# TRIBUNAL SUPREMO
# SALA PRIMERA

# Recopilación de criterios de la Sala Primera del Tribunal Supremo en recursos por interés casacional y en procedimientos de tutela civil de los derechos fundamentales


**Gabinete Técnico. Letrados**: Mª Asunción de Andrés Herrero

Mª Ángeles Alonso Rodríguez

Paloma Álvarez Ambrosio

Mª Jesús Parrón Cambero

José Carlos López Martínez

Luisa Torres Vargas

Carlos Sánchez Martín

Mª Luisa Ortiz González

Marino de la Llana Vicente

David Vázquez García

Marta Rabadán Torrecilla

Agustín Pardillo Hernández

Susana Jiménez Bautista

Francisco Carrasco García

Mª Cristina Marina Benito

Agustín Santos Requena

**Coordinadores**: José María Blanco Saralegui

Raquel Blázquez Martín


**Enero, 2017**

# I. RECOPILACIÓN DE ALGUNOS CRITERIOS DE ADMISIÓN DE LA SALA EN LOS RECURSOS POR INTERÉS CASACIONAL

## 1. INTERÉS CASACIONAL Y DERECHO DE FAMILIA

### 1.1. Guarda y custodia

#### 1.1.1. Aspectos generales.

**a) El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia.**

«*Esta Sala ha venido repitiendo que "la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse [...] si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre", tal como afirma la STS 154/2012, de 9 marzo, con cita de las SSTS 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio. La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este". El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. El Juez ha valorado los informes que constan en los autos y ha considerado que lo más adecuado para el menor era el mantenimiento del régimen acordado por sus progenitores en el procedimiento de separación. La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene en estos procesos, tal como se ha dicho repetidamente por esta Sala y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta Sala examinar, como ha hecho ya, las circunstancias más adecuadas para dicha protección. En conclusión, la sentencia recurrida ha examinado las pruebas aportadas, cuya evaluación se ha producido dentro de los criterios establecidos para la valoración de la prueba en la LEC, y que, además, no se ha impugnado por el cauce establecido para ello, es decir el recurso extraordinario por infracción procesal* (STS de 27 de abril de 2012, Rec. 467/2011).

«*La doctrina de la Sala en casos en que se discute la guarda y custodia compartida es reiterada en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio, 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo, 579/2011, de 22 julio, 578/2011, de 21 julio y 323/2012, de 21 mayo). La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este" (STS 27 de abril 2012, citada en la STS 370/2013). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia».* Y añade: «*Pues bien, esta circunstancia no se da en este supuesto en el que la sentencia conoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia*

*compartida, ha valorado el informe del equipo de psicólogos que consta en los autos, y ha considerado, sin contradicción alguna con la doctrina jurisprudencial, que lo más adecuado para los menores era el mantenimiento del régimen acordado en el procedimiento de divorcio, por lo que el recurso más parece dirigido a revisar las medidas acordadas en este juicio que a sustentar una pretensión de cambio de las mismas amparada en una valoración distinta del interés de los menores»* (STS de 30 de diciembre de 2015, en Rec. 415/2015).

*«Es […] doctrina reiterada en el sentido de que en los casos en que se discute la guarda y custodia compartida solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio, 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo, 579/2011, de 22 julio, 578/2011, de 21 julio, 323/2012, de 21 mayo y 415/2015, de 30 de diciembre). La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este" (STS 27 de abril 2012, citada en la STS 370/2013). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia»* (STS de 29 de marzo de 2016, Rec. 1159/2015).

**b) Dificultad de apreciar la existencia de interés casacional cuando se invoca existencia de jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales.**

«*El estudio de las sentencias aportadas no permite llegar a la conclusión que pretende el recurrente. En todos los casos examinados, excepto en la STSJC 31/2008, las Audiencias Provinciales han decidido sobre una forma u otra de guarda teniendo en cuenta los informes periciales contenidos en el procedimiento. Por tanto, no pueden servir como sentencias de contraste para asegurar que existe doctrina contradictoria entre ellas, porque al contrario, todas deciden teniendo en cuenta el interés del menor a la vista de los informes preceptivos según dispone el Art. 92. CC. En definitiva, las sentencias que aporta son un pretexto para poder presentar el recurso, ya que cada una decide según las circunstancias de los casos planteados., teniendo en cuenta un argumento común para resolver la situación de hecho*» (STS de 21 de julio de 2011, Rec. 338/2009).

*«1º El interés casacional lo constituye no la simple diferencia entre sentencias pronunciadas por las Audiencias Provinciales y la sentencia impugnada, sino "la existencia de un previo y reiterado antagonismo entre órganos jurisdiccionales" que da lugar a una jurisprudencia contradictoria, que en virtud del principio de seguridad jurídica, el legislador trata de evitar.*

*2º Es difícil fijar los términos de contradicción entre sentencias de las Audiencias Provinciales en relación con la interpretación de lo que constituye "interés del menor" en sentencias sobre guarda y custodia, porque en la mayoría de los casos*

*lo que se decide es el asunto concreto de acuerdo con los informes aportados en cada uno de ellos ( STS 578/2011, de 20 julio ).*

*3º No se ha demostrado la contradicción entre las sentencias aportadas.*

*4º El TS debe examinar si la resolución recurrida ha aplicado correctamente los criterios objetivos en los que se concreta el interés del menor, no está autorizada para formular doctrina general cuando no existe contradicción entre las sentencias aportadas como discordantes»* (STS de 15 de noviembre de 2011, Rec. 1728/2009, con cita dela STS de 3 de octubre de 2011, Rec. 1965/2009).

1.1.2. Guarda y custodia compartida.

**a) Guarda y custodia compartida: como sistema "más normal" e incluso deseable"**

Sobre el art. 92. 8 CC: *«la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea». Tesis que sería reiterada por numerosas sentencias de la Sala Primera»* (SSTS de 25 de noviembre de 2013, Rec. 2637/2012, y de 17 de diciembre de 2013, Rec. 2645/2012, entre otras).

Régimen que pretende aproximar *«al modelo existente antes de la ruptura y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de "seguir" ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos»* (STS de 30 de mayo de 2016, Rec. 3113/2014).

Con el régimen de guarda y custodia compartida:

> *«a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.*
>
> *b) Se evita el sentimiento de pérdida.*
>
> *c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.*
>
> *d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia»* (SSTS de 27 de junio de 2016, Rec. 3698/2015, y de 12 de septiembre de 2016, Rec. 3200/2015, entre otras).

**b) Interés del menor como interés superior a considerar:**

*«[D]ebe repetirse, como ya lo ha hecho esta Sala en anteriores sentencias (Ver SSTS, entre otras, de 10 octubre 2010 y 11 febrero 2011) que lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad,*

*educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el Art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad*» (STS de 22 de julio de 2011, Rec. 813/2009).

«*criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea»* (STS de 29 de abril de 2013, Rec. 2525/2011).

**c) La premisa del "mutuo respeto" entre los padres como requisito para su adopción: ponderación del caso concreto.**

«*la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad*» (SSTS de 25 de abril de 2016, Rec. 1980/2015, y de 21 de septiembre de 2016, Rec. 3282/2015, entre otras).

«*Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales, como los ahora litigantes*» (STS de 16 de febrero de 2015, Rec. 890/2014).

Por ello, [no procede] en los supuestos de violencia, aunque no constituyan propiamente un episodio de violencia previsto en el primer párrafo del art. 92.7 CC (STS de 7 de abril de 2011, Rec. 1580/2008, con cita la STS de 11 de marzo de 2010, Rec. 54/2008).

**d) No es circunstancia que impida la adopción de la guarda y custodia compartida la "deslocalización" o cambio de domicilio:**

*«por ser los cambios de domicilio una consecuencia inherente a este tipo de guarda, que hay que decidir precisamente cuando los padres han acordado no vivir*

*juntos»* (STS de 11 de marzo de 2010, Rec. 54/2008, de 7 de julio de 2011, Rec. 1221/2010, y de 30 de diciembre de 2015, Rec. 183/2015).

**e) No es circunstancia que impida la adopción de la guarda y custodia compartida que el régimen inicialmente fijado en convenio haya funcionado, evitando que el sistema adoptado se "petrifique":**

*«Pues bien, lo que la sentencia dice es que ambas partes convinieron las medidas que habían de regir en el futuro sus relaciones y en ellas se dispuso que el menor permaneciera bajo el cuidado cotidiano de su madre, por lo que no resulta oportuno la modificación de la medida pese al cambio de residencia y de horario laboral del padre, e incluso la cordialidad en las relaciones entre ambos progenitores, que se esgrimen para hacer efectiva la medida, puesto que ha ofrecido "las condiciones necesarias para un desarrollo armónico y equilibrado del niño" y ello, pese a reconocer en el padre las condiciones necesarias para asumir, en plano de igualdad con la otra progenitora, la función debatida, porque "alteraría los hábitos y rutina diaria " a la que viene acostumbrado. Es decir, la sentencia petrifica la situación del menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido.*
*En primer lugar, el hecho de que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en el convenio notarial no es especialmente significativo para impedirlo, lo contrario supone desatender las etapas del desarrollo del hijo y deja sin valorar el mejor interés del menor en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual, como resulta de la sentencia de 29 de noviembre de 2013.*
*En segundo lugar, lo que se pretende con esta medida -dice la misma sentencia- es "asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor" y, en definitiva, "aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos".*
*En tercer lugar, la rutina en los hábitos del menor no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que no se avanza en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha considerado normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis.*
*Por consiguiente, la valoración del interés del menor no ha quedado adecuadamente salvaguardado. La solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta los parámetros necesarios, que aparecen como hechos probados, y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior»* (STS de 18 de noviembre de 2014, Rec. 412/2014, y de 15 de julio de 2015, Rec. 530/2014, entre otras).

**f) La petición de al menos uno de los cónyuges como requisito para**

**su adopción:**

« *[…] requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse. No obsta a lo anterior lo dicho en nuestra sentencia 614/2009, de 28 septiembre, porque si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el Art. 91 CC, el Juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos, en el sistema del Código civil para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir esta petición. Este sistema está también recogido en el Art. 80 del Código del Derecho foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo). Ciertamente existen otras soluciones legales, como la contemplada en el Art. 5.1 y 2 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pero no es precisamente lo que determina el Código civil*» (STS de 19 de abril de 2012, Rec. 1089/2010).

*«pues de no existir ésta por ninguno de los progenitores, difícilmente puede valorarse un plan contradictorio, adecuadamente informado, sobre el que decidir con fundamento en el interés de los menores, al no haber existido debate y prueba contradictoria sobre tal régimen de custodia»* (STS de 15 de junio de 2016, Rec. 1698/2015).

## g) Audiencia al menor: esencialidad del trámite.

**«***La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005.*

*Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada»* […]

*En función de lo expuesto procede acordar la nulidad de oficio de la sentencia recurrida (art. 238 LOPJ), retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a los mismos de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad»* (STS de 20 de octubre de 2014, Rec. 1229/2013).

## h) Necesidad de plan contradictorio para la adopción de la guarda y custodia compartida.

*«Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales»* (STS de 15 de octubre de 2014, Rec. 2260/2013).

«*En estos momentos la niña está escolarizada en un centro público de L y ningún plan contradictorio ofrece el padre sobre los pormenores en que va a consistir la custodia compartida teniendo en cuenta todas estas circunstancias. Lo cierto es que existe una situación estable para la menor, y no parece conveniente acordar un régimen de custodia como el interesado que no resulta el más idóneo para proteger el interés de la menor que es lo que, en definitiva, fundamenta la medida, pues se le coloca en una situación de verdadera incertidumbre sobre su cuidado y escolarización, como así lo ha considerado la sentencia recurrida»* (STS de 17 de febrero de 2016, Rec. 523/2015).

**i) Guarda y custodia compartida y modificación de medidas. Cambio de circunstancias ya "no sustancial" pero si "cierto".**

«*A la vista de lo expuesto es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido tras la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional (TC), de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal.*
*Complementario de todo ello es la reforma del C. Civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancia está supeditado a que favorezca al interés del menor»* (STS de 16 de octubre de 2014, Rec. 683/2013).

*«A la vista de la doctrina jurisprudencial mencionada debemos declarar que el art. 90.3 del C. Civil, en su última redacción establece que:*

*«3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código».*
*Esta redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio "sustancial", pero sí cierto.*
*En el presente supuesto se dan las siguientes circunstancias que aconsejan la estimación del recurso, en interés del menor, al apreciarse un cambio significativo de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptó el anterior sistema de custodia*» (STS de 12 de abril de 2016, Rec. 1225/2015).

1.1.3. Guarda y custodia individual o monoparental.

**a) Reparto de gastos de desplazamiento del progenitor no custodio.**

*«[…] es preciso un reparto equitativo de cargas, de forma que ambos progenitores sufraguen los costes de traslado de forma equilibrada y proporcionada a su capacidad económica, teniéndose en cuenta sus circunstancias personales, familiares, disponibilidad, flexibilidad del horario laboral, etc.*
*Para determinar el criterio que contribuya a clarificar la cuestión es preciso que se establezca un sistema prioritario y otro subsidiario, dado que pueden presentarse diferentes situaciones y será necesario ofrecer soluciones alternativas adaptadas a las particularidades de cada situación». Y, en el concreto caso examinado, determina: «En base a ello la Sala declara que para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar, al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del menor y en su defecto:*
*Cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual.*
*Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y debiendo motivarse en la resolución judicial.*
*Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberá conllevar una singularización de las medidas adoptables*
*De esta doctrina se deriva que se ha de mantener la sentencia recurrida, dado que por la modificación sustancial de circunstancias derivada de la edad del menor, más los inferiores ingresos del padre, hace aconsejable una proporcionada distribución de gastos y tiempos de recogida y retorno del menor (…).*
*En este caso es la solución que mejor se adapta al interés del menor y al reparto equitativo de las cargas, pues es un sistema que hace pivotar sobre ambos los gastos*

*de traslado y los tiempos utilizados a tal fin, que también son importantes»* (SSTS de 19 de noviembre de 2014, Rec. 1741/2013).

*«[…] la ausencia de traslado caprichoso por parte de la madre impide que la totalidad de los gastos de traslado para el ejercicio del derecho de visita recaigan sobre la madre.*

*Por la misma razón, tampoco se puede hacer recaer sobre el padre la repercusión de la totalidad de dichos gastos al ser cuantiosos, dada la ausencia de vuelos directos Tenerife-Melilla.*

*En este sentido, procede la estimación parcial de los recursos y estimación parcial de la demanda de modificación de medidas (art. 90 del C. Civil), dado el notable incremento de los gastos que recaen sobre el padre a la hora de visitar a su hijo en Melilla, lo que redunda en perjuicio del interés del menor, en cuanto obstaculiza la relación padre-hijo y supone un sustancial cambio de circunstancias.*

*Por ello, de acuerdo con lo que ya declaramos en sentencia de 26 de mayo de 2014, rec. 2710/2012, es preciso un reparto equitativo de cargas, de forma que ambos progenitores sufraguen los costes de traslado de forma equilibrada y proporcionada a su capacidad económica, teniéndose en cuenta sus circunstancias personales, familiares, disponibilidad, flexibilidad del horario laboral, etc »* (STS de 23 de septiembre de 2015, Rec. 1420/2014).

**b) Cambio de residencia del progenitor custodio.**

*«la guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el artículo 70 del Código Civil , para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del Código Civil , respecto de la obligación de vivir juntos. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otra la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura.*

*Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia»* (STS de 26 de octubre de 2012, Rec. 1238/2011).

## 1.2. Pensión alimenticia.

### a) Determinación de su importe: el juicio de proporcionalidad.

*«La jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidamente que el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC "corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146 ", de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, "entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación" (SSTS de 21 noviembre de 2005; 26 de octubre 2011; 11 de noviembre 2013, 27 de enero 2014, entre otras).* » (STS de 28 de marzo de 2014, Rec. 2840/2012).

*«[…] la sentencia establece un juicio razonado de proporcionalidad en función de una estimación de los ingresos que percibe el recurrente por el tipo de trabajo que desarrolla, que la Sala debe mantener, cuando en el propio recurso, fuera de toda lógica argumental, se insta exclusivamente la reducción de la prestación cuestionando la regla de proporcionalidad exigida entre necesidad y medios, que la sentencia tuvo en cuenta»* (STS de 27 de enero de 2014, Rec. 1712/2012).

### b) Efectos de la adopción de la custodia compartida sobre la obligación alimenticia.

*«la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno (art. 146 C. Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da». Todo ello, sin que resulte posible su limitación temporal «pues los menores no pueden quedar al socaire de que la madre pueda o no encontrar trabajo. Esta limitación temporal, tiene sentido en una pensión compensatoria, como estímulo en la búsqueda de ocupación laboral, pero no tiene cabida en los alimentos a los hijos, al proscribirlo el art. 152 del C. Civil»* (STS de 11 de febrero de 2016, Rec. 470/2015).

*«Esta Sala debe recordar que la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos progenitores (art. 146 C. Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da»* (STS de 4 de marzo de 2016, Rec. 1/2015).

### c) Obligación de alimentos respecto del hijo mayor de edad: legitimación para el ejercicio de la acción e hijos discapacitados.

#### a. Legitimación para el ejercicio de la acción.

*«en los supuestos en los que el descendiente sea mayor de edad al tiempo de iniciarse el procedimiento y en la demanda o contestación se hubiese solicitado a su favor una pensión alimenticia, pueden comparecer en los autos y mostrar su*

*conformidad con la cantidad solicitada o bien otorgar poder "apud acta" al progenitor y en el caso de entender que la cantidad debe ser superior es cuando el hijo deberá acudir al juicio declarativo ordinario de alimentos» […]«Del art. 93.2 del Código Civil emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos. Por consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el art. 93, párrafo 2º del Código Civil de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran.*

*De todo lo expuesto se concluye que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el art. 93, párrafo 2º, del Código Civil, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquéllos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores. Al no entenderlo así la sentencia recurrida ha infringido los preceptos invocados por el Ministerio Fiscal en su recurso que, en consecuencia, ha de ser estimado»* (STS de 30 de diciembre de 2000, Rec. 3578/1995).

### b. Hijos discapacitados mayores de edad.

«*la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos»* (STS de 7 de julio de 2014, Rec. 2103/2012, y reiterada en STS de 17 de julio de 2015, Rec. 31/2015).

## d) Obligación de alimentos de los abuelos al nieto.

*«Esta Sala debe declarar que las cuantías en las que se fijan los alimentos son proporcionadas a la capacidad del que las da y necesidades del que recibe, en cuanto en la sentencia recurrida se tiene en cuenta que los abuelos paternos pese a percibir*

*mejor pensión que los maternos y poseer mayor patrimonio, también deben afrontar el mantenimiento de hijos mayores, uno de los cuales (el padre de la menor) reside con ellos, lo que limita su capacidad económica, por lo que el principio de proporcionalidad queda perfectamente respetado».*

No obstante, precisa la Sala que la obligación de alimentos de los abuelos no alcanza a los gastos extraordinarios, consistentes en el supuesto examinado en clases de música y apoyo, pues: *«Los referidos gastos extraordinarios no son estrictamente parte de los derivados de la educación de la menor, la que asiste a un colegio público y como tal gratuito.*

*Es comprensible el deseo de la madre de afrontar la satisfacción de dichos gastos, pero es de reconocer que el art. 142 del C. Civil, no los impone a los abuelos, los que vienen condenados al pago de alimentos, en la proporción que puedan atenderlos, dada su condición de jubilados y edad avanzada de los mismos»* (STS de 2 de marzo de 2016, Rec. 1211/2015).

### e) Determinación de la fecha de exigibilidad.

#### a. Inicio de la obligación.

*"Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el Art. 148.1 CC , de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor <u>desde el momento de la interposición de la demanda</u>"* (STS de 27 de noviembre de 2013, Rec. 1159/2012, y de 4 de diciembre de 2013, Rec. 2750/2012, entre otras).

«*De acuerdo con el art. 148 CC, las sentencias que reconozcan la obligación de prestar alimentos <u>producen sus efectos desde la demanda</u>. El párrafo primero de esta disposición, después de señalar que se deben desde el momento en que se produce la necesidad del alimentista, añade que «no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda», tal como han recogido las sentencias de 5 octubre 1995; 3 octubre 2008; 26 de octubre 2010; 14 junio 2011; 26 de marzo 2013 y 23 de junio 2015.*

*La sentencia recurrida vulnera esta doctrina desde el momento en que, en contra de una previsión legal, como la del artículo 148 del Código Civil, que no admite excepciones, y al amparo de unos problemas procesales ajenos a quien los reclama, pone a cargo de la demandante y en perjuicio del alimentista el pago de unos alimentos durante un periodo de inactividad procesal, con evidente beneficio a quien conoce la reclamación y estaba legalmente obligado a satisfacerlos, al menos desde que la demanda se interpone, en unos momentos en que se ha cuestionado este límite temporal impuesto por la norma para hacer efectivos unos alimentos más amplios con fundamento en el artículo 39 de la CE, bien es cierto que con el efecto de negar cualquier posible contradicción de este artículo con el 148.1 CC (Auto del TC de 16 de diciembre de 2014)»* (STS de 14 de julio de 2016, Rec. 3014/2015).

#### b. Determinación en resoluciones posteriores.

*«[…] esta Sala ha tenido ocasión de fijar doctrina jurisprudencial en interés casacional en su reciente sentencia de 26 de marzo de 2014, rec. nº 1088/2013. Esta comienza precisando que no cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaura por primera vez y aquel en el que, existiendo una pensión alimenticia ya declarada (y por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores), lo que se discute es la modificación de la cuantía (este sería el presente caso).*

*En el primer caso debe estarse a la doctrina sentada en sentencias de 14 de junio 2011, 26 de octubre 2011 y 4 de diciembre 2013, según la cual «[d]ebe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda». Sin duda esta regla podría tener excepciones cuando se acredite que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces.*

*En el segundo caso, que es el presente, es decir, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por la estimación de un recurso o bien por un procedimiento de modificación, la respuesta se encuentra en la propia STS de 26 de marzo de 2014, rec. nº 1088/2013, que tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que «<u>cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda</u>, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente». Dicha doctrina se funda en que, de una parte, el artículo 106 CC establece que los «los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo», y de otra, el artículo 774.5 LEC dispone que «los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta», razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de la demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente.*

*No obstante, tal y como ha advertido la jurisprudencia lo que realmente plantea dudas es la aplicación del art. 148 CC son las sucesivas resoluciones que pueden modificar los pronunciamientos anteriores sobre alimentos, bien por la estimación de un recurso o bien por una modificación posterior. En estos casos: «cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que*

*sustituyen a las citadas anteriormente» (STS de 15 de junio de 2015, Rec. 2493/2013, entre otras).*

### f) Mínimo vital.

*«De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013). De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención.*
*Por tanto, ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC (STS 16 de diciembre de 2014, Rc. 2419/2013).*
*Si así se obra en esta litis se aprecia que el Tribunal de instancia ha tenido en cuenta todas las circunstancias del caso concreto y ha llevado a cabo su ponderación, pues, a pesar de las desfavorables circunstancias del hijo, a causa de su enfermedad y minusvalía, ha reducido transitoriamente la contribución del recurrente a los alimentos del menor, pero atendiendo a que el obligado tiene cubiertas sus necesidades de vivienda y que percibe subsidio por desempleo que, a pesar de escaso (426 euros) y gravado (por incumplir sus obligaciones alimenticias), no supone carencia total de ingresos.*
*Consecuencia de ello es que en la revisión del juicio de proporcionalidad no se aprecia que proceda la cesación o suspensión de la obligación alimenticia respecto del hijo menor de edad. La STS de 5 de octubre de 1993 desestimó, como también se decide en ésta, la cesación de tal obligación, si bien advertía: "sin que ello signifique que en los casos en que realmente el obligado a prestar alimentos al hijo menor de edad carezca de medios para, una vez atendidas sus necesidades más perentorias, cumplir su deber paterno, no pueda ser relevado, por causa de imposibilidad, del cumplimiento de esta obligación, lo que aquí no acontece".*

*En atención a lo previamente razonado lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante»* (STS de 12 de febrero de 2015, Rec. 2899/2013).

