

Índice de contenido:

Civil:

- Sentencia 279/2021, 02/06/21 PRELACION CREDITOS CCPP	2
- Auto 33/2021, 27/05/21 INADMISION DEMANDA – HERENCIA	3
- Sentencia 273/21, COMISION DE APERTURA	4
- Auto 31/2021, 26/05/21 COMPETENCIA TERRITORIAL	7
- Sentencia 288/2021, 15/06/21 CONTRATO DE SEGURO	7
- Sentencia 367/2021, 23/07/21 EJERCICIO DERECHO RETRACTO	9
- Sentencia 209/2021, 06/04/21 LIQUIDACION GANANCIALES	10
- Sentencia 476/2021, 04/11/21 DESAHUCIO POR PRECARIO	12
- Auto 44/2021, 04/11/21 COSTAS LETRADO – COSTAS ASISTENCIA JCA GRATUITA.....	13
- Auto 65/22, 04/11/21 RECURSO FRENTE RESOLUCION LAJ	14
- Sentencia 475/21, 04/11/21, CLAUSULAS ABUSIVAS	15
- Sentencia 843/21, 11/11/21, DERECHO DE LA COMPETENCIA	19

Penal:

- Sentencia 54/2021, 25/11/2021 DELITO LEVE COACCIONES	25
- Auto 102/2021, 10/03/2021 ACC. POPULAR: QUERELLA Y FIANZA	28
- Auto 270/2021, 15/11/21 COMPETENCIA TERRIT. ESTAFA	31

Civil:

SENTENCIA 279/21, de 02/06/2021, RP 212/21

Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado Don Juan Miguel Carreras Maraña.

PRELACION DE CRÉDITOS. PREFERENCIA CREDITO FRENTE A COMUNIDAD DE PROPIETARIOS LIMITADO A LA ANUALIDAD EN CURSO Y TRES ANTERIORES ÚNICAMENTE. SI HAY DEUDA ANTERIOR NO TIENE PREFERENCIA. ¿DESDE CUANDO? DESDE LA PRESENTACION DE LA DEMANDA O DESDE SU ANOTACION PREVENTIVA, SI AFECTA A TERCEROS ACREEDORES.

FJ 1º.-

“ Es decir, el legislador limita tanto a la afección, como la preferencia. Así, en el caso de la preferencia de la comunidad para el cobro de los créditos a su favor frente al comunero deudor se limita en el tiempo y así se ha pasado de anualidad corriente y un año a la anualidad corriente y tres años, pero siempre ha sido limitada la extensión de la preferencia.

[...] -Así, el precepto no diferencia, ni distingue, entre los distintos créditos, sino que parte de que cualquiera que sea la total cantidad debida a la Comunidad, si esta pretende en una acción de Tercería de dominio que se declare su preferencia absoluta, salvo los créditos salariales, sobre incluso los créditos hipotecarios, siempre esa preferencia estará limitada a la anualidad corriente y tres años anteriores. Es decir, la preferencia es solo por la anualidad corriente y tres años contables anteriores y el montante debido que pase de ese límite, es decir, cuatro años o más años de deudas, carece de preferencia y se cobrará por el orden general establecido en el art 1921 y s.s. CCv.

-En definitiva, la preferencia no se aplica a cada demanda, sino a la “deuda” y se distingue entre: la anualidad corriente y tres años y las anualidades anteriores que se cobraran por su orden, sin preferencia alguna. Se establece un crédito “singularmente privilegiado” del art. 1923 LECV limitado en el tiempo. El legislador ha pretendido un equilibrio entre una preferencia de las deudas comunitarias y la lucha contra la morosidad y una limitación a la extensión de privilegios crediticios. Dado que no es posible alterar el “rango hipotecario”, la preferencia del títulos de crédito privilegiado de la comunidad y la preferencia sobre la hipoteca solo se contrae a la anualidad corriente y tres años anteriores. La preferencia no es sobre todo lo debido, ya se haya reclamado en una demanda o en varias, sino sobre la deuda corriente y la de tres años antes; y, por ello, se habla de “preferencia”.

[...] -La cuestión no es que los créditos desde los cuatro años no sean cobrables o sean inejecutables, sino que es un problema de “rango hipotecario” (artículos 17, 24, 25 y 32 L.H. y 241 RH) y, sobre todo, el art. 674 LEC, que prevé la subsistencia de todos los asientos anteriores a la hipoteca o embargo que se ejecuta y la cancelación de todos los posteriores) y de prelación de créditos y el legislador lo resuelve manteniendo inalterable el rango y otorgando una preferencia temporal limitada al crédito comunitario del art 9 LPH y por tres años, en la reforma de la Ley 8/2013 (antes era de un año).

-Este criterio es concorde a la determinación de cuándo es el momento en el que se empieza a calcular el cómputo del privilegio de la preferencia de la anualidad corriente y los tres años anteriores. [...] todas las que están

comprendidas en el límite temporal establecido –tres años (tras la Ley 8/2013) y la parte vencida de la anualidad corriente-, a contar desde el momento mismo de la demanda, estarán amparadas por dicha afección"; precisando que "el momento determinante en el cómputo de las cantidades garantizadas por el LPH (art. 9.5) ha de ser el de la presentación de la demanda en el juicio declarativo, pues en tal instante el acreedor (comunidad de propietarios) agota todas las posibilidades legales a su alcance para obtener la satisfacción de su crédito". No obstante, si hubiere de afectar a terceros acreedores, la fecha a tener en cuenta sería la de la constancia registral de la interposición de la demanda, esto es, su anotación preventiva".

AUTO 33/21, de 27/05/21, RP 230/21

Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado Don Ignacio Javier Ráfols Pérez.

INADMISION DEMANDA POR NO CONSIGNAR LA CCPP ACTORA LOS DATOS PARA CITACION DE LOS DEMANDOS, UNA HERENCIA YACENTE Y LOS HEREDEROS.

FJ 2º.-

"[...] No existe duda acerca de la capacidad procesal de la herencia yacente dado el reconocimiento de esa aptitud que prevé el art. 6.1.4º LEC para las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular.

[...] En esta situación, el hecho de que los herederos sean ignorados o se desconozca su paradero no puede ser suficiente para inadmitir una demanda planteada por deudas que, en todo caso, son deudas de la herencia.

En primer lugar, porque la inadmisión a limine de una demanda es excepcional, y sólo factible cuando la Ley expresamente así lo disponga, como así se desprende tanto del del art. 403.1 LEC que establece que "las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley"; como del art. 439 LEC que, en el ámbito del juicio verbal, sólo permite la inadmisión de la demanda en los casos concretos y especiales que menciona, entre los que puede o no encontrarse el supuesto debatido, según los casos.

En segundo lugar, porque en el ámbito del juicio declarativo, si bien es cierto que conforme a lo dispuesto en el art. 399 LEC, el juicio principiará por demanda, en la que se harán constar los datos y circunstancias del demandado y el domicilio o residencia en el que puede ser emplazado, no lo es menos que tal precepto se remite a la disposición general del art. 155 LEC, de acuerdo con el cual el demandante deberá indicar cuantos datos conozca del demandado y que puedan ser de utilidad para la localización de éste, [...] admitiendo en el acto de la audiencia las aclaraciones o precisiones oportunas y pudiendo el Juez de oficio acordar el sobreseimiento del pleito en el caso de que "en absoluto" o de ningún modo pueda ser posible determinar frente a qué sujetos jurídicos se formulan las pretensiones del actor.

En tercer lugar, porque si en el ámbito del juicio ordinario se permite la subsanación de la falta de identificación con nombre y apellidos de los demandados hasta la audiencia previa, tal posibilidad habrá que estimarla también factible en el juicio verbal [...]

En cuarto lugar, porque siendo desconocido el domicilio de un demandado se ha de proceder a la averiguación del mismo conforme a lo dispuesto en el art 156 LEC y, en último término, de resultar infructuosas tales averiguaciones, las comunicaciones podrán llevarse a acabo mediante edictos (art. 156.4 LEC), los cuales no necesariamente han de producir indefensión a los herederos cuando la obligación de pagar gastos comunitarios es de naturaleza propter rem y se halla garantizada con la vivienda cualquiera que sea su titular.

Por último, si bien la jurisprudencia (S. TS. 4 de marzo de 1.995 y S. TC. 17 de septiembre de 2.001) limitan la posibilidad de demandar a "los ignorados", respecto de los que no se sepan su nombre y apellidos, ello lo es con el fin de evitar que con ese artificio se burlen los derechos e intereses de personas ciertas y conocidas, pero no puede extenderse a quienes siendo identificables por su nombre y apellidos, solo se desconozca su paradero.

[...] La conclusión a la que llega esta Sala se asienta en reiterada jurisprudencia de otras Audiencias Provinciales entre las que cabe señalar la de Las Palmas, sec. 4ª, (A. 26 de julio de 2005); Vizcaya, sec. 5ª (A. 185/2004 de 21 de abril); Badajoz, sec. 3ª, (26/2004 de 9 de marzo); Lleida, sec. 2ª, (A. 36/2004 de 8 de abril); Pontevedra, sec. 1ª, (A. 72/2009 de 29 de abril); Zaragoza, sec. 4ª, 202/2009 de 20 de abril); Valencia, sec. 11, (A. 298/2020 de 28 de octubre).

SENTENCIA 273/21, de 28/05/21, RP 256/21

Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado Don Ignacio Segoviano Astaburuaga.

NULIDAD DE CLAUSULA SUELO, GASTOS, VENCIMIENTO ANTICIPADO, DE CESION DEL CREDITO Y COMISION DE APERTURA: Instancia estima íntegramente todo con costas. La entidad financiera recurre la cláusula de comisión de apertura, de cesión del crédito y las costas. Se estima en parte el recurso de apelación. **COMISION DE APERTURA:** se mantiene el criterio de su validez, con fundamento en la propia concesión del préstamo como justificativa de la prestación de servicio real por parte de la entidad. **CLAUSULA DE CESION DEL CREDITO:** se establece su nulidad, por el detrimento que sufre el consumidor al limitarse injustificadamente sus beneficios como deudor ante la cesión del crédito. **COSTAS DE INSTANCIA:** se mantiene su imposición.

FJ2º.- Sobre la comisión de apertura.-

[...] el primer pronunciamiento que se impugna el relativo a la comisión de apertura, debemos decir que esta cuestión había sido resuelta por la Sala en diversas ocasiones siguiendo la doctrina emanada de la Sentencia del T. Supremo nº 447/2019 de 23 de enero, en el sentido de considerar que dicha cláusula era válida en tanto formaba parte del precio del préstamo y no contradecía la doctrina del TJUE; sin embargo, con posterioridad, se ha dictado por el TJUE la Sentencia 16 de julio de 2020 en el asunto C-224/2019, en la que consta que corresponde a la entidad

bancaria acreditar que dicha comisión retribuye prestaciones o servicios concretos, así como su función dentro del contrato, de modo que el consumidor pueda tener conocimiento de los motivos que justifican la misma.

La cuestión es determinar si esta sentencia es compatible con la doctrina mantenida por el T. Supremo (y, por ende, por esta Sala) o procede apartarse de la misma, al ser ambas resoluciones contradictorias.

[...] Pues bien, esta Sala, tras analizar las distintas posturas y las sentencias referidas, llega a la conclusión de que ambas resoluciones no son incompatibles y que puede seguir manteniéndose el criterio que hasta ahora se seguía, en el sentido de considerar válida la comisión de apertura.

