DA 1ª de la LPAC establece que '[...] 2. Las siguientes actuaciones y procedimientos se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en esta Ley: a) Las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en materia tributaria y aduanera, así como su revisión [...]'. Por tanto, la regulación del art. 14.2 LPAC solamente sería de aplicación en defecto de regulación en la normativa tributaria específica, y no solo en defecto de norma de rango legal, sino también de la reglamentaria. En el mismo sentido, el art. 7.2 de la LGT que establece que tendrán carácter supletorio las disposiciones generales del derecho administrativo y los preceptos de derecho común, en defecto de lo dispuesto en las fuentes principales, esto es, la Constitución, tratados o convenios internacionales, normas de derecho de la unión europea, además de la LGT, las leyes reguladoras de cada tributo y las demás leyes que contengan disposiciones tributarias. La primera conclusión sería que la Orden HAC/277/2019 impugnada, podría ser de aplicación preferente a las previsiones del art. 14.3 LPAC siempre y cuando sus previsiones encuentre suficiente sustento en las normas tributarias de rango legal, lo que nos lleva a determinar el tratamiento de la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración tributaria en el ordenamiento jurídico tributario, singularmente en la Ley General Tributaria y leyes tributarias aplicables. Debemos comenzar por precisar el alcance del principio de reserva de ley respecto a las obligaciones formales. Así, el art. 8 LGT, establece que se regularan en todo caso por ley '[...] h) La obligación de presentar declaraciones y autoliquidaciones referidas al cumplimiento de la obligación tributaria principal y la de pagos a cuenta [...]'. (…) Es indudable que tanto por su posición sistemática como por su contenido, el art. 96.2 LGT expresa un auténtico principio general del ordenamiento jurídico tributario. Sistemáticamente está situado en la regulación de los principios generales de los procedimientos de aplicación de los tributos, concretamente en el Título III, y dentro de su Capítulo I, Principios Generales, en la Sección IV, que lleva por rúbrica 'Tecnologías informáticas y telemáticas'. Y en cuanto a su contenido, la mera lectura del art. 96.2 LGT evidencia que el legislador ha reconocido en el mismo el derecho de los ciudadanos, que no obligación, a utilizar los medios electrónicos, y el deber de la Administración de promover su utilización. En efecto, el apartado 1 del mismo art. 96 señala que la Administración tributaria "promoverá" la utilización de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos necesarios para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que la Constitución y las leyes establezcan. Pero el verbo 'promover'

significa, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, impulsar el desarrollo o la realización de algo, no a imponer el resultado. Por tanto la Administración puede realizar acciones que propicien y faciliten la consecución de determinado objetivo, en este caso la utilización de 'técnicas y medios electrónicos, informáticos y medios telemáticos', pero no puede imponer su utilización obligatoria a los ciudadanos, en tanto que obligados tributarios, a los que, como reconoce el art. 96.2 LGT, se les reconoce el derecho a relacionarse con la Administración, y a hacerlo con las garantías necesarias a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos, pero no la obligación de hacerlo, no desde luego como resultado de esta norma, cuyo significado como principio general de ordenamiento jurídico tributario resulta patente (…) Pues bien, proclamado en el art. 96.2 LGT el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con la Administración, no cabe interpretar que la habilitación legal del art. 98.4 LGT, al igual que la contenida en el art. 96.5 LIRPF o en el art. 117 RGAT, permitan al Ministro de Hacienda establecer con carácter general una obligación allí donde el art. 96.2 LGT establece un derecho. Y eso es, cabalmente, lo que hace la Orden HAC/277/2019, impugnada, pues el sometimiento a la obligación de presentar telemáticamente la declaración se dirige a todo el potencial colectivo de obligados tributarios por un impuesto que, como es el caso del impuesto sobre la renta de las personas físicas, alcanza a la generalidad de las personas físicas que realicen el hecho imponible, sin distinguir ninguna condición personal que justifique que se imponga la obligación de declarar y liquidar por medios electrónicos. Por tanto, se impone una interpretación conjunta de los arts. 98.4 LGT y 96.5º LIRPF, en relación con el principio general del derecho de los obligados tributarios a relacionarse electrónica o telemáticamente con la Administración tributaria, que proclama el art. 96.2 LGT -en la misma línea del art. 14.2 LPAC- , y de esta interpretación conjunta resulta indispensable que la disposición reglamentaria recurrida hubiera establecido las características y condiciones de determinados colectivos de personas físicas que, como establece el art. 14.3 LPAC, '[...] por su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos [...]' deban relacionarse obligatoriamente por medios electrónicos con la Administración, delimitando así los supuestos y condiciones del alcance de esa obligación. Determinar los supuestos y condiciones no se refiere, como sostiene la Abogacía del Estado, al establecimiento de los diferentes modelos de declaración. Esa facultad la establece el art. 98.3 LGT y el art. 96.2 primer inciso de la LIRPF, pero a continuación, dentro de los diferentes modelos de declaración establecidos, o en su caso del único, la acción de determinarlos supuestos y condiciones de presentación por medios telemáticos o electrónicos de esos modelos, es algo sustancialmente diferente, que exige aislar los presupuestos bajo los que se impone la obligación de presentar electrónicamente el modelo de declaración, de aquellos en los que no es obligatoria tal forma de relación, aunque el ciudadano sigue teniendo derecho, si es posible, a hacerlo electrónicamente (art. 96.2 LGT) y la Administración debe promover las condiciones necesarias para satisfacer este derecho. En definitiva, determinar los supuestos y condiciones de presentación de las declaraciones por medios electrónicos o telemáticos no significa que la ley autorice a la norma reglamentaria a dejar sin efecto el derecho, que es lo que hace la Orden HAC/277/2019, sino que

requiere identificar que características o circunstancias concurren en determinados obligados tributarios, que les diferencien del conjunto de los obligados tributarios -para los que relacionarse electrónicamente es un derecho- y que justifican la pertinencia de imponerles la obligación de relacionarse necesariamente de forma electrónica, en lugar del derecho, ejercitable o no, a hacerlo en esta forma. El art. 14.2 LPAC establece aquí una serie de criterios que, en ausencia de previsión específica de la ley tributaria, deben ser aplicados supletoriamente conforme al art. 7.2 LGT y el apartado 2 de la Disposición adicional primera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre." (F.D.6º)

"Como culminación de todo lo razonado, declaramos como doctrina jurisprudencial que no es ajustada a Derecho la imposición a los obligados tributarios de relacionarse electrónicamente con la Administración, recogida en la Orden HAC/277/2019, de 4 de marzo, pues se establece de manera general para todos los obligados tributarios sin determinar los supuestos y condiciones que justifiquen, en atención a razones de capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos, que se imponga tal obligación, que constituye una excepción al derecho de los ciudadanos a ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos con las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento, reconocido en el art. 96.2 LGT." (F.D.7º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la importancia del progresivo cumplimiento del Convenio de Paris donde el sector de la energía dispone de un papel protagonista.

STS (Sala 3ª), de 24 de julio de 2023, rec. nº 162/2021.

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/08e4163b44f7bd96a0a8778d75e36f0d/20230803

"En la política comunitaria en la lucha contra el cambio climático, no solo se ha fijado el presupuesto asumido implícitamente de fijar un límite de emisiones, sino que se cumple el principio de progresividad, asumiendo los trabajos para un importante incremento de dichas medidas, entre ellas, aumentar las reducciones, pero conforme a las circunstancias que concurren, habida cuenta de la fuerte incidencia que tales medidas comportan para la economía, sin olvidar que precisamente una de las más importantes actuaciones es la de adopción de medidas de resiliencia a los efectos, ya manifiesto, del cambio climático. Y en ese sentido no podemos olvidar que ya el artículo 3 de la CMNUCC establecía que los principios que debían regir las medidas contra el cambio climático no podían desconocer las sociedades 'presentes', el 'desarrollo sostenible', el 'crecimiento económico', etc. Lo que se quiere poner de manifiesto es que las evidentes consecuencias que para la economía nacional comportaría un aumento de reducción de emisiones como la pretendida, han de ponderarse con los efectos que dichas medidas tendrían para la propia economía nacional, siendo de destacar que si nuestro País ha optado por integrarse en la política comunitaria establecida al efecto, de cuyos resultados y

liderazgo a nivel mundial no parece pueda dudarse, y constatado que esa política europea no desconoce la necesidad de intensificar la lucha contra el cambio climático, no puede sostenerse, como se hace en la demanda, el reproche a nuestro País de no haber ajustado a los compromisos asumidos en el Convenido de París. No se olvide que en esas medidas de lucha contra el cambio climático afectan de manera especialísima a la energía, que es la causa principal del cambio climático y el principal sector sobre el que deberá actuarse; pero con la peculiaridad de que el mercado de la energía incide en todo el sector industrial del Estado de tal forma que no hay faceta de la vida económica que no se vea afectado por las alteraciones en dicho mercado, como en la realidad actual es notorio. Y es cierto que de los documentos traídos al proceso cabe concluir que incrementar las medidas contra el cambio climático es una exigencia fundamental, si se quieren alcanzar los objetivos finales previstos en el Convenio de Paris, incluso con la importante premisa de que los objetivos ya establecidos para el año 2030 impondrían unos aumentos desmesurados en la etapa posterior para alcanzar dicho objetivo, proponiéndose el aumento actual de dichas medidas. Pero lo que no se contiene en ninguno de dichos documentos ni informes es un examen exhaustivo de los efectos que esas medidas, por encima de las ya previstas y planificadas que los Estados consideran procedentes para dichos fines, supondrían para la economía en el momento actual y las privaciones a que debiera someterse a la ciudadanía; máxime teniendo en cuenta que la lucha contra el cambio climático debe ser una actuación conjunta de todos los Estados que suscribieron el Convenio. No cabe, pues, concluir con el carácter taxativo que se admite en la demanda que de tales estudios debe necesariamente concluirse que las medidas de lucha contra el cambio climático son insuficientes al desconocer que han de guardar la necesaria ponderación de los efectos que tales medidas podrían tener para las sociedades actuales. Y, en relación con la Declaración de Glasgow, la reseña más decisiva, si bien impone la necesidad de revisión de los objetivos inicialmente establecidos, no impone criterios para su fijación y, como hemos visto, no ha sido desconocido por la más reciente política comunitaria, en la que nuestra País ha confiado la defensa del medio ambiente. Así mismo, en sus conclusiones no se reprocha precisamente a la Unión ser la que menos esfuerzos ha adoptado, sino todo lo contrario; y ello sin desconocer que uno de los principales reproches que en dicha COP se hace es que los Estados más industrializados no han contribuido, pese al tiempo transcurrido desde la reunión de París, a las indemnizaciones y ayudas a los Países en vías de desarrollo (artículo 9 del Convenio), cuestión esta que es de indudable trascendencia porque la lucha contra el cambio climático, o es de toda las Partes signatarias o no será efectiva y para esa amplitud tales fondos son de especial trascendencia; y es indudable que ese compromiso, olvidado en la demanda --como tantos efectos consecuentes a la pretensión-- comporta un esfuerzo presupuestario que no puede ser desconocido al examinar los compromisos asumidos en el Convenio y añadido al aumento nacional del esfuerzo de reducción de emisiones. Y ese debate debe vincularse a la pretendida afección a los derechos fundamentales que se invocan en la demanda, en el sentido de que si se rechaza la premisa, esto es, la necesidad de imponer el ya conocido porcentaje de reducción de emisiones sea la única solución a la lucha

contra el cambio climático, no puede estimarse que exista esa afección a tales derechos." (F.D.8º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: La Audiencia Provincial de Murcia se pronuncia sobre un caso de prevaricación del alcalde, arquitecto y secretaria municipal por el encargo de las obras de un auditorio para cobrar una subvención autonómica.