*«La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades, como en este caso, son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligados a hacerlo, conforme a los*

*artículos 142 y siguientes del Código Civil , las mismas contra los que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación, supuesta la carencia de medios de ambos padres, si bien teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 CC , esta obligación cesa "Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia", que es lo que ocurre en este caso respecto al padre. Estamos, en suma, ante un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres»* (STS de 2 de marzo de 2015, Rec. 735/2014).

### g) Nacimiento de nuevos hijos.

*«el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad»* (STS de 10 de julio de 2015, Rec. 682/2014).

### h) Extinción: suficiencia económica del hijo mayor de edad.

*«Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que los hijos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo (sentencia 5 de noviembre 2008), afirmando la sentencia de 12 de julio de 2015, con cita de la de 8 de noviembre de 2012, que «por lo que se refiere a la concurrencia de titulación profesional en la hija no podemos aceptar que ello impida percibir alimentos del padre, dado que no se acredita la percepción de ingresos por parte de la misma ni que carezca de la necesaria diligencia en el desarrollo de su carrera profesional».*
*Ocurre en este caso que B, de 26 años de edad, vive en casa de su madre, que no es la familiar a que se refiere el artículo 96 del CC, ha acabado su formación como maestra si bien todavía no ha accedido al mercado laboral y, como dice la sentencia, "lo que sin duda obtendrá tras superar las oposiciones a magisterio, para lo que se considera suficiente el plazo de tres años establecido en la sentencia, máxime si como se ha anunciado en los boletines oficiales existe una oferta de empleo suficiente para cubrir plazas de maestro". Y si bien la ley no establece ningún límite de edad para recibir alimentos, como con reiteración ha dicho esta sala, lo cierto es que los tres años que puso la sentencia como límite para percibirlos, aun cuando no han transcurrido cuando esta resolución se dicta, las posibilidades reales que tiene para acceder a un trabajo hace innecesario esperar a que transcurran, con lo que se dan por extinguidos».* (STS de 25 de octubre de 2016, Rec. 2142/2015).

*«Por lo que se refiere a la concurrencia de titulación profesional en la hija no podemos aceptar que ello le impida percibir alimentos del padre, dado que no se acredita la percepción de ingresos por parte de la misma ni que carezca de la necesaria diligencia*

*en el desarrollo de su carrera profesional, por lo que se incurre en la resolución recurrida, en infracción del art. 93 del C. Civil , dado que procede la percepción de alimentos en la cuantía fijada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, pues la hija convive con la madre en su domicilio y carece de ingresos suficientes, por lo que se habrá de estar a lo dispuesto en el art. 142 y siguientes del C. Civil ( sentencia de 8 de noviembre de 2012, recurso 1100/2011 )*» (STS de 12 de julio de 2014, Rec. 79/2013).

*«Alega la recurrente que se viola la doctrina jurisprudencial al dejar sin efecto la pensión de alimentos a la hija mayor de edad, por el mero hecho de su edad y formación académica, sin tener en cuenta su capacidad concreta de encontrar trabajo, para ello invoca, entre otras, las sentencias de esta Sala de 27 de marzo de 2001 y 5 de noviembre de 2008.*

*Este motivo debe desestimarse, pues en la sentencia recurrida, se respeta la doctrina jurisprudencial, sin perjuicio de entender en cuanto valoración probatoria que la hija no tiene obstáculo alguno para insertarse laboralmente, dada su edad y excelente formación académica (licenciatura y estudios en el extranjero).*

*La referida doctrina jurisprudencial ha de ser aplicada al caso concreto y de ello puede deducirse que no está vedado al tribunal de segunda instancia apreciar, conforme a derecho, la concreta potencialidad de la hija, que ha sido lo que ha realizado la Audiencia Provincial, con arreglo a parámetros lógicos y jurídicos (arts. 90, 91, 93 y 152.3 del C. Civil)»* (STS de 17 de junio de 2015, Rec. 1162/2014).

## 1.3. Atribución del uso de la vivienda.

### a) Principios generales: la aplicación rigurosa del art. 96 CC cuando concurren hijos menores.

*«Esta Sala valora, como no podía ser de otra forma, los razonamientos de la sentencia, similares a los ya expuestos en otras ocasiones por esta misma Audiencia Provincial, como valora las criticas que desde distintos sectores se están haciendo contra el rigorismo de la medida de uso de la vivienda familiar que se realiza al amparo del 96 del Código Civil, especialmente en unos momentos de crisis económica en que se han puesto en cuestión algunos de los postulados que permitieron su inicial redacción y que se han complicado especialmente en los casos de guarda y custodia compartida, haciendo inexcusablemente necesaria una nueva y completa regulación. Pero lo que no comparte en absoluto, como ya ha tenido ocasión de señalar en reiteradas sentencias procedentes de la misma Audiencia, es que la jurisprudencia de esta Sala se refiera a casos concretos y particulares, como se argumenta.*

*Sin duda, el interés prevalente del menor no pasa necesariamente por la liberación de la medida de uso. Se trata de un argumento simplemente especulativo que tendrá su razón de ser en algunos casos, no en todos. El interés del menor - STS 17 de junio 2013 - "es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto*

*se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros".*

*El art. 96 CC establece –STS 17 de octubre 2013- "que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio".*

*El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien (STS 14 de abril 2011).*

*Como reiteran las sentencias de 1 y 14 de abril y 21 de junio de 2011, "aunque ésta pudiera llegar ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Por ello hay que reconocer que la interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, se opone a lo que establece el art. 96.1 CC".*

*Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor»* (STS de 3 de abril de 2014, Rec. 1719/2012).

*«El art. 96 CC establece -STS 17 de octubre 2013- que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.*

*Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio.*

*El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien (STS 14 de abril 2011).*

*Como reiteran las sentencias de 1 y 14 de abril y 21 de junio de 2011, aunque ésta pudiera llegar ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad*

*de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor"»* (STS de 18 de mayo de 2015, Rec. 2302/2013).

«*Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor».* Todo ello, con prevalencia sobre el propio derecho de propiedad sobre el inmueble (STS de 3 de abril de 2014, Rec. 1719/2012), y determina una aplicación imperativa del precepto: «*El art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio»* (STS de 14 de abril de 2011, Rec. 2176/2008, citada en STS de 18 de mayo de 2015, Rec. 2302/2013).

*«La infracción del artículo 96 se produce porque la sentencia deja absolutamente indeterminada la situación del menor una vez que transcurran los tres años a los que limita el uso, y aboca a una posterior modificación de medidas para que el coste de la habitación antes cubierta sea incluida con un incremento de la pensión de alimentos»* (STS de 17 de octubre de 2013, Rec. 3144/2012).

### b) Excepciones a la regla general de aplicación rigurosa del art. 96 CC.

*«Por ello hay que reconocer que la interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, no solo se opone a lo que establece el art. 96.1 CC, sino que se dicta con manifiesto y reiterado error y en contra de la doctrina de esta Sala, incluida la sentencia de 17 de junio de 2013, según la cual "hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios…".*

*Nada de esto se produce en el presente caso en el que la vivienda tiene carácter familiar y no existe ninguna otra vivienda que permita dar cobertura a los intereses del hijo, salvo la que resulte de una hipotética venta de la actual y compra de una nueva que permita su alojamiento transcurridos unos años»* (STS de 18 de mayo de 2015, Rec. 2302/2013, entre otras).

«*hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación*

*matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que los hijos no precisen de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo. 233-20 CCCat, que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragonés) (STS 10 de octubre 2011)»* (STS de 22 de julio de 2015, Rec. 541/2014).

### c) Efectos de la adopción de la guarda y custodia compartida: atribución temporal de derecho de uso de la vivienda familiar.

*«Esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que los menores ya no residirán habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitarán en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre que con el conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 C. Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a ella y a los menores (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia (STS 9 de septiembre de 2015, Rec. 545 de 2014), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales»* (STS de 11 de febrero de 2016, Rec. 326/2015).

*«La ponderación de los intereses en juego no ha sido correcta pues en ningún caso se ha procurado una correcta armonización los intereses contrapuestos: el del cotitular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitirle disponer de ella, incluso en los periodos en que la hija permanecerá con él, y el de la hija a relacionarse con su madre en una vivienda, estando como está la esposa en mejor situación económica que el esposo para proporcionarla durante este periodo una vivienda adecuada a sus necesidades, sin poner en riesgo el régimen instaurado de custodia compartida pues ambos progenitores pueden responder al nuevo régimen que se crea con la medida».* De esta forma, se establece una limitación al uso de la vivienda a la esposa por el plazo de un año: *«Se trata de un tiempo suficiente que va a permitirle buscar una nueva vivienda, como hizo el esposo, para atender a las necesidades de la hija durante los periodos de efectiva guarda, siempre con la relatividad que, en interés del menor, tienen estas y las demás medidas que puedan afectarle teniendo en cuenta que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas»* (STS de 27 de junio de 2016, Rec. 1694/2015).

### d) Hijos mayores de edad discapacitados: equiparación a los hijos menores.

«*porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC , que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.*

*De acuerdo con lo anterior, y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación*» (STS de 30 de mayo de 2012, Rec. 1132/2011).

### e) Concurrencia de hijos mayores de edad: criterios de atribución.

*«[…] la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección»* (STS de Pleno de 5 de septiembre de 2011, Rec. 1755/2008).

Y añade: «*La controversia que se suscita versa sobre si esta forma de protección se extiende al mayor de edad, de forma que la circunstancia de alcanzar la mayoría no le prive (ni a él, ni indirectamente, tampoco al progenitor que lo tenga a su cuidado) del derecho a seguir usando la vivienda familiar.*

*Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiendo que el artículo 96 CC no depara la misma protección a los mayores.*

*Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.*

*Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación*

*del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del CC , en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cual de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CC , según el cual «No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».*

## f) Supuesto de vivienda de titularidad de tercero.

*«La respuesta que debe darse a la denuncia formulada debe tener como guía el criterio establecido por la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 2005, citada por la sentencia recurrida y a partir de ellas muchas otras (SSTS 30 de junio de 2009, [RC n.º 1738/04], 22 de octubre de 2009, [RC n.º 2302/05] o 14 de julio de 2010, [RC n.º 1741/05] entre las más recientes), que fija las pautas interpretativas y de aplicación que sirven para resolver la cuestión, por lo demás, frecuente, de la procedencia de la reclamación del propietario o titular de una vivienda que está siendo usada por un familiar para su utilización como domicilio conyugal o familiar.*

*A) Se debe analizar cada caso en concreto, pues resulta necesario resolver si ha existido o no un contrato entre las partes, particularmente un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. Si existe un contrato de comodato, los conflictos que puedan surgir en torno al uso, deberán resolverse conforme a las normas reguladoras de ese negocio jurídico. Sin embargo, y para el caso de que no resulte acreditado, se debe concluir que la situación jurídica analizada es característica de la figura de un precario.*

*B) Para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia. Tal y como indica la sentencia del pleno de la Sala de 18 de enero de 2010 [RC n.º 1994/2005], la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges, nada tienen que ver con los terceros propietarios.*

*C) Como también ha señalado la sentencia de Pleno de esta Sala de 14 de enero de 2010 [RC n.º 2806/2000], el derecho al uso de la vivienda familiar concedido en sentencia, en el ámbito del derecho de familia, no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos menores o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección. Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008).*

*No obstante diferente es el supuesto en el que los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia del propietario. En este caso, pese a la adjudicación del uso a uno de ellos en aplicación del artículo 96 CC no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges.*

*D) La aplicación de esta doctrina al caso examinado nos lleva a concluir que nos hallamos ante un simple precario. No se discute el derecho de propiedad de la actora, y frente a su reclamación, la parte demandada funda exclusivamente su oposición al abandono de la vivienda, en el hecho de que la sentencia que declaró la separación entre ella y su esposo, hijo de la actora, le atribuyó el uso de la vivienda, cuando aún ambos, eran propietarios de la misma. Lo cierto es que la pérdida del derecho de propiedad tanto de la demandada como de quién fue su esposo, tiene su origen en un procedimiento de ejecución consecuencia de la falta de cumplimiento de una obligación de pago de ambos cónyuges. Tal y como ya valoró la sentencia de esta Sala de 8 de octubre de 2010 [RC n.º 2305/2006]en supuestos en los que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, argumento que lleva a corroborar que la atribución del uso del inmueble a uno de los cónyuges no puede afectar al derecho de propiedad del adquirente.*

*En consecuencia, adquirido el inmueble por un tercero en un proceso de ejecución, derivado del impago de una deuda del matrimonio, no puede ahora oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrente y su hijo en sentencia de separación. Desde el momento en el que la demandada y el que fue su esposo perdieron la propiedad de la vivienda, el uso que aquella ha venido dando al inmueble no se justifica por la sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia, sino por la mera tolerancia del nuevo propietario, circunstancia que exige caracterizar esta ocupación como un precario.*

*E) La sentencia recurrida, se ajusta por completo a la doctrina de esta Sala al configurar el uso de la demandada como una situación de precario y negar que la sentencia de separación que atribuyó el uso de la vivienda a la demandada pueda ser considerada un derecho real oponible al legítimo titular del inmueble»* (STS de 22 de noviembre de 2010, Rec. 39/2007).

## 1.4. Pensión compensatoria.

### a) El presupuesto del desequilibrio económico.

«*desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. De esto se sigue que, a diferencia de la pensión alimenticia, en la compensatoria no hay que probar la existencia de necesidad, toda vez que, como se ha dicho, el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. Lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge*» (SSTS de 19 y 20 de febrero de 2014, Rec. 2258/2012, y 2489/2012).

### b) El requisito del elemento causal del desequilibrio.

La «*legítima finalidad de la norma legal, la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades*

*laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, resulta razonable entender que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia».* Esto es, el requisito causal de que «*tal desequilibrio traiga causa de la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, razón por la cual la pensión, de concederse, deberá fijarse en cuantía y duración suficiente para restituir al este en la situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial"»* (SSTS de 19 y 20 de febrero de 2014,Rec. 2258/2012, y 2489/2012).

### c) Momento de la ruptura para ponderar el desequilibrio.

«*es una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, -que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma-, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio»* (STS de 30 de septiembre de 2014, Rec. 3434/2012).

### d) Criterios y circunstancias para ponderar el desequilibrio.

*«las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia, y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal»* (STS de Pleno de 19 de enero de 2010, Rec. 52/2006).

Las circunstancias enumeradas en el art. 97.2 CC asumen la función de permitir decidir sobre estas tres cuestiones: a) si se ha producido el desequilibrio determinante de la pensión compensatoria; b) en el caso de haberse producido, determinar su importe; y c) y precisar si la pensión debe ser definitiva o temporal (STS de Pleno de 19 de enero de 2010, Rec. y SSTS de 3 de noviembre de 2015, Rec. 1402/2014, de 18 de noviembre de 2014, Rec. 1695/2013, , entre otras).

*«El artículo 97 CC exige que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en un cónyuge, en relación con la posición del otro, para que surja el derecho a obtener la pensión compensatoria. En la determinación de si concurre o no el desequilibrio se deben tener en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero, que declaró la doctrina siguiente: "(...)para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria <u>debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio</u>." Esta doctrina se ha aplicado en las sentencias posteriores 856/2011, de 24 noviembre, y 720/2011, de 19 octubre»* (STS de 16 de noviembre de 2012, Rec. 1215/2010).

### e) Sobre la temporalidad de la pensión compensatoria. El juicio prospectivo de temporalidad debe ser respetado en casación.

*«la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida -vitalicio-. Por otro lado, el contexto social permite y el sentir social apoya una solución favorable a la pensión temporal, por lo que la misma cuenta con un soporte relevante en una interpretación del art. 97 CC adecuada a la realidad social actual, prevista como elemento interpretativo de las normas en el art. 3.1 CC, con arreglo al que "se interpretarán según el sentido propio de sus palabras en relación con ..... y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas". […]Sin embargo, para que pueda ser admitida la pensión temporal es preciso que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad -"ratio"- de la norma, pues no cabe desconocer que en numerosos supuestos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia.*

*De lo dicho se deduce que la ley -que de ningún modo cabe tergiversar- no prohibe la temporalización, se adecua a la realidad social y puede cumplir la función reequilibradora, siempre que se den determinadas circunstancias. Ergo, debe admitirse su posibilidad, aunque es preciso hacer referencia a las pautas generales que permiten su aplicación.*

*Los factores a tomar en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria son numerosos, y de imposible enumeración. Entre los más destacados, y, sin ánimo exhaustivo, cabe citar: la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuantos de estos precisan atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del perceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado -perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral-; posibilidades de reciclaje o volver -reinserción- al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc. Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente. Y se requiere que sea posible la previsión "ex ante" de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado "futurismo o adivinación". El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación -como en realidad en todas las apreciaciones a realizar-, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección.*

*En la línea discursiva expresada se manifiesta la más reciente doctrina científica y jurisprudencia de las AAPP. y ahora este Tribunal, que se pronuncia por primera vez y sienta como doctrina jurisprudencial la posibilidad de establecer una duración limitada para la pensión compensatoria del art. 97 CC, siempre que cumpla la función reequilibradora por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal»* (STS de 10 de febrero de 2005, Rec. 1876/2002).

Sobre el citado "juicio prospectivo", la jurisprudencia insiste que <u>las «*conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación*</u> *siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión*

*casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia*» (STS de Pleno de 5 de septiembre de 2011, Rec. 1755/2008).

*«el matrimonio duró 16 años, a los que hay que unir los 15 años de convivencia previa, conforme a la doctrina de esta Sala expresada en la sentencia de 16 de diciembre de 2015, según la cual, en los supuestos de convivencia more uxorio seguida de matrimonio sin solución de continuidad, podrá tenerse en cuenta esa convivencia precedente para decidir sobre la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del Código Civil, consecuencia de la ruptura de la convivencia matrimonial. La esposa, de 55 años de edad cuando se dicta la sentencia, ha sido quien se ha ocupado de todo lo concerniente a la casa, prestando a su marido los cuidados necesarios derivados de un ictus sufrido en el año 2002. Carece además en la actualidad de ingresos.*

*La conclusión, con alta probabilidad y certidumbre es que no supere el desequilibrio en dos años, pues por edad, según máximas de experiencia, le va a ser sumamente difícil acceder al mercado laboral, cuando precisamente comparten también tal dificultad las personas más jóvenes, como se dijo en la sentencia de 11 de mayo de 2016»* (STS de 10 de noviembre de 2016, Rec. 3150/2014).

### f) Pensión compensatoria y parejas de hecho.

**«***La falta de una normativa positiva concreta para los casos de extinción de la unión "more uxorio" ha dado lugar a una jurisprudencia disímil, salvo en la admisibilidad general de los pactos expresos, o tácitos ("falta concludentia"), con acogimiento de soluciones de comunidad de bienes (ad ex. Sentencia 4 junio 1.998) o de sociedad irregular (ad ex. Sentencias 18 mayo 1.992, 18 febrero 1.993, 18 marzo 1.995), que ha efectuado un notorio esfuerzo para proporcionar remedio jurídico a las peculiaridades casuísticas, lo que ha dado lugar a diversas soluciones, no necesariamente reñidas entre sí. Y en tal sentido, dejando a un lado admisiones hipotéticas (Sentencias 27 mayo, 20 octubre y 24 noviembre 1.994 ), son de destacar las Sentencias de 13 de junio de 1.986 , que aplica el principio de la buena fe y la sanción del abuso del derecho, en sintonía con una interpretación acorde con la realidad social; 11 de diciembre de 1.992, que aplicó la doctrina del enriquecimiento injusto; 16 de diciembre de 1.996, indemnización de daños y perjuicios del art. 1.902 CC , en atención a que hubo promesa de matrimonio; y aplicación analógica del art. 96 en relación con el 4º.1, ambos del Código Civil , por lo que respecta al uso de la vivienda familiar; 10 de marzo de 1.998, principio de protección del conviviente más débil, que también se menciona en la de 27 de marzo de 2.001, y se ratifica en la de 17 de enero de 2.003; 27 de marzo de 2.001, que alude a las doctrinas del enriquecimiento injusto, aplicación analógica de pensión compensatoria del art. 97 CC y principio de protección del conviviente perjudicado; y 5 de julio de 2.001 y 16 de julio de 2.001, sobre aplicación analógica del art. 97 CC . En conclusión y como epítome, se puede decir que en el criterio jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de compensación económica no pactada en la ruptura de las parejas de hecho, se puede constatar que la técnica más utilizada es la de la doctrina del enriquecimiento injusto, seguida por la de protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho, más tarde la de la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil , y por la de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, y por último la de disolución de la sociedad civil irregular o comunidad de bienes*» […]

«*Por ello debe huirse de la aplicación por "analogía legis" de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al*

*miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio. / Ahora bien, todo lo anterior, no debe excluirse cuando proceda la aplicación del derecho resarcitorio, para los casos en que pueda darse un desequilibrio no querido ni buscado, en los supuestos de una disolución de una unión de hecho.*

*En otras palabras, determinar si, en los casos de ruptura de una unión de hecho, sea por consenso o por decisión unilateral, se puede derivar una compensación o una indemnización.*

*Pues bien, dentro del ámbito del derecho resarcitorio y dada la ausencia de norma concreta que regule la cuestión actual, habrá que recurrir a la técnica de "la analogía iuris", o sea no partir para la aplicación analógica de una sola norma, ni proceder de lo particular a lo particular, sino que, partiendo de una serie o conjunto de normas, tratar de deducir de ellas un principio general del Derecho. En conclusión, que hay que entender la "analogía iuris" como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios generales del Derecho. O dicho con otras palabras, esta "analogía iuris" -la "Rechtsanalogie" del B.G.B.- parte de un conjunto de preceptos, de los que extrae, por inducción, su principio inspirador y lo aplica al caso no regulado.*

*Todo ello lleva ineludiblemente a la aplicación, para resolver tal problema fundamentado en la disolución de una unión de hecho, al principio general del derecho -artículo 1-1 del Código Civil- y a la figura del enriquecimiento injusto recogida en el artículo 10-9 y en el artículo 1887, ambos de dicho Código, que siempre servirá como "cláusula de cierre" para resolver la cuestión.*

*Pues la compensación que se puede conceder en los supuestos de ruptura requiere básicamente que se produzca un desequilibrio, que se mide en relación con el otro cónyuge y que implica un empeoramiento en relación con la situación anterior. Estos rasgos definitorios de la base o causa de la compensación, ¿hasta qué punto son proyectables sobre una convivencia "more uxorio" en la que, por hipótesis, ni un cónyuge ni el otro se obligaron o vincularon a una vida en común? Habrá que estar, como ya se ha dicho, al supuesto, a la existencia de pactos, promesas o la creación y el sostenimiento de situaciones de facto de las que, por la vía de los "facta concludentia" se pueda deducir que hubo ese proyecto de vida en común y que se ha producido lo que se denomina la "pérdida de oportunidad", que sería, aquí, el factor de soporte que vendría de algún modo a sustituir al concepto de "empeoramiento" que ha de calificar el desequilibrio»* (Sentencia de Pleno de 12 de septiembre de 2005, Rec. 980/2002).

## g) Modificación de la pensión compensatoria: ponderación del caso concreto.

### a. Modificación de las circunstancias.

«*el hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, y como tal determinante de su modificación o extinción*» (STS de 17 de marzo de 2014, Rec. 1482/2012).