[...] -ST. Sección 28 de la A.P. de Madrid nº 437/2020 de 18 de septiembre : “[...] Y concluye afirmando (54) que el hecho de que los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos de gestión y de la comisión de desembolso no estén detallados no significa que las cláusulas correspondientes no cumplan el requisito de transparencia establecido en los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13, siempre que la naturaleza de los servicios realmente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Por consiguiente (56) el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en principio, una cláusula contractual como la controvertida en el litigio principal, relativa a los gastos de gestión de un contrato de préstamo, que no permite identificar inequívocamente los servicios concretos proporcionados como contrapartida, no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. [...] En definitiva, cuando la comisión de apertura es conocida con anterioridad y cuando su importe permite evaluar las consecuencias económicas que para el prestatario tiene dicho concepto, debidamente destacado, se debe entender superado el control de transparencia, aunque no se detallan los servicios o la actuación desarrollada siempre que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto[...]. Nos encontramos por lo tanto ante una cuestión que afecta a la valoración de la prueba que debe efectuar el tribunal. [...] Resultaría por lo tanto contradictorio negar que la entidad incurre en gastos que son inherentes a la concesión del préstamo. Y más absurdo y carente de lógica alguna resultaría afirmar que la entidad de crédito concede préstamos sin actividad previa alguna. La actividad previa de la entidad de crédito que, como señala la STS 44/2019, resulta impuesta además por la normativa bancaria, se ajusta al principio de normalidad, que se traduce en la aplicación de las reglas de la lógica - STS de 20 de julio de 2006, entre otras “-.

[...] ST. Sección 15 de la A.P. de Barcelona nº 2.548/2020 de 1 de diciembre: “[...] De acuerdo con esa normativa, la comisión de apertura compensa todas las actuaciones llevadas a cabo por la entidad financiera para la concesión del crédito (estudio de solvencia y garantías, preparación y tramitación de la documentación, concesión). Se trata de actuaciones inherentes y efectivas para la concesión del préstamo o crédito, a diferencia del resto de comisiones y gastos, que serán repercutibles solamente si responden a servicios prestados, distintos de la concesión, lo cual exigirá, ineludiblemente, la demostración de haberse llevado a cabo. 6. En consecuencia, de conformidad con nuestro TS, el principio de "realidad del servicio remunerado" se cumple, en el caso de la comisión de apertura, con la concesión del préstamo o crédito. No existe, por tanto, desequilibrio, ni mucho menos puede calificarse de importante. Es la propia Ley la que respalda la validez de la comisión de apertura y precisa qué servicios compensa, que son imprescindibles para la concesión del préstamo y en algunos casos vienen impuestos por las normas sobre solvencia bancaria o por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento, tal y como recuerda el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de enero de 2019. Sólo si la entidad financiera externaliza esos servicios en agencias de intermediación podrá exigirse que " demuestre" la realidad del servicio y su coste”.

A los anteriores argumentos hemos de añadir que, en el presente caso, el recurso no podría prosperar de ninguna manera, toda vez que un elemental sentido de rechazo a la indefensión, nos lleva a considerar que la postura de la

entidad bancaria estaba avalada por la Jurisprudencia existente al respecto y, por ello, no podía exigirse a la misma que acreditara una serie de circunstancias que, en el momento de celebrarse el juicio de instancia, no le eran requeridas ni legal ni jurisprudencialmente, con lo que difícilmente pudo acreditarlos ni en dicho momento, ni en el recurso de apelación; es por ello, que dichos requisitos solo podrían exigirse, al menos hipotéticamente, a las entidades bancarias a partir de la publicación de la Sentencia del TJUE tantas veces mencionada, no en procedimientos que juzgan comportamientos muy anteriores a la misma, como es el que aquí nos ocupa.

FJ 3º.- Sobre la cláusula de cesión de créditos.

Que en lo relativo a la cláusula de cesión de créditos, decir que la cláusula litigiosa tiene el siguiente tenor literal: "La Entidad acreedora se reserva la facultad de transferir a cualquier otra persona o entidad, todos los derechos, acciones y obligaciones dimanantes de contrato, sin necesidad de tener que notificar la cesión o transferencia al deudor, quien renuncia al derecho que al efecto le concede el artículo 149 de la Ley Hipotecaria". [...] La jurisprudencia de esta Sala resalta que el negocio jurídico de cesión no puede causar perjuicio al deudor cedido (S. 1 de octubre de 2.001); el deudor no puede sufrir ninguna merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales (S. 15 de julio de 2.002). La renuncia anticipada a la notificación, en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma (conocimiento), merma los derechos y facultades del deudor cedido, y muy concretamente el apartado 11 de la DA 1ª LGDCU que considera abusiva "la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos". La limitación al principio de autonomía de la voluntad ex art. 1.255 CC se justifica por la imposición, es decir, cláusula no negociada individualmente. [...] Así pues, aplicando dicha doctrina al caso que nos ocupa, no estando acreditado que la cláusula en cuestión haya sido negociada individualmente (acreditación que corresponde a la entidad bancaria, conforme la art. 217 de la LEC) no cabe llegar a conclusión distinta a la que alcanzó el juez de instancia, esto es, declarar la nulidad de la cláusula en cuestión, por lo que este concreto motivo del recurso debe ser desestimado.

FJ 4º.- Costas de Instancia.-

[...] siguiendo el criterio de la citada sentencia del Tribunal Supremo de nº 419/2017 de 4 de julio de 2017, que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de primera instancia en este tipo de casos en que se declara la nulidad de la cláusula abusiva sobre gastos se impongan al banco demandado aunque se reduzcan las iniciales pretensiones, contenidas en la demanda, relativas a los efectos económicos de tal declaración anuladora. Las razones en que se concretan esas consideraciones son las siguientes:

1.ª) El principio del vencimiento en materia de costas es la regla general [...]

2.ª) Si en virtud de esa salvedad el consumidor demandante, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en la instancia, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.

3.ª) *La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio.*

4.ª) *En el presente caso, además, la actividad procesal del banco demandado no se limitó a invocar a cuestionar los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula sobre gastos que ha sido declarada nula. Muy al contrario, como se desprende de la propia fundamentación de esta resolución, se opuso totalmente a la nulidad de la cláusula discutida, no solo a la restitución de lo indebidamente cobrado en virtud de la misma, solicitando la desestimación total de la demanda pretensión reiterada al recurrir en apelación al interesar la revocación total de la sentencia de primera instancia, es decir, no sólo del pronunciamiento que condenaba al banco a devolver todo lo percibido en virtud de la cláusula abusiva.*

En definitiva, conforme a lo expuesto y en aplicación de lo dispuesto en el art. 394.1 LEC, procede mantener la condena en costas de primera instancia que fue impuesta en la sentencia apelada a la entidad demandada.

AUTO 31/21, de 26/05/21, RP 290/20

Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado Don Ignacio Javier Ráfols Pérez.

COMPETENCIA TERRITORIAL: Se discute si era Cervera de Pisuerga, donde supuestamente se había despachado ejecución, o Carrión de los Condes, donde tenía su domicilio el demandado.

FJ 2º.-

[...] La doctrina del Tribunal Supremo, de la que es exponente el auto de 21 de febrero de 2018 (Rec. 220/2017), considera que en esta materia debe partirse de lo dispuesto en el art. 546.2 LEC: “una vez despachada ejecución el tribunal no podrá, de oficio, revisar su competencia territorial”.

[...] En el presente caso, dado que consta que en el procedimiento incoado por el Juzgado nº ... de Cercera de Pisuerga se admitió a trámite la demanda de ejecución, despachándose orden general de ejecución de título no judicial a favor de la entidad demandante (auto de ...), materializándose dicha decisión mediante el Decreto de la misma fecha que dio efectividad al despacho acordado (acontecimientos ... del Expediente Digital), hemos de entender, conforme a la doctrina expuesta, que el conflicto negativo de competencia planteado ha de ser resuelto en favor del citado Juzgado nº ... de Cervera de Pisuerga.

SENTENCIA 288/21, de 15/06/21, RP 302/21

Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado Don Juan Miguel Carreras Maraña.

CONTRATO DE SEGURO. INCONGRUENCIA. Indebido uso de la expresión “sin perjuicio” en la parte dispositiva de la Sentencia de Instancia. ARTICULO 20 LCS SOBRE INTERESES. No es de aplicación cuando la compañía abona la cantidad a la que viene obligada por el propio contrato de seguro.



FJ1º.- Sobre la incongruencia.

[...] concurre una manifiesta incongruencia omisiva y extra petita y no evidente infracción del art 218 LECV; y ello por las siguientes razones:

a.- Resulta que la única cuestión debatida [...] es la cobertura de la póliza y el alcance de su clausulado; y esa cuestión planteada y controvertida en la causa queda sin resolver, y por lo tanto, concurre incongruencia omisiva con infracción del art 24 CE y del Derecho a la tutela judicial efectiva.

b.- Resulta contrario a la más elemental técnica de configuración de las sentencias judiciales la utilización en el fallo de la sentencia de expresiones como “sin perjuicio”, lo que supone infracción del art. 218 LECV. y del art 117 CE y art 24 CE [...]

c.- Si la cláusula 27 del contrato de seguro, que es la debatida en el proceso, es limitativa o delimitativa es el objeto del proceso presente y no resulta congruente fijar una indemnización para el tercero perjudicado por vía extracontractual, conforme a una póliza del seguro, pero, al mismo tiempo, dejar sin resolver si esa misma póliza cubre o no el siniestro; y, lo que es, peor se dice que se pague una indemnización por aplicación de la póliza y luego se dice que ello es “sin perjuicio” de que en otro proceso se pueda declarar la nulidad de la cláusula 27-b del condicionado general.

FJ 3º.-

En nuestro caso, la cláusula de fijación de la cuantía indemnizable por daños en perro de terceros y que se fija en 300 e (cláusula 27), es delimitativa en la medida en al que no limita las coberturas fijadas sino que las delimita. Es decir, la referida cláusula no limita el derecho asegurado, sino que lo delimita y lo fija en su extensión y cuantía y en función de esas variables se fija la prima debida.

En nuestro caso, se delimita uno de esos elementos esenciales, y, en concreto, qué cuantía se asegura para cubrir un riesgo concreto, como es por los daños materiales de perros de terceros y es claro que respecto de la cobertura de perros de terceros la cuantía se delimita en 300 € ; Por ello más allá de esa cantidad debe de ser atendido el siniestro por el causante del daño y sin cobertura aseguraticia por exceder de la delimitación pactada (art 1 LCS y art 1255 CCV).

FJ 4º.-

No existe clausula sorpresiva alguna, pues la indemnización reclamada no deriva de la cobertura del seguro obligatorio por daños a las personas derivados de la acción de cazar, sino de una cobertura concreta, voluntaria y determinada en una cláusula específica (27-b) del contrato. La determinación de la máxima cantidad exigible, que es otra cláusula delimitativa, no es incompatible con la fijación de una cifra de 300 € por daños a perros de terceros.

FJ 5º.-

Debe de ser desestimado este motivo de impugnación por dos razones esenciales dada su manifiesta improcedencia:

1ª.- Mapfre remitió finiquito al perjudicado con la misma cuantía que ha sido objeto de condena y lo ha hecho en los términos de la póliza.

2ª.- En todo caso, lo que las partes discuten es la aplicación de la póliza misma y el alcance de sus coberturas y esos motivos son causa en el art 20 LECV de exclusión de la sanción civil con posible intereses moratorios.

SENTENCIA 367/21, de 23/07/21, RP 346/21

Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado Don Ignacio Segoviano Astaburuaga.

DERECHO DE RETRACTO: Requisitos y condiciones para su ejercicio válido.

FJ 2º.-

[...]procede analizar cuáles son los requisitos que se exigen para que pueda prosperar una acción de retracto de comuneros, requisitos que vienen especificados en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara nº 91/2007 de 4 de mayo, que establece los siguientes:

“Primero.- Hipótesis de una situación de comunidad o condominio por cuotas. Sobre el derecho a retraer del nudo propietario, no plantea duda alguna la respuesta afirmativa,[...]”

Segundo.- Ha de tratarse de la enajenación de una cuota o cuotas a un extraño a la comunidad. El término enajenación ha de entenderse referido a una venta o dación en pago, con exclusión de las enajenaciones a título gratuito. [...] El concepto de extraño se utiliza por oposición a partícipes en la cosa común (SSTS 7 febrero 1944 y 18 diciembre 1950), por lo que nunca lo es otro comunero (STS 20 junio 1978).[...]