SAP Murcia (Sección Tercera), de 6 de marzo de 2023, rec. núm. 74/2019

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/acc32648227bc291a0a8778d75e36f0d/20230324

"(…) cuando el Tribunal penal analiza el hecho desde la óptica que le corresponde y a los solos efectos de la determinación de uno de los elementos del tipo penal, con ello no puede integrar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Constitución Española (…)

se infiere la diferencia entre esta causa penal y lo analizado en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa: -los acusados no fueron parte en el procedimiento contencioso administrativo; -el objeto de este juicio penal es más amplio: no se refiere exclusivamente al concurso de ideas y al acuerdo de adjudicación al acusado Fausto, sino a los actos preparatorios previos: el anteproyecto de 2006, el proyecto de 2006 y el proyecto de ejecución de 2007, junto con las comunicaciones que hubo desde el Ayuntamiento con la Consejería autonómica para la obtención de la subvención. -el fundamento o causa básica de este proceso penal es determinar si ese concurso de ideas se efectuó precisamente para enmascarar previos actos ilegales. La convocatoria del concurso de ideas y su decisión no sería más que la culminación de una actuación compleja, amparada en el fraude de ley." (F.D. 1º)

"Para iniciar el expediente de concesión de la subvención, el directivo autonómico informa de que el Ayuntamiento debe remitir cierta documentación; la más importante era el proyecto de ejecución de la obra firmado por un técnico competente y la acreditación de la titularidad del inmueble o parcela donde se va a realizar la obra. En ese momento, no existía en el Ayuntamiento expediente administrativo alguno para la adjudicación del proyecto y es posible que se estuvieran mirando parcelas donde ubicar la construcción (aunque en todas las noticias publicadas ya aparecía la parcela de la Rambla de Nogalte). En esta tesitura y en vez de explicar al órgano de concesión que la documentación puede demorarse por la necesidad de cumplir con los trámites legalmente previstos sobre la contratación pública, el acusado Evaristo decide remitir nueva carta al director general Sr. Santos en fecha 18 de diciembre de 2006, que reza: 'Te remito la documentación requerida para el inicio de la tramitación de esta subvención paccionada' (folio 12 del anexo 9.1). Y se acompaña el Anteproyecto de 2006 (folios 955 y ss. del tomo III) y el Proyecto de 2006 (folio 80 y ss. del anexo 9.2 y folios 1983 y ss. del tomo V). Ninguno de estos dos proyectos estaba visado por el Colegio

de Arquitectos de la Región de Murcia (folio 1084 de tomo III), ni tampoco habían tenido registro de entrada en el Ayuntamiento (acontecimiento digital 479 del procedimiento ante el TSJ).

(…) Dicho lo anterior, la primera responsabilidad penal y más importante, la que deriva del acta de la JGL de 26 de diciembre de 2006, no se ubica en el ámbito de la función de asesoramiento legal, sino en el de la fe pública. Así, la acusada declaró que en dicha junta únicamente actuó como fedataria pública y que no controla el contenido de los expedientes. Añade que esta propuesta entró como urgente en la JGL y hasta ese momento ninguna persona tenía conocimiento de ella, salvo el concejal que la propuso oralmente. Y frente al documento sin firma, referente a la propuesta del concejal Leoncio (acontecimiento digital 479 del procedimiento del TSJ), manifiesta que es irrelevante y que lo importante es el acuerdo. Añade que el acuerdo se refirió exclusivamente a manifestar la voluntad de la Corporación con respecto a la subvención, sobre la base de un documento básico que no es el que se quiere utilizar para la obra. Añade que, con dicho proyecto, únicamente se indicaba a la Consejería qué se quería hacer. Tales afirmaciones contradicen la legislación vigente. En primer lugar, ya se ha indicado que algunos de los contenidos de la fe pública municipal son el control de la preparación de los asuntos a tratar en los órganos colegiados y la custodia de la documentación de los expedientes, que debe estar a disposición de los componentes del órgano con anterioridad a la celebración de la Junta. Lo cual significa que no pueden entrar asuntos de forma urgente sin que exista un expediente incoado y terminado. Especialmente, lo indica el art. 177 del RD 2568/1986 (Reglamento de Organización Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales) cuando establece: 1. Conclusos los expedientes, se entregarán en la Secretaría de la Corporación que, después de examinarlos, los someterá al Presidente. 2. Para que puedan incluirse en el orden del día de una sesión, los expedientes habrán de estar en poder de la Secretaría tres días antes, por lo menos, del señalado para celebrarla. 3. Se dejará copia certificada en el expediente de la resolución adoptada. (…)

Los secretarios, junto con los interventores municipales, son funcionarios altamente capacitados para reflejar o constatar, a través de informes, advertencias o reparos, las actuaciones ilícitas de las autoridades y funcionarios. Además, su posición privilegiada dentro del órgano municipal les permite evidenciar posibles actuaciones delictivas, incluso antes de que se produzcan. En este punto, reproducimos la STS núm. 1325/2012, de 8 de julio: 'La intervención del Secretario municipal dando fe de los decretos dictados debe suponer su plena conformidad a derecho, en tanto una de sus funciones es controlar la legalidad de la actuación municipal. De ahí que si hubiera advertido alguna irregularidad vendría obligado a manifestar el correspondiente reparo o advertencia. El Secretario, asesor jurídico municipal, es licenciado en derecho, y por tanto no debió dar fe de los acuerdos si eran ilegales o adoptar las medidas pertinentes formulando reparos o advertencias'.

(…) Por ello, para imputar al Secretario municipal deberá alcanzarse la convicción de que la actuación administrativa ilegal se produjo, precisamente, gracias a la intervención activa u omisiva de éste, pues lo contrario implicaría aceptar al

respecto del Secretario Municipal una condición, la de titular del Control de la Legalidad de las actuaciones municipales, que, conforme al actual marco legal, no le corresponde. Desde la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, el Secretario ha perdido gran parte de sus antiguas atribuciones de jefe administrativo del ayuntamiento, reservándose fundamentalmente dos funciones, la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo, lo que significa que ante todo es garante de la legalidad de la acción administrativa en beneficio de los ciudadanos. (D.A. 2ª de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público)"'. (F.D.2º)

"Con respecto a Adelaida, funcionaria de carrera, tampoco tenemos duda de su responsabilidad, que ha sido descrita por ella misma en cuanto a que intentaron solucionar el problema para justificar la subvención. Sabía, sin género de dudas alguno, que el proyecto modificado no había sido informado por técnico municipal y que su finalidad era salvar los defectos detectados con el único fin de evitar el reintegro de la subvención. Ella misma se irrogó facultades de asesoramiento jurídico para evitar obtener informes preceptivos en este punto. Debe responder como cooperadora necesaria, conforme al art. 28b) y 24 del C.P., de acuerdo con la argumentación contenida en el anterior fundamento jurídico. Por el contrario, no consideramos que exista responsabilidad para el acusado Felicisimo, como apoderado de ECISA que firmó el contrato de obra." (F.D.4º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la exigencia sobre la exigibilidad de informes y su valor, concretamente del económico, género, familia, adolescencia y alternativas ambientales, tras la invalidez del Plan de acción territorial e infraestructuras del litoral de Valencia (PATIVEL).

STS (Sala 3ª), de 26 de mayo de 2023, rec. nº 4035/2021

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/132e138bc61729d7a0a8778d75e36f0d/20230609

"En definitiva, el Estudio Económico debe demostrar la viabilidad económica de una intervención de ordenación detallada en un Sector o ámbito concreto y el informe o memoria de sostenibilidad económica debe garantizar analíticamente que los gastos de gestión y mantenimiento de las infraestructuras y servicios en ése Sector o ámbito espacial pueden ser sustentados por las Administraciones públicas, en especial la Administración local competente en la actividad urbanística'. Y en esa misma sentencia recordábamos que, conforme al artículo 15.4 del TRLS de 2008, 'la exigibilidad del informe de sostenibilidad económica contrae su ámbito de aplicación a las denominadas actuaciones de urbanización' que, a tenor del artículo 14 del mismo texto legal constituyen 'actuaciones de transformación urbanística'. Por ello, señalábamos que 'la falta del expresado carácter en las actuaciones previstas por el POL es lo que excluye en última instancia la exigibilidad del estudio de sostenibilidad económica en el supuesto de autos'. Y a tal efecto se indicaba que 'con el POL de Galicia no estamos ante un instrumento de ordenación de actuaciones de urbanización' sino ante 'un instrumento de ordenación de carácter

estratégico cuyas determinaciones habrán de desarrollarse después por medio de las distintas figuras de planeamiento previstas en la correspondiente normativa (gallega) de aplicación'. Y concluíamos: 'Al amparo de la indicada interpretación, el POL carece, pese a sus afecciones sobre el suelo, de efectos inmediatos de carácter económico y no supone expropiación ni proyecto de urbanización u obra alguna. Y a falta del carácter directamente transformador de las determinaciones previstas en el mismo, podemos venir a concluir ya en esta sede que no le resulta exigible el estudio de sostenibilidad económica, que el recurso echa en falta'. La doctrina expuesta en esa sentencia, sentada al amparo de lo previsto en el artículo 15.4 del TRLS de 2008, debe considerarse vigente en la actualidad, dado que también el artículo 22.4 del TRLS de 2015 condiciona la exigibilidad de la inclusión de un informe o memoria de sostenibilidad económica a que se trate de 'instrumentos de ordenación de las actuaciones de transformación urbanística'. Por tanto, dado que en este caso -como bien indica el auto de admisión- no estamos ante un instrumento de transformación directa e inmediata, sino ante un instrumento de ordenación de carácter estratégico, cuyas determinaciones habrán de desarrollarse después por medio de las distintas figuras de planeamiento previstas en la correspondiente normativa de aplicación, no cabría exigir en el supuesto enjuiciado el referido informe de sostenibilidad económica, conclusión que también alcanza la Sala de instancia en la sentencia impugnada con cita de la STS nº 197/2020, de 14 de febrero (RC 7649/2018). (…)

Por tanto, con independencia de la denominación formal que se asigne a esa previsión del impacto económico de la norma reglamentaria (sea memoria económica o, en su caso, estudio económico-financiero, o cualquier otro), de la doctrina expuesta en la citada sentencia se deduce con nitidez que lo verdaderamente relevante es que se incorporen a su contenido los datos y elementos suficientes en relación con las determinaciones de dicha norma para poder efectuar, razonablemente, una estimación aproximada del impacto económico que, en su caso, podría tener la aprobación de la citada norma reglamentaria. Y esta conclusión no resulta alterada por el hecho de que el artículo 16 del Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunitat Valenciana, no incluya expresamente una memoria económica entre la documentación que necesariamente debe incorporarse a la tramitación de los planes de acción territorial. (…)

Atendiendo a estas consideraciones, estamos en condiciones de afirmar que la doctrina sentada en la referida sentencia nº 725/2016 no es aplicable a supuestos como el ahora enjuiciado, precisamente porque no estamos ante un instrumento de ordenación urbanística, categoría a la que se refiere dicha sentencia, sino ante un instrumento de ordenación territorial, conceptualmente diferenciable de aquél. (…)

Sin perjuicio de lo anterior, dada la naturaleza reglamentaria de los planes de ordenación territorial, como el PATIVEL, en su tramitación deberá incorporarse una previsión suficiente del impacto económico que, en su caso, pudiera derivarse

directamente de la aprobación de la norma reglamentaria, atendiendo al contenido material de sus determinaciones." (F.D.6º)

"Si en el caso enjuiciado cabe deducir que realmente se llevó a cabo el análisis del impacto que las determinaciones del plan de ordenación territorial podrían tener sobre el género, familia, infancia y adolescencia, los informes 'neutros' no serán equivalentes a inexistentes; por el contrario, cuando pueda inferirse que se ha utilizado una fórmula rituaria para afirmar la neutralidad de la norma a esos efectos, pero que no ha existido realmente un análisis sobre el particular, esos informes deben reputarse inexistentes." (F.D.8º)

"Lo que ocurre es que ese documento debe ser analizado desde la perspectiva adecuada, que no es otra que la derivada de las propias características de un plan de ordenación territorial en el que se trazan las grandes líneas maestras, el marco general de referencia al que -como hemos dicho reiteradamente- habrán de ajustarse en el futuro los planes urbanísticos de ámbito territorial inferior. Y, desde esa perspectiva, no cabe duda de que -por pura lógica- la eventualidad de que pudiera producirse un impacto desfavorable en el género, familia, infancia o adolescencia como consecuencia de la aprobación de un plan de ordenación territorial aparece, en teoría, como una posibilidad más remota -menos probable- que si de la aprobación de un plan urbanístico de ámbito territorial inferior se tratara. Pese a ello, esa posibilidad teórica no debe ser descartada. Pero, a la vista del documento nº 35, la mera afirmación de la parte recurrida sobre la inexistencia real de los preceptivos informes -que hemos rechazadono puede considerarse suficiente para anular el PATIVEL porque, en tal caso, la estimación de esa pretensión comportaría consecuencias realmente desproporcionadas a la vista de las circunstancias concurrentes. Por ello, de modo análogo a como razonamos en nuestra STS nº. 176/2022, consideramos -en virtud del principio de proporcionalidad- que para poder declarar fundadamente la nulidad del PATIVEL por este motivo, deberían haberse precisado suficientemente cuáles eran las concretas determinaciones incluidas en el plan aprobado que incurrían en contravención del principio de igualdad o que podían afectar desfavorablemente a la familia, infancia o adolescencia; o, de otro modo, debería haberse indicado el motivo por el que se apreciaba que una específica omisión en las determinaciones del plan comportaba una quiebra de aquel principio o de la necesaria protección de la familia, infancia o adolescencia. Y, en su caso, también debería haberse justificado que esa eventual afectación desfavorable para la igualdad de género, familia, infancia o adolescencia se proyectaba sobre la totalidad del plan y que no bastaba para remediarla con la anulación parcial del mismo, esto es, de alguna o algunas de sus determinaciones. Nada de esto aparece en la sentencia impugnada ni se precisa en las alegaciones de la parte recurrida en casación y ello nos lleva a la conclusión de que el recurso de casación debe ser acogido en este extremo." (F.D.9º)

"El estudio de alternativas que debe contener una evaluación ambiental estratégica de un plan de ordenación territorial, debe incluir, además de la referencia al alcance y contenido del plan propuesto, aquellas alternativas razonables, técnica y ambientalmente viables, que tengan en cuenta los objetivos y el ámbito territorial

de aplicación del plan o programa, con el fin de prevenir o corregir los efectos adversos sobre el medio ambiente de la aplicación del plan o programa." (F.D.10º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la invalidez del acto que inadmitía la participación de una empresa en la concesión de ayudas agrarias, y la compensación por el beneficio industrial que no percibió de la ayuda frustrada.