«*la sentencia de este Tribunal, número 864/2010, de 19 enero, del Pleno de esta Sala (…) se declara la siguiente doctrina jurisprudencial "para determinar la existencia de desequilibrio*

*económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios (énfasis añadido) y su situación anterior al matrimonio.*

*En consecuencia de lo anterior y debiendo aplicar la Sala la doctrina actual que ha sido dictada para unificar doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, en virtud de lo dispuesto en el art. 477.2,3 LEC , debe declararse que la posterior adjudicación a Dª M de bienes gananciales en exclusiva por un valor superior a los 4 millones de euros determina la concurrencia de una alteración sustancial en su fortuna, porque a partir del momento de la adjudicación ostenta la titularidad exclusiva de los bienes adjudicados, lo que le va a permitir una gestión independiente. Por ello es también adecuado que se acuerde una pensión temporal, tal como ha efectuado la sentencia recurrida*» (STS de 24 de noviembre de 2011, Rec. 567/2010).

### b. Momento a partir del cual tiene eficacia la modificación de la medida.

*«La pensión venía ya declarada con anterioridad y lo que ha hecho la sentencia es mantenerla por importe de 400 euros mensuales. Se ha dicho en la sentencia de 3 de octubre de 2008, citada en las de 26 de marzo y 18 de noviembre de 2014, 12 de febrero, 15 y 23 de junio de 2015; 6 de octubre 2016, lo siguiente: «lo que realmente plantea dudas es la aplicación de tal precepto a las sucesivas resoluciones que pueden modificar los pronunciamientos anteriores una vez fijada la pensión de alimentos, bien por la estimación de un recurso o por una modificación posterior, como ocurre en este supuesto, que varía el progenitor obligado al pago. Sobre tal cuestión sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 106 del Código Civil que establece: «los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo», y en el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas desde la fecha en que se dicte y será sólo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha desde la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicta, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente».*

*Esta doctrina resulta de aplicación tanto a los alimentos como a la pensión compensatoria y conduce a la estimación del motivo»* (STS de 16 de noviembre de 2016, Rec. 448/2016).

## h) Extinción de la pensión compensatoria.

*«El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivo, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona», habiendo precisado el Tribunal Supremo que el reconocimiento al derecho a una pensión compensatoria, incluso cuando ésta tiene carácter temporal, no impide la aplicación del art. 101 CC (SSTS de 4 de noviembre de 2010, Rec. 514/2007, TOL2.020.586, y de 23 de enero de 2012, Rec. 124/2009, TOL2.407.043). La pensión compensatoria queda configurada, así, como un medio para evitar el desequilibrio producido a uno de los cónyuges tras la ruptura, pero no, en ningún caso, constituye un medio para obtener una igualación o equiparación patrimonial* (STS de 19 de enero de 2010, Rec. 52/2006).

«se ha probado la actividad laboral de la recurrente, que han consolidado su situación laboral y mantiene un nivel de vida suficiente y adecuado y que, si bien no es igual al de su esposo, ello no significa que deba serle equiparada, ya que el principio de dignidad contenido en el art. 10 CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges una vez extinguido el matrimonio, a salvo los casos previstos en el art. 97 CC » (STS de 20 de junio de 2013, Rec. 876/2011).

No basta para la extinción el simple transcurso del tiempo: «*El simple paso del tiempo no constituye una causa de extinción de la pensión, salvo que se haya pactado a plazo o bien se haya impuesto judicialmente de forma temporal*» (SSTS de 24 de octubre de 2013, Rec. 2159/2012, y de 23 de enero de 2012, Rec. 124/2009, con cita a otras resoluciones).

### i) Extinción de la pensión compensatoria "por vivir maritalmente con otra persona".

«*la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la pensión compensatoria, ya que se preveía inicialmente solo como causa de pérdida el nuevo matrimonio del cónyuge acreedor. (…) Utilizando el segundo canon interpretativo, es decir, el relativo a la realidad social del tiempo en que la norma debe aplicarse, debe señalarse asimismo que la calificación de la expresión "vida marital con otra persona" puede hacerse desde dos puntos de vista distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce este convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, more uxorio, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones. Los dos sistemas de aproximación a la naturaleza de lo que el Código denomina "vida marital" son complementarios, no se excluyen y el carácter no indisoluble del matrimonio en la actualidad no permite un acercamiento entre las dos instituciones sobre la base de criterios puramente objetivos distintos de la existencia de forma, porque es matrimonio el que se ha prolongado durante un mes siempre que haya habido forma y es convivencia marital la que ha durado treinta años, pero sin que haya concurrido la forma del matrimonio*» (STS de 9 de febrero de 2012, Rec. 1381/2010).

Estas premisas llevan a concluir, a la citada STS, que <u>una convivencia, con una cierta estabilidad, de un año y medio de duración, realizada de forma conocida y pública, aunque no desarrolla bajo un mismo techo, tuvo los efectos de "vida marital" a los efectos del art. 101 CC</u>, precisando que: «*La extinción de la pensión por la causa del Art. 101.1 CC no puede considerase una sanción, sino simplemente el cese de la obligación de mantener una prestación a cargo de una persona que no debe olvidarse, ya no tiene ningún deber de socorro para con su ex cónyuge, y que mantiene la obligación de la pensión únicamente si el divorcio ha producido un desequilibrio*».

### j) Prohibición de la reconvención implícita y pensión compensatoria.

*«debe llevar al órgano judicial a entender que el incumplimiento de esta formalidad no puede acarrear una consecuencia jurídica tan desproporcionada como tenerla por no formulada, para así dejar sin juzgar las peticiones implícitas. Lo razonable es interpretar esa exigencia en el sentido de que corresponde al juez de familia velar porque los escritos de contestación se ajusten a la misma, estando entre sus facultades detectar las posibles peticiones de naturaleza reconvencional pero implícitamente deducidas, a fin de que se pueda dar traslado de ellas a la parte demandante y con ello evitar posible indefensiones. Esta interpretación se compadece con la doctrina constitucional sobre cómo han de entenderse los requisitos formales en aras a garantizar la tutela judicial efectiva y respecto de la posibilidad de subsanar los defectos formales. E) Esta Sala comparte sustancialmente estas razones. Por un parte, considera que no existe motivo, a raíz de la promulgación de la LEC 2000, para entender modificado la jurisprudencia del TC, el cual, en un supuesto que guarda una absoluta semejanza con el aquí resuelto, aunque la ley aplicable era la LEC 1881 ( STC de 10 de diciembre de 1984 ), declaró que una inexistente incongruencia no puede impedir el examen de la procedencia o no de una pensión compensatoria a favor de parte demandada si fue la propia parte demandante quien introdujo en el debate del proceso la cuestión atinente a la pensión compensatoria --aunque lo fuera para negar en su escrito de demanda la procedencia de la misma a favor de la demandada, anticipándose a una eventual y previsible petición--, y si además la demandada, por su parte, no se limitó en su escrito de contestación a solicitar su absolución respecto de las pretensiones del demandante, sino que pidió la fijación de una concreta pensión compensatoria a su favor»* (STS de Pleno de 10 de septiembre de 2012, Rec. 1519/2010).

## 1.5. Liquidación del régimen económico matrimonial

### a) Procedimiento adecuado.

*«1ª) El art. 248 LEC, primero de los que integran el libro II dedicado a los procesos declarativos, establece claramente la prioridad de los procesos especiales por razón de la materia sobre los procesos declarativos comunes (ordinario y verbal) por razón de la cuantía: así resulta de su apartado 1, cuando dispone que toda contienda judicial entre partes será ventilada y decidida en el proceso declarativo que corresponda siempre que «no tenga señalada por la Ley otra tramitación», y de su apartado 3, cuando dispone que las normas de determinación de la clase de juicio por razón de la cuantía solo se aplicarán «en defecto de norma por razón de la materia».*

*2ª) Dentro del libro IV de la LEC, dedicado a los procesos especiales, el capítulo II del título II regula el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 a 811), pero comprendiendo en realidad dos procedimientos diferentes, el de formación de inventario (arts. 808 y 809) y el de liquidación en sentido estricto (art. 810), con una variante más para el régimen de participación (art. 811).*

*3ª) De lo anterior se sigue que la formación de inventario para determinar el activo y el pasivo de la comunidad matrimonial precede a la liquidación del régimen económico matrimonial, porque no es sino hasta concluido el inventario cuando cualquiera de los cónyuges «podrá» solicitar la liquidación (art. 810.1 LEC), lo que significa, a su vez, que la determinación del activo y el pasivo de la comunidad matrimonial no exige necesariamente una petición de liquidación como se alega en el motivo.*

*4ª) Tampoco puede aceptarse la equiparación que se hace en el motivo entre la reclamación del demandante a favor de la sociedad de gananciales frente al otro cónyuge y la reclamación frente a un tercero, reduciendo esta diferencia a una pura «anécdota», pues lo cierto es, de un lado, que la pretensión formulada en la demanda del hoy recurrente se funda*

*muy especialmente en el art. 1359 CC, cuyo párrafo segundo regula las mejoras en los bienes privativos debidas a la actividad de cualquiera de los cónyuges, como es el caso, cuestión por tanto entre cónyuges y no entre la sociedad de gananciales y un tercero; y de otro, que en el régimen de los arts. 806 a 811 LEC la legitimación aparece reservada a los cónyuges, por más que el art. 809.2 LEC permita contemplar la posibilidad de intervención de terceros interesados.*

*5ª) La circunstancia de que ninguno de los litigantes haya pedido aún la formación del inventario ni la liquidación de la sociedad de gananciales desde su disolución por capitulaciones matrimoniales seguidas de sentencia de divorcio de mutuo acuerdo no puede ocultar la realidad de que materialmente existe un conflicto entre ellos que ha generado no solo el presente litigio sino también el iniciado en 2006 y finalizado de mutuo acuerdo a principios de 2007 por encontrarse en vías de llegar a un acuerdo extrajudicial, a lo que se une la reclamación ya anunciada por la demandada en su contestación a la demanda, aunque no formalizada mediante reconvención, de 3.015.605,47 euros como crédito de ella misma contra la sociedad de gananciales derivado de su aportación a esta del precio por el que en su día vendió unos bienes privativos.*

*6ª) Si a lo anterior se une el relevante importe de la reclamación del hoy recurrente, más de 7 millones de euros, y su pretensión no solo declarativa sino también de condena de la demandada a ingresarlo en la sociedad de gananciales, se explica más que suficientemente por qué la LEC de 2000 ha optado por un proceso declarativo especial que, regido por el principio de concentración, permita solventar ordenadamente las diferencias entre los cónyuges evitando litigios sucesivos entre ellos que puedan acabar perjudicando seriamente el derecho a la tutela judicial del que se encuentre en una posición más débil.*

*7ª) La decisión del tribunal sentenciador se ajusta, pues, tanto al principio general incorporado al art. 254.1 LEC, que al ordenar la tramitación que corresponda a la materia elimina la disponibilidad de las partes sobre el proceso a seguir, como a la realización más específica de ese principio general en el art. 806 LEC cuando dispone que la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, «con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables».*

*8ª) Esta regulación de la LEC de 2000 permite considerar superada la jurisprudencia que, bajo el régimen de la LEC de 1881, con relativa frecuencia acerca de determinados procesos especiales no apreciaba quebrantamiento de forma por inadecuación del procedimiento (motivo comprendido en el ordinal 2º del art. 1692 LEC de 1881) razonando que no existía indefensión cuando se había seguido un proceso declarativo ordinario de mayor o de menor cuantía por sus más amplias posibilidades de alegación y prueba. En consecuencia, aun cuando las sentencias de esta Sala que se citan por la sentencia impugnada no proporcionen un apoyo directo a su fallo, tanto este como los razonamientos propios del tribunal sentenciador resultan plenamente ajustados a la legalidad procesal vigente, que comporta además, conforme al art. 807 LEC, la competencia objetiva del Juzgado de Familia que dictó la sentencia de divorcio, atribución competencial esta que ya venía siendo afirmada por la jurisprudencia durante la vigencia de la LEC de 1881 (SSTS 8 de julio de 1999, en recurso nº 3413/94, y 29 de noviembre de 1999, en recurso nº 743/1995)»* (STS de 23 de junio de 2015, Rec. 2376/2013).

### b) Naturaleza ganancial y privativa de bienes concretos:

Vivienda familiar*: «La Sala viene afirmando, como más adelante citaremos, que cuando la vivienda ha sido comprada conjuntamente por ambos esposos, antes de contraer matrimonio por precio aplazado, de forma que una parte del precio se pagó cuando aún eran solteros, con dinero privativo de ellos, y el resto durante el matrimonio y con dinero ganancial, corresponde pro indiviso a la sociedad de gananciales y a los dos esposos en proporción al valor de las*

*respectivas aportaciones, naturalmente si se trata de la vivienda familiar, por aplicación del artículo 1354 CC en relación con el párrafo segundo de 1357 del mismo Texto legal.*

*4.- Así se pronunció la Sala en sentencias de 23 de marzo de 1992, 7 de junio 1996, 9 de marzo 1998, 3 de abril de 1998 y 18 de diciembre de 2000. Incluso se llegó a aplicar tal normativa, habiéndose acreditado que sólo se pagó durante el matrimonio un solo plazo, en la sentencia de 16 marzo 2007, pues aunque las circunstancias fuesen muy singulares «no puede conducir más que a una crítica del modo en que el legislador ha regulado el sistema... no a prescindir del precepto»* (STS de 7 de julio de 2016, Rec. 2267/2014).

Impuesto sobre bienes inmuebles: *«[…] el IBI es un impuesto municipal de carácter real, cuyo hecho imponible lo constituye la propiedad de los bienes inmuebles (art. 61 Ley 39/1.988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales). Por lo tanto, el IBI sobre la vivienda y garaje, declarados en la instancia de naturaleza ganancial sin que en este recurso se impugne tal calificación, ha de ser soportado por la sociedad de gananciales hasta el momento de la extinción de dicha sociedad por la sentencia firme de separación entre los cónyuges. A partir de ese momento y hasta la liquidación de la sociedad, por ésta como carga de los bienes que componen su activo»* (STS de 20 de junio de 2006, Rec. 4765/1999).

Hipoteca que grava la vivienda familiar**:** «*el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362, 2º CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 CC*» (STS de 28 de marzo de 2011, Rec. 2177/2007, también STS de 21 de julio de 2016, Rec. 1549/2014).

Indemnización por despido: *«la sentencia de 29 junio 2005 declara tajantemente que "la indemnización es un bien adquirido tras la extinción de la comunidad de gananciales y no pertenece, retroactivamente, a ésta, sino que es un bien propio de la persona que lo adquiere". Este argumento se complementa con lo que se afirma en la sentencia de 20 diciembre 2003 que considera que lo percibido por el pensionista vigente la sociedad de gananciales tiene esta condición.*

*El resumen de la doctrina de esta Sala lleva a la conclusión que existen dos elementos cuya concurrencia permite declarar que una determinada prestación relacionada con los ingresos salariales, directos o indirectos, deba tener la naturaleza de bien ganancial o, por el contrario, queda excluida de la sociedad y formará parte de los bienes privativos de quien la percibió. Estos dos elementos son: a) la fecha de percepción de estos emolumentos: si se adquirieron durante la sociedad de gananciales, tendrán esta consideración, mientras que si se adquieren con posterioridad a la fecha de la disolución, deben tener la consideración de bienes privativos de quien los percibe; b) debe distinguirse entre el derecho a cobrar estas prestaciones que debe ser considerado como un componente de los derechos de la personalidad y que, por esto mismo, no son bienes gananciales porque son intransmisibles (sentencias de 25 marzo 1988 y 22 diciembre 1999 ), mientras que los rendimientos de estos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales, tendrán este carácter (sentencia de 20 diciembre 2003 ).*

*Esta conclusión viene avalada también por las regulaciones de otros regímenes económicos de comunidad, como ocurre con el artículo 28.2 de la Ley de Régimen económico matrimonial y Viudedad de Aragón, de 12 febrero 2003, que establece que ingresan en el patrimonio común durante el consorcio "las indemnizaciones concedidas a uno de los cónyuges por despido o cese de actividad profesional"»* (STS de 21 de junio de 2007, Rec. 2750/2000).

Pensión por jubilación: «*es doctrina consolidada que las generadas después de la disolución de la sociedad de gananciales es un bien de naturaleza privativa, como afirma la sentencia de 29 junio 2000. La de 20 diciembre 2003 resolvió un motivo planteado sobre la pensión de jubilación, en el que el recurrente consideró que dicha pensión debería tener carácter ganancial por el "hecho de que la misma surja de la cotización a la Seguridad social durante el tiempo legal, pues esta cotización se realiza con dinero ganancial"; la sentencia desestima el motivo porque la pensión de jubilación controvertida corresponde exclusivamente al esposo de la demandada, que la generó con su actividad laboral, y su nacimiento y su extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales del mismo (el hecho de su jubilación, en cuanto al primero, y el de su eventual fallecimiento, en cuanto al segundo). Así mismo, la sentencia de 20 diciembre 2004 consideró que no es ganancial la pensión del marido "ya que se trata de un derecho personal del trabajador al que no le es aplicable el artículo 1358"*» (STS de 26 de junio de 2007, Rec. 2750/2000).

## 1.6. Compensación del art. 1438 CC

### a) Interpretación jurisprudencial por la Sala Primera del TS.

«*El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge*» (STS de 14 de julio de 2011, Rec. 1691/2008).

«*Por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, ("solo con el trabajo realizado para la casa"), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen - STS 14 de julio 2011 -.» […]*

«*Es evidente que, con el paso del tiempo, el artículo 1438 ha dejado de tener el sentido que tuvo inicialmente, porque la sociedad ha cambiado a partir de un proceso de individualización y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de un esfuerzo evidente en conciliar la vida familiar y laboral. Pero también lo es que no todos los ordenamientos jurídicos españoles admiten la compensación para el cónyuge que contribuye a las cargas del matrimonio con su trabajo en casa cuando la relación termina (Navarra, Aragón y Baleares) y que aquellos que establecen como régimen primario el de la sociedad de gananciales, que permite hacer comunes las ganancias, no impiden a marido y mujer convenir otro distinto, como el de separación de bienes, en el que existe absoluta separación patrimonial pero en el que es posible pactar con igualdad el reparto de funciones en el matrimonio y fijar en su vista los parámetros a utilizar para determinar la concreta cantidad debida como compensación y la forma de pagarla por la dedicación a la casa y a los hijos de uno de ellos, lo que no ocurre en aquellos otros sistemas en los que se impone como régimen primario el de*

*separación de bienes y en el que, salvo pacto, no es posible regular convencionalmente aspectos de este régimen, como el de la compensación, que se establece en función de una serie de circunstancias distintas de las que resultan del artículo 1438 CC , como es el caso del artículo 232.5 del Código Civil de Cataluña en el que se tiene en cuenta el mayor trabajo de uno de los cónyuges para el caso ("sustancialmente"), así como el incremento patrimonial superior, o del artículo 12 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia en el que también se compensa el trabajo para la casa considerando como tal, no solo lo que constituye este trabajo específico, sino "la colaboración no retributiva o insuficientemente retribuida" que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional».*

[…] «*En el caso, son hechos probados de la sentencia que la esposa desde que pactara con su esposo el régimen de separación de bienes a través de capitulaciones vino desarrollando un trabajo en alguna de las empresas de la que era administrador el esposo, y que por este trabajo fuera del hogar percibía una retribución que oscilaba sobre los 800 euros, lo que es incompatible con el derecho a obtener la compensación económica que establece el artículo 1438 del CC.*» (SSTS de Pleno de 26 de marzo y de 14 de abril de 2015, Rec. 3107/2012 y 2609/2013).

«*En la sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2011 se dijo que el artículo 1438 CC se remite al convenio, o sea a lo que los cónyuges, al pactar este régimen, puedan establecer respecto a los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla. Ahora bien, esta opción no se utiliza, como sería deseable, ni se ha utilizado en este caso por lo que entonces será el juez quien deba fijarla, para lo cual el Código no contiene ningún tipo de orientación que no sea la que resulta de una norma especial en el marco del régimen económico matrimonial de separación de bienes y no del de participación de los artículos 1411 y siguientes del Código Civil. Una de las opciones posibles es el equivalente al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar este servicio ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar. Sin duda es un criterio que ofrece unas razonables y objetivas pautas de valoración, aunque en la práctica pueda resultar insuficiente en cuanto se niega al acreedor alguno de los beneficios propios de los asalariados que revierten en el beneficio económico para el cónyuge deudor y se ignora la cualificación profesional de quien resulta beneficiado. Pero nada obsta a que el juez utilice otras opciones para fijar finalmente la cuantía de la compensación, teniendo en cuenta que uno de los cónyuges sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro, sin generar ingresos propios ni participar en los del otro*» (STS de 25 de noviembre de 2015, Rec.2489/2013).

### b) Indemnización compatible con la pensión compensatoria.

«*Se trata de una norma de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque pueda tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación, y que puede hacerse efectiva bien en el proceso conyugal o en un procedimiento independiente*» (STS de 11 de diciembre de 2015, Rec. 1722/2014, citada por STS de 5 de mayo de 2016, Rec. 3333/2014).

*«una cosa es que la sala considere debidamente probada la concurrencia de los requisitos definidos en la jurisprudencia para reconocer a la esposa el derecho a la compensación del artículo 1438 del Código Civil, y otra distinta que no concurran los requisitos exigidos para establecer en su favor la compensación prevista en el artículo 97, compatible con*

*la anterior, en la forma que esta Sala ha venido interpretando la citada disposición»* (STS de 5 de octubre de 2016, Rec. 282/2015).

## 1.7. Filiación

### 1.7.1. **Aspectos sustantivos y procesales:**

#### a) Acumulación de acciones:

*«Cabe admitir que quien solicita una acción de filiación respecto de una determinada persona, implícitamente está manifestando que no está conforme con la paternidad que se establece en el asiento registral y la estimación de la demanda llevará consigo la consiguiente rectificación. La sentencia núm. 898/2005, de 22 noviembre afirma que «Esta interpretación de los preceptos aplicables tiene apoyo en las SSTS de 30 de abril de 1998, 19 de mayo de 1998, 8 de julio de 1991 y 20 de diciembre de 1991. En efecto, esta Sala ha resuelto la aparente antinomia entre los artículos 131 y 134 CC en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último hasta el punto de catalogarlo como verdadera excepción al primero, "ya que el propio artículo 134 permite, sin paliativos, la impugnación de la filiación contradictoria en todo caso, expresión ésta tan elocuente que permite colegir que siempre que la acción de reclamación se ejercite por el hijo o progenitor, es factible la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada" ( Sentencia de 23 de febrero de 1990 , con precedente, entre otras, en la de 3 de junio de 1988 , así como las de 14 de abril de 1998 , coherente con la de 30 de marzo de 1998 ). Y de esa misma expresión del artículo 134 ha deducido también (Sentencia de 8 de julio de 1991 que el ejercicio de la acción a que este precepto se refiere "provocará el simultáneo ejercicio de la impugnación de la filiación matrimonial que ostenta el hijo del matrimonio demandado", hasta concluir que al "permitir en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria" se viene a decir que la impugnación es accesoria de la reclamación por ser ambas (filiaciones) contradictorias y no poder subsistir conjuntamente, y, por otro lado, que en modo alguno puede admitirse que se aplique a la acción de reclamación, como acción principal, el plazo de prescripción o caducidad que señala el artículo 137 CC para la de impugnación (Sentencias de 20 de diciembre de 1991 , de 28 de noviembre de 1992 , de 16 de diciembre de 1994 , entre otras)»* (STS de 3 de julio de 2015, Rec. 1504/2014).