Tercero.- Ejercicio del derecho dentro del plazo legal. El art. 1524.1º del Código Civil (LEG 1889\27) señala como plazo general de ejercicio del derecho de retracto legal el de nueve días, contados desde la inscripción en el Registro y, en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta

[...] En definitiva, el recurso debe ser estimado al faltar uno de los requisitos esenciales para que pueda prosperar la acción de retracto de comuneros aquí ejercitada, cual es el carácter de extraño a la comunidad de la entidad demandada en el momento del ejercicio de la acción, habiendo incurrido la sentencia de instancia en infracción de los arts. 218 y 318 de la LEC y 1.522 del C. Civil al no haber apreciado dicha circunstancia.

SENTENCIA 209/21, de 06/04/21, RP 355/21

Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado Don Ignacio Javier Ráfols Pérez.

LIQUIDACION SOCIEDAD GANANCIALES.- Concreción de las partidas que deben formar parte o no de la sociedad de gananciales, tanto del activo (valoración vivienda, vehículo donado y, por tanto, privativo, retirada de dinero de cuenta común) como del pasivo (deuda con banco que toma como referencia la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales, dinero ingresado en cuenta ganancial, vehículos privativos vendidos para adquirir vehículos gananciales, anticipos privativos para adquisición de vivienda previa al matrimonio).

FJ 2º.- Activo

[...] Debe darse la razón al recurrente pues existiendo una valoración técnica fiable, aceptada en su momento por ambas partes, debe prevalecer dicha valoración que tendrá en cuenta los parámetros concretos sobre los que se asienta el valor de la vivienda frente a una estimación realizada teniendo en cuenta en exclusiva su superficie y el precio medio del metro cuadrado en extraído, sin otros datos, de una página web inmobiliaria.

[...] La pretensión debe ser admitida por cuanto la prueba del carácter privativo del bien puede ser cualquier admitida en Derecho, no siendo imprescindible documentarla en los correspondientes impresos fiscales, sin perjuicio de la responsabilidad fiscal que dicho hecho pueda haber generado. En principio, la documentación administrativa presentada y admitida por la Jefatura de tráfico debe entenderse prueba suficiente del transmitente y de la gratuidad de la transmisión.

[...] En la sentencia apelada se acepta la inclusión del saldo de la cuenta pero se fija en ... euros, dado que esta cantidad fue aceptada como partida del activo en la oposición al inventario formulado por la demandada, aceptación que también se expresa en la contestación al recurso. Dado que esa cantidad es la aceptada por la parte a quien, en principio, perjudicaría, hemos de considerar acertado el pronunciamiento judicial de instancia.

[...] Sin embargo, si bien la primera cantidad puede ser admitida en cuanto constan los documentos hereditarios y de las transferencias bancarias, habiendo sido admitida básicamente por la parte recurrente en el acto de juicio, sin embargo, la segunda cantidad no puede admitirse como de procedencia ajena, en este caso de su hija, dado que en la documentación administrativa aportada, y en la que se comunica la concesión de la beca y sus importes, figura como destino del ingreso una cuenta bancaria que no es la del BBVA que ahora nos ocupa, no constándole a esta Sala que dicha cantidad se hubiera integrado en dicha cuenta, lo que obliga a considerar que su extracción injustificada debe ser compensada en el activo social como derecho de crédito frente a la demandada pues su carácter ganancial debe presumirse al no haberse acreditado que otro fuera su origen (art. 1361 CC).

FJ 3º.- Pasivo

[...] Como primera cuestión plantea el recurrente su desacuerdo con la cuantía de la partida del pasivo referente a la póliza de arrendamiento financiero firmada por ambos cónyuges, [...] Examinado el mismo se observa que

tiene razón el apelante pues a fecha de la sentencia de divorcio que determinó la disolución de la sociedad ganancial, la deuda pendiente de pago ascendía a ... euros (26 cuotas de ... euros más una última de ... euros). En consecuencia, debemos estimar en este punto el recurso interpuesto.

[...] Seguidamente, solicita el recurrente la inclusión en el pasivo de la partida 4 del inventario por él propuesto y que está referida al saldo inicial de la cuenta (..), saldo existente con anterioridad al matrimonio y que ascendía en fecha .. de ... de 19... a la cantidad de pesetas (.... euros). [...] La discusión ha de centrarse, por tanto, en si ese dinero, que pasa a integrarse en una cuenta que asume la condición de ganancial por voluntad de los cónyuges y se destina a gastos familiares, debe seguir siendo considerado privativo, dando lugar a derecho de reembolso, o, por el contrario, ha de considerarse ganancial al no haberse hecho expresa manifestación de reserva de aquel derecho, presumiéndose la ganancialidad en atención a la libertad de pactos entre cónyuges que permite el art. 1323 CC.

En la doctrina de las Audiencias Provinciales existe discrepancia al respecto de cuál ha de ser la solución procedente, exigiendo expresa reserva del derecho de reembolso algunas (SS. AA. PP. Valladolid 29/2013 de 29 de enero; Sevilla, sec. 2ª, 108/2018 de 5 de marzo) o negando tal exigencia (SS. AA. PP. Coruña 408/2018 de 23 de noviembre y Vizcaya 824/2019 de 23 de mayo). No obstante, el Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en favor del derecho de reembolso sin necesidad de que se haya hecho expresa reserva de tal derecho.

Así, la sentencia de dicho Tribunal nº 657/2019 de 11 de diciembre, considera que el hecho de que se ingrese el dinero privativo en cuentas comunes no convierte el dinero en común [...]

Asumiendo esta Sala provincial la anterior doctrina, debe reconocerse la procedencia de un derecho de crédito a favor del recurrente por el importe de la suma de dinero privativo que estaba ingresada en la cuenta bancaria que pasó a ser conjunta, confundándose con el caudal ganancial y que pasaron a ser gastada en interés de la sociedad ganancial o para hacer frente a pagos que eran de cargo de la misma.

[...] Se solicita la integración en el pasivo del valor actualizado al momento del matrimonio de la cabeza tractora marca ... matrícula ..., la carrocería marca ... y el semirremolque marca, matrícula ..., los cuales fueron adquiridos con dinero privativo con anterioridad al matrimonio, si bien, con posterioridad al matrimonio, fueron aportados para la adquisición, como bienes gananciales de la cabeza tractora ..., matrícula ..., y semirremolque ... matrícula [...] Por tanto, conforme a este precepto, debe reintegrarse el valor actualizado de los tres vehículos citados pero atendiendo al valor del momento en que fueron aportados para la compra de otros vehículos respecto de los que sí consta su carácter ganancial, valor que deberá actualizarse a la fecha de la demanda en que se promovió la liquidación de la sociedad ganancial, determinándose en ejecución de sentencia. Es evidente que, hasta el momento de su entrega para adquirir otros, mantuvieron su condición privativa.

[...] solicita el recurrente la inclusión en el pasivo de lo que identificaba en su demanda de inventario como partida 8: el anticipo a cuenta para la adquisición de la primera vivienda [...] Por tanto, nos encontramos con un bien que, si bien fue adquirido en estado de solteros, en parte con dinero privativo y en parte ganancial, sin embargo, por acuerdo de ambos cónyuges se transformó en ganancial. La ganancialidad por voluntad de los cónyuges prevalecería sobre la cotitularidad que resultaría de la aplicación del art. 1354 CC, pero también sobre el art. 1356 CC, porque, aunque el marido realizó un primer desembolso privativo, la atribución conjunta de ganancialidad realizada por ambos esposos habría desplazado la aplicación de lo dispuesto en ese art. 1356 CC. En esta situación sería aplicable el 1358 CC y, en principio, sería admisible el derecho de reembolso interesado en el recurso respecto de aquella parte privativa cuya realidad ha sido probada, la del hoy recurrente.

No obstante, existe otra dato que no puede ser obviado y es que, con posterioridad a cuanto ha sido expuesto, esa vivienda fue enajenada y el precio obtenido fue destinado a la adquisición de otra vivienda en cuya escritura de adquisición consta expresamente que se adquiere “con carácter ganancial” (documento 50 de los aportados con la demanda). En dicho acto de compra, en ningún momento se hace referencia a que parte del dinero empleado en ella proceda de un saldo privativo de cada cónyuge.

Y es que no puede entenderse que no exista constancia durante veinticinco años de reclamación alguna del carácter privativo del dinero aportado como anticipo. Ni tan siquiera en la escritura de compraventa de la segunda vivienda realizada, en parte, con el dinero obtenido por la venta de la primera. No solo no existe constancia de tal reclamación sino que, expresamente, a esta segunda vivienda se atribuye, si reserva alguna, el carácter ganancial, obviando cualquier referencia a aquel dinero privativo aportado como parte del precio de la primera vivienda que compró el matrimonio justo antes de serlo. Si a ello unimos que ambos cónyuges atribuyeron por acuerdo, al menos tácito, carácter ganancial a esa vivienda (cuando recordemos que no lo era), la conclusión que hemos de extraer es que, en este caso, sí existió ese ánimo de liberalidad de quien hoy es recurrente de modo que asumió la aportación al común ganancial que constituyeron las viviendas como auténtica donación a la sociedad ganancial de aquella cantidad inicial que aportó a la adquisición de la primera vivienda. No de otro modo puede interpretarse la sucesión de actos expuestos. [...] pues el tiempo transcurrido y el contenido de los actos realizados permite afirmar no ya un comportamiento sino una decisión de liberalidad en su aportación a la sociedad ganancial, lo que ahora se contradice con su pretensión que, por ello, no puede ser admitida, (SS. TS. 505/2017 de 19 de septiembre y 63/2018, de 5 de febrero).

SENTENCIA 476/21, de 04/11/21, RP 355-21

Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado Don Ignacio Javier Ráfols Pérez.

DESAHUCIO POR PRECARIO.- Problemas de notificación a los ocupantes efectivos del inmueble. Nulidad por ese defecto de notificación.

FJ 3º.-

Siendo esta la situación que plantean las partes y siendo evidente que el defecto de notificación y emplazamiento sería generador de la indefensión que exige el art. 238.3º LOPJ y, por ello, determinante de la nulidad pretendida, hemos de considerar, no sin ciertas dudas acerca de la realidad de la ocupación invocada, que debe ser declarada la nulidad solicitada pues es evidente que no haber identificado a la hoy recurrente como posible ocupante (por tanto, interesada en el pleito promovido), debe ser considerado como un defecto esencial del procedimiento provocado por la propia parte actora quien debió cerciorarse de la posible existencia de un concreto interesado que no era otro sino quien había sido el anterior propietario que había sido ejecutado en el procedimiento hipotecario del que traía causa su derecho. No en vano la existencia misma del proceso de desahucio por precario evidencia que, al menos, existían indicios de una ocupación de facto de la finca de la que había adquirido la propiedad.

Habiéndose adjudicado la propiedad plena en este procedimiento hipotecario, el lanzamiento de quienes podían continuar ocupando el inmueble, con derecho o sin él, se planteó por vía del presente procedimiento de desahucio

por precario, siendo razonable pensar que debió indagarse si existía algún concreto ocupante como era el caso de la ahora recurrente.

En definitiva, procede estimar el recurso interpuesto y declarar la nulidad de lo actuado al existir un defecto formal esencial en la notificación y emplazamiento de quien tenía interés en el procedimiento como posible demandado, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento en que se llevó a cabo dicha diligencia a fin de que se entienda con la ahora recurrente.

Y en apoyo de la anterior conclusión pueden reproducirse los argumentos de la reciente sentencia del Tribunal Supremo nº 719/2021 de 25 de octubre cuando, en un caso análogo de falta de identificación en la demanda de los ocupantes de un inmueble, expone: “9.- Este defecto procesal no pueden entenderse salvado por el hecho de que la demanda se hubiera formulado contra «los ignorados ocupantes» del inmueble.[...] El Tribunal Supremo concluye decretando la nulidad de lo actuado sobre la base del “deber que pesa sobre los órganos judiciales de velar por la correcta constitución de la relación jurídica procesal, a fin de garantizar el derecho a la defensa de quienes sean o puedan ser parte en dicho proceso y, muy en particular, la inexcusable observancia del principio de contradicción, sobre el que se erige el derecho a ser oído”, (S. TS. 719/2021 de 25 de octubre).