STS (Sala 3ª), de 5 de junio de 2023, rec. nº 8428/2021

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/8a2ff886390d1184a0a8778d75e36f0d/20230616

"(…) en aclarar si para la determinación de la cuantía de la indemnización que se ha declarado pertinente como consecuencia de la previa anulación de una resolución administrativa en el ámbito de la actividad subvencional, resulta procedente la aplicación analógica de los criterios previstos en el artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos del Sector Público, para el contrato de obras." (A.H. 2º)

"El presente recurso se circunscribe, por tanto, a determinar el importe de la indemnización que debe concederse a la empresa recurrente como consecuencia de la anulación de la resolución administrativa que le impidió acceder al proceso de licitación, destinada a obtener una ayuda por el almacenamiento de aceite durante un periodo de tiempo. La empresa recurrente considera que se debe reparar de forma integral por el importe total de los daños y perjuicios sufridos que la recurrente calcula que la ayuda que habría percibido teniendo en cuenta que el periodo de almacenamiento (180 días) el montante de aceite al que afectaba (1000 toneladas) y el precio por tonelada en el que se cerró la ayuda (0,82 € día/tonelada) hubiese alcanzado un importe de 147.600 €. Así mismo, afirma que, aunque parte del aceite se almacenó en sus instalaciones tuvo que suscribir un contrato de arrendamiento de depósitos a fin de abarcar la totalidad de la cantidad de aceite ofertado, compromiso adquirido que tuvo que mantener y abonar puntualmente en los términos pactados, aunque su oferta fuera inadmitida. (…)

La determinación del importe de la indemnización en los supuestos en los que se aprecie un daño antijuridico derivado de un acto administrativo posteriormente anulado que ha incidido de forma negativa en la esfera patrimonial del afectado, no tiene unas normas específicas para su cuantificación fuera las referencias contenidas en el artículo 34 LRJSP dispone: '2. La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social. 3. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se

produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas. [...]'. De modo que el tribunal de instancia pudo utilizar diferentes criterios para cuantificar el importe de la indemnización destinada a resarcir a la entidad recurrente por el perjuicio sufrido al no haber podido participar en el proceso de licitación para obtener tales ayudas. La utilización del 6% del beneficio industrial que podría obtener como criterio de cuantificación, con independencia de que se contemple en el art. 131 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre para cuantificar el presupuesto base de licitación en los contratos de obras, no resulta contrario a derecho sino que es uno de los posibles, entre otros muchos, que pueden ser utilizadas para fijar el importe de dicha indemnización, incluyendo la simple fijación de una cantidad a tanto alzado que se considere resarce el perjuicio sufrido. Existen sin duda otros, pero el utilizado no es contrario a derecho. Frente a ello, la parte recurrente sostiene que la anulación del acto le impidió poder participar en el proceso y que la reparación integral debería abarcar el importe total de la ayuda dejada de percibir y los gastos que tuvo que realizar por la contratación de depósitos para poder tener almacenados las toneladas de aceite ofertadas. Tal pretensión no puede ser compartida. La percepción de la ayuda estaba condicionada al cumplimiento de una limitación de venta del aceite almacenado durante un determinado periodo de tiempo, limitación a la que no se vio sometida dicha entidad, por lo que la percepción de la ayuda integra sin limitación alguna generaría un beneficio sin contraprestación de ningún tipo lo que daría lugar a un enriquecimiento injusto. Por lo que respecta al importe del arrendamiento de los depósitos que se deberían utilizar para almacenar parte del aceite en caso de obtener la ayuda (otra parte del aceite lo almacenaría en sus propias instalaciones), debe destacarse que dicho contrato lo suscribió antes de conocer que sería perceptor de la ayuda, pero, en todo caso, la sala de instancia entiende que el importe de dichos gastos están cubiertos por el 6% del beneficio industrial que se fija como indemnización, por lo que tampoco desde esta perspectiva cabe realizar reproche alguno a la sentencia impugnada. Por todo ello procede rechazar el recurso de casación confirmando la sentencia de instancia, sin que sea posible fijar una jurisprudencia de alcance general sobre el concreto criterio para cuantificar las indemnizaciones derivadas de la anulación de un acto administrativo restrictivo de derechos. (…)

De modo que el tribunal de instancia pudo utilizar diferentes criterios para cuantificar el importe de la indemnización destinada a resarcir a la entidad recurrente por el perjuicio sufrido al no haber podido participar en el proceso de licitación para obtener tales ayudas. La utilización del 6% del beneficio industrial que podría obtener como criterio de cuantificación, con independencia de que se contemple en el art. 131 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre para cuantificar el presupuesto base de licitación en los contratos de obras, no resulta contrario a derecho sino que es uno de los posibles, entre otros muchos, que pueden

ser utilizadas para fijar el importe de dicha indemnización, incluyendo la simple fijación de una cantidad a tanto alzado que se considere resarce el perjuicio sufrido. Existen sin duda otros, pero el utilizado no es contrario a derecho. Frente a ello, la parte recurrente sostiene que la anulación del acto le impidió poder participar en el proceso y que la reparación integral debería abarcar el importe total de la ayuda dejada de percibir y los gastos que tuvo que realizar por la contratación de depósitos para poder tener almacenados las toneladas de aceite ofertadas. Tal pretensión no puede ser compartida. La percepción de la ayuda estaba condicionada al cumplimiento de una limitación de venta del aceite almacenado durante un determinado periodo de tiempo, limitación a la que no se vio sometida dicha entidad, por lo que la percepción de la ayuda integra sin limitación alguna generaría un beneficio sin contraprestación de ningún tipo lo que daría lugar a un enriquecimiento injusto. Por lo que respecta al importe del arrendamiento de los depósitos que se deberían utilizar para almacenar parte del aceite en caso de obtener la ayuda (otra parte del aceite lo almacenaría en sus propias instalaciones), debe destacarse que dicho contrato lo suscribió antes de conocer que sería perceptor de la ayuda, pero, en todo caso, la sala de instancia entiende que el importe de dichos gastos están cubiertos por el 6% del beneficio industrial que se fija como indemnización, por lo que tampoco desde esta perspectiva cabe realizar reproche alguno a la sentencia impugnada. Por todo ello procede rechazar el recurso de casación confirmando la sentencia de instancia, sin que sea posible fijar una jurisprudencia de alcance general sobre el concreto criterio para cuantificar las indemnizaciones derivadas de la anulación de un acto administrativo restrictivo de derechos." (F.D.2º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre si es posible aportar pruebas en vía contenciosa que no fueron aportadas deliberadamente en vía administrativa.

STS (Sala 3ª), de 5 de junio de 2023, rec. nº 3424/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/2dd02ff23bce66f3a0a8778d75e36f0d/20230623

"(…) en pura técnica procesal y como se determina en el auto de admisión, aquí el debate no es ya tanto el resultado de una concreta valoración de la prueba y los hechos que el Tribunal sentenciador haya concluido, sino si el propio Tribunal sentenciador puede hacer una ponderación de tales circunstancia al momento de dictar sentencia y examinar la legalidad de la resolución sancionadora, conforme a la totalidad de las pruebas que hayan sido aportadas al proceso o su expediente, con independencia de que la Administración, al acordar la expulsión, no dispusiera de ese material probatorio. Ese es el debate que se suscita y su planteamiento está más que justificado por cuanto, no solo de manera implícita, sino que tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación, aceptan que la decisión administrativa estaba ajustada al ordenamiento porque el recurrente no había justificado ante la Administración que no concurrieran circunstancias de agravación a la mera estancia que justificaba la orden de expulsión. Que ello es así lo pone de manifiesto, como

ya vimos, la sentencia del Tribunal de Madrid cuando declara, respecto de dicha prueba sobre tales circunstancias, '...[n]ada de eso se hizo en la fase administrativa, aunque es cierto que junto con la demanda se realizó un relativo esfuerzo probatorio, aportándose entonces el pasaporte del interesado y otros elementos.' Es decir, el Tribunal rechaza que en ese momento puedan valorarse dichos 'elementos'." (F.D.3º)

"nuestra Ley procesal autoriza en el artículo 56-1º que quienes recaben la tutela judicial frente a una actividad de la Administración, puedan alegar en la vía jurisdiccional 'cuantos motivos procedan' para justificar que dicha actividad no es conforme a Derecho y ello con independencia de que 'hayan sido o no planteados ante la Administración'. Dicha autorización permite una doble consideración, de una parte, que si se autoriza a los ciudadanos poder invocar nuevos motivos, se está implícitamente autorizando la aportación de nuevas pruebas, porque excluir estas limitaría aquellos; de otra parte, se confirma que los Tribunales de lo Contencioso están obligados a examinar la legalidad de la actividad administrativa impugnada conforme a lo que resulta del mismo proceso, pero referido al momento en que se adoptó la decisión administrativa. Las anteriores consideraciones, siendo aplicable para toda actividad administrativa, adquiere especial reforzamiento en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, por su propia naturaleza, que no parece necesario reflejar, en cuanto participa, como se declara de manera inconcusa, de los mismos principios del Derecho penal, si bien con matices, lo cual comporta que la finalidad del proceso no es sino la búsqueda de la verdad real y no solo formal, lo que habilita la más amplia facultad para la aportación de toda prueba de que pueda servirse el acusado. De lo expuesto deberemos concluir que si, como hemos declarado en nuestra última jurisprudencia, la orden de expulsión, como sustitutiva de la sanción de multa por la infracción grave de la estancia irregular en el territorio nacional de un extranjero, conforme se tipifica en los artículo 53-1º-a), en relación con el artículo 57 de la LOEX, requiere un juicio de proporcionalidad, en el que se tengan en cuenta las circunstancias que puedan concurrir en el sancionado, en particular de aquellas que puedan comportar un agravamiento de la conducta respecto de la mera estancia, ese juicio de proporcionalidad, no solo debe realizarse por la Administración al dictar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, sino que deben realizarlo los Tribunales al revisar dichas resoluciones para lo que han de tenerse en cuenta las pruebas que le haya sido aportado, no solo en vía administrativa sino también en vía jurisdiccional. En suma, dando respuesta a la cuestión casacional suscitada en este recurso, procede declarar que la ponderación de las circunstancias que puedan justificar la orden de expulsión, como sustitutiva de la sanción de multa que procede en los supuestos de la infracción grave de estancia irregular en España de los extranjeros, conforme al artículo 53-1º-a), en relación con el artículo 57 de la LOEX, ha de realizarse por la misma Administración en la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, sin perjuicio de que los Tribunales, al revisar dicha resolución, puedan revisar también ese juicio de ponderación, conforme al material probatorio que obre en las actuaciones, tanto en el proceso como en su expediente." (F.D.4º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la ausencia de criterios de valoración previamente sometidos a conocimientos de los aspirantes, por haber sido aprobados posteriormente a la corrección de los ejercicios.

STS (Sala 3ª), de 5 de junio de 2023, rec. nº 772/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/f2c88ca3c4bb0ffda0a8778d75e36f0d/20230623

"'Es verdad que los criterios estipulados en las bases de la convocatoria fueron desarrollados por el Tribunal calificador con posterioridad a la realización del dictamen, pero ello no supone ningún vicio de nulidad, como afirma la recurrente. En efecto, nada obsta a la objetividad, seguridad jurídica, publicidad, transparencia y motivación el que, a los efectos de aplicar de manera homogénea los criterios preestablecidos en las bases, el Tribunal calificador elaborase unas pautas de corrección. Antes al contrario, ello refuerza la virtualidad del principio de igualdad en la aplicación de los principios de mérito y capacidad y no resulta contradicho por la jurisprudencia que invoca la parte, que atiende a las circunstancias de los casos concretos en los que se dictaron las sentencias citadas. Por lo demás, tales pautas de corrección son de una gran generalidad y vienen a precisar algo más los criterios previamente establecidos por las bases, por lo que en ningún caso pudieron ser determinantes de valoraciones del dictamen no previsibles por los opositores y, por tanto, generadoras de indefensión a la hora de responder a las cuestiones planteadas en el mismo.' Continúa la sentencia indicando que las pautas de corrección adoptadas internamente por el Tribunal fueron las que refleja la sentencia." (F.D.3º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo hace mención a elementos que no deben ser olvidados al momento de proponer la prueba.