#### b) Acción de impugnación y legitimación activa: cómputo del plazo de 1 año de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido (art. 136 CC).

*«Profundizando en esta dirección debe resaltarse que admitido, en el contexto señalado, el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad por el marido, no obstante, su ejercicio no puede configurarse, a su vez, como una proyección de un derecho subjetivo en sentido estricto. Ello se comprende, en sede de filiación, tal y como contempla la reforma de 1981, y declara la doctrina del Tribunal Constitucional, en la configuración de un plazo de caducidad de la acción concorde con la concurrencia de distintos valores constitucionales que deben ponderarse necesariamente, particularmente de la defensa de la seguridad jurídica representada en la estabilidad del estado civil de hijo y de la certeza que el matrimonio dota a la filiación. De esta forma, ni la posibilidad de la investigación de la paternidad mediante su impugnación puede dejarse a la libre discrecionalidad del marido, ni tampoco el principio de prueba, como indicios serios y razonables al respecto, puede*

*reconducirse a la prueba de la paternidad misma, esto es, al conocimiento alcanzado por el marido basado exclusivamente en el principio de verdad biológica». […]*

*«Por tanto, fuera del implícito reconocimiento previo, la exigencia de una conducta activa y diligente en el marco de cognoscibilidad del marido constituye un presupuesto ineludible en la determinación del dies ad quod del plazo de caducidad que debe proyectarse en el principio de prueba como presupuesto, a su vez, del ejercicio de la acción. Consideración que, por otra parte, no resulta extraña en otras figuras afines, como la prescripción extintiva, (artículos 1964 y 1969 del Código Civil); en donde la formulación normativa dispensada: "desde que pudieron ejercitarse" presenta una clara conexión con este marco de cognoscibilidad informado desde el principio de buena fe, de suerte que el cómputo para su ejercicio no deba ser otro que el momento en que el titular afectado tuvo conocimiento de la lesión o debió tenerlo por exigencia de una diligencia básica o por hechos claros o serios al respecto,* STS de 11 de diciembre de 2012 (núm. 728, 2012)» (STS 2 de diciembre de 2013, Rec. 1335/2012).

### c) Impugnación de reconocimiento "por complacencia" de filiación de hijo del otro cónyuge.

*«No cabe negar, por esa razón, la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica.*

*Las razones por las que fijamos dicha doctrina jurisprudencial –dejando de lado la posible pero rarísima hipótesis de que el autor del reconocimiento de complacencia sea en realidad el padre biológico del reconocido, contra la que era su convicción al tiempo de reconocerlo– son las que siguen:*

*1.ª) El Código Civil español no establece como requisito estructural para la validez del reconocimiento que éste se corresponda con la verdad biológica. No figura como tal requisito en los artículos 121 a 126 CC. Ningún otro artículo del mismo cuerpo legal contempla una acción de anulación del reconocimiento por falta de correspondencia con la verdad biológica; es más, su artículo 138 parece excluir toda acción de anulación del reconocimiento, por falta de dicha correspondencia, que no sea la contemplada en el artículo 141 CC.*

*2.ª) Ninguno de los requisitos de validez o eficacia del reconocimiento establecidos en los artículos 121 a 126 CC busca asegurar que aquél se corresponda con la verdad biológica: obviamente no, los consentimientos complementarios previstos en los artículos 123, 124 y 126; tampoco, la aprobación judicial que requiere el artículo 124 CC, puesto que la falta de tal correspondencia no tiene por qué significar que el reconocimiento sea contrario al interés del menor o incapaz de cuyo reconocimiento se trate.*

*En cuanto a la aprobación judicial exigida por el artículo 121 CC para el reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad, es preciso despejar la duda que puede generar lo que dispone el apartado 1 del artículo 26 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria:*

*«El Juez resolverá lo que proceda sobre el reconocimiento de que se trate, atendiendo para ello al discernimiento de progenitor, la veracidad o autenticidad de su acto, la verosimilitud de la relación de procreación, sin necesidad de una prueba plena de la misma, y el interés del reconocido cuando sea menor o persona con capacidad modificada judicialmente».*

*Es evidente que la norma transcrita en modo alguno establece que la correspondencia con la verdad biológica sea con carácter general un requisito de validez del reconocimiento. A lo más, cabría deducir de la misma que es un requisito de validez del reconocimiento contemplado en el artículo 121 CC (no, del que contempla el artículo 124 CC, al que hay que entender referido sólo el mandato al Juez de que atienda al «interés del reconocido»); pero*

*parece que la interpretación más correcta del expresado artículo 26.1 no es entender que el Juez deberá negar la aprobación del reconocimiento que contempla el artículo 121 CC siempre que llegue a la convicción de que no se corresponde con la verdad biológica, sino que, en tal caso, el Juez habrá de asegurarse de que el incapaz o el que no puede contraer matrimonio por razón de edad conoce esa (probable) falta de correspondencia, y de si, pese a ello, mantiene su intención de reconocer, teniendo capacidad suficiente para entender y querer los efectos jurídicos de tal reconocimiento (de complacencia).*

*3.ª) Frente al autorizado criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, considera esta sala que –como dejó bien claro la sentencia del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo, que el mismo Centro Directivo invoca– las exigencias del principio de veracidad biológica o prevalencia de la verdad biológica (arts. 10.1 y 39.2 CE) pueden y deben cohonestarse con las que impone el principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad de los estados civiles, especialmente en interés de los menores de edad (arts. 9.3, 39.3 y 39.4 CE). En ese sentido nos hemos pronunciado en las sentencias 707/2014, de 3 de diciembre (Rec. 1946/2013), y 441/2016, de 30 de junio (Rec. 1957/2015), esta última del Pleno. No impone, pues, nuestra Ley Fundamental que en la filiación por naturaleza la verdad biológica prevalezca siempre sobre la realidad jurídica: sobre la determinación legal de esa clase de filiación. De otro modo, habría que considerar inconstitucionales la totalidad de las limitaciones de la legitimación activa y los plazos de caducidad que resultan de la regulación «De las acciones de filiación» contenida en el Capítulo III del Título V del Libro I del Código Civil.*

*4.ª) Es evidente que la tesis de que el reconocimiento de complacencia de la paternidad es nulo por falta de objeto presupone, sin base legal alguna, que el reconocimiento es, en el Derecho español, una confesión de la realidad o, al menos, de la convicción que el reconocedor tiene de que el reconocido es hijo biológico suyo.*

*5.ª) No cabe sostener la ilicitud de la causa del reconocimiento de complacencia sobre la base de que la intención del reconocedor es hacer nacer, al margen de las normas sobre la adopción, una relación jurídica de filiación entre él y la persona de la que sabe o tiene la convicción de que no es hijo biológico suyo, puesto que dicha motivación no puede considerarse contraria a la ley: el autor de un reconocimiento de complacencia de su paternidad no pretende (ni por supuesto conseguirá) establecer una relación jurídica de filiación adoptiva con el reconocido. No puede considerarse tampoco una motivación contraria al orden público, cuando el propio legislador (hoy la Ley 17/2006, de 26 de mayo) permite con gran amplitud las técnicas de reproducción humana asistida con gametos o preembriones de donantes. Ni contraria a la moral: se constata que los reconocimientos de complacencia de la paternidad son frecuentes, y no se aprecia que susciten reproche social; lo que sugiere que cumplen una función que, normalmente –cuando la convivencia entre el reconocedor y la madre del reconocido perdura–, se ajusta a los deseos y satisface bien los intereses de todos los concernidos. En la contestación a la demanda, el representante de doña M alegó que:*

*«[T]ras varios años de convivencia, dos de ellos casados, y una vez que el matrimonio decidió tener descendencia, el hoy actor planteó a mi presentada la conveniencia de reconocer antes a la hija para que todos los hijos tuvieran los mismos apellidos y no fuesen objeto de comentarios entre todos los compañeros una vez que se escolarizasen».*

*Parece creíble, se comprende humanamente, y todo pudo acabar bien. Cabe comprender también las reticencias de la gente común ante la solución alternativa de la adopción. Los reconocimientos de complacencia no son, pues, una práctica que el brazo armado del Derecho tenga que combatir.*

*6.ª) La nulidad de los referidos reconocimientos no encuentra tampoco soporte en la norma del artículo 6.4 CC (fraude objetivo de las normas sobre la adopción), porque la sanción que establece no es la nulidad, y obviamente el reconocimiento de complacencia no vale para establecer una filiación adoptiva entre el reconocedor y el reconocido; ni para determinar –como se confirmará más adelante– una filiación por naturaleza que no pueda impugnarse por falta de correspondencia entre el reconocimiento y la verdad biológica.*

*7.ª) En fin, pero no menos importante: esta sala considera inaceptables las consecuencias a las que abocaría la tesis de la nulidad del reconocimiento de complacencia de la paternidad en un Derecho como el español vigente: la acción declarativa de su nulidad sería imprescriptible, y podría ser ejercida por cualquier persona con interés legítimo y directo, acaso incluso por el Ministerio Fiscal: como ya expusimos que dispone el apartado 4 del artículo 235-27 del Código Civil catalán para «el reconocimiento de la paternidad hecho en fraude de ley», que hemos denominado aquí reconocimiento «de conveniencia» (*STS de Plenode 15 de julio de 2016, Rec. 1290/2015).

Y añade: «*Cabe que quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad ejercite una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Si esa acción prospera, el reconocimiento devendrá ineficaz. La acción procedente será la regulada en el artículo 136 CC si la paternidad determinada legalmente por el reconocimiento es matrimonial en el momento de ejercicio de la acción; y será la que regula el artículo 140.II CC si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo del ejercicio de la acción.*

*Las razones por las que fijamos dicha doctrina jurisprudencial –que es oportuno aclarar que no consideramos impuesta por el principio constitucional de verdad biológica– son las que siguen:*

*1.ª) Privar al autor del reconocimiento de complacencia de la acción de impugnación de la paternidad fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido carece de base legal en las normas sobre filiación. En efecto:*

*El artículo 136 CC no priva de dicha acción al marido que, en los casos que respectivamente contemplan los artículos 117 y 118 CC, haya reconocido su paternidad expresa o tácitamente, o consentido la inscripción de la filiación como matrimonial, sabiendo o estando convencido de no ser el padre biológico del hijo de su cónyuge.*

*El artículo 140 CC no priva de legitimación activa al reconocedor por el hecho de que haya reconocido sabiendo o teniendo la convicción de no ser el padre biológico del reconocido.*

*2.ª) Lo anterior no justifica dirigir a los mencionados artículos reproche constitucional alguno, puesto que el legislador ha atendido las exigencias del principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad del estado civil determinado mediante el reconocimiento, especialmente en interés del reconocido, estableciendo los respectivos plazos de caducidad de un año (art. 136 CC) y cuatro años (art. 140.II CC), se trate o no de un reconocimiento de complacencia.*

*3.ª) Dado que no se trata de un reconocimiento «de conveniencia» o en fraude de ley, la regla nemoaudiatur propriam turpitudinem allegans no puede valer para impedir al reconocedor de complacencia el ejercicio de la expresada acción de impugnación de la paternidad.*

*4.ª) Tampoco cabe invocar a dicho efecto lo que dispone el artículo 7.1 CC (doctrina de los actos propios), pues las cuestiones de estado civil son de orden público indisponible (art. 1814 CC).*

*5.ª) Como muestra una somera comparación de los artículos 737 y 741 CC, el reconocimiento es irrevocable; pero eso significa que el reconocedor no puede hacerlo ineficaz mediante una declaración de retractación. Es por tanto incorrecto calificar de revocación la ineficacia sobrevenida del reconocimiento, sea o no de complacencia, a consecuencia de haber prosperado la acción de impugnación de la paternidad por no ser el reconocedor el padre biológico del reconocido.*

*6.ª) Es cierto que el artículo 8.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, prohíbe impugnar su paternidad al marido que haya prestado consentimiento formal, previo y expreso a la fecundación de su mujer con contribución de donante o donantes; pero la diferencia entre ese tipo de casos y los reconocimientos de complacencia de la paternidad es clara y decisiva: el reconocedor de complacencia es ajeno a la decisión de la madre de engendrar al que será reconocido por aquél.*

*7.ª) No sobrará añadir, en fin, que no parece justa una visión general de los reconocedores de complacencia como personas frívolas o inconstantes, cuyos caprichosos cambios de opinión no pueda el Derecho tolerar: a las que deba privárseles de toda posibilidad de reconstruir su vida afectiva y familiar, aunque se haya quebrado la convivencia con la madre del reconocido a pesar de lo que, en la normalidad de los casos, preveían y deseaban que ocurriera. La solución de que, aun siendo reconocedores de complacencia, puedan tener esa posibilidad abierta durante los breves plazos de caducidad establecidos con carácter general en los artículos 136 y 140.II CC, nos parece una solución moderada, que conjuga adecuadamente los intereses en juego.*

*«la acción de impugnación de la paternidad que dicho reconocedor podrá ejercitar será la regulada en el artículo 136 CC, durante el plazo de caducidad de un año que el mismo artículo establece. También será esa la acción, cuando el reconocimiento se haya realizado con anterioridad a la celebración del referido matrimonio; y a no ser que hubiera caducado antes la acción que regula el artículo 140.II CC, en cuyo caso, el reconocedor no podrá ejercitar la acción del artículo 136 CC: el matrimonio no abrirá un nuevo plazo de un año a tal efecto».*
Solución fundada en las siguientes razones:

*«1.ª) La finalidad del artículo 119 CC es robustecer la protección jurídica de la familia que se ha convertido en matrimonial, y precisamente por la razón de que ha venido a serlo; un robustecimiento que consiste, especialmente, en hacer más difícil la impugnación de la filiación.*

*2.ª) No se compadece con esa finalidad entender que la aplicación del artículo 119 requiere que «los progenitores» a los que se refiere sean el padre y la madre biológicos. Hay que interpretar dicha expresión en el sentido de «el padre y la madre» legales, esto es, las personas cuya paternidad y maternidad ha quedado determinada legalmente. Y quizás porque tal determinación puede producirse con posterioridad a la celebración del matrimonio entre ellas, fue la simple razón por la que el legislador empleó la expresión «los progenitores», en vez de «el padre y la madre».*

*3.ª) El artículo 235-7 del Código Civil de Catalunya dispone:*

*«1. Los hijos comunes nacidos antes del matrimonio del padre y de la madre tienen, desde la fecha de celebración de éste, la condición de matrimoniales si la filiación queda determinada legalmente.*

*»2. La impugnación de la filiación a que se refiere el apartado 1 se rige por las reglas de la filiación no matrimonial».*

*Nada semejante aparece en el Código Civil del Estado.*

*4.ª) Ni el tenor literal ni la ratio del artículo 119 CC permiten limitar en modo alguno el alcance de su consecuencia jurídica en atención al hecho de que la determinación legal de la filiación -el reconocimiento de la paternidad en lo que aquí interesa- se haya producido con anterioridad a la celebración del matrimonio. De hecho, lo que se había planteado la doctrina es si ése sería el único caso en el que el precepto se aplicaría, respondiendo unánimemente en sentido negativo. El orden temporal en el que hayan tenido lugar el matrimonio y la determinación legal de la filiación (el reconocimiento de la paternidad en lo que interesa) es irrelevante para la consecuencia de que la filiación adquiere a todos los efectos el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio.*

*Conviene añadir que, si el reconocimiento es posterior al matrimonio, el dies a quo del plazo de caducidad de un año será el día de la perfección del reconocimiento. Si el matrimonio es posterior, el día de su celebración; aunque, si hubiera caducado antes la acción para impugnar la paternidad no matrimonial, debería denegarse también al reconocedor la acción del artículo 136 CC, pues no parece lógico que disponga de un mayor plazo para impugnar por el simple hecho de haberse casado con la madre.*

*5.ª) En fin, no se nos alcanza razón alguna para que lo que antecede no deba valer igual porque sea de complacencia el reconocimiento que determine legalmente la*

*paternidad del hijo de la cónyuge del reconocedor»* (STS de Pleno de 15 de julio de 2016. Rec. 1290/2015).

### d) Exigencia de principio de prueba.

«*es uniforme y consolidada doctrina de esta Sala (Sentencias de 3 de Diciembre de 1991, 8 y 20 de Octubre de 1993, 28 de Mayo de 1994, 3 de Septiembre de 1996, 3 de Octubre de 1998, entre otras) la de que, respecto de la exigencia del párrafo segundo del artículo 127 del Código Civil (acompañar con la demanda "un principio de prueba"), ha de hacerse una interpretación "espiritualizada", en el sentido de que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado y, de este modo, pueda llevarse a cabo un control de la razonabilidad de dicha demanda, pues el requisito procesal de dicho precepto constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una restricción, ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39.2 de la Constitución. En el presente supuesto, la seriedad y razonabilidad de la demanda formulada por Dª Ángela no sólo quedó constatada con el ofrecimiento de prueba que hizo en su referida demanda, sino que posteriormente ha sido corroborada con la estimación de la misma, que han hecho las contestes sentencias de la instancia»* (STS de 18 de marzo de 2000, Rec. 564/1995).

Su fin es «*servir de filtro para impedir aquellas reclamaciones que sean absolutamente infundadas y caprichosas y tal exigencia probatoria no es confundible con la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión que habrá de realizarse en el proceso - sentencias de este Tribunal de 3 de junio de 1988, 3 de diciembre de 1991, 6 de octubre de 1993, 28 de abril de 1994 y 1 de octubre de 1999, entre otras-. Cierto que esta Sala, en su citada sentencia de 3 de diciembre de 1991, ratificada por la de 4 de mayo de 1999, ha recogido al respecto que esta exigencia de un principio de prueba en la demanda, no es necesario que tenga que plasmarse en un determinado documento que se acompañe a la demanda, bastando en esta las ofertas de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado. En definitiva, que según tal doctrina, este requisito del art. 127,2 del Código Civil "constituya un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca una restricción, ni un obstáculo y basta con que en el cuerpo de este escrito inicial existan referencias concretas a medios de prueba a prácticas que contribuyan a conferir al sustento fáctico de la petición, credibilidad y verosimilitud aunque luego no prospere la demanda"»* (STS de 1 de febrero de 2002, Rec. 2524/1996).

### e) Prueba biológica: efectos de la negativa a su práctica.

«*El Tribunal Constitucional (v. gr., STC de 14 de febrero de 2005) acepta la doctrina de esta Sala con arreglo a la cual la negativa a la práctica de la prueba biológica de paternidad no puede interpretarse como una ficta confessio [confesión presunta] del afectado, sino que tiene la condición de un indicio probatorio que ha de ser ponderado por el órgano judicial en relación con la base probatoria indiciaria existente en el procedimiento. Según esta doctrina, en efecto, dicha negativa no es base para integrar una ficta confessio, aunque representa o puede representar un indicio «valioso» o «muy cualificado» que, puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a que éstas en sí mismas y por sí solas no fueran suficientes para estimar probada una*

*paternidad que por sí es de imposible prueba absoluta" y añade que "De este modo, la vinculación del afectado a la práctica de la prueba biológica no constituye propiamente un deber, sino, como varias veces hemos dicho (entre las más recientes, SSTS de 7 de diciembre de 2005 y 2 de febrero de 2006 ), una carga procesal, puesto que su incumplimiento no puede dar lugar a imponer su realización mediante medios coactivos, sino que únicamente determina que, en caso de ser injustificada la negativa, recaigan sobre la persona renuente las consecuencias de la falta de prueba , siempre que concurran los requisitos determinados por la doctrina constitucional y la jurisprudencia civil (la existencia de indicios suficientes para, conjuntamente con la consideración de dicha negativa como indicio muy cualificado, considerar determinada presuntivamente la paternidad reclamada)"» […]*

*«La existencia de indicios de este carácter, según la orientación que se ha consolidado en nuestra jurisprudencia, priva de justificación a la negativa, y colma su eficacia indiciaria. Desde esta perspectiva, la plataforma fáctica integrada por los indicios antes reseñados, que demuestran la observación por diferentes personas que los conocen de actitudes de familiaridad, compañía y expresión de una relación de cariño durante un periodo de tiempo significativo entre los litigantes, anterior y coincidente con el de la concepción, que permiten reconocer la verosimilitud, en términos de razonabilidad, de la existencia de relaciones sexuales entre los litigantes, integra un conjunto de hechos desde luego insuficientes para fundar por sí mismos la determinación de la paternidad en virtud de una presunción hominis [de hombre, es decir, no legal], pero a los que es fuerza reconocer un valor coadyuvante de relevancia suficiente para colmar una presunción de paternidad apoyada solidariamente en la negativa injustificada del afectado a someterse a la prueba biológica como indicio especialmente cualificado -en el concierto jurídico de los derechos afectados-, pero necesitado para su plena virtualidad -en el sistema constitucional de derechos fundamentales, interpretado por el Tribunal Constitucional- del apoyo de otros indicios, como los que, extraídos de la prueba practicada en el proceso con todas las garantías, hemos ponderado racionalmente según las reglas del criterio humano»* (STS de 27 de febrero de 2007, Rec. 2965/1996).

*«Es doctrina consolidada que la negativa al sometimiento a la prueba biológica no puede ser considerada como una ficta confessio, sino que tiene la condición de un indicio probatorio que, unido a otras pruebas obrantes en el proceso, debe ser ponderado por el juzgador a los efectos de atribuir la paternidad reclamada (STC 14-2-2005ySSTS 27-2-2007, entre otras). Por lo tanto, hay que examinar cuáles son las razones de la decisión y las pruebas que se han aportado, con las que debe ponderarse la negativa al sometimiento a dicha prueba»* (STS de 11 de abril de 2012, Rec. 535/2011).

### 1.7.2. **Efectos**

#### a) Determinación del orden de apellidos en supuestos de determinación de la filiación de forma sobrevenida.

*«Es cierto que la aplicación de esa doctrina a los supuestos enjuiciados, con cita de la STC, Sala segunda, 167/2013 de 7 de octubre, ha podido inducir a pensar que el interés del menor solo justifica que no se acceda al cambio de apellidos cuando la reclamación de paternidad sea tardía. Pero, sin embargo, con ser ello un elemento relevante a considerar, no puede ser tenido como único y esencial, pues, a juicio de la Sala, se ha de partir de que el menor se inscribió con una sola filiación reconocida, teniendo como primer apellido el que entonces se determinó, así como que «es patente la relevancia individualizadora del primero de*

*los apellidos de una persona».* En consecuencia: «*A partir de las anteriores consideraciones, y dando respuesta conjunta a los motivos del recurso por la estrecha relación que guardan entre sí, como autoriza la doctrina de esta Sala, procede la estimación de los mismos, y por ende del recurso de casación, ya que, habiéndose inscrito el menor con el primer apellido de la madre, por ser la única filiación reconocida en ese momento, no se ha acreditado ninguna circunstancia que, siempre bajo el interés superior del menor, aconseje el cambio del apellido con el que aparece identificado desde la inscripción de su nacimiento.*

*Por tanto, la interrogante que hemos de responder en estos supuestos no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Si no consta ese beneficio, no existe, pues, razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado el menor»* (STS de Pleno de 10 de noviembre de 2016, Rec. 2191/2015).

### b) Eventual retroacción de la obligación de alimentos en supuestos de impugnación o reclamación de la filiación (art. 148 CC).

**-** Pretensión de reembolso de las cantidades pagadas como pensión por alimentos a favor de una hija tras declararse la inexistencia de relación de filiación.