AUTO 44/21, de 20/07/21, RP 370/21

Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado Don Ignacio Javier Ráfols Pérez.

COSTAS LETRADO.- COSTAS ASISTENCIA JURIDICA GRATUITA. Un beneficiario de la asistencia jurídica gratuita decide nombrar abogado particular. Instancia dicta un Auto considerando que los honorarios presentados por el abogado de oficio son indebidos, puesto que el hecho de que el beneficiario renuncie a la asistencia gratuita y nombre un abogado particular, no implica que pierda ese beneficio respecto del abogado designado por el turno de oficio. Ratificación de la consideración como indebidos de esos honorarios.

[...] En esta cuestión existen dos posiciones jurisprudenciales contradictorias.

La de quien sostiene que la renuncia al derecho a la gratuidad de la justicia por nombramiento de letrado de su libre elección supone la pérdida de esa gratuidad ex tunc, desde el inicio, y, en consecuencia, supone que respecto de los profesionales inicialmente designados de oficio se perdería la gratuidad de sus servicios prestados dado que la previsión legal existente al respecto, el art. 28 LAJG, así lo considera al limitar la persistencia del derecho a otro tipo de prestaciones pero no a las realizadas por los profesionales de oficio.

[...] Por el contrario, existe otra posición contraria a esa interpretación y es la que considera que la renuncia al derecho a la justicia gratuita produce efectos ex nunc también respecto de la prestación de los servicios correspondientes a los profesionales designados de oficio al tiempo de ser reconocido el derecho al posteriormente renunciante. En este sentido podemos citar las sentencias de las Audiencias de León (S. 365/2011 de 24 de noviembre) y Málaga (S. 421/2013 de 6 de septiembre), y que sostienen un criterio interpretativo que esta Sala considera plenamente correcto y al que se adhiere.

AUTO 65/21, de 04/11/21, RP 420/21

Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado Don Ignacio Javier Ráfols Pérez.

RECURSOS CONTRA RESOLUCIONES DE LOS LAJ: QUEJA CONTRA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO CONTRA DECRETO FINAL DE PROCEDIMIENTO DE JURA DE CUENTAS. inconstitucionalidad parcial de los art. 34 y 35 . Acto dictado por órgano no investido de poder jurisdiccional que no puede ser privado de control pues tiene efectos jurisdiccionales. Apelación procedente incluso frente a revisión judicial del acto del LAJ.

... La razón que justifica la inadmisión es que la resolución que se pretende apelar carece de tal posibilidad exponiendo en el auto de 2 de julio de 2021 que denegó la aclaración pedida acerca de la admisibilidad de la apelación, lo siguiente:

“De hecho, conforme el artículo 35.2, párrafo segundo en relación con el artículo 34.2, párrafo tercero LEC, normativa correctamente invocada (...), contra el decreto final dictado en el presente procedimiento (...) no era “susceptible de recurso alguno, pero no prejuzgará, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiera recaer en juicio ordinario ulterior”.

Conforme a lo así expuesto, la parte interesada dispone de la posibilidad de ejercer cuantas acciones legales que estime oportunas en el juicio declarativo que corresponda al no tener el tratamiento de cosa juzgada lo finalmente resuelto en esta litis”.

Sin embargo, estos argumentos no son admisibles porque no podemos obviar

que los párrafos tercero del art. 34.2 y del inciso «y tercero» del párrafo segundo y del párrafo cuarto del art. 35.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (en la redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial), han sido declarados inconstitucionales y nulos por sentencia del Tribunal Constitucional nº 34/2019, de 14 de marzo, con base en los siguientes argumentos que, también pueden ser empleados en la cuestión que ahora se nos plantea pues las referencias al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) son trasladables por su carácter general al presente supuesto.

Decía el Tribunal Constitucional en la citada sentencia: “Por tanto, la exclusión de recurso frente al decreto priva del acceso al control jurisdiccional de una decisión adoptada en el seno de un proceso por un órgano no investido de función jurisdiccional (...) excluyendo a la parte de la posibilidad de impugnación contra la decisión del letrado de la administración de justicia, cuando según reiterada doctrina de este Tribunal «el derecho a obtener de los jueces y tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE» (por todas, STC 8/2014, de 27 de enero, FJ 3).

La situación es semejante a las ya examinadas en las SSTC 58/2016 y 72/2018. El régimen de recursos establecido contra los decretos de los letrados de la administración de justicia en las reclamaciones de honorarios de abogados impide que las decisiones de estos letrados sean revisadas por los jueces y tribunales, titulares en exclusiva de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), vedando, por consiguiente, que puedan dispensar la tutela judicial efectiva sin indefensión que garantiza el art. 24.1 CE. Lo que a estos efectos interesa es que, al igual que en el caso del párrafo primero del art. 102 bis.2 LJCA y del art. 188.1, párrafo primero, LJS se crea un espacio de inmunidad jurisdiccional incompatible con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, (...)

(...)

Aun cuando la cuestión planteada no es exactamente igual pues ahora existe un pronunciamiento judicial revisor de la actuación del LAJ, es lo cierto que una concepción amplia del derecho a la tutela judicial efectiva en el sentido expuesto por el Tribunal Constitucional obliga a una interpretación igualmente amplia de los requisitos que permiten el acceso al recurso de apelación y, en consecuencia, considerándose apelables los “autos definitivos” (art. 455.1 LEC), debe considerarse entre ellos el que ahora se pretende recurrir pues pone fin al procedimiento en el que fue dictado y ello aunque sea un procedimiento sumario que no impide la formulación de la cuestión debatida en otro procedimiento declarativo. Lo importante es que es una resolución de cierre del proceso de reclamación de honorarios del letrado y, conforme a la norma antes citada tiene abierta la posibilidad de apelación, no existiendo razón alguna que permita justificar la exclusión de este tipo de autos de la posibilidad de ser recurridos en apelación.

SENTENCIA 475/21, de 04/11/21, RP 495/21

Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado Don Ignacio Javier Ráfols Pérez.

CLÁUSULAS ABUSIVAS PRESTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA. COMISIONES POR SUBROGACIÓN: NULIDAD INEXISTENTE. Son válidas al depender de la voluntad del prestatario. Suponen circunstancias futuras, ajenas a las obligaciones esenciales del contrato, que dependen de un acto de voluntad del prestatario, de su propia iniciativa, por lo que no presentan un efecto automático, ni condicionado a la suscripción del préstamo etc , obligando al banco al despliegue de un nuevo servicio y actividad evaluadora. **CLÁUSULA POR AMORTIZACIÓN ANTICIPADA: NULIDAD INEXISTENTE.** Naturaleza indemnizatoria, similar a la pactada frecuentemente para el desistimiento de cualquier contrato de tracto sucesivo. **CLÁUSULA DE RECLAMACIÓN DE GASTOS POR POSICIONES DEUDORAS: NULIDAD EXISTENTE.** Inexistencia de requisitos de validez según normativa sectorial y bancaria. Ausencia de contemplación de las gestiones a realizar, que convive con intereses de demora en un Automatismo que supone duplicidad abusiva de la sanción civil. Ausencia de transparencia según doctrina del TS y TJUE. Clausula que supone inversión de la carga de la prueba sobre el consumidor. Artículo 1101 del CC: no contempla entre las consecuencias de la mora en el cumplimiento de las obligaciones soportar duplicidades en la sanción como la cuestionada.

(...) se interpone ahora por la parte demandada el presente recurso de apelación, en el que se insiste de nuevo en sus pretensiones de oposición a la demanda, si bien limitadas a cuestionar el fallo anulatorio de la sentencia en tres aspectos puntuales: las comisiones por subrogación, por amortización anticipada y de reclamación de posiciones deudoras. (...)

La comisión por subrogación

En la sentencia de instancia se considera que estamos ante “disposiciones predispuestas, de las que no consta que se informara debidamente al prestatario, se impone indistintamente para todo aquellos supuestos en los que efectúe una novación del deudor, incluso aun cuando no se efectúen por voluntad del prestatario, lo que ocurrirá en la mayor parte de los casos, además no se vincula con la prestación efectiva de ningún servicio, ni su coste, ni se cuantifique el perjuicio que en su caso ocasionarían a la parte prestamista. Además el importe de la comisión por modificación de las condiciones contractuales se estipula atendiendo a remisiones genéricas al Banco de España”, por todo lo cual la considera nula.

A esta nulidad se opone la entidad bancaria apelante por considerarla válida en cuanto responde a servicios efectivos, lo que es compartido por esta Sala por cuanto entendemos que cumple los requisitos de la normativa especial en cuanto se refieren a circunstancias futuras, ajenas a las obligaciones esenciales del contrato, que dependen de un acto de voluntad del prestatario, de su propia iniciativa, por lo que no presentan un efecto automático, ni condicionado a la suscripción del préstamo. Consideramos también que responden a servicios que habrá de prestar el banco, que vendrá obligado, caso de aceptar las propuestas del prestatario, a una nueva actividad de investigación de riesgos, así como a asumir otros gastos, lo que justifica que, en abstracto, no pueda afirmarse que dicha comisión resulte contraria al equilibrio prestacional.

En parecidos términos se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia nº 662/2018 de 15 octubre, (...)

Comisión por amortización anticipada.

(..) También esta declaración de nulidad es controvertida en el recurso y, también, esta Sala ha de darle la razón a la entidad recurrente.

La comisión por cancelación o amortización anticipada del capital tiene por finalidad compensar a la entidad bancaria por los intereses que dejará de percibir como consecuencia de esa cancelación total o parcial antes de plazo establecido en el contrato.

Así consta habitualmente en los propios contratos cuando se hace mención a una “compensación por desistimiento” o “compensación por riesgo de tipo de interés”, estableciendo un porcentaje sobre el capital amortizado que depende de si es total o parcial y el momento temporal en que se lleva a cabo.

La referida compensación tiene actualmente amparo en su regulación por Ley 41/2007, de Reforma del Mercado Hipotecario, aunque, como se expone en la sentencia de instancia, no es de aplicación al contrato de autos.

La amortización anticipada, que se produce sobre el capital, permite al prestatario liberarse de los efectos del aplazamiento de la devolución del préstamo y de la obligación de pagar intereses en la parte correspondiente al periodo de amortización. La comisión, por tanto, responde a una facultad reconocida al prestatario y compensa la pérdida de retribución de la entidad prestamista que ocurrirá en el caso de que aquél ejercite dicha facultad (en el mismo sentido, S. AP. Álava, 130/2021 de 12 de febrero).

Comisión por reclamación de posiciones deudoras

A diferencia de los anteriores este pronunciamiento anulatorio debe ser ratificado en esta instancia pues si bien con algunas vacilaciones, esta Audiencia ha considera nula dicha comisión desde la sentencia 245/2020 de 19

de octubre (en el mismo sentido la S. AP. Palencia nº 307/2021 de 25 de junio), dado que hemos venido siguiendo en esta materia la doctrina del Tribunal Supremo que ha declarado abusiva la comisión de reclamación de posiciones deudoras (S. TS. 566/2019 de 25 de octubre).

En esta sentencia se resuelve la discusión acerca del carácter abusivo y, por tanto, nulo, de la cláusula que ahora nos ocupa. En el recurso, la entidad bancaria se alzaba contra el pronunciamiento anulador de instancia afirmando que la declaración de abusividad de la cláusula litigiosa suponía eximir de responsabilidad al deudor incumplidor por la producción de determinados daños (los originados por la reclamación) a la acreedora, a la vez que dejaba sin efecto un pacto libremente asumido.

El Tribunal Supremo contraponen los siguientes argumentos, confirmando el carácter abusivo de la cláusula:

“1.- La normativa bancaria sobre comisiones está constituida, básicamente, por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, por la Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, y por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

2.- Conforme a esta normativa, para que las entidades puedan cobrar comisiones a sus clientes deben cumplirse dos requisitos: que retribuyan un servicio real prestado al cliente y que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente. Bajo estas dos premisas, las entidades bancarias no pueden cobrar por servicios que no hayan solicitado o aceptado los clientes, que deberán haber sido informados personalmente y por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio.