ATS (Sala 3ª), de 19 de junio de 2023, rec. nº 643/2022

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/69e99666f2c5b74da0a8778d75e36f0d/20230630

"Y tampoco debe prosperar el recurso de reposición en lo que se refiere a la denegación de la prueba pericial pues, si bien el artículo 337.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite la aportación del informe pericial en un momento posterior a la presentación de la demanda, lo cierto es que al proponer la prueba en su escrito de demanda la parte recurrente no dio razones que permitiesen considerar justificada la imposibilidad de aportar con la demanda el informe pericial. Aun así, pese a no ser admitida la prueba pericial, para una más efectiva realización del derecho de defensa (artículo 24 de la Constitución) la parte recurrente podrá, si a su derecho conviene, aportar el informe cuando obre en su poder y solicitar que esta Sala acuerde la incorporación del documento a las actuaciones, como diligencia final." (F.D.1º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre el control de la discrecionalidad técnica.

STS (Sala 3ª), de 27 de junio de 2023, rec. nº 736/2022

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/2dd1855275f2e3c8a0a8778d75e36f0d/20230707

"Reiterar que las irregularidades denunciadas, de haberlas, en lo que no entramos, en modo alguno vicia el proceso ni conlleva acoger la arbitrariedad señalada, más cuando nos encontramos con que respecto del recurrente el proceso en la fase de dictamen se ha desarrollado correctamente y se ha motivado la calificación unánime de suspenso suficientemente. La comparación que realiza individual y personalmente el recurrente de su ejercicio con otros dictámenes de aspirantes aprobados, no merece más comentario que su base es su mera opinión interesada y subjetiva, inadecuada absolutamente para derivar una actuación del Tribunal en su calificación de caprichosa o voluntarista." (F.D. 13º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la revisión de oficio de actos tributarios sobre los que hubiese recaído previa sentencia firme.

STS (Sala 3ª), de 4 de julio de 2023, rec. nº 6486/2021

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/e4d0c49836e5e7cba0a8778d75e36f0d/20230713

"La expresión del precepto, 'Cuando hayan sido confirmados por sentencia judicial firme', no hace más que positivizar la doctrina jurisprudencial desarrollada en la normativa general en sede tributaria, reafirmando la misma al exigir la confirmación, que tal y como alega la parte recurrente, debe entenderse en el sentido de que la confirmación supone declarar que el 'acto es ajustado a derecho. En el caso a enjuiciar, no puede ser de aplicación el precepto, puesto que la sentencia que sirve de justificación para acordar aquella imposibilidad de revisión no contiene '(...) la confirmación (...)' que exige dicho artículo; solo se resuelve por la sentencia que el recurso de alzada contra el acto administrativo se interpuso fuera de plazo'." (F.D.4º)

"No se puede, pues, reabrir el debate ante la Administración cuando, previamente, el acto administrativo cuya nulidad se postula, se hubiera visto implícitamente confirmado como consecuencia de la desestimación de un recurso jurisdiccional contra él interpuesto, incluso cuando contra el expresado acto se esgrimieran ex novo motivos de nulidad que no fueron aducidos en el proceso contencioso administrativo previo, entre otras sentencias de 21 julio 2003, rec. cas. 7913/2000; de 13 diciembre 2007, rec. cas. 346/2005; o de 18 mayo 2010, rec. cas. 3238/2007; de no ponerse este coto, es evidente que bastaría alegar un nuevo argumento o motivo para cuestionar cualquier sentencia firme, con quiebra del principio de

seguridad jurídica. Además, ha de hacerse valer, que el que insta la tutela judicial frente a un acto administrativo tiene la carga procesal de agotar todos los motivos de nulidad y anulabilidad, de suerte que de quedar alguno imprejuzgado por no haber sido invocado, debe entenderse que los mismos han sido consentidos. En definitiva, el ejercicio de la acción de nulidad de pleno de derecho tiene como límite el no haber interpuesto previamente recurso contencioso administrativo pretendiendo su nulidad, aunque se quieran alegar nuevos motivos, si hubiese recaído sentencia desestimatoria, pues el actor tiene la carga de agotar todos los motivos de nulidad o anulabilidad en que haya incurrido a su entender el acto impugnado, so pena de dejar consentidos tales vicios -cabrían hacer alguna matización, pero no es el caso-. En general, la jurisprudencia a la que aludimos, hace referencia a las sentencias desestimatorias, sentencias que se pronuncian sobre el fondo del asunto; pudiéndose dar el caso que también podría alcanzar esta doctrina a alguna sentencia de inadmisibilidad, por ejemplo, en aquellos casos en que la sentencia judicial declara la inadmisibilidad, art. 28 de la LJCA, en los casos de que los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma, pero también en este supuesto está presente el reflejo de aplicar las consecuencias que son inherentes a la institución de la cosa juzgada. En general, la jurisprudencia a la que aludimos, hace referencia a las sentencias desestimatorias, sentencias que se pronuncian sobre el fondo del asunto; pudiéndose dar el caso que también podría alcanzar esta doctrina a alguna sentencia de inadmisibilidad, por ejemplo, en aquellos casos en que la sentencia judicial declara la inadmisibilidad, art. 28 de la LJCA, en los casos de que los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma, pero también en este supuesto está presente el reflejo de aplicar las consecuencias que son inherentes a la institución de la cosa juzgada. Como puede apreciarse toda la doctrina jurisprudencial se ha forjado y gira en torno al límite de la petición de revisión tras sentencia firme que declara la conformidad a Derecho del acto que se pretende revisar, esto es, que se pronuncian sobre el fondo del asunto, pues el principio de seguridad jurídica no permite, en general, reabrir debates definitivamente resueltos por los Tribunales de Justicia. A sensu contrario, cuando la sentencia no ha podido pronunciarse sobre la conformidad jurídica del acto -en general por motivos de inadmisibilidad, o como se ha puesto de manifiesto por concurrir un supuesto de silencio positivo-, no existe este límite para solicitar el procedimiento de revisión especial. Y ello porque el citado límite hace referencia, como no podía ser de otro modo atendiendo a su fundamento expuesto jurisprudencialmente, a la 'res iudicata' material en sentido estricto. Esto es, no se podrá revisar en vía administrativa un acto o resolución por motivos ya analizados en un proceso contencioso-administrativo en el que se haya dictado sentencia firme confirmando el acto, que ha conllevado la desestimación de los motivos de impugnación. (…)

Dicho lo anterior debe interpretarse el art. 213.3 de la LGT en el sentido de que la prohibición de revisión de actos tributarios prevista en el citado artículo no resulta aplicable a aquellos supuestos en los que existe una sentencia judicial firme que, sin entrar a examinar los motivos de fondo de la impugnación, desestimó un recurso

previo por considerar ajustada a Derecho la decisión del Tribunal Económico-Administrativo de inadmitirlo por extemporáneo. En el presente caso habiendo inadmitido la solicitud de la acción de nulidad en base al art. 217.1.f) de la LGT, mediante resolución del Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la AEAT, de fecha 2 de diciembre de 2019, al entender aplicable el artículo 213.3 de la LGT, sin que dicho precepto establezca prohibición alguna respecto a las sentencias judiciales firmes que sin entrar sobre el fondo y resolver los motivos de impugnación, se limita a declarar la extemporaneidad del recurso de alzada interpuesto ante el TEAC, tal y como este había declarado." (F.D. 5º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la discrecionalidad administrativa en la toma de decisión de la localización de una zona aparcamiento para discapacitados.

STS (Sala 3ª), de 20 de julio de 2023, rec. n. 1144/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/59ad3d6e8e8cc1f8a0a8778d75e36f0d/20230802

"La cercanía al domicilio es esencial para que la reserva de la plaza cumpla con su función al servicio de la integración social y de la igualdad de las personas con movilidad reducida como consecuencia de su discapacidad. De modo que sus derechos se resienten cuando se cambia tal ubicación, se lleva a un lugar que está 50 metros más lejos, tratándose de una persona próxima a cumplir 90 años, que al dictarse el acto administrativo estaría sobre los 85 años, y con una minusvalía del sesenta y cinco por ciento, que, además, según señala la sentencia del Juzgado, el nuevo emplazamiento de la plaza se hace a un lugar más peligroso, por encontrarse en la salida de un estacionamiento privado. La decisión administrativa, por tanto, ha de tener en cuenta la proximidad y la facilidad de acceso de la reserva de plaza respecto del domicilio, de manera que su denegación únicamente podría hacerse ante la concurrencia de poderosas razones de interés general debidamente justificadas. Pero nunca primando la mera conveniencia de algún vecino que alega esgrimir el beneficio de todos. No puede abordarse el tratamiento de la ubicación cercana al domicilio como si se tratara de una mera comodidad de la persona con movilidad reducida por discapacidad. Se trata, insistimos, de remover los obstáculos que impiden que la libertad y la igualdad de estas personas sean reales y efectivas, favoreciendo su integración social." (F.D.5º)

"No hay, en definitiva, un interés general de las personas con movilidad reducida y un interés general de los demás. No se oponen, sino que se complementan. El interés es general porque es el interés de todos los vecinos, en el que se incluye el de aquellos que son vulnerables debido a sus graves limitaciones motoras, y precisan, además del reconocimiento de sus derechos, de esa decidida acción de los poderes públicos tendente a hacerlos efectivos, evitando desigualdades que conduzcan a crear o mantener zonas de exclusión. No estamos, en consecuencia, en respuesta a la cuestión de interés casacional, ante una decisión discrecional, por

cuya virtud el Ayuntamiento pueda elegir entre diversas opciones igualmente válidas, sino que nos encontramos ante el examen del cumplimiento del supuesto de hecho previsto en la norma, con la consiguiente descripción de sus exclusiones, a cuya concurrencia se anuda la consecuencia jurídica de la concreta localización de la reserva de aparcamiento. Se emplean, por tanto, conceptos jurídicos indeterminados que han de ser interpretados, junto al interés general que resulta consustancial en cualquier decisión administrativa, en el caso concreto, atendidas las circunstancias que hemos señalado en esta sentencia." (F.D.6º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo recuerda que el proceso tiene sus reglas, a las que las partes y el órgano jurisdiccional deben atenerse.

ATS (Sala 3ª), de 8 de septiembre de 2023, rec. n. 717/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/c74273fa6b36bde7a0a8778d75e36f0d/20230922

"Todo el problema reside en que, en el mismo día en que expiraba el plazo para presentar el recurso de casación que había sido admitido, la parte recurrente y ahora promotora de este incidente de nulidad de actuaciones solicitó la suspensión de dicho plazo, alegando que no se le había dado traslado en su momento del escrito del Abogado del Estado oponiéndose a la admisión del recurso de casación; escrito que, a su modo de ver, le resultaba imprescindible para poder elaborar adecuadamente el escrito de interposición del recurso de casación. La Letrada de la Administración de Justicia, cuyas resoluciones han sido confirmadas por la Sala, entendió que no había base normativa alguna para lo solicitado y, en consecuencia, declaró desierto el recurso de casación por no haberse presentado tempestivamente el escrito de interposición." (R.J.1º)

"(…) no cabe aquí denunciar formalismo alguno: el proceso tiene sus reglas, a las que las partes y el órgano jurisdiccional deben atenerse. Y la verdad es que resulta cuento menos peculiar que el último día del plazo para presentar el escrito de interposición del recurso de casación -lo que, por definición, significa que se ha superado la fase de admisión- la parte recurrente aluda a una pretendida irregularidad procesal en esa previa y ya agotada fase de admisión para tratar de obtener más tiempo. Como se dijo en nuestro auto de 7 de junio de 2023, con independencia de otras posibles consideraciones, el Procurador de la parte recurrente pudo en todo momento acudir a la Secretaría de esta Sala para consultar y obtener copia del escrito del Abogado del Estado por el que este en su día se opuso a la admisión del recurso de casación. (…) Y la verdad es que resulta cuento menos peculiar que el último día del plazo para presentar el escrito de interposición del recurso de casación -lo que, por definición, significa que se ha superado la fase de admisión- la parte recurrente aluda a una pretendida irregularidad procesal en esa previa y ya agotada fase de admisión para tratar de obtener más tiempo. Como se dijo en nuestro auto de 7 de junio de 2023, con independencia de otras posibles consideraciones, el Procurador de la parte recurrente pudo en todo momento acudir

a la Secretaría de esta Sala para consultar y obtener copia del escrito del Abogado del Estado por el que este en su día se opuso a la admisión del recurso de casación. Y no lo hizo, sin que para ello sea excusa -como la misma parte sugiere- que habría debido desplazarse físicamente hasta la sede del Tribunal Supremo. De aquí que el archivo del recurso de casación solo sea imputable a la conducta de la propia parte promotora de este incidente de nulidad de actuaciones.