*«Estos alimentos, como las demás obligaciones que integran la potestad de los padres (artículo 154 CC) -velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos, formarlos, representarlos y administrar sus bienes- y el propio hecho de la filiación ( artículo 111 CC ), han surtido sus efectos en cada uno de los momentos de la vida de la niña porque la función de protección debía cumplirse y a la hija debía de alimentarse, sin que pueda solicitarse su devolución por todo el periodo de vida de la niña, ni por supuesto, por el que ahora se reclama, por el hecho de que no coincide la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal. La no devolución tiene su origen en la vieja sentencia de 18 de abril de 1913 , que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897 , que establecieron que los alimentos no tienen efectos retroactivos, "de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida". No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos mientras se mantengan.*

*c) El derecho a los alimentos de la hija existía, por tanto, por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio y como consecuencia de esa apariencia de paternidad el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían, entre las que se encontraba no solo la manutención económica, sino la de velar por ella, tenerla en su compañía, educarla, formarla, representarla y administrar sus bienes. Por tanto, los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial, lo que hace inviable la acción formulada de cobro de lo indebido. La filiación , dice el artículo 112 CC , "produce sus efectos desde que tiene lugar", y "su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no disponga lo contrario"; efecto retroactivo de la determinación legal de la filiación que opera cuando éste sea positivo para el menor, pero no en el supuesto contrario, como sucede en otros casos, como en el de extinción de la adopción (artículo 180.3 CC : "La extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanza a los efectos*

*patrimoniales anteriormente producidos"); en el de la declaración de nulidad del matrimonio ( artículo 79 CC : "La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos..."), o en el supuesto de fallecimiento del alimentante ( artículo 148.3 CC : "Se verificará el pago por meses anticipados, y cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente"), y como también resulta de la propia jurisprudencia respecto al carácter consumible de los alimentos o de sentencias como la de 18 de noviembre de 2014 conforme a la cual la extinción de la pensión alimenticia de un hijo mayor de edad no puede tener efectos retroactivos desde la fecha de la demanda de modificación de medidas, sino desde el día siguiente de la notificación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.*

*Es cierto que las relaciones de paternidad tienen como base principal la realidad biológica, pero esta realidad no excluye necesariamente situaciones como la contemplada en el caso resuelto por la sentencia de 20 de noviembre de 2013 , en el que se atribuye la guarda y custodia de una niña a quien impugnó la paternidad, lo que pone en evidencia el riesgo de trasladar sin más determinadas acciones, como la que ahora se enjuicia, al ámbito de las relaciones familiares para fundar un derecho de crédito al margen de las reglas propias que resultan de la filiación , de la propia consideración del matrimonio y de la familia y, en definitiva, de un entramado de relaciones personales y patrimoniales que no es posible disociar»* (STS de 24 de abril de 2015, Rec. 1254/2013).

Pretensión de reembolso de cantidades satisfechas por la madre en concepto de alimentos tras la declaración judicial de paternidad.

*«Cierto es que el art. 148 CC establece una mínima retroactividad hasta la fecha de interposición de la demanda y no desde una posible reclamación extrajudicial, por un determinado periodo, como ocurre en el Código Civil de Cataluña, siendo así que hasta ese momento los alimentos se han prestado o han sido atendidos por quien los reclama, y como tales se han consumido, desapareciendo la necesidad», de forma que: si el alimentista carece de acción para ampliar su reclamación a un momento anterior, porque lo impide el art. 148 del CC, con mayor motivo no la tendrá su madre a través de la acción de reembolso ejercitada al margen de las reglas propias que resultan de la obligación de proveer alimentos en orden a satisfacer las múltiples necesidades de los hijos. Puede haber, sin duda, una obligación moral a cargo de quien finalmente es declarado padre, pero lo cierto es que la ley no concede acción para pedir el cumplimiento de un deber de esta clase y considera igualmente justo negar acción para compensar una situación que puede considerase injusta y pedir la devolución de lo pagado en aras de una regulación más ajustada al artículo 39 CE; solución que solo sería posible mediante una modificación del artículo 148 del Código Civil , que extendiera la obligación de prestar alimentos a los hijos menores más allá de lo que la norma autoriza, al menos desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda en un determinado tiempo, e incluso facilitando la acción de reembolso de lo gastado al progenitor que asumió el cuidado del hijo en la parte que corresponde al progenitor no conviviente, con el límite de la prescripción, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos» […]*

*«es cierto que la retroactividad de los alimentos facilitaría procesalmente el resarcimiento del progenitor que cumplió su obligación ex art. 154.1 del Código Civil como vía para reclamar la deuda al progenitor incumplidor. Pero la retroactividad de la obligación de prestación de alimentos al menor no se orientaría a su asistencia, como fin constitucionalmente relevante del art. 39.3 CE , pues el menor ya fue asistido y sus necesidades ya fueron cubiertas, sino a resarcir al progenitor cumplidor, que puede formular demanda en reclamación de alimentos tan pronto como nace la obligación frente a una deuda generada a su favor por el progenitor incumplidor, y la limitación temporal de la exigibilidad de los alimentos, ante el*

*incumplimiento voluntario por parte del progenitor no custodio, resulta además proporcionada para evitar una situación de pendencia que no sería compatible con la seguridad jurídica ( art. 9.3 CE )»* (STS de Pleno de 29 de septiembre de 2016, Rec. 3326/2015).

## 2. INTERÉS CASACIONAL Y MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD DE OBRAR

### 2.1. Reglas interpretativas de las normas sobre modificación de la capacidad (Convención de Nueva York).

**Sentencia del Pleno 282/2009 de 29 de abril de 2009, Rec. 1259/2006.** INCAPACIDAD. La interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención de Nueva York de 2006. La incapacitación no altera la titularidad de los derechos fundamentales, aunque si afecta a su ejercicio y se justifica por su finalidad protectora de la persona.

En su F D Quinto se declara: «QUINTO. REGLAS INTERPRETATIVAS DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE INCAPACITACIÓN.

Antes de entrar a examinar los diversos motivos del recurso de casación esta Sala debe establecer las reglas interpretativas que permitirán compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York, de 2006 y lo establecido en el Código civil, a partir de la reforma de 1983. La cuestión interpretativa que plantea la Convención se centra en su Art. 12 que establece lo siguiente:

"Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de

condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".

El problema planteado en el recurso de casación y en la impugnación del Ministerio Fiscal se centra, en consecuencia, en determinar si como consecuencia de la entrada en vigor de esta Convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces.

1º La Convención, en sus Arts. 3 y 12, de la misma manera que en su título y en Propósito expresado en el Art. 1, pretende "promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad" de los derechos fundamentales a un colectivo de personas que presentan cualquier tipo de discapacidad, entendida ésta en el sentido que se ofrece en su Art. 1.2 de la Convención, que las identifica como aquellas que tengan "deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". España ha tomado ya algunas decisiones de contenido diverso en el mismo sentido que se establece en la Convención ya a partir de la reforma del Código civil ocurrida por Ley 13/1983, de 24 de octubre y, además, en la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de patrimonio de las personas con discapacidad; la ley 51/2003, de 2 diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad y la ley 39/2006, de 14 diciembre de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia. De este modo debe afirmarse que el Derecho español, en aplicación de lo establecido en el Art. 49 CE, ha tomado la iniciativa en la protección de este grupo de personas que por sus características personales pueden sufrir una serie de limitaciones en su integración social y ello se ha realizado tanto en el campo del Derecho civil, como en el ámbito del bienestar social. Cuál deba ser la forma de identificar la situación jurídica de estas personas no pertenece a este Tribunal decidirlo; será el poder legislativo quien va a tener que fijar las normas para su nominación, porque esta Sala no tiene la competencia para juzgar sobre los términos más adecuados para identificar las instituciones de protección. Y el caso es que la Disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo establece que el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley "reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención […]".

2º En los grupos de personas a los que se refiere la Convención de Nueva York se producen diferentes problemas. Puede tratarse de personas dependientes, que sólo necesiten asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera, un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Lo que sí que ocurre es que el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada. Esta diferente situación ya fue prevista en la antigua sentencia de esta Sala de 5 marzo 1947 donde se admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación y aunque una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que adaptaba la incapacitación a la realidad social, lo cierto es que no sólo fue aplicándose el sistema, sino que finalmente se aceptó en la legislación civil posterior a la CE. De este modo puede afirmarse que la tradición interpretativa de esta Sala ha sido siempre favorable a las personas con necesidad de ser protegidas por falta de capacidad.

En consecuencia, la actual regulación de las medidas de protección se basa en tres soluciones, a su vez adaptables a cada concreta situación: a) la incapacitación; b) la

curatela, y c) las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales, regulada en la reforma del Código civil efectuada por la Ley 41/2003.

3º El derecho de la persona está recogido en el artículo 10 CE, que se basa en el reconocimiento de la dignidad de la persona. En consecuencia, la regulación de la persona desde el punto de vista jurídico no puede fraccionarse, porque la unidad del valor persona, impide la división en bienes o situaciones aisladas. En el artículo 10 CE la persona es un valor, que debe ser tutelado por el legislador y el juez, porque existe un interés jurídico protegido en el ordenamiento.

Pero el problema que puede plantear la entrada en vigor de la Convención y la necesidad de interpretación conjunta de todo el ordenamiento jurídico a la luz de estos principios consiste en cómo integrar la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer. Y ello partiendo de una base indiscutible de acuerdo con la que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección.

Para que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurran algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad. Esto comporta que puedan producirse a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica, y b) La mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello hay que afirmar rotundamente que la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.

4º Debe ser positiva la respuesta a la pregunta de si está de acuerdo con los valores constitucionales una regulación específica de la situación jurídica del incapaz. Todas las personas, por el hecho del nacimiento, son titulares de derechos fundamentales con independencia de su estado de salud, física o psíquica. Los derechos reconocidos constitucionalmente se ostentan con independencia de las capacidades intelectivas del titular. Así el artículo 162 CC exceptúa de la representación de los padres “los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo” (un caso emblemático es el recogido en la STC 154/2002, de 18 julio sobre libertad religiosa del hijo menor de edad, aunque mayor de 14 años) y aunque el Art. 162 CC aparece referido sólo a menores, esta misma norma se aplicará cuando se prorrogue la patria potestad, al incapacitarse hijos mayores y, por su propia naturaleza, a los incapacitados, ya que la sentencia tiene contenido variable, según dispone el Art. 760.1 LEC y se establecía en el ahora derogado Art. 210 CC después de la reforma de 1983; también el Art. 209 del Código de Familia de Cataluña (ley 9/1998, de 15 julio) excluye de la representación los actos “relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que lo regulen lo dispongan de otro modo” y ello tanto en lo que se refiere a la tutela de menores, como a la de los incapaces.

Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Hay que leer por tanto conjuntamente la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE, por lo que

a) La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica, de modo que el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo

políticas de integración y protección. En este sentido ha sido siempre entendida la incapacitación, como pone de relieve, entre otras la sentencia de esta Sala de 16 septiembre 1999 que declaró que “implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial”.(asimismo STS de 14 julio 2004).

b) No es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su personas y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.

c) La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal (artículo 14 CE), tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección.

SEXTO. DERECHO COMPARADO.

Los anteriores argumentos han sido adoptados en países de nuestro entorno cultural, firmantes asimismo de la Convención de 2006.

1. Debe citarse el Código civil del Québec, cuyo Art. 285, traducido, dice que el Tribunal instituirá la tutela si se ha determinado que la ineptitud de la persona mayor para autogobernarse (“prendre soin de lui-même”) es parcial o temporal y que tiene necesidad de ser representado en el ejercicio de sus derechos civiles. Puede nombrar el Tribunal un tutor para la persona y los bienes o bien un tutor para la persona y uno para los bienes.

2. El Codice civile italiano, a partir de su reforma de 9 enero 2004, distingue dos sistemas de protección: la denominada “amministrazione di sostengo” (artículo 404 Codice civile) y la incapacitación (artículos 414 y ss). La primera es una forma de protección de la persona que se produce por efecto de una enfermedad o de una discapacidad, aunque sea parcial o temporal; la persona se ve imposibilitada de proveer a sus propios intereses, mientras que la incapacitación, que producirá el nombramiento de un tutor, afectará a los menores emancipados y los mayores de edad que se encuentran en condiciones habituales de enfermedad mental que les hace incapaces de proveer a sus propios intereses; en esta situación se procederá al nombramiento de un tutor, que representará al sometido a esta medida.

3. El Code civil francés, establece en el Art. 491 un sistema de protección del mayor de edad que por una de las causas previstas en la ley, necesita estar protegido en los actos de la vía civil. Reconoce que conserva el ejercicio de todos sus derechos. Este sistema recibe el nombre de "suavegarde de justice”. Prevé también la tutela (artículo 492) para los casos de un mayor que tenga necesidad de ser representado de forma continuada en todos los actos de la vía civil. En general, considera que se trata de mayores de edad protegidos por la

ley. Esta regulación proviene de la modificación del Code realizada por la ley nº 68-5 de 3 enero 1968.

4. El BGB reformó en 1998 las cuestiones relacionadas con la capacidad; cuando se trata de mayores de edad, el § 1896 (1) establece (traducido) que "si un mayor de edad, como consecuencia de una enfermedad psíquica o una discapacidad física, psíquica o mental no puede cuidar total o parcialmente de sus asuntos, el juzgado de tutelas, a petición suya o de oficio, le nombra un asistente legal. […]. Si el mayor de edad no puede cuidar de sus asuntos a causa de una discapacidad física, el asistente legal sólo puede ser nombrado a petición suya, salvo que no pueda manifestar su voluntad"; a continuación el § 1902 BGB establece: "representación del asistido. Dentro del ámbito de sus funciones, el asistente legal representa al asistido en juicio y fuera de él".

De este repaso se puede llegar a la conclusión que, aunque utilizándose distintos nombres, los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno establecen sistemas protectores que sustituyen al declarado incapaz para protegerle. Estos sistemas tienen una intensidad variable, pero siempre prevén que en aquellos ámbitos en los que se establezca la medida de protección, el asistente o tutor representará al incapaz. Y vienen a coincidir, aunque con nombres diversos, en los tres grados de protección previstos en el Código civil español y explicitados en el Fundamento Jurídico 5º de esta sentencia.

SÉPTIMO. LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN.

Otra cosa distinta es si el sistema de protección debe ser o no rígido, en el sentido de que no debe ser estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y además, constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección.

Esta Sala, en la ya citada sentencia de 5 marzo 1947, entendió que la ley entonces vigente tenía una laguna, cuando no permitía regular los efectos de la debilidad o el atraso mental como distintos de los de la demencia o locura, laguna que colmó ajustando la extensión de la tutela al grado de intensidad con que se manifiesta en cada caso la perturbación, sentencia que fue seguida por las de 13 mayo 1960, 25 marzo 1961, 17 abril 1965 y 6 febrero 1968. La reforma del Código de acuerdo con la ley 13/1983, de 24 octubre introdujo un sistema proteccionista, pasando del concepto tradicional capacidad/incapacidad a una situación adaptable a las necesidades de protección del destinatario de la medida. Desde entonces se viene sosteniendo por la jurisprudencia y la doctrina que la incapacitación sólo es un sistema de protección frente a limitaciones existenciales del individuo y que nunca podrá discutirse la cualidad de persona del sometido a dicho sistema de protección. La ley 41/2003, de 18 noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, introduce un nuevo sistema de protección, sin incapacitación, para personas en razón de su discapacidad, con relevancia en el ámbito del Derecho civil; este sistema no depende, pues, de la incapacitación, ni constituye un estado civil y se aplica a quienes estén afectados por una minusvalía psíquica igual o mayor al 33% y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65% (Art. 2.2).

La STC 174/2002, de 9 octubre dice que "En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los

trámites o diligencias que exigía el art. 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 LECiv) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación […]. La incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable".

De este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone:

1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC.

2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.»

## 2.2. Autotutela.

**STS 504/2012 CIP Nº Recurso: 1362/2011**

La Sala desestima el recurso extraordinario por infracción procesal, considera correctamente motivada la sentencia impugnada por cuanto razona adecuadamente la denegación de la designación de la persona propuesta como tutora por el interesado en previsión de ser declarado incapaz y ello, evaluando diferentes factores:

1º La decisión se ha tomado teniendo en cuenta que para el nombramiento de la persona encargada de la tutela, debe primar el interés superior del incapacitado.

2º El incapacitado es muy influenciable por personas ajenas, dada su enfermedad.

3º Estas mismas razones llevan evitar el nombramiento de personas que pudieran administrar su importante patrimonio, de forma no conveniente para sus intereses.

4º Y todo ello se deriva del enjuiciamiento de la prueba obrante en autos.

Asimismo desestima el recurso de casación al considerar que la sentencia recurrida se ajusta a las normas vigentes en España, así como a la jurisprudencia, porque se ha constatado que concurre causa de incapacitación al haber quedado probado que el recurrente está afectado por una enfermedad psíquica, que esta enfermedad le impide gobernarse por sí mismo, así como el importante patrimonio mobiliario del recurrente, consistente precisamente en

depósitos bancarios, inversiones mobiliarias y otros del mismo tipo, está plenamente justificado el sometimiento a tutela parcial, limitada exclusivamente a la disposición y manejo de su patrimonio, sin que afecte a otros aspectos personales. Finalmente en relación a la autotutela, concluye que en los ordenamientos que han previsto la delación voluntaria de la tutela, el juez no está vinculado por ella cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección. En cualquier caso, la alteración del orden establecido en el Art. 234.1 CC debe efectuarse en resolución motivada, tal y como acontece en este caso.

El nombramiento de tutor efectuado por el interesado en previsión de su posible incapacitación puede no ser aceptado por el juez cuando se demuestra que puede ser perjudicial para los intereses de la persona incapacitada.

### 2.3. Curatela, asistencia para control terapéutico de su enfermedad y sometimiento a tratamiento, y para disposición y administración de sus bienes. Dinero de bolsillo.

**STS 1/10/2012, Nº Sentencia: 617/2012. CASACIÓN Nº Recurso: 262/2012**

El Ministerio Fiscal interpuso demanda promoviendo la declaración de incapacidad parcial de una persona, a instancias de los familiares de esta, y propuso la designación de curador para que pudiera asistirla en las cuestiones relativas al control terapéutico de su enfermedad y el sometimiento al tratamiento, así como para la administración y disposición de sus bienes, a excepción de dinero de bolsillo. El Juzgado estimó la demanda y la Audiencia la confirmó salvo en el sentido de precisar que era capaz para administrar su pensión y ejercitar el derecho de sufragio activo.

Se desestima el recurso de casación interpuesto por el incapacitado parcialmente. Y ello pues sobre la base de hacer vida independiente, los informes (forense y de análisis de cabello) demuestran trastorno depresivo reactivo por dependencia del alcohol, patología que le limita en sus capacidades de querer, entender y autodeterminarse libremente. Estos hechos deben respetarse en casación. En nuestro Derecho se presume la capacidad mientras no se pruebe lo contrario. No basta una enfermedad persistente: es preciso que la misma impida a la persona gobernarse por sí misma. En este caso, la prueba demuestra la concurrencia de este presupuesto, pues una cosa es que los familiares adviertan una conducta más ordenada e independiente y, otra, la opinión de los expertos, que declararon que esa mejoría no deja sin contenido el trastorno de la personalidad que sufre el incapaz. En consecuencia se confirma la curatela en su día acordada.

### 2.4. Curatela y derecho de sufragio

**STS 24/6/2013. Nº Sentencia: 421/2013. CASACIÓN Nº Recurso: 1220/2012**

Principio del superior interés de la persona con discapacidad. Las causas de incapacidad están concebidas en nuestro derecho como abiertas, de modo que no existe una lista, sino que el CC establece que son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. La incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos que comporta. Lo que procede es instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones para proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen en el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen. La incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. Necesidad de una supervisión de los aspectos patrimoniales y de aquellos que afectan a la persona, que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas siendo aplicable la curatela y no la tutela.

Respecto del derecho de sufragio: En ningún caso queda afectado el derecho de sufragio del que se le priva sin justificación alguna. El artículo 29 de la Convención garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso, mientras que el artículo 3.1 b y 2 de la Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para su ejercicio, debiendo los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal. Nada se argumenta en la sentencia de que no pueda hacerlo, de que no pueda discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros, antes al contrario, su habilidad para tomar una decisión de esta clase no ha sido

cuestionada y parece además conveniente que así lo haga de forma libre, como medida terapéutica para el tratamiento de su enfermedad, que puede verse afectada por el rechazo que deriva de su estado.

2.5. Orden legal de llamamientos y decisión motivada del juez apartándose del mismo en beneficio de la persona cuya capacidad ha sido modificada judicialmente.

**Sentencia 341/2014, de 1/7/2014, casación nº 1365/2012. Designación de tutor. Adopción de medida cautelar.**

La sentencia dictada en primera instancia, después de haber practicado la exploración judicial, de haber recabado el preceptivo informe del médico forense y de haber oído a los parientes más próximos, que son sus dos hijos, constató que [X], que se encontraba ingresada en una residencia, sufría un deterioro cognitivo moderado y un impedimento físico, que le impedía cuidarse por sí misma y administrar sus intereses personales y patrimoniales. Por esta razón declaró su incapacitación total, junto con la privación del derecho de sufragio. En cuanto al nombramiento de tutor, la sentencia de primera instancia advirtió que existía un conflicto entre los dos hermanos, hijos de la declarada incapaz. [Y] pidió expresamente que se le nombrara a él y no a su hermano [Z], y éste último pidió que se le nombrara tutor a él y no a [Y]. A la vista de este conflicto de intereses entre los hijos de la incapacitada, el juzgado siguió la recomendación contenida en el informe del médico forense y nombró tutor a la Fundación Murciana para la Tutela. Recurrida en apelación por ambos hermanos, la AP conforma la sentencia. Uno de los hijos recurre en casación.

Declara dicha sentencia: a) «7. Sobre la constitución de la guarda legal consiguiente a la incapacitación. Tan flexible como el juicio de incapacitación es la constitución de la tutela. El contenido de la tutela está en función del alcance de la incapacitación y, en concreto, de los ámbitos para los cuales se haya previsto la protección y su contenido (representación, supervisión, asistencia, cuidado...). De ahí que si hubiera procedido, por ser objeto de enjuiciamiento, la revisión de la incapacidad, consiguientemente se hubiera podido revisar la tutela. Pero como ha quedado al margen la revisión de la incapacitación, no cabe tampoco revisar el alcance de la tutela.

No obstante, conviene hacer algunas aclaraciones, en la medida en que en el informe del ministerio fiscal se contrapone la tutela, reservada para la incapacitación total, a la curatela, prevista para la incapacitación parcial. Esta concepción es correcta, aunque admite alguna matización, siempre de acuerdo con el espíritu que subyace a la reseñada Convención de Nueva York, que se orienta a la concepción de la tutela como un sistema de protección de la persona incapacitada que debe preservar y fomentar al máximo su autonomía.

Cuando proceda la incapacidad total, porque no exista ninguna faceta de la autonomía de la persona con discapacidad que esta pueda realizar por sí sola

o, cuando menos, auxiliada o supervisada por otra, la guarda legal que corresponde constituir es la tutela. En estos casos, como el presente, la persona que será designada tutor asume la representación legal de la persona incapacitada, en la medida que resulte necesaria para los intereses de esta última. El ejercicio de esta representación debe atender a las preferencias de la persona discapacitada, que se puedan haber manifestado con anterioridad o que de algún modo puedan serlo en ese momento, y siempre bajo el control judicial.

Lógicamente, quedan a salvo aquellos actos que la persona discapacitada solo pueda realizar por sí sola, ya sea por Ley -los derechos personalísimos- o por la sentencia de incapacitación -por ejemplo el ejercicio del derecho de sufragio activo- (art. 267 CC). El contenido de la tutela abarca tanto el cuidado y la atención personal como la administración patrimonial (arts. 269 y 270 CC).