Según el Banco de España (Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009), la comisión por reclamación de posiciones deudoras compensa a la entidad por las gestiones efectivas realizadas para recuperar la deuda impagada por su cliente; debe estar recogida en el contrato; y para que sea acorde con las buenas prácticas bancarias debe reunir los siguientes requisitos mínimos: (i) el devengo de la comisión está vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor; (ii) la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, ni siquiera cuando, en el caso de impago en el tiempo, este se prolonga en sucesivas liquidaciones; (iii) su cuantía debe de ser única, no admitiéndose tarifas porcentuales; (iv) no puede aplicarse de manera automática.

3.- Si contrastamos la cláusula controvertida con dichas exigencias, se comprueba que, como mínimo, no reúne dos de los requisitos, pues prevé que podrá reiterarse y se plantea como una reclamación automática. Pero es que, además, no discrimina periodos de mora, de modo que basta la ineffectividad de la cuota en la fecha de pago prevista para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de una comisión.

Tal como está redactada, tampoco identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo (lo deja para un momento posterior), por lo que no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo (no es igual requerir in situ al cliente que se persona en la oficina para otra gestión, que hacer una simple llamada de teléfono, que enviarle una carta por correo certificado con acuse de recibo o un burofax, o hacerle un requerimiento notarial).

4.- En la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17, Gyula Kiss), el Tribunal ha declarado que, aunque el prestamista no está obligado a precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales:

"No obstante, habida cuenta de la protección que la Directiva 93/13 pretende conceder al consumidor por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo que respecta a la capacidad de negociación como al nivel de información, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen".

A su vez, la STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13, Matei), referida -entre otras- a una denominada "comisión de riesgo", declaró que una cláusula que permite, sin contrapartida, la retribución del simple riesgo del préstamo, que ya está cubierto por las consecuencias legales y contractuales del impago, puede resultar abusiva.

5.- Precisamente la indeterminación a la que hemos hecho referencia es la que genera la abusividad, puesto que supondría, sin más, sumar a los intereses de demora otra cantidad a modo de sanción por el mismo concepto, con infracción de lo previsto en los arts. 85.6 TRLGCU (indemnizaciones desproporcionadas) y 87.5 TRLGCU (cobro de servicios no prestados).

Además, una cláusula como la enjuiciada contiene una alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, pues debería ser el Banco quien probara la realidad de la gestión y su precio, pero, con la cláusula, se traslada al consumidor la obligación de probar o que no ha habido gestión, o que no ha tenido el coste fijado en el contrato, o ambas circunstancias. Lo que también podría incurrir en la prohibición prevista en el art. 88.2 TRLGCU.

6.- La declaración de abusividad, al ser un efecto previsto en la Ley, no puede suponer infracción de los arts. 1101 y 1255 CC. Ni la interpretación que hace la Audiencia Provincial tampoco los infringe.

Respecto del art. 1255 CC, el carácter de condición general de la contratación de la cláusula controvertida excluye su aplicación, puesto que la autonomía de la voluntad del cliente se reduce a la decisión de contratar o no, pero carece de capacidad para excluir negociadamente una cláusula predispuesta e impuesta.

En cuanto al art. 1101 CC, la mora del deudor generará los correspondientes intereses moratorios, al tratarse de deuda dineraria, pero la comisión no se incluye en dicha previsión legal, puesto que no retribuye la simple morosidad, ya que en tal caso sería redundante con los intereses de demora (produciéndose el solapamiento que hemos visto que el TJUE considera ilícito), sino unos servicios que hay que justificar.

7.- Y las sentencias de esta sala que se dicen infringidas, nada tienen que ver con el problema litigioso. La sentencia 473/2001, de 10 de mayo, trató sobre una cláusula penal en un contrato de arrendamiento de obra. Y la sentencia 869/2001, de 2 de octubre, sobre intereses usurarios. Por lo que difícilmente pudieron ser desconocidas o vulneradas por la Audiencia Provincial.

8.- Como consecuencia de todo ello, en los términos en que ha sido planteado, este primer motivo de casación debe ser desestimado".

En consecuencia, en este punto, el recurso ha de ser desestimado y la sentencia de instancia confirmada.

SENTENCIA 483/21, de 11/11/21, RP 553/21

Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado Don Mauricio Bugidos San José.

DERECHO DE LA COMPETENCIA: LEGITIMACIÓN: Para cualquier litigio la acredita la relación de los interesados con el objeto del litigio, y no una pretendida falta de prueba sobre posibles cuestiones de fondo. **PRESCRIPCIÓN:** debe tenerse en cuenta como inicio del plazo el momento de conocimiento cabal del derecho a reclamar. Mera nota de prensa sobre una Decisión oficial aún no publicada. **INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN:** acreditada por comunicaciones entre las partes, incluso a una filial de la empresa principal, basta que se hayan tenido medios para conocer la comunicación. **PRÁCTICAS COLUSORIAS:** Relación de causalidad. Decisión de la comisión que declara la existencia de Cártel que fija y acuerda precios brutos de mercado de vehículos (camiones) en colusión valiéndose de información compartida, de tal modo que se afecta al adquirente final se quiera o no, en el precio neto. Presunción de perjuicio. **CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO:** Razonable según la valoración de la prueba, estimando la juzgadora de instancia un porcentaje adecuado de los daños evaluados partiendo de una pericial que actúa con los datos de que se disponen. Mercado suficientemente intervenido para la obtención de información. Valoración únicamente del daño emergente. Inexistencia de lucro cesante en vehículos utilizados para beneficio comercial. **PERICIAL:** debe tener en cuenta los datos disponibles para comparar con el caso en que la infracción sobre el derecho de la competencia no se hubiera producido. La estimación de instancia sobre el 5% del precio no supone vulneración del principio de restitución íntegra. **INTERESES:** Desde que se produjo el daño, con independencia de que los camiones se hubieran vendido después.

(...) "Se explicaba que la entidad demandada habría infringido el derecho de la competencia en razón a la práctica de actividades colusorias, y lo había hecho por ser miembro de un cártel en el que participaba junto con otras empresas del sector con las que se habría puesto de acuerdo para fijación de precio en la venta de camiones de diferente tonelaje, lo que le generaba un evidente beneficio en perjuicio de aquellos compradores, que como los actores habrían celebrado con la misma contratos de compra-venta de los vehículos que se decían en demanda"
(...)

la legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada y el objeto jurídico pretendido (sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2/07/2008)

(...) En el caso constan aportados además de permisos de circulación de camiones litigiosos, allí donde no aparece tal permiso, una relación de ellos en la DGT e información de todos ellos, y tales documentos acreditan la titularidad de los camiones, y si ello es así resulta evidente la relación de los actores con el objeto del procedimiento, lo que les legitima procesalmente

A mayor abundamiento resulta que la acción se ampara en la Decisión de la Comisión, sobre la que la sentencia de instancia es explícita insuficiente en cuanto a su explicación, que damos por reproducida, de fecha 19/07/2016 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, acuerdo que eso que se denomina Decisión. Ello así debe reconocerse (...) la legitimación activa, dado que el ámbito objetivo de la llamada Decisión se extiende a los perjudicados, sean adquirentes de camiones mediante compra directa o mediante la modalidad de pago

aplazado, criterio este que decimos de acuerdo además con sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de fecha 11/03/2021.

De otro lado se pretende que por no haber satisfecho el precio del objeto litigioso el actor al que nos venimos refiriendo no puede considerarse que tenga legitimación activa, (...) no es concebible que durante un tan considerable período de tiempo la entidad vendedora se hubiese aquietado ante una situación de incumplimiento sin accionar para reclamarle.

(...) El segundo motivo de recurso dice de la prescripción de la acción (...) El plazo en cuestión entiende la parte recurrente que debe de empezar a computar en el año 2016 y en la fecha que hemos dicho, dado que la misma es aquella en que tuvo lugar la publicación de una Nota de Prensa que informaba sobre la imposición de sanciones, las características de la conducta sancionada y los grupos empresariales responsables. Sin embargo la sentencia a la vista del documento número 9 adjunto a la demanda entiende que la acción no habría prescripto.

El artículo 1969 del Código Civil determina que el cómputo de la prescripción de cualquier acción se contará desde el día en que la acción pudo ejercitarse (...)

En el caso resulta que:

(...) cuando la parte actora tiene conocimiento real de las circunstancias que pueden avalar el ejercicio de la acción es en fecha 06/04/2017 en que se publica la llamada Decisión, que es cuando los actores o tienen conocimiento o se puede esperar que lo hayan tenido de lo siguiente: a) la conducta constitutiva de la infracción; b) la calificación de tal conducta como infracción del Derecho de la competencia nacional o de la Unión, c) el hecho de que la infracción le ocasionó perjuicio, y d) la identidad del infractor que haya causado este perjuicio

(...) desde dicha fecha de inicio de cómputo hasta la fecha de presentación de la demanda transcurre más de un año si es el plazo prescriptivo, pero entre medias los actores remiten cartas a la demandada en fechas 15/18; 05/18 y 06/18 y 15/03/19 todas, siendo que la parte recurrente entiende que no tienen valor interruptivo, aunque no hace alegación a mayores en relación a cómputo de plazos, criterio que esta sala no comparte.

(...) no compartimos el criterio de que tales cartas no tengan valor interruptivo puesto que para que lo tengan sólo debemos analizar si las mismas se dirigieron a la demandada siendo que en el caso es la propia parte recurrente la que admite que llegaron a su poder y tiene conocimiento de su contenido; y además debemos de recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo que dice que la aplicación de la prescripción por los tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva (...); y que lo trascendente en todo caso es el requerimiento realizado al infractor y la comunicación de la intención de efectuar reclamación a efectos de interrumpir la prescripción(...)

(...) Avala además el criterio interpretativo del Tribunal Supremo a efectos de la interpretación de la interrupción de la prescripción, que en el caso nos encontramos ante una situación de prácticas colusorias, y que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en recientísima sentencia incluso ha permitido que la reclamación que se pueda efectuar a una filial de una marca principal es válida a efectos de interrupción de prescripción, lo que significa que lo importante a efectos interpretativos es que la reclamación interruptiva llegue a conocimiento del reclamado, aunque no sea por reclamación directa, es decir lo trascendente es no el medio utilizado, sino que en efecto la reclamación en cuestión haya llegado al destinatario o haya tenido medios suficientes para conocerla.

(...) las comunicaciones (...) dejan patente la voluntad de interrumpir la prescripción y lo dicen así de forma literal, con la utilización de la siguiente expresión: "Asimismo, esta comunicación sirve para interrumpir cualquier plazo de prescripción que pudiera existir para la red de reparación de dichos daños y perjuicios".

(...) ha de tenerse en cuenta que la conducta sancionada consistió principalmente en intercambios de información sobre precios brutos, no en acuerdos explícitos de fijación de precios brutos por parte de los fabricantes. De todo ello concluye la parte recurrente que la eventual existencia de una relación de causalidad entre la conducta sancionada y el incremento de los precios de venta de los vehículos debe ser abordada única y exclusivamente sobre la base del artículo 1902 del código civil y del artículo 217.2 de la ley de Enjuiciamiento Civil lo que obliga a descartar la aplicación de una presunción de existencia de daño.

Al respecto afirmamos que debemos desestimar el motivo del recurso en razón a que:

(...): 1. La Decisión de la Comisión a la que ya nos hemos venido refiriendo, y también lo hace la sentencia de instancia, expone que nos encontramos ante un cartel, el de la demandada, de fijación de precios.