No es ocioso añadir que, como atinadamente observa el Abogado del Estado, los escritos de la fase de admisión agotan su eficacia en dicha fase. En la fase de admisión se discute si hay interés casacional objetivo, mientras que posteriormente lo crucial es discutir si la sentencia impugnada es o no es ajustada a derecho. Por ello, hablar de indefensión por no haber recibido traslado de un escrito correspondiente a esa fase anterior exigiría dar razones más precisas que las puramente genéricas, invocadas por la parte en esta sede. Dicho de otra manera, dista de ser evidente que el mero hecho de no habérsele dado dicho traslado suponga automáticamente indefensión. En fin, por lo que hace a la pretendida aplicabilidad del art. 128 de la Ley Jurisdiccional al presente caso, dicho precepto legal es sumamente claro: la rehabilitación del plazo no rige 'cuando se trate de plazos para preparar o interponer recursos'. Y aquí se trataba precisamente del plazo para la interposición del recurso de casación. Es más: del pasaje del auto de esta Sala que se cita en el escrito promoviendo este incidente de nulidad de actuaciones no se desprende otra cosa." (R.J.3º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo reprocha a la administración tributaria por no valorar las alegaciones de un contribuyente.

STS (Sala 3ª), de 12 de septiembre de 2023, rec. núm. 3720/2019.

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/1490c8ce306e449ea0a8778d75e36f0d/20230929

"En efecto, como resaltó la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2012, rec. 6335/2008: ECLI:ES:TS:2012:1742 '(e)s verdad que el trámite de audiencia es propio de una Administración dialogante, participativa y respetuosa con los ciudadanos. Pero esas cualidades sólo se producen cuando se cumplen los aspectos formales y materiales que dicho trámite exige. De este modo, el mero hecho de poner en conocimiento de los afectados el expediente no es cumplimiento del trámite de audiencia. Para que este trámite se entienda cumplido se requiere que se produzca 'diálogo', 'participación' y 'respeto'. Pero nada de esto hay cuando la Administración no realiza acto alguno, ni siquiera en trámite de recurso, que demuestre que lo alegado ha sido tomado en consideración de alguna manera en la decisión final' Como se infiere de lo expuesto, una primera conclusión emerge con claridad, la relativa a que cuando la ley prevea los trámites de audiencia y de alegaciones, su efectividad viene exigida sobre la base de la impronta constitucional de su reconocimiento. En consecuencia, el pleno respeto al trámite de audiencia

reclama la valoración oportuna de lo aducido por el interesado, a efectos de aceptarlo o rechazarlo.

(…) En consecuencia, el pleno respeto al trámite de audiencia reclama la valoración oportuna de lo aducido por el interesado, a efectos de aceptarlo o rechazarlo. En el presente caso, no se discute -la propia sentencia recurrida afirma que no existe controversia en cuanto a los hechos, sino solo diferentes valoraciones de su relevancia- (i) que el obligado tributario presentó en plazo tanto alegaciones previas a la formalización del acta como alegaciones previas a la liquidación derivada de dicha acta; (ii) que, en ambos escritos de alegaciones sugirió modificaciones, frente a la propuesta de regularización en el primer escrito y respecto del acta en el segundo; y (iii) que ninguno de estos escritos de alegaciones fue tenido en consideración en el concreto trámite en el que debieron haberse analizado, pues el primer escrito de alegaciones lo valoró la Administración a los efectos de la liquidación, pero no fue tenido en consideración antes de suscribir el acta (que era la finalidad a la que respondía dicho escrito de alegaciones) y el segundo escrito de alegaciones nunca se valoró. Por tanto, discrepamos de la apreciación jurídica contenida en el epígrafe 22 de la sentencia en la medida que considera que la Administración Tributaria 'no quebrantó la norma, porque ofreció a Ferrovial la posibilidad de efectuar las alegaciones; Ferrovial las formuló en plazo, pero no surtieron efecto en el acta, -porque ésta (el acta) entendió que no se habían formulado-, sino en la liquidación, que las estudió, valoró y desestimó, manteniendo en los extremos alegados la propuesta formulada en el acta por el actuario.' Ciertamente, en el epígrafe siguiente la sentencia de instancia entra a valorar si hubo o no indefensión, aspecto sobre el que incidiremos más adelante; sin embargo, ya de entrada, los trámites de audiencia y de alegaciones fueron manifiestamente incumplidos -por tanto, se produjo el quebrantamiento de la norma- desde el momento que no resultaron efectivos y ello con independencia de que tales circunstancias hubiesen generado o no indefensión." (F.D. 6º)

"Avanzando más, además de no ser posible excluir la posibilidad de la indefensión, ciertamente, por las razones concurrentes cabe presumir que se ha producido la misma ante la ya constatada invalidez funcional de los trámites de alegaciones y audiencia, provocada por la propia Administración. De esta manera, la Administración Tributaria no puede invocar su propia torpeza, premisa positivada en el artículo 115.3 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo ('Los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado') para, a continuación, exigir del contribuyente que demuestre la indefensión. Y si tales trámites, repetidamente desconocidos por parte de la Administración, persiguen afianzar la posición del contribuyente que se encuentra sometido a un procedimiento de inspección, la consecuencia que se deriva es la de que no cabe reclamar de ese contribuyente que acredite que no sufrió indefensión siendo la Administración infractora la que debería haber justificado que, esa reiteración de graves incumplimientos no generó indefensión al interesado." (F.D.8º)

"En las circunstancias del presente caso, es nula de pleno derecho la liquidación practicada sin valorar las alegaciones previas del contribuyente, presentadas en tiempo y forma, precedida de la extensión de un acta en disconformidad en la que tampoco se valoraron sus alegaciones ni los documentos aportados, al resultar absolutamente ineficaces cada uno de estos trámites, concebidos como una garantía real del contribuyente, y cuya efectividad debe preservar la Administración en el seno de las actuaciones tributarias, a la luz del derecho al procedimiento administrativo debido, interpretado conforme al principio de buena administración. En tales circunstancias, debe presumirse la existencia de una indefensión material, incumbiendo acreditar a la Administración, en consecuencia, que la misma no se produjo." (F.D.9º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la permanencia ilegal en un país como una conducta sancionable.

STS (Sala 3ª), 18 de septiembre de 2023, rec. núm. 1537/2022.

https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/f7757fe7ad806eaba0a8778d75e36f0d/20230929

"(…) el TJUE considera conforme con el Derecho Europeo la imposición de una multa siempre que ésta no excluya la obligación de retorno del extranjero, lo que nos obliga, como luego veremos, a reconsiderar lo afirmado en nuestra sentencia de 17 de marzo de 2021, recurso 2870/2020, y las que la siguieron, que excluían la imposición de la multa tratando de acomodar nuestra normativa al Derecho comunitario según había sido interpretado, en relación con la legislación nacional, por las SSTJUE de 2015 y 2020. Si recapitulamos en relación con estas tres sentencias del TJUE podemos afirmar que cada una de ellas es tributaria del marco normativo que le había sido expuesto por el tribunal español que interpelaba la respuesta prejudicial. Así, la de 2015 da respuesta a una supuesta incompatibilidad de la decisión de retorno con la imposición de la sanción de multa en un procedimiento sancionador, considerándola no conforme con el Derecho de la Unión. La segunda decisión prejudicial - STJUE de 8 de octubre de 2020, C-568/19- partiendo de la existencia de una disyuntiva en nuestro ordenamiento entre multa y expulsión, afirma que la Directiva, en la medida en que no esté transpuesta al ordenamiento interno, tiene límites en relación a su aplicación a los particulares. Finalmente, presentado nuestro marco normativo por el órgano nacional interpelante de manera diferente, el TJUE en la sentencia de 3 de marzo de 2022, asunto C-409-2020, concluye que la normativa española, con los matices que se introducen, no es contraria en este punto con el Derecho Europeo, incluida la imposición de una multa siempre que esta no excluya la decisión de retorno. En el planteamiento de la cuestión prejudicial realizada por el Juzgado de Pontevedra que dio lugar a esta última sentencia, se puso de manifiesto que la sanción de multa contemplada en el ordenamiento español para la infracción grave, consistente en la estancia irregular en territorio nacional, no regularizaba por sí misma al extranjero, ni impedía la ejecución forzosa de esa obligación de salida (expulsión) cuando el

extranjero no la cumple voluntariamente, salvo que el extranjero durante ese tiempo regularice su situación. La Sala, como veremos inmediatamente a continuación, tras el análisis de la STJUE de 3 de marzo de 2022, comparte este criterio interpretativo, ya que es el que permite un mejor ajuste del ordenamiento español con la Directiva de retorno, ajuste o acomodación al que estamos obligados, si ello fuere posible, en nuestra labor hermenéutica. Este nuevo posicionamiento nos obliga a rectificar lo afirmado en el fundamento cuarto de nuestra sentencia de 16 de marzo de 2022, recurso 6695/2020, al examinar el alcance de la STJUE de 3 de marzo de 2022, asunto C-409/2020. Razonaremos posteriormente los motivos de nuestra rectificación." (F.D. 6º)

"Examinada esta normativa en su conjunto y no de forma fragmentada podemos afirmar que, salvo las excepciones previstas, aquellos extranjeros que se encuentren en España sin autorización (en situación irregular) tienen la obligación legal de salir de territorio nacional, lo que es plenamente coherente con los postulados de la Directiva 2008/115/CEE. Dicha obligación de salida no desaparece por el hecho de haber sido sancionado el extranjero con una multa por estancia irregular pues en ninguna norma de la Ley o del Reglamento de Extranjería se establece que, una vez impuesta la sanción de multa, desaparezca la obligación de salida del territorio nacional genéricamente impuesta en el art. 28.

(…) Por lo tanto y en relación con la pregunta casacional podemos anticipar que la sanción a imponer de forma preferente a los extranjeros que hayan incurrido en las conductas tipificadas como graves en el art. 53.1.a) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, es la de multa, siempre que no concurran circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular. Así lo impone el art. 57 de la Ley de Extranjería que establece prima facie la sanción de multa a las infracciones graves, entre ellas la situación irregular, pero se permite sustituir dicha sanción de multa, en atención al principio de proporcionalidad, por la sanción de expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción. Indudablemente dicho principio de proporcionalidad exige la concurrencia de circunstancias de agravación para imponer la sanción más grave de expulsión, frente a la sanción de multa. Esta última sanción, sin embargo, será preferente frente a la expulsión cuando no concurran circunstancias agravantes, como ya había señalado la jurisprudencia previa a la Directiva de 2008, y que hoy se mantiene vigente con fundamento en la propia Ley y Reglamento de Extranjería, después de la reforma de 2009, interpretados conforme a la Directiva de retorno y la jurisprudencia del TJUE. En definitiva, es preciso un juicio de ponderación basado en el principio de proporcionalidad para la elección entre una u otra sanción (multa o expulsión), sin que este mandato legal que así lo establece sea incompatible con el Derecho Europeo como acabamos de ver. Este planteamiento que ahora se hace supone, no obstante, matizar la primera de las respuestas que se dio a la cuestión casacional en la STS de 17 de marzo de 2021, recurso 2870/2020, sentencia que no pudo tener en cuenta la STJUE de 2022 por razones obvias temporales." (F.D.7º)

"Es cierto que es difícil establecer prima facie un catálogo cerrado de esas circunstancias agravantes, por la casuística existente, por lo que hemos señalado que será la motivación y el examen concreto de las circunstancias que concurren en cada caso cuando podrá justificarse, conforme al indicado principio de proporcionalidad, dicha decisión de imponer preferentemente la sanción de expulsión y no la de multa. Profundizando sobre este último aspecto, la STS nº 732/2023, de 5 de junio, rec 3424/2022, razona que los Tribunales, al revisar la resolución de expulsión, pueden revisar también el juicio de ponderación de las circunstancias que puedan justificar la orden de expulsión, conforme al material probatorio que obre en las actuaciones, tanto en el proceso como en su expediente. No obstante, en cuanto a las concretas circunstancias que viene apreciando nuestra jurisprudencia y que permiten justificar, en base al principio de proporcionalidad, cuando procede decretar la expulsión, cabe enumerar no solo las expresamente referidas en la STS n º 366/2021, de 17 de marzo, rec. 2870/2020, sino igualmente algunas otras que también han sido apreciadas por la jurisprudencia.