La curatela de los incapacitados se concibe en términos más flexibles, desde el momento en que el art. 289 CC declara que "tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido". Está pensando en incapacitaciones parciales, en las que la sentencia gradúa el alcance de la incapacidad, y consecuentemente determina la competencia del órgano tutelar. Sólo en el caso en que "la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según el Código, autorización judicial" (art. 290 CC), enumerados en el art. 272 CC. En el código civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que al amparo de lo previsto en el art. 289 CC, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del incapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad. Y a esta idea responde la jurisprudencia según la cual "el curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser específicamente de naturaleza patrimonial" (Sentencia 995/1991, de 31 diciembre).

En puridad, para distinguir cuándo procede una institución tutelar u otra, hay que atender a si la sentencia de incapacitación atribuye al guardador legal la representación total o parcial del incapacitado, pues es ésta la característica diferencial entre la tutela y la curatela. En el primer caso, aunque la representación tan sólo sea patrimonial, debe constituirse la tutela, aunque sus funciones serán las que se correspondan con la extensión de la incapacidad; mientras que en el segundo caso en que no se atribuye representación,

procede constituir la curatela, con independencia de si las funciones asistenciales pertenecen a la esfera patrimonial o personal del incapacitado.

En consecuencia, no podemos revisar el contenido de la tutela, sino constatar que la constituida es acorde con la incapacitación declarada, que es total, sin perjuicio de que sí podamos entrar a juzgar sobre lo que realmente ha sido objeto de recurso, la designación de la persona del tutor».

b) Respecto de la designación de tutor:«9. Sobre la designación de tutor. El recurso cuestiona la correcta aplicación de las normas sobre la delación de la tutela y el nombramiento de tutor contenidas en el Código civil y, en concreto, el grado de discrecionalidad del juez a la hora de no seguir el orden de prelación legal de las personas llamadas a hacerse cargo de la tutela en el art. 234 CC.

El art. 234 CC establece un orden legal de prelación de personas llamadas a asumir la tutela de un menor o de un incapacitado. Este orden de prelación intercala las personas que pudieran haber sido designadas por el propio tutelado, conforme al art. 223 CC, o por sus padres en sus disposiciones de última voluntad, con los parientes más próximos.

En concreto los llamados son los siguientes y por este orden:

1º El designado por el propio tutelado, conforme al art. 223 CC.

2º El cónyuge que conviva con el tutelado.

3º Los padres

4º La persona o personas designadas por los padres en sus disposiciones de última voluntad.

5º El descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.

Esta enumeración viene precedida por la mención “para el nombramiento de tutor se preferirá” y va seguida por una previsión que contribuye a determinar cómo vincula la decisión judicial: “(e)xcepcionalmente, el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere”.

En principio, el tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla.

Las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela.

En el presente caso, inicialmente los dos hijos aspiraban a ser nombrados tutores de su madre, una vez incapacitada. La sentencia de apelación argumentó que no debía nombrarse a [XXX] porque, debido a su enfermedad (padecía una esquizofrenia paranoide y síndrome de Diógenes, así como una deficiencia sensorial grave, con una minusvalía del 83%), no estaba en condiciones de asumir el cuidado y la representación de su madre. Esta decisión, que ha sido suficientemente razonada, no es cuestionada ahora, porque no ha recurrido [XXX].

La razón por la que la audiencia consideró que era mejor no nombrar tutor a su otro hijo, [Y], no radica en su falta de aptitud para asumir la tutela, sino en la existencia de un conflicto familiar, que lo desaconseja.

El conflicto familiar entre los hermanos por sí sólo no debería justificar la alteración del orden de prelación, si no fuera porque debido a dicho conflicto, a la postre y en ese caso concreto, la atención, cuidado y representación de los intereses personales y patrimoniales de la madre incapaz se verían perjudicados o no tan bien atendidos como si una fundación tutelar se hiciera cargo de la guarda legal de la incapaz.

La sentencia de apelación, que razona bien por qué [XXX] no puede hacerse cargo de la tutela de su madre, no justifica en qué medida el conflicto familiar que existe entre los dos hermanos impide que [Y] asuma la tutela, desde la perspectiva del mejor interés de la madre incapacitada.

La decisión judicial de primera instancia, ratificada por la audiencia, parece que se apoya en el informe forense, que valora la situación familiar y de la incapaz, y concluye que, a la vista del reseñado conflicto familiar y de intereses, [X] “se encontraría más amparada y cuidada en la institución donde se encuentra ingresada en la actualidad”. Pero obsérvese que con ello no se razona ni justifica la designación de la institución tutelar, pues el nombramiento del hijo no es incompatible con que [X] siga en la residencia donde se encuentra en la actualidad. En realidad, no existe ninguna correlación lógica necesaria entre permanecer en la misma residencia y nombrar a la institución pública tutelar, en vez de al hijo de la incapaz. Sin perjuicio, además, de que en la propia

sentencia se pueden establecer medidas especiales de protección, como sería en este caso, que siguiera ingresada en la misma residencia.

El tribunal de instancia ha infringido el art. 234 CC porque ha prescindido de las personas llamadas a asumir la tutela, sin haberlo motivado en que así lo exige el beneficio del incapacitado.

La consecuencia es dejar sin efecto el nombramiento, remitir los autos al tribunal de apelación, para que resuelva sobre la designación del tutor, previa audiencia del incapacitado y la práctica de los medios de prueba que de oficio estime oportunos para cerciorarse de si el interés de la incapacitada exige dejar de nombrar tutor a su hijo [Y], y designar a una fundación pública tutelar, en cuyo caso su justificación deberá reflejarse en la sentencia.

Aunque el nombramiento de tutor ha quedado sin efecto, para evitar que la persona incapacitada quede desprotegida, se acuerda, como medida cautelar de protección, mantener en las funciones de la guarda legal correspondiente a la tutela a la Fundación Murciana para la Tutela, mientras no se resuelva de forma definitiva sobre la designación de la persona del tutor».

**Derecho de sufragio** «10. Sobre la revisión de la privación del derecho de sufragio. Una vez recuperada la instancia, el tribunal de apelación podría cuestionarse si de oficio procede dejar sin efecto la privación del derecho de sufragio, en atención a que se trata de una decisión que no ha sido justificada en la instancia, y no es una consecuencia necesaria de la incapacitación total, como claramente se desprende de la Convención de Nueva York y así lo argumentamos en la Sentencia 421/2013, de 24 de junio: "(e)l artículo 29 de la Convención garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso, mientras que el artículo 3.1 b y 2 de la Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para su ejercicio, debiendo los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por si misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal"».

**Medida cautelar que adopta de oficio la sala en la sentencia y en el fallo.**

«3º Para evitar que la persona incapacitada quede desprotegida, se acuerda, como medida cautelar de protección, mantener en las funciones de la guarda legal correspondiente a la tutela a la Fundación Murciana para la Tutela, mientras no se resuelva de forma definitiva sobre la designación de la persona del tutor».

2.6. Modificación de régimen de tutela a curatela. Doctrina jurisprudencial aplicable

**Sentencia de 30/6/2014, 337/2014, CIP 1405/2013.-**

Infracción procesal:

«Desestimación del motivo planteado. En efecto, en este sentido debe señalarse que la sentencia de Apelación hace suya la motivación y fundamentación técnica que realiza la sentencia de Primera Instancia que, desarrollada de una forma precisa y clara, establece las razones que justifican la ratio decidendi (razón de la decisión), todo ello conforme a la causa de pedir y al debate planteado por las partes. Esta asunción, por lo demás, se hace en el marco de la prueba practicada por la propia Audiencia, si bien con resultado distinto al pretendido por el recurrente.».

Casación:

«5. Esta perspectiva de análisis, llevada al supuesto de enjuiciamiento, exige realizar las siguientes precisiones que conducen a la estimación del motivo planteado. Así, en primer lugar, no se discute que la incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los Derechos fundamentales que dicha medida comporta. Lo que se cuestiona, en este caso, es de qué manera se encuentra afectado don [X] para adoptar la medida que sea más favorable a su interés y como puede evitarse una posible disfunción en la aplicación de la Convención de Nueva York, según propone el Ministerio Fiscal, que tenga en cuenta, como principio fundamental, la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar, que le permitan hacer una vida independiente, pueda cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, más allá de la simple rutina protocolar, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención.

En esta línea, y en segundo lugar, sin duda una situación como la descrita en el presente caso no permite mantener un mismo status del que se disfruta en un régimen de absoluta normalidad, pero tampoco lo anula completamente. En este sentido, la modificación del régimen de curatela al de la tutela se realiza, pese a los informes periciales, sobre la misma situación de incapacitación parcial que estableció la sentencia de 30 de junio de 2010 que, no obstante de declarar la incapacidad del afectado para conducir, portar o usar armas de fuego y para la realización de actos y negocios jurídicos complejos, sí que reconoció su plena capacidad de obrar para la realización de actos de escasa relevancia que, sin la anterior transcendencia, pueda decidir en el curso ordinario de su vida. Por último, y en tercer lugar, en este contexto de incapacitación parcial, en donde el afectado no tiene anulada, de forma significativa, su capacidad cognitiva y volitiva, siendo capaz de manifestar su voluntad y preferencia sobre determinados ámbitos de relevancia para sus intereses, es donde debe señalarse, conforme a la doctrina expuesta, que el régimen de la curatela, en la persona que el

recurrente interesa, es el que mejor responde a las necesidades de protección en consecuencia con el ejercicio de sus Derechos fundamentales.»

## 2.7. Curatela: aspectos personales y patrimoniales.

**Sentencia 557/2015, de 20 de octubre. CIP 2158/2014.**

Infracción procesal: «en procedimientos como el presente no rigen (STS de 13 mayo 2015, Rc. 846/2014) las disposiciones legales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos. El juez goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada. Discrecionalidad que deberá justificar en la motivación de la sentencia».

Casación: «8. Como ya decidió la Sala en supuesto extrapolable al presente, en sentencia de 24 de junio de 2013, Rc. 1220/2012, los hechos que en síntesis se han expuesto, fruto de la valoración de la prueba practicada, conducen a estimar la necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad (SSTS 29 de abril y 11 de octubre de 2009).

9.En la esfera personal requerirá la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá también en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. En lo que se refiere a su patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, completando su incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo), adecuada en función de sus adicciones. No queda afectado el derecho de sufragio».

## 2.8. Traje a medida. Principio de mínima intervención.

**STS Nº 244/2015, de 13/V/2015, CIP Nº 846/2014.** El juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente, caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica. Para la determinación de la capacidad, el juez no está vinculado por los hechos aportados por las partes, ni por las pruebas solicitadas, sino que puede tener en consideración todos los hechos que estime relevantes, con independencia del momento en que hubieran sido aportados, y goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada. Discrecionalidad que deberá justificar en la motivación de la sentencia, en la que habrá de exponer cómo ha llegado a aquella determinada convicción psicológica.

La incapacitación debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad, y, en la medida de lo posible en la realización de un traje a medida. Por sí una demencia senil leve, la falta de movilidad, la sordera y una minusvalía administrativa del 90%, no tienen por qué determinar la incapacitación total de la persona. Justificarán la causa de incapacitación en la medida en que afecten de forma efectiva a la capacidad de autogobierno, en cuanto impidan o limiten el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulen o mermen la voluntad. Y todo ante la necesidad de dotar de protección a la persona afectada por la incapacidad, tratando de preservar al máximo el ejercicio de sus derechos y libertades.

Infracción procesal, declara que: « 5. Desestimación del motivo. La prueba en los procesos de incapacitación está sujeta a unas reglas especiales, recogidas en los capítulos primero y segundo, del Título Primero, del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que deben ser interpretadas de conformidad con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006.

El juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica.

El art. 200 CC, que regula las causas de incapacitación ("las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma"), y el art. 760.1 LEC, que regula la incapacitación judicial, deben ser interpretados bajo la consideración de que la persona con discapacidad "sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección", en la medida en que lo precise, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tenga en su autogobierno, y, por ello, en tanto no le permitan ejercer sus derechos como persona (Sentencias 282/2009, de 29 de abril, y 341/2014, de 1 de julio).

La incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda. Entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia. Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y

volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona (Sentencia 341/2014, de 1 de julio).

En estos procedimientos no rigen las disposiciones legales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos (art. 752.2º último inciso LEC). El juez goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada. Discrecionalidad que deberá justificar en la motivación de la sentencia, en la que habrá de exponer como ha llegado a aquella determinada convicción psicológica.

Es en este contexto en el que hemos de valorar la infracción denunciada en el motivo. En primera instancia, se había admitido el informe elaborado por el psiquiatra Dr. [X] y se había practicado su interrogatorio durante la vista del juicio. En segunda instancia, se pidió que fuera nuevamente interrogado, y aunque fue citado, la Audiencia consideró que no era necesario volver a oírle. En cuanto al informe de la psicóloga [Y], se admitió por la Audiencia, pero tampoco se permitió su interrogatorio, por entender que resultaba irrelevante.

El tribunal de instancia, a pesar de la prueba denegada, consta que ha cumplido con la prueba preceptiva establecida en el art. 759 LEC, pues tanto el juez de primera instancia como la Audiencia han examinado por sí mismos a la presunta incapaz, han oído a los parientes más próximos, y han recabado los informes médicos pertinentes, en este caso los del médico forense de cada una de las dos instancias, junto con el informe aportado por la Sra. [Z] del Dr. [X] y la información de los médicos que la atienden. El tribunal de instancia también ha interrogado a las personas que cuidan la residencia en la que se encuentra en la actualidad la Sra. [Z].

En este contexto en el que impera la discrecionalidad del tribunal de instancia, quien ha motivado en su sentencia la valoración de la prueba y cómo ha llegado a la convicción de que la Sra. [Z] no está en condiciones de regirse por sí misma, y precisa de alguien que no sólo le asista en la realización de las tareas personales más elementales, sino también que le represente en sus intereses personales y patrimoniales, la decisión de no oír al Dr. [X] y la psicóloga [Y], en la vista acordada por el tribunal de apelación para examinar a la Sra. [Z], no constituye una grave infracción que provoque la nulidad del proceso. La Audiencia de estos dos facultativos no resultaba determinante, en atención al resto de las pruebas practicadas, y porque sus informes habían sido aportados a los autos».

Casación: «7. Estimación del motivo. Si nos atenemos a la valoración realizada por el tribunal de instancia sobre las limitaciones de la Sra. [Z], apreciaremos que tales limitaciones no justifican la incapacitación total para la adopción de las medidas de protección que realmente precisa, a la luz de la Convención de Nueva York de 2006.

Como ya hemos reseñado en otras ocasiones (Sentencias 282/2009, de 29 de abril, y 341/2014, de 1 de julio), conforme a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006, la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección. Y para que funcionen estos sistemas de protección se requiere que concurran algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre la personalidad. Esto comporta que puedan producirse: a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica; y b) la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello la incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.

Lo anterior se traduce en lo que argumentábamos al comienzo del fundamento jurídico 5, en relación con que la incapacitación debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad, y, en la medida de lo posible, en la realización de un traje a medida.

Por sí una demencia senil leve, la falta de movilidad, la sordera y una minusvalía administrativa del 90%, no tienen por qué determinar la incapacitación total de la persona. Justificarán la causa de incapacitación en la medida en que afecten de forma efectiva a la capacidad de autogobierno, en cuanto impidan o limiten el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulen o mermen la voluntad. Y todo ante la necesidad de dotar de protección a la persona afectada por la incapacidad, tratando de preservar al máximo el ejercicio de sus derechos y libertades.

Si revisamos la descripción de la situación de discapacidad de [Z] que se contiene en la sentencia recurrida y corrobora la expuesta en la sentencia de primera instancia, y que en ambos casos ha servido para declarar su incapacidad total, se advierte una contradicción, pues podían habérsele preservado los espacios de autonomía que se le reconocen, aunque sea en un entorno protegido. No consta que el deterioro cognitivo sea tan severo que haya anulado su capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que guardan relación con su persona, sobre todo lo que se refiere a la libertad de ambulación. En concreto, si prefiere seguir viviendo en su casa con una persona que le asista, o en una residencia. El hecho de que carezca de movilidad y necesite de una silla de ruedas, y el que precise de alguien que le cuide para cubrir sus necesidades personales asistenciales y para su cuidado médico, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión.

En el plano patrimonial es más claro que al carecer de capacidad de cálculo, tiene graves dificultades para administrar sus bienes, lo que, sin embargo, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión sobre a qué destinar sus medios económicos. A este respecto, necesita de alguien que administre sus bienes y complemente su capacidad.

La consecuencia de la estimación del motivo de casación no es que asumamos la instancia y resolvamos sobre la capacidad de [Z], pues para ello sería necesario practicar su exploración judicial ante este tribunal. Parece más conveniente, remitir los autos a la Audiencia para que vuelva a resolver teniendo en cuenta lo que acabamos de resolver».

## 2.9. Cargo de curador que recae en la madre. Mínima intervención (frente a la rehabilitación de la patria potestad acordada en la instancia). STS nº 544/2014, CIP nº de recurso 229/2013.

INFRACCIÓN PROCESAL: «7. Estimación del motivo. Si nos atenemos a la valoración realizada por el tribunal de instancia sobre las limitaciones de la Sra. [Z], apreciaremos que tales limitaciones no justifican la incapacitación total para la adopción de las medidas de protección que realmente precisa, a la luz de la Convención de Nueva York de 2006.

Como ya hemos reseñado en otras ocasiones (Sentencias 282/2009, de 29 de abril, y 341/2014, de 1 de julio), conforme a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006, la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección. Y para que funcionen estos sistemas de protección se requiere que concurran algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre la personalidad. Esto comporta que puedan producirse:

a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica; y b) la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello la incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.

Lo anterior se traduce en lo que argumentábamos al comienzo del fundamento jurídico 5, en relación con que la incapacitación debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad, y, en la medida de lo posible, en la realización de un traje a medida.

Por sí una demencia senil leve, la falta de movilidad, la sordera y una minusvalía administrativa del 90%, no tienen por qué determinar la incapacitación total de la persona. Justificarán la causa de incapacitación en la medida en que afecten de forma efectiva a la capacidad de autogobierno, en cuanto impidan o limiten el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulen o mermen la voluntad. Y todo ante la necesidad de dotar de protección a la persona afectada por la incapacidad, tratando de preservar al máximo el ejercicio de sus derechos y libertades.

Si revisamos la descripción de la situación de discapacidad de [Z] que se contiene en la sentencia recurrida y corrobora la expuesta en la sentencia de primera instancia, y que en ambos casos ha servido para declarar su incapacidad total, se advierte una contradicción, pues podían habérsele preservado los espacios de autonomía que se le reconocen, aunque sea en un entorno protegido. No consta que el deterioro cognitivo sea tan severo que haya anulado su capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que guardan relación con su persona, sobre todo lo que se refiere a la libertad de ambulación. En concreto, si prefiere seguir viviendo en su casa con una persona que le asista, o en una residencia. El hecho de que carezca de movilidad y necesite de una silla de ruedas, y el que precise de alguien que le cuide para cubrir sus necesidades personales asistenciales y para su cuidado médico, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión.

En el plano patrimonial es más claro que al carecer de capacidad de cálculo, tiene graves dificultades para administrar sus bienes, lo que, sin embargo, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión sobre a qué destinar sus medios económicos. A este respecto, necesita de alguien que administre sus bienes y complemente su capacidad.

La consecuencia de la estimación del motivo de casación no es que asumamos la instancia y resolvamos sobre la capacidad de [Z], pues para ello sería necesario practicar su exploración judicial ante este tribunal. Parece más conveniente, remitir los autos a la Audiencia para que vuelva a resolver teniendo en cuenta lo que acabamos de resolver».

CASACION: En el recurso se postula una doble pretensión: principal, para que se le considere absolutamente capaz para decidir sobre sus bienes, siendo innecesario el régimen de curatela instituido en la sentencia recurrida, y subsidiaria, para que el Tribunal acuerde el ámbito de operatividad de la curatela, en el sentido de exigir la asistencia y autorización para los actos que tengan que ver con la enajenación de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios y aceptar herencias; administrar y realizar operaciones u otros actos en los que se impliquen grandes cantidades de dinero y que pueda disponer de aquellas cantidades normales para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (el llamado “dinero de bolsillo”), sin autorización, así como la gestión de su pensión y, en su caso, la prestación por desempleo. El Ministerio Fiscal se adhiere a la petición subsidiaria, rechaza la rehabilitación de la patria potestad y solicita se le nombre solo curador, ya que el termino de patria potestad, aplicado a una persona con discapacidad, está posiblemente en contra de la Convención de Nueva York, en los términos de la sentencia de esta Sala de 24 de junio de 2013.

Se establece: «La Sala rechaza la primera petición y acepta la segunda.

1. El recuso omite los hechos que la sentencia considera probados, en particular los que tienen que ver con la grave deficiencia visual, su inteligencia “borde line” y los actos de prodigalidad del recurrente.

2. No se discute que la incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta (STS 24 de junio 2013). Lo que se cuestiona es de qué manera se encuentra afectado don [X] para adoptar la medida que se más favorable a su interés y como puede evitarse una posible disfunción en la aplicación de la Convección de Nueva York, según propone el Ministerio Fiscal, que tenga en cuenta, como principio fundamental, la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, que le permitan ser consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando en suma la capacidad acreditada en cada caso.

3. Sin duda, una situación como esta no permite mantener un mismo status del que se disfruta en un régimen de absoluta normalidad, pero tampoco lo anula. Lo que procede es instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a los que con reiteración se refiere la Convención, para, en palabras de la misma, proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen, siempre en el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen, como precisa el artículo 12.

4. La STS 29 de septiembre de 2009 (Rec núm. 1259/2006), de Pleno, que reitera la de 11 de octubre de 2012 (Rec, núm.617/2012), en materia de incapacidad y en la interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención, señala lo siguiente: "la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado... Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona".

5. La situación actual de don [x] permiten rechazar la medida de rehabilitación de la patria potestad aplicado a una persona mayor de edad que implica una medida de mayor contenido y alcance, no solo terminológico sino jurídico, en cuanto se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar su capacidad en cada caso, según la Convención (SSTS 29 de abril, 11 de octubre de 2009, 24 de octubre 2013). Para ello resulta determinante la curatela, desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de la persona con discapacidad reinterpretada a la luz de la Convención, que será ejercida por su madre con el mismo contenido que establece la sentencia, en lo que se refiere al gobierno o control de su patrimonio, pero sin anular su capacidad económica, hasta el punto de impedirle disponer de una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo), aspecto en el que también se revoca la sentencia.»

## 2.10. Ineficacia de los contratos celebrados por personas con la capacidad judicialmente modificada

**Nulidad de contrato de arrendamiento de inmueble realizada por declarado prodigo sin concurrir autorización del curador. STS Nº 333/2010, CASACIÓN Nº DE RECURSO 1202/2006.**

Declaración de nulidad de un contrato de arrendamiento de un bien inmueble ganancial realizado entre el propietario, declarado pródigo, de la mitad del bien con una de sus hijas y sin que concurra la autorización del curador. Falta de poder de disposición del propietario por no haberse aún partido la comunidad ganancial ni la hereditaria. Adjudicación de los bienes arrendados a la heredera arrendataria en la partición. Pago de las rentas del arrendamiento a la comunidad hereditaria. Intereses.

**Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 261/2016 de 20 abril de 2016, Rec. 920/2014. Sobre contratos de constitución de hipoteca sobre un inmueble ganancial celebrados por ambos cónyuges, estando uno de ellos incapacitado y sin previa autorización judicial: tipo de ineficacia, duración de la acción y requisitos de la confirmación. Legitimación para anular los contratos: exigencias de la buena fe y doctrina de los actos propios. Protección del artículo 34 LH a quien resultó adjudicatario del inmueble en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Se desestima el recurso, se declara que la acción sería de anulabilidad, no de nulidad, por aplicación del art. 1322 CC; se protege al tercero que adquirió de buena fe, art. 34 LH.**

En su FD Tercero, dispone:

«[…] A continuación, debemos plantear cuál es el tipo de ineficacia que corresponde a los actos de disposición sobre bienes gananciales efectuados por el cónyuge capaz sin la preceptiva autorización. Debe advertirse que en el presente supuesto no puede aplicarse la doctrina contenida en la sentencia del Pleno de esta Sala de 22 abril 2010 y en la de 8 julio 2010 que la aplica, que declaran la nulidad de los actos de disposición efectuados por el titular de la patria potestad y por el tutor sin la autorización judicial. La imposibilidad de aplicar la doctrina contenida en esas sentencias deriva de la existencia de normas específicas y expresas relativas a la ineficacia de los actos de disposición relativos a los bienes gananciales efectuados por el esposo sin autorización judicial, contenidas en el citado Art. 1389.2 CC.

»En los casos resueltos en las citadas sentencias, se parte de la base contraria a la que existe respecto de las disposición de bienes gananciales, porque el Código civil contiene una norma específica reguladora de la ineficacia de estos actos o contratos, que hay que aplicar necesariamente cuando se trata de disposición de bienes gananciales con las correspondientes autorizaciones. Se trata de la norma contenida en el Art. 1322 CC, que dice que cuando la ley exija para un acto de administración [o disposición] que un cónyuge actúe con el consentimiento del otro, “los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido”. El supuesto contemplado en el Art. 1398.2 CC está incluido en este supuesto, que obedece a la misma razón.

»Por tanto la ineficacia de los actos otorgados por el cónyuge tutor sin autorización judicial no es la nulidad general de los Arts. 1259 y 4 [rectius, 6.3] CC, como ocurre con la disposición por el padre o tutor de los bienes de sus hijos o pupilos sin la autorización judicial, sino la de los artículo 1389 y 1322 CC, que establecen un tipo de ineficacia concreto para la disposición de gananciales sin la preceptiva autorización.

»[…] Declarado que la ineficacia producida es la anulabilidad, hay que determinar en qué momento se inicia el plazo para el cálculo de los cuatro años de caducidad

establecido en el Art. 1310 CC para el ejercicio de la acción. Ciertamente, el Art. 1301 CC establece una norma específica para determinar el inicio del plazo en los casos en que la acción se dirija a “invalidar los actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, cuando ese consentimiento fuere necesario”. Este plazo empieza a contar “desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato”. A dicho supuesto debe equipararse el caso de falta de autorización judicial, ya sea porque el cónyuge no disponente se encuentre incapacitado, ya sea porque se ha producido dicha disposición directamente y en contra de lo dispuesto en el Art. 1322 CC».

3.- De considerar aplicable al caso de autos lo dispuesto en el artículo 1389.II CC y la citada doctrina de la Sentencia de 23 de septiembre de 2010, habrá que concluir que es la anulabilidad (no la nulidad absoluta o de pleno derecho) el tipo de ineficacia predicable de los contratos de constitución de las tres hipotecas sobre la vivienda; y que el 28 de septiembre de 2010, fecha de interposición de la demanda iniciadora del presente proceso, ni siquiera había comenzado a correr el plazo de cuatro años para anular dichos contratos, ya que don [XX] y doña [YY] continuaban casados y en régimen de sociedad de gananciales: nadie ha afirmado nunca lo contrario».

## 2.11. Sobre la proporcionalidad de las medidas adoptadas en la esfera patrimonial del discapaz. Sentencia 716/2015 de 17 diciembre de 2015, Rec. 257/2014. En su FD Segundo dispone:

«Lo que pretende la Convención, en sus Arts. 3 y 12, de la misma manera que en su título y en Propósito expresado en el art. 1, dice la citada sentencia, “es promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad" de los derechos fundamentales a un colectivo de personas que presentan cualquier tipo de discapacidad, entendida ésta en el sentido que se ofrece en su art. 1.2 de la Convención, que las identifica como aquellas que tengan "deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"; protección que solamente tiene justificación con relación a la persona afectada, “como trasunto del principio de la dignidad de la persona” (SSTS 16 de septiembre de 1999 y 14 de julio de 2004).

Siempre teniendo en cuenta, de un lado, que esta persona sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que las cautelas que se imponen son sólo una forma de protección, y, de otro, que estas medidas no son discriminatorias porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuya patología no le permite ejercer sus derechos como tal porque le impide autogobernarse; medidas que no son contrarias a los principios establecidos en la Convención ni constituyen una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente lo que, como ocurre en este caso, determina que se le proporcione un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE.

La conclusión, como dice el Ministerio Fiscal, es la que establece la Audiencia Provincial. Una cosa es que el recurrente pueda seguir por su propia iniciativa el tratamiento prescrito y deje de ingerir sustancias nocivas, y otra distinta que con los antecedentes constatados a través de la prueba, se haga necesario establecer en su beneficio las medidas prescritas en la sentencia; medidas que en ningún caso son desproporcionadas sino adecuadas al estado de salud de quien recurre».

2.12. Proporcionalidad de la medida de protección a adoptar. Derecho de sufragio. Sentencia 373/2016 de 3 junio de 2016, Rec. 2367/2015**.** En su FD Tercero, dispone:

«1º.- Hay una jurisprudencia reiterada de esta sala en la aplicación de la Convención de Nueva York de 13 diciembre 2006, ratificada por España en 23 noviembre 2007 (BOE el 21 abril 2008), sobre derecho de las personas con discapacidad, y las medidas de apoyo que pueden adoptarse cuando, como ocurre en este caso, se toma conocimiento de una persona que necesita de estos apoyos que complementen su capacidad jurídica; apoyos que la Convención, como dijo la sentencia de 27 de noviembre 2014, no enumera ni acota pero que se podrán tomar en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales para, en definitiva, procurar una normalización de la vida de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la sociedad, pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo para tomarlas, que sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y en igualdad de condiciones con los demás, como se ha dicho en el informe del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (11º período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014), sobre el contenido normativo del artículo 12 de la Convención, y se reitera en el informe final de la Unión Europea de 4 de septiembre de 2015.

2º.- Para que funcionen los sistemas de protección se hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución. La discapacidad presenta numerosos matices y ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas (sentencia de 13 de mayo 2015).

Se trata de lo que esta Sala ha calificado de un traje o trajes a medida (sentencias 20 de abril 2009; 1 de julio 2014;13 de mayo y 20 de octubre de 2015), que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones.

3º.- Ello exige sin duda la colaboración de todas las partes implicadas en el conocimiento de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica, lo que se traduce en lo procesal no solo en una aportación de los datos y pruebas que sean necesarias adoptar para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia que le afecta, sino en la determinación de las medidas de apoyo que sean necesarias en atención a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio e interés del discapaz, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual que presente en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones.

4º.- Este interés viene referido a una mujer, nacida el día 27-11-1933, que padece una pseudodemencia depresiva en relación con trastorno adaptativo con un deterioro cognitivo leve que, dentro de las habilidades de la vida independiente, puede realizar tareas de autocuidado y actividades instrumentales diarias y para la salud, con la adecuada supervisión que garantice tanto la toma de medicación como la asistencia a las consultas psiquiátricas programadas; apoyos que también necesita para la realización de actuaciones económicas,

jurídicas y administrativas, teniendo en cuenta que desconoce el dinero que tiene en sus cuentas y que es fácilmente influenciable por lo que podría ser engañada en la toma de decisiones de tipo económico de cantidades importantes. Como tal debe ser protegida en razón a esa incidencia efectiva que dichas limitaciones tienen en su autogobierno, de una forma irreversible, en tanto no le permiten ejercer con absoluta normalidad sus derechos como persona; situación que no pasa en este caso por la absoluta incapacitación, incluido el ejercicio del derecho de sufragio, sino por la instauración de la curatela reinterpretada a la luz de Convención desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad por un tercero en la toma de decisiones, precisamente para proteger su personalidad, en palabras de la propia Convención, en aquellos aspectos en los que puede ser necesario, no en todos, y que no son otros que los que la prueba ha puesto en evidencia. Ninguna otra conclusión se obtiene de los hechos que la sentencia considera acreditados.

5º.- El artículo 29 de la Convención (sentencias de 24 de junio 2013, 1 de julio 2014, 17 de marzo 2016) garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso, mientras que el artículo 3.1 b y 2 de la Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para su ejercicio, debiendo los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de este estado, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal.

La decisión de privación del derecho de sufragio activo es por tanto legalmente posible y compatible con la Convención de Nueva York, sin perjuicio de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego, para calibrar la necesidad de una medida dirigida a proteger los intereses del incapaz y el propio interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada.

Ocurre en este caso que la sentencia recurrida confirma la del juzgado la cual, sin razonamiento alguno, priva a doña X del derecho de sufragio universal activo y pasivo, siendo así que ningún dato de prueba autoriza tal pronunciamiento. Nada se argumenta en la sentencia de que no pueda hacerlo, de que no pueda discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros, antes al contrario, su habilidad para tomar una decisión de esta clase no ha sido cuestionada y parece además conveniente que así lo haga de forma libre.

TERCERO.- Señala también el recurrente que la sentencia infringe lo dispuesto en el artículo 234 del Código Civil, por cuanto no respeta la voluntad de doña X de nombrar tutora a doña Z, manifestada ante notario en plenitud de capacidad; todo ello a la luz de las disposiciones de la Convención de Nueva York. Se prende, en definitiva, que se designe a esta persona, que siempre siguió sus instrucciones, en caso de establecerse una medida de protección, bien de carácter tutelar o una curatela.

El motivo se desestima.

Ambas sentencia han tenido una cosa clara y esta no es otra que la de apartar a doña Z de estos menesteres. También la tiene la Sala a la hora de mantener el pronunciamiento que se impugna.

En efecto; sobre la cuestión litigiosa, la sentencia de 1 de julio de 2014, que reitera la de 19 de noviembre de 2015, declara lo siguiente: «el tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla. Las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela".

El interés superior del discapaz -sentencia 19 de noviembre 2015-, es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado”.

## 2.13. Nombramiento de tutor. Artículo 234.1 del código civil, que regula el grado de discrecionalidad del juez a la hora de no seguir el orden de prelación legal de las personas llamadas a ocupar el cargo de tutor. Motivación suficiente para alterarlo.

**Sentencia 635/2015 de 19 noviembre de 2015, Rec. 62/2015.** En el FD Segundo, se dispone:

«1.- Esta Sala, ha fijado doctrina jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa en la sentencia de 1 de julio de 2014. En principio, dice, “el tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla. Las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela”.

2.- Motivación existe en este caso, y es además razonable y lógica, por más de la discrepancia de uno de los dos hijos en aceptarla. Es cierto que esta forma de tutela implica un trato menos personalizado del discapaz y como consecuencia un menor compromiso por parte de quien aparece designado como tutor. Ahora bien, la razón por la que la sentencia de la Audiencia consideró que era más conveniente nombrar a la Fundación y no a su hija, no radica en la falta de aptitud de esta para asumir la tutela, sino en la existencia de fuertes desavenencias y enfrentamiento entre los hermanos sobre el tema de su madre, que lo desaconseja. Sin duda, este conflicto familiar entre quienes están llamados a asumir el cargo de tutor, no afectar a la atención, al cuidado y a la representación de sus intereses personales y patrimoniales que se verían perjudicados o no tan bien atendidos cuando, además, aquéllos "viven lejos, en Barcelona y Madrid" y sus trabajos les obligan a viajar al extranjero con cierta frecuencia.

3.- El interés superior del discapaz, es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado. Este interés viene referido a una mujer de 87 años, con un evidente deterioro psíquico y físico, sobre la que han de tomarse decisiones muchas veces inmediatas o urgentes, que en lo personal no va a sufrir cambios sustanciales puesto que vive, y quiere seguir viviendo, en su casa debidamente atendida, lo que no se protege a distancia ni en su mejor beneficio, y va a poder seguir viendo a sus hijos, pues no lo impide las funciones tutelares, mientras que las decisiones en lo patrimonial no van a verse afectadas por el enfrentamiento de los hermanos en el ejercicio de la tutela.

4.- La revisión en casación solo puede realizarse si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección de estas personas a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, y es evidente que la sentencia recurrida ha entendido que este interés está debidamente protegido y lo ha hecho con motivación suficiente, sin que la parte recurrente justifique que se oponga al mismo, por lo que no procede su revisión desde la perspectiva del mejor interés de la madre discapacitada».

## 2.14. Modificación de medidas definitivas. Alimentos hijo con una discapacidad reconocida superior al 65%, equiparación a los hijos menores.

Se declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos. **Sentencia 372/2014 de 7 julio de 2014, Rec. 2103/2012.**

En el FD Segundo se dice:

«En el recurso ha sido parte el Ministerio Fiscal, aunque no lo fue en el procedimiento con anterioridad, al debatirse cuestiones que afectan a la situación de don [XXX], de 27 años, que tiene una esquizofrenia paranoide reconocida superior al 65%. Lo hace en defensa de sus intereses y en virtud de lo que determina el artículo 3 de su Estatuto Orgánico en cumplimiento de la misión constitucional que le atribuye el artículo 124 CE, que adquiere especial relevancia

cuando se trata de la defensa de colectivos o personas especialmente vulnerables, categoría que incluye, no solo a aquellas personas incapacitadas judicialmente sino, también, a quienes ostenten la condición de "persona con discapacidad", según la definición contenida en la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos de Personas con Discapacidad, que ha sido ratificada por España en fecha 23 de noviembre de 2007, cuyo artículo 1 dispone que "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Legitimación que también confiere a dicho Ministerio el artículo 8.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para velar por los intereses de las personas desvalidas, entendiendo por tales aquellas que superan el 33% de discapacidad (artículo 1.2 Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad), en cumplimiento del artículo 49 CE el interés casacional que ampara el recurso exige analizarlo desde una doble perspectiva. En primer lugar, desde la consideración que merece la privación de los alimentos por el simple hecho de haber alcanzado el hijo la mayoría de edad y ser posible perceptor de una pensión contributiva por invalidez por parte de la Seguridad Social, equiparando este derecho a la real y efectiva existencia de recursos económicos del apartado segundo del artículo 93 del Código Civil. En segundo lugar, desde la situación personal del alimentado afectado por una grave situación de discapacidad.

En el primer caso, la Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida. Y es evidente que aún cuando el hijo puede recibir ayudas de la administración, en estos momentos no las recibe ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, dado la dificultad para acceder al mundo laboral. Y lo que no es posible en estas circunstancias es desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor. Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo (STS 5 de noviembre 2008), lo que no es del caso. El contenido ético del Derecho está presente en las normas del Código Civil, como son las alimenticias, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española (STS 8 de noviembre 2008). Esta obligación se prolonga más allá de la mayoría de edad de los hijos en aquellos casos como el presente en que un hijo discapacitado sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad. Será la sentencia de incapacitación la que en su caso acordará esta rehabilitación de la potestad de ambos progenitores o de uno de ellos, pero hasta que dicha resolución no se dicte, continúa existiendo la obligación de prestar alimentos por parte de sus progenitores, al continuar residiendo con la madre y carecer de ingresos suficientes para hacer una vida independiente.

En el segundo, la Convención sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano que al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del incapacitado en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Estamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la Convención será el cambio de las actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad. Decir que el hijo conserva sus derechos para hacerlos efectivos en el juicio de alimentos, siempre que se den los requisitos exigidos en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, no solo no responde a esta finalidad, sino que no da respuesta inmediata al problema. El problema existe al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad a favor de la madre. La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos

son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los artículos 142 y siguientes del Código Civil , como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 CC, pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación, (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico»

**En el mismo sentido tenemos la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 430/2015 de 17 julio de 2015, Rec. 31/2015. Alimentos. Discapacidad, equiparación de los alimentos que se prestan a un hijo discapacitado a los de los hijos menores del matrimonio.** Se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente: la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos.

En el FD Segundo, se dispone:

«El recurso, que apoya el Ministerio Fiscal, se estima.

La sentencia no desconoce la doctrina de esta Sala. De hecho cita la sentencia de 7 de julio de 2004 (reiterada en la de 10 de octubre de 2014), pero lo hace sin extraer las conclusiones que se obtienen de la misma y sin dar respuesta inmediata a una situación real de discapacidad, posponiendo la solución a un momento posterior, con la evidente incertidumbre que la misma genera respecto de la alimentación de la hija afectada.

La Convención Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos de Personas con Discapacidad, que ha sido ratificada por España en fecha 23 de noviembre de 2007, dispone en su artículo uno que "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"; situación que resulta de padecer alguna de estas deficiencias, y que no está necesariamente condicionada por la previa declaración judicial de incapacidad legal, establecida en garantía y no en perjuicio del discapacitado, protegido por las medidas de apoyo que la Convención impone.

La Convención, dice la sentencia, “reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida. Y es evidente que aún cuando el hijo puede recibir ayudas de la administración, en estos momentos no las recibe ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, dado la dificultad para acceder al mundo laboral. Y lo que no es posible en estas circunstancias es desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor. Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo (STS 5 de noviembre 2008), lo que no es del caso.

El contenido ético del Derecho está presente en las normas del Código Civil, como son las alimenticias, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española (STS 8 de noviembre 2008). Esta obligación se prolonga más allá de la mayoría de edad de los hijos en aquellos casos como el presente en que un hijo discapacitado sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad. Será la sentencia de incapacitación la que en su caso acordará esta rehabilitación de la potestad de ambos progenitores o de uno de ellos, pero hasta que dicha resolución no se dicte, continúa existiendo la obligación de prestar alimentos por parte de sus progenitores, al continuar residiendo con la madre y carecer de ingresos suficientes para hacer una vida independiente".

La Convención, añade, "sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano que al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del incapacitado en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Estamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la Convención será el cambio de las actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad. Decir que el hijo conserva sus derechos para hacerlos efectivos en el juicio de alimentos, siempre que se den los requisitos exigidos en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, no solo no responde a esta finalidad, sino que no da respuesta inmediata al problema. El problema existe al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad a favor de la madre. La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 CC, pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación, (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico".»

## 2.15. Autos de admisión de los recursos

**I. AUTO DE 30/11/2016.** CIP 56/2016. JUICIO DE INCAPACITACIÓN. INCAPACITACIÓN PARCIAL. CURATELA. LIMITACIÓN DE LAS FACULTADES DE AUTOGOBIERNO. MOTIVACIÓN DE LA DESIGNACIÓN DEL CURADOR CUANDO NO SE SIGUE EL ORDEN LEGALMENTE ESTABLECIDO. Recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Recurso de casación en su modalidad de existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Admisión de los recursos.

**II.AUTO DE 15/4/2015.** CASACION 62/2015. INCAPACIDAD. NOMBRAMIENTO DE TUTOR: ORDEN DE PRELACIÓN EN EL NOMBRAMIENTO.

**III.AUTO 25/3/2014**. CIP 18/2014. JUICIO VERBAL SOBRE CAPACIDAD: NOMBRAMIENTO DE TUTOR -Recursos extraordinario por infracción procesal y de casación al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC contra Sentencia dictada en juicio verbal de capacidad tramitado por razón de la materia. -Admisión.

2.16. Autos de inadmisión de los recursos

**I. AUTO DE 9/3/2016, CASACION 3094/2015.** INCAPACIDAD. Recurso de casación contra sentencia dictada en procedimiento de incapacidad, al amparo del art. 477.2.3º LEC. Inexistencia de interés casacional (art. 477.2.3º y 483.2.3º LEC), la sentencia no se opone a la jurisprudencia de esta Sala, cuyos criterios jurídicos solo pueden determinar una modificación del fallo omitiendo la razón decisoria y los hechos declarados probados.

**II.AUTO DE 23/12/2014.- CASACIÓN 245/2014.** INCAPACIDAD. Recurso de casación por interés casacional contra sentencia dictada en un procedimiento tramitado por razón de la materia.- Inadmisión del recurso de casación por inexistencia de interés casacional por oposición a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, porque la aplicación de la doctrina jurisprudencial invocada sólo podría conllevar una modificación del fallo si se omiten los hechos que la Audiencia Provincial declara probados (artículos 483.2.3º y 477.2.3º y 3 LEC).

**III.AUTO DE 2/11/2016, CIP 3269/2015**. NOMBRAMIENTO DE TUTOR. CAUSA DE INHABILIDAD. -Recurso de casación al amparo del art. 477.2, 3º contra sentencia dictada en juicio verbal de capacidad por razón de la materia. -Inadmisión del recurso por inexistencia de interés casacional por la carencia de consecuencias para la decisión del conflicto, por cuanto la aplicación de la jurisprudencia que se cita solo puede llevar a una modificación del fallo mediante la omisión de hechos que la Audiencia Provincial considera probados (art. 483.2, 3º LEC). -La improcedencia del recurso de casación determina la del extraordinario por infracción procesal (art. 473.2, en relación con la Disposición final 16ª, apartado 1 y regla 5ª, párrafo segundo, de la LEC).

**IV.AUTO DE 10/2/2016, CASACIÓN 1557/2015.** MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD. TUTELA. Recurso de casación al amparo del ordinal 1º del artículo 477.2 de la LEC, contra sentencia dictada en un procedimiento tramitado por razón de la materia con acceso a casación por el cauce del ordinal 3º del artículo 477.2 de la LEC. Inadmisión del recurso de casación por no ser la sentencia recurrible en casación por el cauce del ordinal 1º del artículo 477.2 de la LEC y por falta de justificación e inexistencia de interés casacional (artículos 483.2.3º en relación con los artículos 477.2.3º y 3 de la LEC).

**V. AUTO DE 11/10/2016. CASACIÓN 3086/2015.** PROCESO DE INCAPACITACIÓN. Recurso de casación, en base al ordinal 3º del art. 477.2 LEC, en sentencia dictada en proceso de incapacitación, tramitado en atención

a su materia.- Inadmisión del recurso de casación por inexistencia del interés casacional porque la aplicación de la jurisprudencia de la Sala Primera invocada, solo puede llevar a una modificación del fallo recurrido mediante la omisión total o parcial de los hechos que la audiencia provincial ha considerado probados (art. 483.2.3º LEC en relación con el art. 477.2.3 LEC), y por inexistencia del interés casacional alegado, por cuanto la alegación de oposición a la jurisprudencia dela Sala Primera que expone, carece de consecuencias para la decisión del conflicto, atendida la ratio decidendi [fundamento de la decisión] de la sentencia recurrida (art. 483.2.3º LEC en relación con el art. 477.2.3 LEC).

**VI.AUTO 21/9/2016, CIP 3556/2015.** INCAPACIDAD. Recursos de casación por interés casacional y de infracción procesal contra sentencia dictada en un procedimiento tramitado por razón de la materia.- Inadmisión de los recursos de casación por inexistencia de interés casacional por falta de respeto a la base fáctica de la sentencia recurrida y porque el criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado depende de las circunstancias fácticas del caso (arts. 477.2, 3º y 483.2.3º de la LEC).-La improcedencia de los recursos de casación determina la de los extraordinarios por infracción procesal (disposición final 16ª, apartado 1 y regla 5ª, párrafo segundo, de la LEC).

**VII.AUTO DE 16/6/2015. CASACION 2755/2014.** PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN. NOMBRAMIENTO COMO TUTOR DE LA ENTIDAD PÚBLICA. Recurso de casación por interés casacional contra sentencia recaída en juicio verbal de incapacitación, tramitado en atención a la materia. Inadmisión del recurso de casación por inexistencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo por omisión de los hechos que la Audiencia Provincial considera probados (art. 483.2.3º, en relación con el art. 477.2.3 de la LEC).