2. Aunque los aumentos de precio venían referidos habitualmente a precios brutos, también alcanzaron tales acuerdos a los precios netos. De hecho la Comisión señala que normalmente no se intercambiaban precios netos o incrementos de precios netos, lo que literalmente interpretado quiere decir que en ocasiones sí se pactaron. Además la llamada Decisión dice que la Comisión indica que puntualmente los participantes, debemos entender que del cártel, abordaron los precios netos de algunos países. Y además la Decisión también dice que al intercambiar los precios brutos corrientes (entre los miembros del cártel), y las listas de precios brutos, junto con otra información obtenida a través de la inteligencia de mercado, los destinatarios podrían calcular mejor los precios netos aproximados de su competencia, es decir interpretamos que con tal información y dada la facilidad para calcular mejor los precios netos, nos encontramos ante una situación de práctica colusoria.

3. En apoyo de lo que acabamos de decir, citamos también el criterio del Tribunal Supremo alemán, que se cita en el escrito de contestación al recurso, y se refiere a un supuesto similar al presente, aunque es obvio que no nos vincula, pero que no deja de aportar criterios jurídicos que podemos valorar, que viene a decir en relación a la cuestión que nos ocupa qué: 1) la conducta consistió en intercambios de información con el propósito de acordar las subidas de precios minutos; 2) que existe una vinculación clara ante la subida de los precios brutos y la subida de los precios de venta al cliente final, de forma que la conducta ilícita ha causado efectos en el mercado y 3) que el daño provocado por el concreto cártel de los camiones siempre ha de presumirse. Esto entendemos que en razón a que una vez que la práctica en cuestión beneficia a los que participan en ella, necesariamente ha de generar perjuicio a quienes contrastan con las empresas intervinientes en las prácticas en cuestión.

4. El mercado de camiones entendemos que tiene un alto grado de transparencia en diferentes aspectos como registros de camiones, intercambios de información con asociaciones del sector sobre pedidos; períodos de entrega con niveles de stock; información que aportaban los compradores sobre ofertas de los competidores y como consecuencia de este elevado nivel de transparencia uno de los factores de incertidumbre que quedaban en el mercado era el relativo al comportamiento futuro de los fabricantes competidores y, en particular sus respectivas intenciones respecto a efectuar cambios en sus precios brutos y listas de precios brutos, incertidumbre en razón a las prácticas colusorias desaparece.

5. Asumimos también el criterio de la Audiencia Provincial de Alava relativo a que todos los sancionados intercambiaron información sobre listas de precios brutos e internación sobre precios brutos y la mayoría de ellos se comprometieron a intercambiar configuradores informáticos de camiones en el tiempo y con ello los

configuradores de camiones contuvieron los precios brutos detallados para todos los modelos y opciones reemplazando las tradicionales listas de precios brutos.

6. A mayor mandamiento hemos de concluir que no hay indicadores de que la conducta de los sancionados supusiera beneficio para la técnica o el progreso económico o lo promovieran de algún modo.

7. Entendemos también que en el caso se da una presunción de producirse un daño, que se basa en la experiencia económica previa de que la creación de un cartel sirve en principio para aumentar los beneficios de las empresas partícipes del mismo y, por ello, hay una alta probabilidad de que se mantuviese el cartel porque generaba precios superiores a los obtenidos en el mercado, en tanto que a su vez también es probable que a los clientes de los participantes en cartel se les ocasiona sin perjuicio como resultado.

8. No podemos asumir el criterio de que el alto grado de individualización de los camiones supone que la información intercambiada no era lo suficientemente detallada para permitir extraer conclusiones del precio bruto de la lista del mercado básico sobre los precios netos reales. A este respecto debemos aludir a las conclusiones de la Comisión relativas a que la información intercambiada permitió comparar las ofertas; y por otro lado la demandada no ha demostrado lo contrario respecto a los vehículos en litigio.

9. Tampoco podemos admitir que en el momento en que se intercambiaba la información tal circunstancia impidió a la demandada influir en la fijación de los precios de modelos de las diferentes marcas, y lo hacemos en razón a la conclusión de la Comisión de que los participantes en el cartel habrían podido considerar la información intercambiada en sus procesos internos de planificación y en la planificación de sus vidas futuras de precios de lista para el siguiente año natural.

10. Asumimos también el criterio de la sentencia 78/21 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa cuando dice que la coordinación de los precios brutos afectan a los precios netos con Independencia de que en la negociación de los precios netos Intervengan factores particulares relativos al cliente, el mercado o el vehículo o que se apliquen descuentos o márgenes comerciales, pues no cabe duda de que la aplicación de descuentos con un precio bruto menor da lugar a un menor precio de adquisición del resultante de aplicar descuentos a un camión con un precio bruto mayor.

11. Aunque no entendemos, como sin embargo se alega por la representación de la parte apelada, que sea de aplicación al caso el artículo 386 de la ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que los hechos de los que se pretende deducir una prueba concreta de daño propiamente no constan verificados a través de prueba practicada en las actuaciones, lo que sí es cierto es que es de general conocimiento que en buena parte los cárteles pueden provocar un perjuicio, y el daño causado a las víctimas es el reverso de lucro ilícitamente obtenido por los infractores y, en definitiva, no deja de ser un factor a considerar para la interpretación del resto de las pruebas practicadas.

(...) En los restantes motivos de recurso, se hace referencia a la infracción cometida en la sentencia de instancia por llevar a cabo la denominada estimación judicial del daño; la infracción del principio dispositivo y de rogación en tanto la sentencia incurre en incongruencia por haber estimado la demanda por pura iniciativa judicial y sobre la base de hechos y datos que no han sido objeto de discusión en los presentes autos, y así también se dice del error valorativo de la prueba en relación con el informe pericial presentado por la parte recurrente.

(...) Sobre la cuestión que aquí se suscita habremos de motivar también al estudiar el recurso interpuesto por la representación de los actores, pero en una primera aproximación relativa al criterio asumido por la juzgadora de instancia para cuantificar el perjuicio generado a los actores, constatamos que:

(...) Podríamos sintetizar todo ello diciendo que la valoración probatoria realizada se sustenta sobre una pericial que se realiza con los datos existentes en el mercado a través de lo que es disponible, mientras que sus datos los tiene en su poder la contraria y puede en cualquier momento haber realizado la determinación del perjuicio, y el cálculo de ese perjuicio.

(...) En realidad los motivos de recurso que aquí estudiamos coinciden en criticar el informe pericial de la actora que además no ha sido acogido en su integridad en sentencia y se dice también de la improcedencia de que se haya estimado una pretensión indemnizatoria por una iniciativa judicial concediendo un 5% de las cuantías reclamadas, más consideramos que el hecho de que la juzgadora no haya resuelto conforme a lo pedido por una u otra parte no implica vulneración de derecho alguno, sino todo lo contrario. La juzgadora de instancia al amparo de lo que establece el artículo 218.1 de la ley de Enjuiciamiento Civil dispone de facultad para concluir en virtud del principio *iura novit curia*, en otros fundamentos de derecho que estime aplicables, siempre que con lo que resuelva no incurra en incongruencia y en consecuencia no se aparte de la causa de pedir. En último término lo que la juzgadora ha hecho ha sido partir de una estimación de daño derivada en primer lugar de datos suministrados por los peritos y teniendo en cuenta dichos informes que no tiene por qué aceptar, aunque sí valorar en su integridad.

(...) De otro lado que haya llegado la juzgadora a conclusión indemnizatoria tiene una lógica manifiesta en el hecho de que la entidad recurrente ha permanecido en el cartel durante un periodo de 14 años aproximadamente, lo que significa que sin que se haya demostrado otro beneficio, han que concluir en que alguno le reportaba y es precisamente derivado de las prácticas colusorias y lo ha hecho durante un periodo de tiempo tan considerable que no tiene explicación que de la permanencia en el cartel no se le derivase algún tipo de beneficio

(...) De forma subsidiaria (se) (...) sostiene la improcedencia de la condena al pago de intereses realizada en la sentencia de instancia haciendo diversas consideraciones al respecto, y así dice que la resolución recurrida fija desde vengo de intereses desde la fecha de compra de los camiones, cuando el suplico de la demanda lo solicita desde la interposición de la misma; que concede intereses de la fecha de adquisición de cada vehículo entendiendo que la fecha de adquisición es la de la firma de los leasing, siendo que debía de ser aquella en que se abona la última cuota, y además también que debería descontarse de la indemnización concedida a ver recuperado los demandantes parte o todos sobre coste en la reventa de los vehículos.

Al respecto contestamos que:

a) La parte actora solicitó intereses desde la adquisición de los camiones y así se constata en el escrito rector del procedimiento, y lo hizo englobando en la cantidad total que solicitaba los intereses en cuestión. Resulta así que la cantidad pedida incluye no sólo el sobreprecio generado por la práctica colusorias a los factores sino también los intereses de ese sobre coste, resultando que se le suplico de la demanda donde se piden intereses desde la interposición de la misma, pero ello no supone que la sentencia sea incongruente. Una cosa son los intereses que se incluyen en la cantidad total de condena y otro los intereses devengados desde la presentación de la demanda. Que luego la juzgadora de instancia no haya seguido el mismo criterio para la cuantificación intereses, y haya

incluido la condena desde la fecha de la compra de los vehículos no significa que la sentencia sea incongruente, puesto que tal devengo de intereses venía solicitado en razón a lo que hemos dicho.

b) En cuanto a la procedencia del devengo de intereses legales desde la fecha de adquisición de los vehículos, en el caso desde la suscripción del contrato de arrendamiento financiero nos acogemos a criterio sustentado por diversas por Audiencias Provinciales que vienen a decir que el pago de intereses es un elemento esencial del resarcimiento para reparar daños y perjuicios teniendo en cuenta el transcurso del tiempo y debe exigirse desde el momento en que ocurrió el daño hasta aquel en que se abone la indemnización. Entendemos que ello ha de ponerse en relación con el hecho de que los intereses calculados al tipo del interés legal del dinero sobre el precio de adquisición de cada vehículo se integran en la indemnización del daño causado y no se deben por retardo en el cumplimiento de la obligación, sino porque operan como mecanismo compensatorio de la depreciación monetaria y la indisponibilidad temporal del sobreprecio que el perjudicado hubo de pagar para adquirir el camión.

c) Consideramos que el hecho de que los camiones objeto del litigio se haya vendido con posterioridad a tercero no supone que se haya ignorado o el perjuicio que se ha estudiado en esta sentencia y en el presente procedimiento, pues de lo que se trata es de decidir acerca de si en razón a la práctica colusoria se produjo un perjuicio, pero ese perjuicio no se ve compensado, salvo que se demuestre lo contrario lo que en el caso no se ha realizado, por el hecho de que posteriormente los camiones se hayan revendido en tanto con esa reventa lo que fija es un precio por objeto de la compraventa que en modo alguno compensa los perjuicios que tuvo que pagar derivados del sobreprecio.

(...) Se alega que la sentencia de instancia vulnera el derecho a la reparación íntegra del daño, al conceder de manera arbitraria una compensación inferior a la solicitada, ya que la indemnización del 5% del precio del objeto litigioso es manifiestamente insuficiente. La indemnización de daños y perjuicios que es la consecuencia de entender responsabilidad extracontractual por determinadas acciones u omisiones debe cuantificarse en razón a la prueba practicada, aunque sea una consecuencia ineludible de dicha responsabilidad. No supone ello que no conceder lo que se ha solicitado suponga una compensación inferior a la solicitada, pues de lo que se trata conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de innecesaria cita, es de que aquel que se ha visto perjudicado por la acción de un tercero quede en una posición equiparable a la que tendría de no haberse producido el perjuicio en cuestión; y por ello la cuestión que se pretende plantear con motivo del recurso que aquí estudiamos no incide sino en concluir si la determinación de daños y perjuicios es correcta en razón a la prueba practicada o en otras palabras la indemnización ha de comprender tanto el daño producido como el lucro cesante. En el caso la indemnización no puede abarcar el lucro cesante pues es evidente que los objetos litigiosos fueron utilizados, y por tanto tal concepto no puede aplicarse ya que no se alcanza a comprender que otro lucro ha dejado de obtener la parte recurrente. Se indemniza entonces exclusivamente el daño producido. En el caso nos encontramos con la discrepancia entre los informes periciales, discrepancia que ha hecho llegar a la conclusión de que afectos de cuantificación de perjuicio e indemnización a conceder no son aplicables o no deben ser tomados en consideración ninguno de los dos, y la juzgadora de instancia se acoge a criterios comparativos, y en concreto al que entendemos mayoritario que es el sostenido entre otras por las Audiencias Provinciales de Pontevedra, Zaragoza, Cáceres, Zamora... Consideramos que no es erróneo hacerlo así pues previamente la sentencia de instancia ha concluido en la no procedencia de aplicación de un informe pericial concreto en este punto que se refiere a la indemnización concreta a conceder, y es por ello que el motivo del recurso lo vamos a desestimar.