Ha de señalarse en primer lugar la de encontrarse el extranjero en situación irregular sin documentación alguna por la que pudiera ser identificado (sentencia de 27 de mayo de 2008). En relación con este supuesto, la STS nº 1247/2022, de 5 de octubre, rec. 270/2022, ha precisado que: 'la falta de documentación como circunstancia agravante ha de ponerse en relación con las dificultades para la correcta identificación del interesado, que impidan conocer su identidad, origen y demás circunstancias personales, comprometiendo la tramitación del procedimiento (...) [C]omo hemos razonado en la sentencia de 27 de abril de 2022 (rec. 2958/21), si bien la falta de una inicial presentación de documentación e identificación del interesado puede justificar la aplicación del procedimiento preferente, si con posterioridad se aporta y acredita la existencia de tal documentación desaparece como tal causa de agravación a efectos de la adopción de la decisión de expulsión'. Se añade a la situación de carecer de documentación, la circunstancia de ignorar por esa ausencia no solo los datos personales, sino la forma de entrada en territorio nacional (sentencias de 26 de diciembre de 2007; 14 de junio de 2007; y de 5 de junio de 2007). En relación con esta circunstancia, lo cierto es la jurisprudencia también apreció como agravante únicamente la de ignorarse cuándo y por donde se efectuó la entrada en España, STS de 28 de febrero de 2007, recurso 10263/2003, ratificando este criterio la más reciente STS de 12 de enero de 2022, recurso 7746/2020, -FD 3º párrafo penúltimo-. También se ha venido considerando circunstancia de agravación no haber cumplimentado voluntariamente una orden previa de salida obligatoria (sentencia de 22 de febrero de 2007). Esa misma consideración se atribuye a la constatación de que la residencia autorizada fue obtenida de manera fraudulenta, invocando una nacionalidad falsa (STS de 8 de noviembre de 2007, rec. 2448/2004); relacionada con la cual, también se ha apreciado como agravante la de disponer de documentación identificativa falsa (SSTS de 25 de octubre de 2007, rec. 2260/2004, y de 27 de mayo de 2008, recurso 5853/2004)." (F.D.8º)

"y deba ordenar al extranjero en situación irregular que salga de España voluntariamente en un plazo determinado (decisión de retorno de cumplimiento

voluntario), limitándose a concretar así lo que constituye una obligación legal. En el caso de no ser atendida esta orden de forma voluntaria, la Administración podrá compeler su cumplimiento forzoso (la decisión de retorno de cumplimiento voluntario se convierte en una decisión de retorno de cumplimiento forzoso o expulsión) lo que se materializará a través de la incoación de un nuevo procedimiento sancionador por estancia irregular que, esta vez sí, debe dar lugar a la imposición de la sanción de expulsión al concurrir una circunstancia de agravación (no cumplir la orden de salida voluntariamente). Esta es la opción elegida para el retorno del extranjero prevista en el art. 24.2 del Reglamento de Extranjería para los casos de incumplimiento de la orden de salida obligatoria. En este sentido conviene traer a colación que nuestra jurisprudencia ha venido considerando circunstancia de agravación no haber cumplimentado voluntariamente una orden previa de salida obligatoria (sentencia de 22 de febrero de 2007). En cuanto a los concretos plazos que debe fijar la Administración para la salida obligatoria, se debe atender a lo que señala la Directiva en el art. 7 para la salida voluntaria (entre siete y treinta días, salvo que se esté incurso en un procedimiento de regularización que permite extender ese plazo prudencialmente) o bien al art. 24 del Reglamento de Extranjería que en relación con la orden de salida obligatoria fija un plazo de cumplimiento de quince días contado desde el momento en que se notifique la resolución que así lo establezca, plazo que podrá ser ampliado hasta 90 días en circunstancias excepcionales y siempre que se justifique que se cuenta con medios económicos suficientes." (F.D. 11º) [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: Aunque el Juzgado no mencionó el Reglamento (CE) nº 4/2009 ni el Protocolo de la Haya de 2007, al aplicar la legislación propia del lugar de residencia, el Código Civil de Catalunya, no infringió los preceptos aplicables

SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 15 de noviembre de 2022, rec. nº 1047/2021.

https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2023/01/Divorcio-SAP-Barcelona-12a-15-noviembre-2022.pdf

[Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 30 de junio de 2021 (nº 284/21) dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Barcelona en autos de divorcio contencioso que revoca en el sentido de establecer en concepto de pensión alimenticia en interés de los dos hijos menores de edad. De acuerdo con el fallo: "(...) *Competencia judicial internacional y ley aplicable.* En el caso no ha sido discutida la competencia de los tribunales españoles para conocer del procedimiento de divorcio. En la contestación a la demanda presentada por la esposa, el mismo recurrente también solicitó que se decretara el divorcio. Los cónyuges, de nacionalidad brasileña, llevaban años residiendo en Barcelona, donde tenían su residencia habitual, donde residían en el momento de la presentación de la demanda y donde continúan residiendo. La competencia judicial internacional de los tribunales españoles resulta con claridad a la vista del elenco de foros alternativos previstos en el Reglamento (CE) n. º 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad

parental (art. 1.1.a.). El art. 3 del Reglamento precisa que serán competentes los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges, o el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o la residencia habitual del demandado, o en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión.

Pero el Reglamento (CE) n. º 2201/2003 no se ocupa de las obligaciones de alimentos, de las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras posibles medidas accesorias (considerando 8 y art. 1.3). Explica el considerando 8 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003: "Por lo que se refiere a las resoluciones judiciales relativas al divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial, el presente Reglamento sólo debe aplicarse a la disolución del matrimonio, sin ocuparse de problemas tales como las causas de divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras posibles medidas accesorias". Dispone el art. 1 del Reglamento (CE) n. º 2201/2003 (Ámbito de aplicación): "El presente Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas: a) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial; (...). 3. El presente Reglamento no se aplicará: (...) e) a las obligaciones de alimentos; (...)".

Para la competencia de los tribunales españoles respecto de la pensión compensatoria solicitada por la esposa debemos estar a lo previsto en el Reglamento (CE) n. º 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Ello, tal como sostuvo la STS de 17 de febrero de 2021, en primer lugar, porque en el caso la demanda se presentó en fecha posterior al 18 de junio de 2011 (sobre entrada en vigor, art. 76 del Reglamento y Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias). En segundo lugar porque, a efectos del Reglamento (CE) n. º 4/2009, la prestación compensatoria solicitada por la demandante, aunque no se limita a un simple derecho de alimentos y tiende a compensar el nivel de vida que disfrutaba durante el matrimonio, debe considerarse incluida en el concepto de "obligación de alimentos" derivada de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad a que se refiere el art. 1 del Reglamento.

En efecto, la "obligación de alimentos" a que se refiere el Reglamento (CE) n.º 4/2009 debe interpretarse, según su considerando 11, de manera autónoma, y el Tribunal de Justicia ha venido interpretado el concepto de alimentos, desde el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de una manera muy amplia, comprensiva de las prestaciones compensatorias o indemnizatorias entre "ex

cónyuges" en la medida en que no tengan por objeto el reparto de los bienes ni sean una liquidación de bienes propia del régimen económico (tal y como advirtió la sentencia de esta sala de 21 de julio de 2000, ref. 2754/1995, con cita de las sentencias TJCE , de 6 de marzo de 1980, asunto 120/1979, De Cavel II; y de 27 de febrero de 1997, asunto C-220/1995 , Boogaard/Laumen). En el presente caso, las partes no han convenido por escrito que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para resolver los conflictos de alimentos suscitados o que pudieran suscitarse entre ellos (el art. 4.1.c. del Reglamento CE n. º 4/2009 expresamente permite la elección de foro "por lo que respecta a las obligaciones de alimentos entre cónyuges o "excónyuges"").

Por tanto, en defecto de sumisión expresa o tácita, son aplicables las disposiciones generales contenidas en el art. 3 del Reglamento (CE) n.º 4/2009 que, con el fin de preservar los intereses de los acreedores de alimentos (considerando 15), prevé la competencia concurrente de los tribunales de los Estados miembros correspondientes a la residencia habitual del demandado, a la residencia habitual del acreedor de alimentos y a los competentes para conocer de una acción relativa al estado civil como es la de divorcio (letras a, b y c). En el caso, por tanto, la esposa podía dirigirse ante los tribunales españoles para solicitar el reconocimiento de una pensión compensatoria por aplicación de cualquiera de estos criterios. Y en relación a la legislación aplicable, el artº 15 del reglamento (CE) 4/2009 establece: La ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (en lo sucesivo, "el Protocolo de La Haya de 2007") en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento. Y de conformidad con el artº 3 de dicha norma, no constando oposición, deberá aplicarse la ley de la residencia habitual del acreedor. Y de conformidad con el artº 16. 1. Con respecto a un Estado en el que se apliquen en unidades territoriales diferentes dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de normas, relativos a las materias reguladas en el presente Protocolo: a) cualquier referencia a la ley del Estado se interpretará, en su caso, como una referencia a la ley en vigor en la unidad territorial pertinente. En conclusión, aunque el Juzgado no mencionó el reglamento (CE) nº 4/2009 ni el Protocolo de la Haya de 2007, al aplicar la legislación propia del lugar de residencia, el Código Civil de Catalunya, no infringió los preceptos aplicables] [A.O.G.].

Jurisprudencia: Denegación de la ejecución de una resolución dictada por Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea por haberse dictado en rebeldía

SAP Huelva (Sección 2ª) de 9 de noviembre de 2022, rec. nº 1380/2021

https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2023/01/RyE-SAP_Huelva-2a-9-noviembre-2022.pdf

[Se desestima el recurso interpuesto por un Auto del Juzgado de instancia. Según la presente decisión: "(...) Resta pues por analizar exclusivamente la procedencia del primer motivo de recurso, a través del cual se aduce "error en la valoración de la

prueba realizada por el juzgado de instancia sobre el emplazamiento de la actora en el procedimiento seguido en los Juzgados de Zelanda-Brabante Occidental con vulneración del principio constitucional de tutela judicial efectiva del art. 24 CE " (así se epigrafía literalmente ese motivo de recurso). Conforme al art. 45 nº 1, apartado b), del antes citado Reglamento (UE) nº 1215/2012, en esta modalidad de procesos es factible solicitar -como se ha efectuado por la recurrente- y decidir la denegación de la ejecución de una resolución dictada por Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea cuando se haya dictado en rebeldía - lo que aquí acaeció-, siempre y cuando no se hubiera entregado al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse. Pero consta en lo actuado que ese emplazamiento sí tuvo lugar: a.- En primer lugar porque así se plasma expresamente en el apartado 4.3.2 del certificado expedido por el Tribunal holandés, conforme a lo establecido en el art. 53 del citado Reglamento, con relación a la resolución objeto de litis (documento acompañado con el escrito de contestación a la demanda); b.- Además con ese escrito alegatorio se aportó adicional documento (declaración emitida por el agente judicial de la autoridad requirente) que acredita que, con fecha 29 de noviembre de 2018 y en el domicilio de la recurrente, se recibió envío postal que contenía la documentación librada para emplazar a la recurrente, estando esa modalidad de notificación admitida en el art. 14 del Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil ("notificación y traslado de documentos") y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1348/2000 del Consejo.

En consecuencia, dado además que entre la recepción del emplazamiento (29 de noviembre de 2018) y el día en que había de comparecer la recurrente ante el Tribunal holandés (11 de diciembre de 2018) mediaba tiempo más que suficiente para articular defensa, debe concluirse que en el Auto recurrido no se ha errado al valorar la prueba obrante en las actuaciones con relación al emplazamiento de la recurrente ante dicho Tribunal holandés, debiéndose pues desestimar el primer motivo de recurso lo que, no restando ningún otro, conlleva la íntegra desestimación del recurso que nos ocupa, con consiguiente confirmación del Auto recurrido"] [A.O.G.].

Jurisprudencia: La aplicación de la inmunidad de jurisdicción exige que haya de explicarse razonablemente de qué modo el proceso de impugnación de un despido de un trabajador administrativo puede poner en riesgo la seguridad del Estado

STS (Sala 4ª) de 10 de noviembre de 2022, rec. nº 2069/2021

https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2023/01/Inmunidad-STS-Civ-1a-10-noviembre-2022.pdf

[Se casa y anula la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 29 de
marzo de 2021 (rollo 80/2021, y, resolviendo el debate formulado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase, devolviendo las actuaciones al Juzgado de lo Social nº 34 de los de Madrid a fin de que resuelva el fondo planteado en la demanda formulada por el ahora recurrente D. Agapito con plena libertad de criterio, previa desestimación de la excepción de inmunidad de jurisdicción opuesta por la parte demandada (Consulado del Ecuador). El actor prestaba sus servicios como auxiliar administrativo para dicho Consulado y fue despedido en fecha 13 de diciembre de 2019. El 23 de febrero de 2020 la Embajada del Ecuador en Madrid dirigió al Ministerio de Asuntos Exteriores de España Nota verbal alegando la inmunidad de jurisdicción. En suplicación se cuestionó la aplicación de la Ley Orgánica 16/2015, sobre privilegios de los Estados Extranjeros, por entenderse excluido el supuesto en su art. 3, así como la aplicación de los Convenios de Viena de Relaciones Diplomáticas y Relaciones Consulares de 1961 y 1963, y del Reglamento (UE) 1215/2012, por considerar la oficina consular asimilada a sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento de un Estado. La Sala, siguiendo criterios precedentes, señala que tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica. La decisión afirma lo siguiente:

El precepto esencial sobre el que el demandante ahora recurrente hace girar el debate es el citado art. 10.2.d) de la LO 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España. Ese art. 10 disciplina los Procesos relativos a contratos de trabajo de la siguiente forma: "1. Salvo acuerdo en otro sentido entre España y un Estado extranjero, este no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante los órganos jurisdiccionales españoles en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre ese Estado y una persona física, cuando el trabajo haya sido ejecutado o haya de ejecutarse total o parcialmente en España. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Estado extranjero podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en los procesos a los que dicho apartado se refiere, en los siguientes supuestos: a) Cuando el trabajador hubiera sido contratado para desempeñar funciones que supongan el ejercicio del poder público; b) Cuando el empleado sea: i) Un agente diplomático, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961; ii) Un funcionario consular, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963; o iii) Un miembro del personal diplomático de una misión permanente ante una organización internacional o de una misión especial o que haya sido designado para representar al Estado extranjero en una conferencia internacional. c) Cuando el proceso tenga por objeto la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador; d) Cuando el proceso tenga por objeto el despido del trabajador o la rescisión del contrato y una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad; e) Cuando el trabajador fuera nacional del Estado extranjero en el momento de interposición de la demanda, salvo que dicha persona tuviese su residencia habitual en España; o f) Cuando el Estado extranjero y el trabajador hayan convenido otra cosa por escrito, salvo que la

competencia de los órganos jurisdiccionales españoles fuese irrenunciable para el trabajador."

El Preámbulo del cuerpo normativo invocado parte del aserto relativo a que las inmunidades soberanas del Estado encarnan, tradicionalmente, un principio básico del Derecho Internacional que deriva, a su vez, de los principios de independencia, soberanía e igualdad de los Estados (par in parem imperium non habet). La naturaleza procesal de su contenido veda a los jueces y tribunales de un Estado juzgar a otro Estado. Abarca tanto el derecho del Estado a no ser demandado ni sometido a juicio ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado (inmunidad de jurisdicción), como el derecho a que no se ejecute lo juzgado (inmunidad de ejecución). Trasladaremos a este punto, en relación con los privilegios e inmunidades de los órganos del Estado que participan en la acción diplomática y consular, la referencia a tres tratados internacionales de carácter universal: convenios relativos a las relaciones diplomáticas (Convención de Viena, de 18 de abril de 1961), las relaciones consulares (Convención de Viena, de 24 de abril de 1963) y, en menor medida, las misiones especiales (Convenio de Nueva York, de 16 de diciembre de 1969). España es Parte en estos tratados, que están incorporados a nuestro ordenamiento jurídico interno (respectivamente BOE núm. 21, de 24 de enero de 1968, con corrección de errores en BOE núm. 80, de 2 de abril de 1968; BOE núm. 56, de 6 de marzo de 1970; y BOE núm. 159, de 4 de julio de 2001). Y en lo atinente al régimen jurídico básico de las inmunidades de que gozan los Estados extranjeros en el Estado del foro, la Convención de las Naciones Unidas, de 2 de diciembre de 2004, sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, que representa el principal intento codificador en la materia. Respecto de la Convención, abierta a la firma en Nueva York el 17 de enero de 2005, la propia Asamblea General de Naciones Unidas consideró que las inmunidades que recoge constituyen "un principio generalmente aceptado en el Derecho Internacional consuetudinario", de manera que su cumplimiento "fortalecería la preeminencia del derecho y la seguridad jurídica, particularmente en las relaciones de los Estados con las personas naturales o jurídicas"; igualmente, destacaba "la importancia de la uniformidad y la claridad en el derecho de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes". Otras herramientas normativas son las disposiciones de los siguientes preceptos de la LOPJ: 9.1 "Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley"; 21, "1. Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas. 2. No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público". Y 25 "En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes:1º) En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad

española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato; y, además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español".

En el plano jurisprudencial, las SSTS IV de 14.02.2020 (rec. 82/2017), 29.04.2021 (rec. 2495/2019), 31.05.2022, rec. 1450/2020 y 5.07.2022, rec 2475/2021 (ya identificada), desarrollaron la doctrina aplicable en materias conexas. La primera de tales resoluciones -reseñando doctrina precedente-, recuerda como la STC 140/1995, de 28 de septiembre, insiste en destacar que "los llamados privilegios e inmunidades de los Agentes diplomáticos han de ser entendidos como garantías para el libre y eficaz ejercicio de las funciones que llevan a cabo en representación del Estado que los envía", evidenciando con ello que la finalidad de la inmunidad de jurisdicción no es otra que la de garantizar los principios de igualdad soberana de los Estados y de cooperación pacífica, de lo que sigue la consecuencia de que un Estado soberano no puede, en principio, someter a otro Estado sin su consentimiento a la justicia de sus Tribunales. Desde esta perspectiva es fácil vislumbrar, como incidía la última de las citadas, "la especial relevancia que cobra a tales efectos la distinción entre actos "iure imperii" y actos "iure gestionis", en tanto que solo los primeros afectan realmente a la soberanía del Estado extranjero, conforme así lo hemos venido a aceptar en STS 25/6/2012, rec. 2568/2011." Y en ese orden de cosas destacamos que estas son precisamente las razones expuestas en el preámbulo de la LO 16/2015, "que han llevado al legislador a regular tan compleja materia, con la declarada intención de establecer con mayor nitidez los límites de la inmunidad de jurisdicción y ejecución, con la instauración de unas reglas más claras y concluyentes a tal respecto, a la vez que más acorde a la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del personal de las embajadas, consulados y organizaciones internacionales, en las controversias que puedan mantener con sus empleadores. Reglas entre las que debemos destacar lo dispuesto en su art. 10, que anteriormente hemos transcrito, en el que se veta la posibilidad de invocar la inmunidad de jurisdicción ante los órganos jurisdiccionales españoles en los procesos relativos a un contrato de trabajo que haya de ejecutarse en España, cuando el trabajador no ha sido contratado para desempeñar funciones que supongan el ejercicio de poder público, y no se trate de un agente diplomático, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961; de un funcionario consular o de un miembro del personal diplomático de una misión ante una organización internacional o de una misión especial o en representación de un Estado en una conferencia internacional". Correlativamente afirmamos que del propio precepto cabe extraer "que la inmunidad de jurisdicción no se extiende a las controversias particulares que un empleado del Estado extranjero o de una organización internacional pueda mantener con la misma, cuando su prestación de servicio no entraña el ejercicio de los poderes públicos que a dicha entidad le corresponden, ni se trata tampoco de un funcionario o agente diplomático en los términos antedichos." Por su parte, en la dictada en el rec. 2495/2019, se argumentaba que el menoscabo de los intereses de seguridad al que alude el art. 10.2. d) LO 16/2015, está referido al proceso judicial, y, por consiguiente, "es en el proceso donde pueden verse afectados dichos intereses, lo cual comporta que, tanto la decisión como la comunicación deben referirse al

mismo, identificando, en su caso, de qué modo pueden producirse dichos riesgos". También se aceptaba que "la Embajada es evidentemente autoridad competente para la comunicación a que se refiere el precepto, pero recordamos que "La STEDH de 23 marzo 2010 concluye, interpretando el art. 11.2.d de la Convención, que no basta con la mera alegación de que se tuvo acceso a información o documentos, para cumplir lo dispuesto en el art. 11.2.d de la Convención, sino que es exigible la concurrencia de circunstancias objetivas que permitan inferir la concurrencia de riesgos de seguridad por la celebración del proceso". De lo que concluimos que la aplicación de la inmunidad de jurisdicción exige que haya de "explicarse razonablemente, dada su naturaleza excepcional, de qué modo el proceso de impugnación de un despido de un trabajador administrativo puede poner en riesgo la seguridad del Estado". Finalmente citaremos la TJUE dictada en el asunto C-154/11 (Ahmed Mahamdia contra República Argelina Democrática y Popular): el actor, de nacionalidad argelina y alemana y residente en Alemania, celebró en fecha 1 de septiembre de 2002 con el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Argelina Democrática y Popular un contrato de agente contractual, de un año de duración prorrogable, para desempeñar funciones de chófer en la embajada de ese Estado situada en Berlín. Fue despedido con efectos de 30 de septiembre de 2007. En la primera de las cuestiones prejudiciales interpuestas el Órgano remitente preguntó al TJUE si era aplicable el Reglamento 44/2001, antecedente del actual Reglamento 1215/2012, para determinar el órgano Jurisdiccional competente para conocer de una demanda interpuesta contra un tercer Estado por el trabajador de la embajada de ese Estado situada en un Estado miembro, a lo que el Tribunal respondió afirmativamente. Debe de tenerse en cuenta, la distinción entre actos iure imperii y actos iure gestionis realizada por la sentencia a los efectos de determinar la competencia de la jurisdicción española; en su considerando 56 fijaba como criterio para la aplicación de la norma que "cuando el tribunal que conoce del asunto compruebe que las funciones ejercidas por ese trabajador no forman parte del ejercicio del poder público o cuando la acción judicial no pueda interferir en los intereses del Estado en materia de seguridad. Sobre la base de esa apreciación, el tribunal que conoce de un litigio como el principal puede considerar también que ese litigio está comprendido en el ámbito de aplicación material del Reglamento nº 44/2001.

Coincide el actual litigio en dilucidar un procedimiento de despido que afecta a un trabajador que no ejerce poderes públicos, ni pertenece al cuerpo diplomático. En sede de fundamentación jurídica de la recurrida figura una referencia a una Nota verbal -comunicación oficial dirigida por el Excmo. Sr. Embajador de la República del Ecuador en España, ante el Ministerio de Asuntos Exteriores- relativa a que el proceso menoscaba sus intereses de seguridad. Nota unida a las actuaciones en la instancia. Podemos compartir la carencia de concreción de otros elementos objetivos que sustenten la antedicha aseveración. Como hemos reiterado en aquellos pronunciamientos: "la demandada se ha limitado simplemente a afirmar que el proceso menoscaba sus intereses de seguridad, sin señalar, identificar o mencionar de ninguna forma los elementos objetivos en que se apoya la pretensión, y menos aún, que el objeto del proceso afecte a la seguridad de Turquía y de su Embajada en España." Respecto de la carga probatoria, también perfilamos que

corresponde a la parte demandada la acreditación de que "el demandante ocupa un puesto de trabajo que implica el ejercicio de funciones de tal naturaleza, que efectivamente haya tenido acceso a información que pudiere calificarse como sensible, y aportar elementos de juicio de los que razonablemente pudiere inferirse que el objeto del proceso pudiere menoscabar los intereses de seguridad de Turquía. La mera alegación de esa circunstancia es insuficiente para entender aplicable la inmunidad de jurisdicción conforme a la doctrina expuesta. No queremos decir con ello que la Embajada esté obligada a aportar una prueba que en sí misma pudiere comprometer la confidencialidad de datos sensibles para su seguridad. Pero sí que está obligada a acreditar las razones por las que la tramitación del proceso judicial ante los órganos judiciales españoles puede poner en entredicho sus legítimos intereses de seguridad, aportando a tal efecto unos mínimos elementos de juicio de los que pudiere desprenderse que la actividad laboral del trabajador ha estado de alguna forma relacionada con el conocimiento de datos confidenciales afectantes a la seguridad del Estado extranjero que pudieren quedar expuestos como consecuencia del litigio." Y aun cuando acaece en este caso que el actor, de nacionalidad ecuatoriana, ha venido prestando sus servicios como administrativo por cuenta de la República demandada en su Consulado General en Madrid, tampoco parece que pudiera encuadrarse el litigio en la letra e) de la misma norma sino en la excepción que contempla -"cuando el trabajador fuera nacional del Estado extranjero en el momento de interposición de la demanda, salvo que dicha persona tuviese su residencia habitual en España"-, pues en la demanda figura una prestación de servicios en España durante aproximadamente 10 años; ni en su letra f) ("cuando el Estado extranjero y el trabajador hayan convenido otra cosa por escrito"), sobre la que ninguna mención consta] [A.O.G.].