(...) La solución adoptada por la juzgadora de instancia en cuanto a la cuantificación de perjuicios no infringe el Principio de Efectividad contemplado en el Real Decreto-Ley 09/17. Ciertamente es que conforme a la Directiva 2014/104/UE los estados miembros velarán para que todas las normas y procedimientos nacionales relativos al ejercicio de las acciones por daños se conciben y apliquen de forma que no haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de la unión al pleno resarcimiento por los daños y perjuicios, ocasionados por una infracción del Derecho de la Competencia, pero ello no supone que el conceder una indemnización inferior a la solicitada o que a la parte pueda parecerla insuficiente determine la infracción del principio de efectividad, pues tal principio necesariamente debe venir subordinado a la cuantificación de los daños y perjuicios sufridos por quien reclama.

Penal:

SENTENCIA 54/2021, de 25/11/2021, RP 25/21

Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado Don Ignacio Javier Ráfols Pérez.

Penal. Delito leve de coacciones. ADHESION AL RECURSO PRINCIPAL CON ARGUMENTOS CONTRARIOS A ÉSTE. Permitida de conformidad con la última doctrina y legislación. Concepto de "Contrarrecurso" y "ultrarrecurso". Coacciones: supuesta legitimidad del investigado para realizar acciones que de otro modo serían típicas. Acción típica: Restricción conocida por el denunciado, al haber reflejado contractualmente la necesidad de paso por instalaciones de su uso reservado y que impide de diferentes maneras. Delito leve: se califica al perseguirse mediante la coacción la modificación de un elemento contractual sobre el que existen desavenencias. Responsabilidad Civil: debe centrarse en el daño real y acreditado. Establecimiento de únicamente se usa para la celebración de eventos puntuales. Efecto de la pandemia en el daño emergente y lucro cesante.

"La postura jurisprudencial tradicional (que sostenía también esta Audiencia) ha venido considerando que no era admisible la pretensión formulada por vía de adhesión al recurso principal que suponía introducir un objeto de recurso distinto" (...).

(...) "Ahora bien, tal postura, aunque con divergencia todavía en las distintas Audiencias, debe considerarse superada tras la reforma del art. 790.1 LECr llevada a cabo por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, y la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo que afirma que "la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, ha admitido en el procedimiento abreviado el recurso adhesivo supeditado previamente implantado en la apelación del procedimiento ante el Tribunal del jurado. El reformado art. 790.1 LECrim permite a "la parte que no hubiera apelado en el plazo señalado... adherirse a la apelación en el trámite de alegaciones previsto en el apartado 5, ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convengan. En todo caso este recurso quedará supeditado a que el apelante mantenga el suyo".

La pretensión adhesiva puede ser convergente o divergente; o incluso contrapuesta a los intereses del recurrente principal. Puede ir más lejos de la impugnación inicial como sucede aquí: el Fiscal lleva la pretensión más allá que la



acusación particular. Esta solo se quejaba por la penalidad. El Fiscal introduce un motivo por infracción de ley que quiere borrar el error de prohibición vencible apreciado.

En teoría nada debiera modular la institución de la adhesión el hecho de que juegue contra el reo o en favor suyo. Algunos, no obstante, entienden que cuando se vuelve contra la defensa se impone mayor rigor.

Algunas adhesiones suponen un solapamiento con el recurso principal (apoyos); otras, representan un auténtico contrarrecurso (pretensiones nuevas que perjudican al recurrente principal); finalmente podríamos calificar como ultrarrecurso el formato de adhesión que tenemos aquí: se va más lejos que el recurrente principal aunque secundando sus intereses. Son posibles también -no es este el caso- adhesiones preventivas, es decir aquéllas que se realizan pensando en una eventual estimación del recurso principal (supuesto contemplado en la STC 50/2002 de 25 de febrero, inspiradora del Acuerdo del Pleno de esta Sala de 2 de abril de 2005 que acordó admitir la adhesión en casación en los términos previstos en la Ley del Jurado: STS 577/2005, de 4 de mayo). En todo caso es imprescindible salvar el principio de contradicción” (S. TS. 179/2016, de 3 de marzo).

Esta doctrina, favorable a la adhesión al recurso de apelación aunque supeditada al mismo, pero con posible objeto contradictorio, ha sido ratificado por la sentencia del Tribunal Supremo nº 305/2021 de 9 de abril, así como por sentencias de los TSJ de Castilla y León de 11 de febrero de 2020; de Aragón de 17 de septiembre de 2019; de Galicia de 20 de septiembre de 2019 y de Madrid de 16 de julio de 2019, expresándose en igual sentido la Circular 1/2018 de la Fiscalía General del Estado.

(...) Este planteamiento defensivo no fue aceptado por la Juez de instancia al considerar que la conducta del denunciado “no está amparada por las disposiciones del contrato” y, por tanto, se cumplieron los presupuestos del delito leve de coacciones al carecer de legitimación para impedir el acceso del denunciante a la parte de las instalaciones que fueron cerradas mediante candados, cerraduras y otros elementos que impedían el paso.

(...) la cuestión gravita sobre la idea de la “legitimación” del denunciado para llevar a cabo los actos realizados, contra la voluntad del denunciante y mediante el empleo de elementos que jurisprudencialmente integran la violencia o fuerza sobre las cosas que se exige como medio comisivo en la coacción penal (art. 172 CP).

la existencia de legitimidad para llevar a cabo el acto coactivo es circunstancia que afecta a la tipicidad de la conducta descrita en el art. 172 CP. Así se desprende del inicio de su redacción cuando comienza exigiendo, como presupuesto del delito, que el sujeto activo no esté “legítimamente autorizado”. A sensu contrario, quien esté legítimamente autorizado no puede cometer coacción penalmente relevante, que es lo que sostiene el recurrente.

(...) en el caso presente no puede admitirse tal planteamiento pues si bien es cierto que en la cláusula 8ª del contrato se hacía expresa reserva a favor del arrendador de parte de las instalaciones (aquellas destinadas a bodega, con expresa reseña de las dependencias y locales que se englobaban en dicha reserva), los cuales quedaban en principio fuera del objeto de arriendo, también es cierto que en esa misma cláusula se permitía expresamente al arrendatario del restaurante el tránsito por dichos locales y su uso por motivos de capacidad y logística del negocio, hasta el punto de que se acordaba compartir los gastos de agua y luz que se generasen por dicho uso.

(...) En definitiva, existió restricción antijurídica del derecho que, con base en los términos del contrato, ostentaba el denunciante y, al impedirle por la fuerza hacer uso contra su voluntad del ejercicio de tal derecho, se cometió la acción que integra el delito de coacciones, aunque en su forma atenuada, (art. 172.3 CP) pues quien así obró, el hoy recurrente, lo hizo sin legitimidad para ello y con plena conciencia y voluntad de lo que hacía por causa de las desavenencias que acerca del contrato y su cumplimiento habían surgido entre ellos y con el fin de lograr, por esta

vía de fuerza, una modificación del mismo e incluir una responsabilidad personal de los administradores de la sociedad arrendataria que hasta entonces no existía.

(...) La parte denunciante, en su adhesión, reclama por tres conceptos: el daño causado por no haber podido tener libertad de disposición del negocio, daño que concreta en el importe de las rentas cuantificadas desde la fecha de la denuncia (26 de marzo de 2021) hasta la celebración del juicio y que supondría un total de 9.369,66 euros (57 días a razón de 164,38 euros diarios); la indemnización por cinco celebraciones concertadas y que no pudieron celebrarse (6.000 euros) y el lucro cesante, por la ganancia dejada de obtener por la imposibilidad de celebrar los banquetes a razón de 173,40 euros diarios que desde la fecha de la denuncia suponen 9.883,80 euros. (...)

En la sentencia de instancia se cuantifica en 6.000 euros el importe de la indemnización, cantidad que se obtiene a partir de los 1.200 euros de señal que habiendo recibido la entidad denunciante por seis convites tuvieron que ser devueltos al no poder celebrarse. Se rechaza el resto de pedimentos (...)

(...) En realidad se está reclamando tres veces por lo mismo al tratarse de un establecimiento que solo abre al público para realizar ese tipo de eventos colectivos por lo que, durante el periodo enjuiciado, el perjuicio no ha podido ser otro distinto que la no celebración de los cinco eventos, siendo indiferentes otros efectos (...)

(...) En lo que no está de acuerdo esta Sala respecto de la sentencia de instancia es el importe de la indemnización reconocida. La sentencia concede 6.000 euros teniendo en cuenta que se devolvieron 1.200 euros que era la cantidad entregada como señal por cada uno de los cinco que se suspendieron.

Atender a ese dato es correcto, ahora bien, no puede concederse tal cantidad íntegra porque en la suspensión acaecida también hay que tener en cuenta dos datos.

El primero, la situación derivada de la pandemia y las restricciones que impuso a este tipo de eventos pues incluso tras el cese del estado de alarma, el 9 de mayo, se siguieron manteniendo cierres o limitaciones en la hostelería (bien descritos por la Juez de instancia en su sentencia), lo que, sin duda, influyó en la posibilidad de realizar los eventos contratados o realizarlos en los términos como se habían contratado dadas las limitaciones de aforo.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que las limitaciones al negocio de restauración generadas por los cierres ilegítimos llevados a cabo por el denunciado no afectaron a las instalaciones esenciales, aquellas que fueron objeto propiamente

Por ello, esta Sala considera (...) que ha de ser la de 2.500 euros, a razón de 500 euros por evento.

AUTO 102/2021, de 10/03/2021, RP 55/21

Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado Don Ignacio Javier Ráfols Pérez.

ACUSACIÓN POPULAR: CONSTITUCIÓN DE QUERRELLA Y FIANZA. Requisito procesal, aunque se trate de derechos cívicos y fundamentales que atañen a todos los españoles. Medida declarada constitucional que evita abusos en el uso de funciones públicas por sujetos privados. No obstante, la cuantía debe ser racional y proporcional a los medios del querellante. **EXIGENCIA DE FIANZA A LA ACUSACIÓN POPULAR EN PROCESO YA INICIADO:** Exigencia de la igualdad de armas en el proceso y resultado del equilibrio de las garantías procesales de las partes. Requisito reiteradamente requerido por el Tribunal Supremo incluso en casos de aforamiento. Exigencia de Fianza en PROCESOS MEDIOAMBIENTALES y protección de intereses difusos: No se incumple la normativa española ni europea por ello. Análisis de la "Acción Popular Medioambiental" del "Convenio de Aarhus". **CONDICIÓN DE OFENDIDO:** Normativa dirigida al ámbito jurisdiccional contencioso administrativo. No puede sostenerse en el sentido procesal penal cuando se trata de un interés difuso. No es una víctima directa.

En los recursos se contienen diversos argumentos que, básicamente, se contraen a la idea de que la exigencia de fianza a quien ejercita la acción penal en defensa del interés general, como es el caso de las asociaciones recurrentes, vulnera lo dispuesto en los arts. 280 y 281 LECr, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que exonera de aquella obligación cuando la personación se realiza en un procedimiento ya iniciado, pero también vulnera los arts. 45 y 24 de la Constitución en lo que se refieren al derecho ciudadano al disfrute y defensa del medio ambiente y al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción y a los procesos judiciales. Por último, se afirma la infracción de la normativa y jurisprudencia comunitaria en lo que se refiere al acceso a la información acerca de los procesos administrativos o judiciales en los que se plantean como objeto cuestiones medioambientales (...)

(...) estamos ante un derecho cívico porque pertenece a los españoles y ya sean personas físicas como jurídicas y hayan sido o no ofendidas o perjudicadas por el delito (art. 270 LECr), siendo un derecho activo porque mediante su ejercicio los ciudadanos asumen la condición de parte procesal acusadora en igualdad de armas que el Ministerio Fiscal, pasan a ejercer, en consecuencia, la función pública de persecución del delito a fin de tratar de hacer efectivo el ius puniendi del Estado.

Pero, como acabamos de exponer, las normas que consagran tal derecho lo condicionan al cumplimiento de las prescripciones de la norma procesal que lo regula (arts. 125 CE, 19 LOPJ, 101 LECr) y esa norma impone, cuando no estamos ante quien ha sido ofendido por el delito, la exigencia de querrela y fianza (arts. 270 y 280 LECr).

La primera ha sido excepcionada por la jurisprudencia cuando la causa ya ha sido iniciada (SS. TS. 12 de marzo de 1992, 3 de junio de 1995, 363/2006 de 28 de marzo, entre otras muchas), no así la exigencia de fianza que, pese a alguna sentencia contradictoria, ha venido manteniéndose (...)

Con la exigencia de la fianza se busca que el ejercicio de la acción penal resida en un interés legítimo, acorde con el interés público o general que busca la persecución penal, (...). En definitiva, se trata de disuadir a quienes tengan intereses espurios o que buscan el desprestigio que pueda suponer el proceso mismo o la "pena de banquillo", (SS. TS. 12 de marzo de 1992, 363/2006 de 28 de marzo).



Por otra parte, y frente a lo que se sostiene en los recursos, el Tribunal Constitucional ha declarado la constitucionalidad de la exigencia de una fianza para la personación del acusador popular al no ser en sí misma contraria al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24 CE, pues no impide por sí misma el acceso a la jurisdicción siempre que su cuantía (...) no impida ni obstaculice gravemente su ejercicio (...) en el caso presente, la fianza exigida a las organizaciones recurrentes debe ser considerado manifiestamente moderada (500 euros), razón por la cual no puede ser considerada contraria al derecho de acceso a la jurisdicción(...)

La exigencia de fianza a la acusación popular en un proceso ya iniciado.

Así se ha declarado que (...) cuando el ejercicio de la acción popular se realiza en un proceso en curso la necesidad de tal requisito no parece ser razonable (SS. TS. 855/1992 de 12 de marzo y 363/2006 de 28 de marzo).

Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional, tras declarar a priori su constitucionalidad, ha mantenido su exigencia aunque el proceso penal ya esté iniciado (SS. TC. 62/1983 de 11 de julio y 79/1999 de 26 de abril).

(...)En Tribunal Supremo, en la reciente sentencia nº 167/2021 de 24 de febrero, ha declarado lo siguiente: (...) "Si bien el derecho de acceso no puede verse arbitrariamente limitado, por ejemplo, mediante la fijación de fianzas que superen de manera desproporcionada la capacidad satisfactiva de la parte, por la identificación de requisitos o condiciones inexistentes o por interpretaciones excesivamente formalistas o arbitrarias de las previstas en la ley -vid. SSTC 326/94, 50/98, 218/2007-, también debe garantizarse con la misma rotundidad que ninguna persona pueda verse acusada por una parte que carece de condiciones para ello".

... "la presencia y el mantenimiento de una parte acusadora en el proceso careciendo de condiciones para ello puede introducir indebidos desequilibrios, hipertrofiando las expectativas de éxito de la acción penal y menoscabando, con ello, las de la defensa -vid. al respecto, STS 149/2013, de 26 de febrero-. (...) Dichos potenciales factores de desequilibrio chocan con un punto de partida insoslayable en el proceso penal: el estatuto constitucional reforzado del que debe gozar la persona acusada, en los términos contundentemente afirmados por el Tribunal Constitucional -vid. STC 112/2015-. La protección efectiva del derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia, como ejes constitucionales del propio modelo procesal, prestan incuestionable contenido y consistencia a dicho estatuto reforzado (...) evitando exacerbaciones no justificadas".

... "Prueba de lo que decimos es que el Tribunal Supremo, aún después de la mentada STS de 23-4-2013, ha seguido exigiendo fianzas para el ejercicio de la acción popular en causas ya iniciadas cuya competencia le corresponde al propio Tribunal Supremo por aforamiento. Muestra de ello son los Autos del citado Tribunal de fechas 9-5-2013, 4-12-2013, 20-12-2013 y 13-3-2014. Y antes de la STS de 23-4-2013, pero dentro de ese año, Autos de 19-2-2013, 7-3-2013 y 25-3-2013.

Lógicamente, si el Tribunal Supremo hubiera querido variar su línea jurisprudencial a favor de la tesis que postulan las resoluciones recurridas (...) es evidente que habría sido el primero en aplicarla en los casos instruidos en el propio Tribunal Supremo, cosa que, como hemos visto, no ha hecho ni siquiera en un solo Auto. (...).

(...)

En definitiva, la doctrina jurisprudencial es pacífica en el sentido de que cuando se trate de un procedimiento penal ya comenzado, no es necesario que quien quiera ejercer la acción popular presente querrela pero sí que puede solicitarle fianza el Juez instructor si lo considera oportuno en razón a sus concretas circunstancias económicas.

La supuesta vulneración de la normativa comunitaria o nacional de acceso a procesos medioambientales.

Se plantean por las entidades recurrentes la posible vulneración de la normativa comunitaria que prevé el acceso a los expedientes y procesos en materia medioambiental (art. 10 bis de la Directiva 85/337/CEE de 27 de junio de 1985; art. 9.3 del Convenio de Aarhus de 25 de junio de 1998) así como nuestra propia Ley 27/2006 de 18 de julio, la cual trasponiendo aquella normativa, regula los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

Entienden las recurrentes que siendo su objeto social la promoción de la defensa del medio ambiente (...) La Ley incorpora, en consonancia con el art. 9 del Convenio de Aarhus, una especie de acción popular cuyo ejercicio corresponde a las personas jurídicas sin ánimo de lucro dedicadas a la protección del medio ambiente (arts. 22 y 23 Ley 27/2006), que:

- tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular.*
- se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción.*

De esta manera se legitima legalmente un interés difuso como es la protección del medio ambiente (...)

Ahora bien, esa acción popular (que así se define en el art. 22) se limita a procesos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que se haga referencia a los procesos penales. En consecuencia, la Ley 27/2006 no supone derogación alguna de los requisitos para ejercitar las acciones penales que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 270 y 280).

Tampoco las normas comunitarias permiten afirmar que exista contradicción con la exigencia de fianza que se establece en las resoluciones impugnadas. Ni el art. 10 bis de la Directiva 85/337/CEE (modificada por la Directiva 2003/35/CE) ni el art. 9.4 del citado Convenio de Aarhus contradicen tal interpretación. El primero de los preceptos encaminado a facilitar el acceso y la posibilidad de recurso en los procedimientos administrativos en materia de proyectos medioambientales, única establece como límite que el acceso a los recursos "no serán excesivamente onerosos", lo que permite excluir la contradicción con el hecho de que se fije una fianza en cuantía moderada, como es el caso (...)

El art. 45 CE y la condición de ofendido o perjudicado por el presunto delito investigado.

(...) el bien jurídico que es objeto de protección en el delito contra la fauna es de carácter general o difuso, sin un titular concreto. Sea la biodiversidad como estricto objeto de protección o el más genérico del medio ambiente, es evidente que solo la sociedad en su conjunto puede reclamarse como titular. En consecuencia, salvo supuestos puntuales en los que además del riesgo medioambiental se produzcan situaciones concursales de daños o lesiones de personas concretas, no puede afirmarse que estos delitos ofendan o perjudiquen de modo directo a persona o entidad individualizable. Solo de forma indirecta, difusa, cabe ese perjuicio. Es por ello que no cabe admitir a las entidades recurrentes como acusación particular y sí como acusadores populares

No cabe duda de que existe un incuestionable interés general de todos los ciudadanos en la protección del medio ambiente y de la fauna que lo integra, de ello es exponente normativo el art. 45 CE. Se trata de un interés difuso, que

no puede ser encarnado por ninguna persona en particular, sea física o jurídica. Pertenece a la comunidad en general y por ello la única forma de personarse en unas actuaciones penales en concepto de parte es a través del ejercicio de la acción popular, que conforme al art. 270 LECrim establece la forma de querrela para tal ejercicio, pero que en el caso que nos ocupa al estar ya iniciado el proceso, no es precisa (AA. TS. 19/7/97 y 6/5/10, entre otros) pero sí la prestación de fianza que el art. 280 dispone (A. TS. 19 de febrero de 2013).

AUTO 270/2021, de 15/11/2021, RP 265/21

Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado Don Ignacio Javier Ráfols Pérez.

ESTAFA: COMPETENCIA TERRITORIAL . criterio del lugar del desplazamiento patrimonial y perjuicio de la víctima frente a criterio de ubicuidad . DELITOS INFORMÁTICOS: Criterio de la eficacia de la investigación.

(...) interpone recurso de apelación la representación del Ministerio Fiscal, la cual insiste en que la competencia para conocer de los hechos denunciados corresponde al Juzgado de Palencia cuya inhibición se recurre toda vez que fue en Venta de Baños (Palencia) donde se habría producido el desplazamiento patrimonial y el perjuicio para el denunciante

Si bien en materia del delito de estafa se venía siguiendo el criterio de la ubicuidad que atribuía la competencia territorial al Juzgado de cualquiera de los lugares en donde se hubieran desplegado alguna de las conductas integradoras de la tipicidad, es lo cierto que cuando dicho delito se perpetra mediante la utilización de sistema informáticos, el tribunal Supremo acude al principio de eficacia en la instrucción, otorgando la competencia al órgano judicial del lugar en el que se materializa la acción delictiva, lo que permite una mayor investigación del delito.

(...) son numerosos los pronunciamientos de esta Sala [TS] en supuestos similares (por todos, auto de 5/7/17 Cuestión de Competencia 20349/17 y auto de 25/5/18 Cuestión de Competencia 20201/18 entre otros). El delito de estafa se comete en todos los lugares en que se desarrollan las acciones que integran la tipicidad ya procedan del sujeto activo (engaño) ya del sujeto pasivo (desplazamiento patrimonial) así como en el lugar en el que se hace efectivo el perjuicio patrimonial. El Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 3 de febrero de 2005 asumió ese criterio: "El delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo, en consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa".

...."nos encontramos previsiblemente ante la comisión de un delito de estafa informática, respecto al que, reiterada doctrina de esta Sala ha consolidado un nuevo criterio que complementa la teoría de la ubicuidad, y éste es el de la eficacia. De tal forma que, la competencia vendrá determinada por el lugar donde la investigación policial puede tener algún éxito, donde se hayan realizado elementos del delito, donde puede operarse sobre los ordenadores informáticos y donde la instrucción puede ser eficaz (ver autos Sala 21 de octubre 2015, 3/7/2015; 8 de mayo de 2015; 28 de junio de 2018; 24 de octubre de 2019; el de 15 de octubre de 2020). Este criterio de la mayor facilidad y conveniencia en la

investigación también es el mantenido por el Convenio sobre el Cibercrimen, suscrito en Budapest el 23 de noviembre de 2001, ratificado por España el 27 de septiembre de 2010, que determina que será competente el Estado "que esté en mejores condiciones para ejercer la persecución del delito"

En nuestro caso, si bien la denuncia y el perjuicio se habría producido en Venta de Baños (Palencia), es lo cierto que la acción típica, el engaño constituido por el uso fraudulento de la tarjeta, se habría materializado en Pamplona, lugar donde es evidente que pueda producirse la facilidad investigadora y probatoria a la que alude el Tribunal Supremo cuando hace aplicación del principio de eficacia. Por ello, en este caso, debemos confirmar la resolución del Juzgado al estimar que la inhibición acordada es correcta en razón a la doctrina jurisprudencial antes transcrita.