Jurisprudencia: Lo determinante para asumir la competencia judicial, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.1º Bruselas II bis del Reglamento, es el lugar donde tenga el menor la residencia habitual

SAP Madrid (Sección 22ª) de 13 de diciembre de 2022, rec. nº 1691/2021

https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2023/01/Menones-SAP-Madrid-22a-13-diciembre-2022.pdf

[Se desestima un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia de instancia en autos de procedimiento de Familia, Guarda y Custodia o Alimentos de hijos menores no matrimoniales. Ante todo, debemos partir de la normativa aplicable al caso para poder adoptar una decisión, siendo la normativa la siguiente. a) El artículo 3 del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, que resulta de aplicación de acuerdo con lo previsto en su artículo 1 establece la competencia general en materia de divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial: 1.En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los

órganos jurisdiccionales del Estado miembro: a) en cuyo territorio se encuentre: -la residencia habitual de los cónyuges, o -el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o -la residencia habitual del demandado, o -en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o -la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o -la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su "domicile". En materia de atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental, que se refieren en particular: a) al derecho de custodia y al derecho de visita; b) a la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; c) a la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; d) al acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento; e) a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes, la competencia general viene establecida por el artículo 8: "1.-Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menores que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. 2.-El apartado 1 estará sujeto a lo dispuesto en los artículos 9, 10 y 12." b) El artículo 9, relativo al mantenimiento de la competencia del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor, establece que: "1. Cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, como excepción al artículo 8, durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre el derecho de visita continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor. 2. El apartado 1 no se aplicará si el titular del derecho de visita considerado en el apartado 1 ha aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichos órganos sin impugnar su competencia". c) El art. 10, regulador de la competencia en caso de sustracción de menores, determina que : "En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y: a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención, o bien b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las

condiciones siguientes: i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor, ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso i), ,iii) que se haya archivado, a tenor de lo dispuesto en el ap. 7 del artículo 11, una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, iv) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor. d) El art. 21 del Reglamento relativo al reconocimiento de resoluciones en Estados Miembros dispone: "1. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno. 2. En particular, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, no se requerirá ningún procedimiento especial para la actualización de los datos del registro civil de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial dictadas en otro Estado miembro y que ya no admitan recurso con arreglo a la legislación de este último. 3. Sin perjuicio de la sección 4, cualquiera de las partes interesadas podrá, de conformidad con los procedimientos previstos en la sección 2, solicitar que se resuelva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución. La competencia territorial del órgano jurisdiccional indicado en la lista que cada Estado miembro ha de comunicar a la Comisión de conformidad con el artículo 68 se determinará en virtud del Derecho interno del Estado miembro en el que se inicie el procedimiento de reconocimiento o de no reconocimiento. 4. Cuando el reconocimiento de una resolución se plantee de forma incidental ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, dicho órgano jurisdiccional podrá pronunciarse al respecto". Teniendo en cuenta la normativa antes expuesta, examinado por la Sala el auto de 23 de julio de 2020 de referencia vemos que en este supuesto, como manifestó el Juez *a quo*, si bien el tribunal de instancia Belga con fecha 6 de noviembre de 2018 atribuyó provisionalmente la custodia del hijo común al padre, sin embargo por resolución de fecha 26 de febrero de 2019 se ordena el retorno del menor a España y tras el retorno, con fecha 9 de abril de 2019, se dictó auto por el Juzgado de Primera Instancia nº 22 en el procedimiento nº 739/18 que acordó las medidas provisionales parterno filiales (auto éste que estableció de forma provisional que la guarda y custodia del menor fuera ejercida por doña Fátima en España) , por lo que en el momento de presentación de esta demanda que nos ocupa de medidas definitivas (se presentó en fecha 4 de junio de 2019) ya habían transcurrido tres meses desde el cambio legal de residencia del menor, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 21.2º del Reglamento, produciéndose una *perpetuatio jurisdictionis* , debiéndose confirmar que la competencia para conocer del presente asunto la tienen los tribunales españoles. Ello debe ser así porque, independientemente de los desplazamientos del menor en los momentos próximos a la presentación por

uno y otro progenitor - en diferentes Estados - de sendos procedimientos en solicitud de medidas paternofiliales, lo determinante para asumir la competencia, de acuerdo con lo dispuesto en el reseñado artículo 8.1 del Reglamento, es el lugar donde tenga el menor la residencia habitual y, de la documentación aportada por la actora, resulta que la última residencia habitual del menor antes de los desplazamientos fue Madrid. Es más, no existe ninguna resolución judicial del tribunal francófono desde la que dictó en fecha 26 de febrero de 2019 (que ordenó el retorno del menor a España) que declare la obligación de que el menor deba retornar a Bélgica y el Juzgado de Primera Instancia nº 22 es el competente para resolver la demanda de medidas definitivas planteada por la progenitora porque el artículo 8.1 del Reglamento de Bruselas II bis determina que la competencia recae en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde reside habitualmente el menor en el momento en que se presentó la demanda y el menor ha tenido su residencia habitual en Madrid (España), sin perjuicio de que los periodos vacacionales los pasara la familia en Bélgica . En definitiva, insistimos en que existió un cambio de residencia legal del menor en el momento en que el Tribunal de Primera instancia francófono de Bruselas ordenó en fecha 26 de febrero de 2019 el retorno inmediato del menor a España y en el momento de presentación de la demanda que da inicio a las actuaciones el 4 de junio de 2019 ya habían transcurrido más de tres meses desde la fecha en que se produjo el cambio legal de residencia del menor. Por ello, Madrid era la residencia en España del menor -residencia habitual- durante los tres meses anteriores a la presentación de la demanda el 4 de junio de 2019 y tal residencia fue la que determinó la competencia de los juzgados de primera instancia de Madrid para conocer de este asunto. En consecuencia, las decisiones adoptadas por el Juez *a quo* en los autos dictados en primera instancia en fecha dictado por el Juzgado nº 22 de Madrid en fecha 5 de marzo de 2020, confirmado en reposición por auto de 23 de mulo de 2020 que desestimaron la excepción de declinatoria planteada fueron correctos, siendo tales argumentos coincidentes con los plasmados por el Ministerio Fiscal en su escrito de fecha 19 de marzo de 2020. También en esta alzada el Ministerio Fiscal interesa la desestimación de este motivo del recurso por las razones expuestas en los fundamentos vertidos en el Auto dictado por el Juzgado nº 22 de Madrid en fecha 5 de marzo de 2020, confirmado en reposición por auto de 23 de mulo de 2020 (a los que el fiscal se remite).

En cuanto a la litispendencia, ésta ha sido debidamente resuelta: se ha tenido en cuenta las resoluciones del tribunal belga a las que se ha hecho referencia durante el procedimiento y lo cierto es que al desestimarse por el Juez de instancia la excepción procesal sobre la declinatoria de competencia, la litispendencia tampoco fue estimada por el Auto de 23 de Julio y se procedió a convocar la partes a la celebración de la vista para dictar sentencia sobre el fondo. Por otro lado, el Derecho Europeo se ha tenido en cuenta en el procedimiento, por lo que no se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías. Y sobre la infracción de normas y garantías procesales y vulneración del art. 218 de la LEC, no existe la incongruencia alegada porque no se exige la existencia de una subordinación del fallo de la sentencia a la formulación contradictoria de los litigantes, sino que lo que se exige es que el Juez decida todas las cuestiones controvertidas y en el presente

caso todo se decide de manera nítida y categórica sin oscuridad ni ambiguedad. Además en este caso no se ha producido una modificación sustancial del planteamiento original del debate ni un fallo extraño a las pretensiones de las partes. Por los argumentos expuestos, procede desestimar los motivos primero y segundo del recurso de apelación referente a la cuestión de la declinatoria y de litispendencia, sin que se hayan producido las vulneraciones de los artículos aducidos en el recurso y sin que se haya producido por ello una vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)] [A.O.G.]

Jurisprudencia: Aplicación universal o erga omnes del Reglamento nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, de aplicación universal o erga omnes.

SAP Barcelona (Sección 12ª) de 2 de diciembre de 2022, rec. nº 898/2021.

https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2023/02/Divorcio-SAP-Barcelona-12a-2-diciembre-2022.pdf

[Se estima parcialmente un recurso contra una decisión de instancia que declaró un divorcio. Determina el artículo 66, 2 de la LEC que, contra el Auto por el que se rechace la falta de competencia internacional, de jurisdicción o de competencia objetiva, solo cabrà recurso de reposición, sin perjuicio de alegar la falta de esos presupuestos procesales en la apelación contra la sentencia definitiva". Reitera el recurrente Sr. Alexander , la falta de competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de las presentes actuaciones, por entender que el último domicilio familiar se encuentra en Chile, calle... , Comuna de Providencia, Región Metropolitana. En el presente caso al no existir un Convenio bilateral o multilateral del que España y Chile sean parte sobre la materia, ha de acudirse al Reglamento nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2.003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (de aplicación en el ámbito extracomunitario, aplicación universal o *erga omnes*), que en su art.o 3 establece que para conocer de la acción de divorcio será competente de forma alternativa los tribunales: a) En cuyo territorio se encuentre: - la residencia habitual de los cónyuges, o - el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o - la residencia habitual del demandado, o - en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o - la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o - la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su "domicile"; b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del "domicile" común. En el presente supuesto consta acreditado que los ahora litigantes vivían en Chile con sus hijos hasta el año 2003 que trasladan su residencia oficial a la ciudad de Barcelona, momento a partir del cual el Sr. Alexander pasa a trabajar en distintos hospitales y ambulatorios de Cataluña. De igual forma consta acreditado que a partir del año

2.013 el Sr. Alexander compagina distintos trabajos en España con trabajos en Chile, y posteriormente solo en Chile, lo que no le impide mantener el domicilio familiar en Barcelona donde se encontraban de forma permanente su esposa e hijos, y donde todos ellos (incluido el Sr. Alexander) se encontraban empadronados desde el año 2010, modificando su empadronamiento al nuevo domicilio familiar sito en la calle ... de Barcelona en el año 2.017, por lo que debe concluirse que desde la llegada a España de los ahora litigantes, han mantenido en Barcelona su domicilio familiar, lugar donde se encuentran empadronados, donde han realizado sus estudios los hijos comunes y donde desde el cese de la convivencia, han mantenido su residencia tanto la madre como los hijos comunes del matrimonio. A finales de 2017, el Sr. Alexander comunica a la Sra. Rita su intención de presentar la correspondiente demanda de divorcio. Partiendo de lo expuesto, resulta evidente la competencia de los Juzgados de Familia de Barcelona para conocer de las presentes actuaciones, tanto por ser el domicilio habitual de los cónyuges desde el año 2.003, el lugar del último domicilio familiar y la residencia habitual de la demandante. Efectivamente, todo ello consta acreditado de forma documental al constar todos los miembros de la unidad familiar empadronados en la ciudad de Barcelona, llegando al extremo de modificar el lugar del domicilio a efectos del empadronamiento a principios del año 2017, haciéndose constar en todo caso como lugar de residencia el del nuevo domicilio familiar sito en la calle ... de la ciudad de Barcelona, además, en la propia escritura pública de compraventa de la vivienda sita en la calle ... de Barcelona se hace constar que se trata del domicilio habitual del matrimonio, lugar en el que los hijos y esposa han permanecido de forma ininterrumpida, lo que en forma alguna queda desvirtuado por el hecho de que en ese momento el marido estuviera trabajando en Santiago de Chile, ya que mantenía la totalidad de la familia y el domicilio familiar en Barcelona] [A.O.G.].

Jurisprudencia: Ley aplicable a un accidente de circulación ocurrido en Marruecos.

SAP Madrid (Sección 20ª) de 18 de noviembre de 2022, rec. nº 255/2022.

https://docplayer.es/231904951-Roj-sap-m-17151-ecli-es-apm-2022-17151.html

[Accidente de circulación ocurrido en Marruecos. Acción directa frente a la aseguradora del vehículo que se considera responsable del siniestro ejercitada por los parientes próximos de la víctima fallecida. Desestimación. Aplicación de lo dispuesto en el Convenio de La Haya, del que forman parte España y Marruecos, que regula la ley aplicable en materia de accidentes de tráfico. Del Convenio resulta que la controversia debe resolverse conforme a la ley marroquí, en cuanto en el accidente estuvieron implicados tres vehículos y uno de ellos estaba matriculado en Marruecos; es decir, no todos estaban matriculados en el mismo país y por tanto es de aplicación la legislación del lugar donde ocurrió el accidente. Previamente se siguió un procedimiento en Marruecos conforme a la legislación de dicho país y en el mismo se resolvió definitivamente la responsabilidad civil derivada del accidente, con la conformidad de los aquí demandantes] [A.O.G.]