**VIII.AUTO DE 29/4/2014, CASACIÓN 1236/2013.** INCAPACIDAD. NOMBRAMIENTO DE TUTOR- Recurso de casación interpuesto por la vía del ordinal 3º contra Sentencia recaída en juicio sobre incapacidad seguido por razón de la materia.- Inadmisión del recurso por falta de concurrencia de los presupuestos que determinan la admisibilidad de las distintas modalidades del recurso de casación (arts. 477.2 y 483.2.3º de la LEC) inexistencia de interés casacional dado que el criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado depende de las circunstancias fácticas del caso.- Aplicación Ley 37/2011.-

**IX.AUTO DE 26/10/2016. CASACION 411/2015.** INCAPACIDAD NOMBRAMIENTO DE TUTOR.- ATRIBUCIÓN DE LA TUTELA A FUNDACIÓN PÚBLICA POR CONFLICTO DE INTERESES ENTRE LOS FAMILIARES. Recurso de casación por interés casacional contra sentencia recaída en juicio

verbal de incapacitación tramitado en razón a la materia.- Recurso de casación interpuesto por la vía del ordinal 3º contra Sentencia recaída en juicio sobre incapacidad seguido por razón de la materia.- Inadmisión del recurso por falta de justificación e inexistencia de interés casacional (art. 483.2.3.º, en relación con el art. 477.2.3 de la LEC)

**X.AUTO DE 2/11/2016. CASACIÓN 3269/2015.** CAPACIDAD. NOMBRAMIENTO DE TUTOR. CAUSA DE INHABILIDAD. -Recurso de casación al amparo del art. 477.2, 3º contra sentencia dictada en juicio verbal de capacidad por razón de la materia. -Inadmisión del recurso por inexistencia de interés casacional por la carencia de consecuencias para la decisión del conflicto, por cuanto la aplicación de la jurisprudencia que se cita solo puede llevar a una modificación del fallo mediante la omisión de hechos que la Audiencia Provincial considera probados (art. 483.2, 3º LEC). -La improcedencia del recurso de casación determina la del extraordinario por infracción procesal (art. 473.2, en relación con la Disposición final 16ª, apartado 1 y regla 5ª, párrafo segundo, de la LEC).

**XI.AUTO DE 11/10/2016. CASACIÓN 3086/2015.** PROCESO DE INCAPACITACIÓN. Recurso de casación, en base al ordinal 3º del art. 477.2 LEC, en sentencia dictada en proceso de incapacitación, tramitado en atención a su materia.- Inadmisión del recurso de casación por inexistencia del interés casacional porque la aplicación de la jurisprudencia de la Sala Primera invocada, solo puede llevar a una modificación del fallo recurrido mediante la omisión total o parcial de los hechos que la audiencia provincial ha considerado probados (art. 483.2.3º LEC en relación con el art. 477.2.3 LEC), y por inexistencia del interés casacional alegado, por cuanto la alegación de oposición a la jurisprudencia dela Sala Primera que expone, carece de consecuencias para la decisión del conflicto, atendida la ratio decidendi [fundamento de la decisión] de la sentencia recurrida (art. 483.2.3º LEC en relación con el art. 477.2.3 LEC).

**XII.AUTO DE 11/11/2015. CIP 2002/2015.** INCAPACIDAD. NOMBRAMIENTO DE TUTOR. Recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra sentencia dictada en juicio verbal de incapacidad, al amparo del art. 469.1,2º, 3º, 4º LEC 477.2,3º LEC.Inadmisión del recurso por falta de concurrencia de los presupuestos que determinan la admisibilidad de las distintas modalidades del recurso de casación (arts. 477.2 y 483.2.3º de la LEC), inexistencia de interés casacional : motivo 1º , el criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado depende de las circunstancias fácticas del caso; motivo 2º, la sentencia no se opone a la jurisprudencia de esta Sala, cuyos criterios jurídicos solo pueden determinar una modificación del fallo mediante la omisión de la razón decisoria y los hechos declarados probados (art. 477.2.3º y 483.2.3º LEC) .La inadmisión del recurso de casación determina la del recurso extraordinario por infracción procesal (art. 473.2, en

relación con la Disposición final 16ª, apartado 1 y regla 5ª párrafo segundo de la LEC).

**XIII.AUTO DE 14/9/2016. CIP 1022/2016.** REINTEGRACIÓN DE CAPACIDAD. Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra sentencia dictada en procedimiento de incapacidad, tramitado por razón de la materia. Inadmisión por ampararlo en una modalidad del recurso inadecuada, (art. 483.2.2º de la LEC en relación con el art. 477.2.3 LEC). Inadmisión del recurso de casación por falta de alegación de infracción de norma sustantiva (art. 483.2.2, en relación con el art. 477.1 LEC) y por falta de interés casacional (art. 483.2.3º en relación con el 477.2.3 LEC). La improcedencia del recurso de casación determina la del extraordinario por infracción procesal (Disposición final 16ª, apartado 1 y regla 5ª, párrafo segundo, de la LEC).

**XIV.AUTO DE 23/12/2014. CASACION 245/2014.**INCAPACIDAD. Recurso de casación por interés casacional contra sentencia dictada en un procedimiento tramitado por razón de la materia.- Inadmisión del recurso de casación por inexistencia de interés casacional por oposición a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, porque la aplicación de la doctrina jurisprudencial invocada sólo podría conllevar una modificación del fallo si se omiten los hechos que la Audiencia Provincial declara probados (artículos 483.2.3º y 477.2.3º y 3 LEC).

**XV.AUTO DE 6/4/2016. CIP 2976/2015.** INCAPACITACIÓN. Recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra sentencia dictada en juicio de incapacidad tramitado por razón de la materia. Inadmisión del recurso de casación por interponerse por la vía inadecuada del art. 477.2.1 y no por la que corresponde, 477.2.3 LEC y no acreditarse el interés casacional( artículo 483.2.1º, inciso segundo, en relación con el artículo 477.2.3 de la LEC.). La inadmisión del recurso de casación determina la del recurso extraordinario por infracción procesal (art. 473.2, en relación con la Disposición final 16ª, apartado 1 y regla 5ª párrafo segundo de la LEC).

**XVI.AUTO DE 2/11/2016. CASACION 3269/2015.** CAPACIDAD. NOMBRAMIENTO DE TUTOR. CAUSA DE INHABILIDAD. -Recurso de casación al amparo del art. 477.2, 3º contra sentencia dictada en juicio verbal de capacidad por razón de la materia. -Inadmisión del recurso por inexistencia de interés casacional por la carencia de consecuencias para la decisión del conflicto, por cuanto la aplicación de la jurisprudencia que se cita solo puede llevar a una modificación del fallo mediante la omisión de hechos que la Audiencia Provincial considera probados (art. 483.2, 3º LEC). -La improcedencia del recurso de casación determina la del extraordinario por infracción procesal (art. 473.2, en relación con la Disposición final 16ª, apartado 1 y regla 5ª, párrafo segundo, de la LEC).

**XVII.AUTO DE 6/7/2016. QUEJA 150/2016.** INCAPACITACIÓN. NOMBRAMIENTO DE CURADOR: PERSONA IDÓNEA. Inexistencia de interés casacional (art. 477.2.3 y 483.2.3º LEC) por falta de cita de dos o más sentencias de esta Sala y por carecer de consecuencias para la decisión del conflicto, atendida la base fáctica de la sentencia recurrida. Se desestima la queja.

## 3. INTERÉS CASACIONAL Y SEGUROS

Se exponen, agrupadas por materias, las sentencias de las que pueden extraerse criterios que permiten apreciar la falta de concurrencia de los supuestos que determinan la admisibilidad de las distintas modalidades del recurso de casación (art. 477.2 y 483.2.3.º LEC), por inexistencia de interés casacional (en asuntos de cuantía inferior al límite legal) o porque no se pueda apreciar una verdadera contradicción normativa o jurisprudencial (en supuestos de cuantía).

### 3.1. Intereses moratorios del art 20 LCS.

#### a) Imposición de oficio, en toda clase de seguros, y legitimación para reclamarlos por parte tanto del perjudicado como también del asegurado/tomador

Imposición de oficio. Sentencia 294/2013, de 22 de abril, [rec. 542/2010]

«La sentencia recurrida no incurre en incongruencia al imponer a la aseguradora demandada los intereses previstos en el artículo 20 LCS sobre la cantidad de 93 331,5 €, presupuestada para efectuar las reparaciones, ya que -aunque pudiera argumentarse que no fueron expresamente solicitados por la demandante respecto a este concepto indemnizatorio- estos intereses pueden ser acordados de oficio (SSTS de 26 de febrero de 2010, RC n.º 314/2006, 22 de julio de 2010, RC n.º 1053/2006), lo que implica que no es necesaria la petición de parte para que el tribunal pueda acordarlos, si estima que así procede, sin incurrir en incongruencia».

Sentencia 68/2010, de 26 de febrero [rec. 314/2006] «Esta Sala tiene declarado que el artículo 20 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro en un precepto que establece para las aseguradoras, en el ámbito de los intereses de demora ("interés especial de demora" según STC 5/93 de 14 de Enero ), y para el caso de que la aseguradora se retrase en el pago excediendo así del plazo legal, la imposición por el órgano judicial, de oficio, de unos intereses claramente sancionatorios y por tanto disuasorios, respecto de una conducta que dificulta o aventura el pago de una indemnización (Sentencias de 16 de octubre de 2008, en el recurso de casación 858/2002, de 6 de septiembre de 2008, recurso de casación 1208/2004 y de 29 de junio de 2009, recurso de casación 840/2005 , entre las más recientes)».

Sentencia 474/2010, de 22 de julio [rec. 1053/2006].

En toda clase de seguros, incluido el marítimo. Sentencia 949/2008, de 16 de octubre [rec. 858/2002]

«al artículo 20 LCS permite concluir que se trata de es una norma general que obliga a las aseguradoras en toda clase de seguros, fijando imperativamente el pago de unos intereses

claramente sancionatorios, y por ende, disuasorios, para el caso de que, por causa no justificada o que le fuera imputable a la propia aseguradora, se demoren (interés especial de demora según STC 5/93 de 14 de Enero ) en el abono de la indemnización debida, excediendo así el plazo legal de tres meses desde la producción del siniestro sin cumplir con su obligación esencial de reparar el daño o, en todo caso, indemnizar el valor del mismo -pagando o consignando su importe-, presupuesto que se ha conservado en la nueva redacción del artículo 20, en su regla 8ª» .

Sentencia 2009, de 12 de enero [rec. 2884/2001]

«el artículo 2 de la Ley 50/1.980 no contiene excepción expresa ni implícita alguna de la que pueda beneficiarse el artículo 20. Lo que determina la conclusión de que, como regla, el mismo debe ser aplicado al seguro marítimo en cuanto norma supletoria, esto es, en defecto de las del Código de Comercio sobre dicho contrato, las cuales siguen vigentes, según resulta de la disposición final de la propia Ley.

Legitimación para reclamarlos por parte del perjudicado y también del asegurado/tomador. Sentencia 581/2015, de 20 de octubre [rec. 2102/2013]

«dada la literalidad del art. 20 de la LCS, la actora como asegurada y tomadora puede incluir en la indemnización de daños y perjuicios que solicita la correspondiente a la mora del art. 20 de la LCS.

Este precepto no solo pretende estimular el cumplimiento de las aseguradoras con respecto a los terceros perjudicados sino también en relación a los tomadores y asegurados, en aras a evitar respuestas injustificadas de las aseguradoras en el seno de los contratos de seguro».

### b) Causa justificada para su no imposición:

La doctrina consolidada al respecto es la siguiente (sentencia 8/2011, de 1 de febrero [rec. 2040/2006]:

«A la hora de determinar qué ha de entenderse por causa justificada a los efectos de la aplicación de la regla octava del artículo 20 LCS, en la redacción dada por la Disposición Adicional sexta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, esta Sala (SSTS de 17 de octubre de 2007, RC n.º 3398/2000, 18 de octubre de 2007, RC n.º. 3806/2000, 6 de noviembre de 2008, RC n.º 332/2004, 16 de marzo de 2010, RC n.º 504/2006, 7 de junio de 2010, RC n.º 427/2006, 29 de septiembre de 2010, RC n.º 1393/2005, 1 de octubre de 2010, RC n.º 1314/2005 y de noviembre de RC n.º 2307/2006) ha seguido una línea interpretativa caracterizada por un creciente rigor con las aseguradoras, lo que ha llevado a excluir su apreciación cuando carece de justificación la oposición al pago frente a la reclamación del asegurado o perjudicado aunque se formule en un proceso judicial, pues la razón del mandato legal radica en evitar el perjuicio que para aquellos deriva del retraso en el abono de la indemnización y en impedir que se utilice el proceso como instrumento falaz para dificultar o retrasar el cumplimiento de la expresada obligación, sin que lo expuesto impida que la aseguradora pueda obtener de forma efectiva su tutela jurídica en el pleito, que, de prosperar su oposición, conllevará la devolución de la cantidad satisfecha o previamente consignada, por ser total o parcialmente indebida.

»En esta línea, viene declarando esta Sala que si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso, para vencer la oposición de la aseguradora se hace necesario examinar la fundamentación de la misma, partiendo de las apreciaciones realizadas por la AP, a quien, como declara reiteradamente la Jurisprudencia, corresponde la fijación de los hechos probados y las circunstancias concurrentes de naturaleza fáctica necesarias para integrar los presupuestos de la norma aplicada, siendo criterio de esta Sala al respecto, que ni la mera

existencia de un proceso, o el hecho de acudir al mismo, constituye causa en sí misma justificada del retraso, ni es óbice para imponer a la aseguradora los intereses cuando no se aprecia una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar (por todas, SSTS 7 de junio de 2010, RC n.º 427/2006, 29 de septiembre de 2010, RC n.º 1393/2005, 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005 y 26 de octubre de 2010, RC n.º 677/2007).

»En aplicación de esta doctrina, la Sala ha valorado como justificada la oposición de la aseguradora que aboca al asegurado o perjudicado a un proceso cuando la resolución judicial se torna en imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura, en cuanto hechos determinantes del nacimiento de su obligación, si bien la jurisprudencia más reciente es incluso aún más restrictiva y niega que la discusión judicial en torno a la cobertura pueda esgrimirse como causa justificada del incumplimiento de la aseguradora (SSTS de 7 de enero de 2010, RC n.º 1188/2005 y de 8 de abril de 2010, RC n.º 545/2006).

»En todo caso y a pesar de la casuística existente al respecto, viene siendo criterio constante en la jurisprudencia no considerar causa justificada para no abonar la indemnización el hecho de acudir al proceso para dilucidar la discrepancia suscitada por las partes en cuanto a la culpa, ya sea por negarla completamente o por disentir del grado de responsabilidad atribuido al demandado en supuestos de posible concurrencia causal de conductas culposas (STS 12 de julio de 2010, RC n.º 694/2006 y STS de, RC n.º 2307/2006), del mismo modo que no merece tampoco para la doctrina la consideración de causa justificada la discrepancia en torno a la cuantía de la indemnización cuando se ha visto favorecida por desatender la propia aseguradora su deber de emplear la mayor diligencia en la rápida tasación del daño causado, a fin de facilitar que el asegurado obtenga una pronta reparación de lo que se considere debido (SSTS de 1 de julio de 2008, RC n.º 372/2002, 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005 y 26 de octubre de 2010, RC n.º 677/2007), sin perjuicio, como se ha dicho, de que la aseguradora se defienda y de que, de prosperar su oposición, tenga derecho a la restitución de lo abonado. En relación con esta argumentación, la jurisprudencia más reciente declara que la iliquidez inicial de la indemnización que se reclama, cuantificada definitivamente por el órgano judicial en la resolución que pone fin al pleito, no implica valorar ese proceso como causa justificadora del retraso, ya que debe prescindirse del alcance que se venía dando a la regla *in illiquidis non fit mora* [tratándose de sumas ilíquidas, no se produce mora], y atender al canon del carácter razonable de la oposición (al que venimos constantemente haciendo referencia) para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses y concreción del *dies a quo* [día inicial] del devengo, habida cuenta que la deuda nace con el siniestro y el que la sentencia que la cuantifica definitivamente no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo de un derecho que ya existía y pertenecía al perjudicado (SSTS de 4 de junio de 2006, 9 de febrero de 2007, 14 de junio de 2007, 2 de julio de 2007, 16 de noviembre de 2007, RC n.º 4267/2000, 29 de septiembre de 2010, RC n.º 1393/2005, 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005).

En aplicación de esta doctrina, a pesar de la casuística, destacan las siguientes sentencias:

-Incertidumbre respecto de la cobertura: sentencia 8/2012, de 25 de enero [rec. 455/2008] (la discrepancia en torno a la cobertura basada en la oscuridad de las cláusulas contractuales, no puede apreciarse como causa justificada), sentencia 791/2012, de 18 de diciembre [rec. 1262/2010] (la incertidumbre sobre la cobertura desaparece con la extinción del proceso penal al descartarse que el incendio fuera provocado por los responsables de la sociedad asegurada, momento a partir del cual la aseguradora sabía que debía

responder), sentencia 383/2013, de 24 de mayo [rec. 174/2011] (inexistencia de incertidumbre sobre la cobertura dado que la conducción en estado de embriaguez estaba cubierta según la interpretación jurisprudencial que solo la excluye como clausula limitativa sujeta a los requisitos del art. 3 LCS), sentencia 78/2014, de 3 de marzo [rec. 625/2012] (póliza que no deja dudas sobre la cobertura) y sentencia 94/2015, de 27 de febrero [rec. 371/2013] (póliza que no deja dudas sobre la cobertura).

-Discrepancia meramente cuantitativa no es causa justificada: sentencias 328/2012, de 17 de mayo [rec. 1427/2009], 743/2012, de 4 de diciembre, 784/2012, de 18 de diciembre [rec. 1362/2010], 294/2013, de 22 de abril [rec. 542/2010], 117/2013, de 25 de febrero [rec. 1671/2010], 404/2013, de 6 de junio [rec. 293/2011], 437/2013, de 12 de junio [rec. 82/2011, 489/2014, de 20 de septiembre [rec. 1681/2012] (valor venal vs valor de afección), 336/2014, de 23 de junio [rec. 1800/2012], 581/2015, de 20 de octubre [rec. 2102/2013], 206/2016, de 5 de abril, [rec.1684/2014], 445/2016, de 1 de julio [rec. 329/2014].

-Discrepancias en torno al porcentaje de culpa no son causa justificada: sentencia 332/2014, de 18 de junio [rec. 51/2014] (dudas sobre porcentaje de culpa en colisión recíproca, no es causa justificada).

«Se intenta justificar la aseguradora en un pretendido cambio jurisprudencial operado por la sentencia de esta Sala de 10-9-2012, RC 1740/2009, tendente a imputar el pago de la totalidad de la indemnización a cada uno de los intervinientes en colisiones recíprocas, en las que no puede determinarse la cuota de responsabilidad de cada uno, pero sobre ello ha declarado esta misma sala en reciente sentencia …que una solución mínimamente prudente aconsejaba cumplimentar la regla del pago o consignación a favor de la víctima, porque lo que era previsible no era que el juicio civil que se promoviera en el ámbito de la citada Audiencia se resolviera con sentencia desestimatoria, como se dice en el motivo, sino todo lo contrario, lo que no es posible en la interpretación de una norma que tiene como regla la consignación, es que las dudas existentes sobre la mecánica del accidente o sobre la solución del conflicto, se trasladen sin más por la aseguradora a la víctima obligándola a iniciar este proceso para despejar las dudas existentes en torno a cuál de los dos conductores es el responsable del daño. STS, de 4 de febrero de 2013, RC 588/2010».

Como excepción, la sentencia 489/2016, de 14 de julio [rec. 1995/2014] sí apreció justificación en un caso en el que «la incertidumbre sobre la responsabilidad del conductor del turismo era manifiesta y no solo por la sentencia absolutoria de juicio de faltas, sino fundamentalmente porque la contribución culposa del conductor de la motocicleta al siniestro (85%)».

-La tramitación de un previo proceso penal no se traduce en causa justificada (por todas, sentencia 206/2016, de 5 de abril [rec. 1648/2014], que realiza un estudio jurisprudencial en casos de previa tramitación de causa penal por sospechas de ilicitud penal «que podrían desembocar en la condena del asegurado o de alguna persona relacionada con el mismo por el delito, determinando entonces la exoneración de la aseguradora conforme al párrafo segundo del art. 48 LCS…tal justificación desaparece en

cuanto el proceso penal termine por sentencia absolutoria firme o auto de sobreseimiento, e incluso cuando contra este último se interpongan recursos infundados»).

-Existencia de causa justificada cuando la conducta de la aseguradora de no pagar responde a la actuación obstruccionista del perjudicado.

Sentencia 194/2015, de 30 de marzo [rec. 1443/2010]

«En el presente caso, de la sentencia se desprenden otras razones fácticas y jurídicas que conducen a considerar que el no cumplimiento puntual de la aseguradora tuvo que ver, no con su negativa a hacer frente a sus obligaciones (es decir, no con una conducta obstruccionista no colaboradora) sino con la propia conducta mostrada a lo largo del pleito por los perjudicados, quienes, según la sentencia, no formularon denuncia, se opusieron a que se declarase suficiente la suma consignada y, además, expresaron en un determinado momento su voluntad de no reclamar intereses, conjunto de circunstancias que avalan la racionabilidad de la oposición de una aseguradora que vino mostrando a lo largo del pleito, tanto en las previas actuaciones penales como el ulterior proceso civil "una actitud colaboradora y no obstruccionista al cumplimiento de sus obligaciones derivadas del seguro" ( STS de 29 de julio de 2013, rec. nº 920/2011)».

Por tanto, partiendo lógicamente de que se han respetar los hechos probados y la *ratio decidendi,* y que solo es posible justificar el interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta sala sobre la apreciación de causa justificada si se invoca el apdo. 8.º del art. 20 LCS (no otro distinto) y si la doctrina que se invoca va referida a dicho concreto precepto, carecen de interés casacional los recursos en los que la aseguradora pretende justificar la no imposición de intereses (y por tanto, que se aprecie la existencia de causa justificada para no imponerlos) con base en que el procedimiento fue necesario para dilucidar controversias meramente cuantitativas, o para dilucidar la discrepancia de las partes en torno a la culpa (ya sea por negarla completamente o por disentir del grado de responsabilidad), así como en supuestos en que los hechos probados demuestran que no existía una incertidumbre racional sobre la existencia del siniestro o sobre su cobertura que tuviera que despejarse con el proceso judicial.

Ejemplos:

-Por no referirse al concreto precepto 20. 8.º LCS y doctrina que lo interpreta.

Auto 22/10/2013, rec. 2781/2012 (en un caso en que no se justificó el interés casacional al citar sentencias referidas al incumplimiento de los deberes de consignación y suficiencia, y no respecto del art. 20. 8.ºLCS).

«si la no imposición del recargo se debió a la apreciación de la causa justificada a la que se refiere el apartado 8.º del art. 20 LCS , solo es posible justificar un interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta Sala sobre su aplicación si la doctrina viene referida ese precepto y no a otros ajenos a esta cuestión».

-Por plantear su infracción como cuestión nueva

Auto 16/9/2015, rec. 1455/2014

Auto 2/9/2014, rec. 1743/2013 (ni siquiera se recurrió en apelación la apreciación de causa justificada para su no imposición que hizo el juzgado de primera instancia).

-Incertidumbre en cuanto a la existencia de siniestro

Auto 4/11/2015, rec. 1737/2014 y 5/11/2013, rec. 3111/2012 (existió incertidumbre, causa justificada).

«la sentencia recurrida considera, a la vista de lo discutido en el procedimiento y de la propia mecánica del accidente, que la determinación del accidente en su configuración, viene a justificar la existencia y consideración de dudas en el mismo que solo se han solventado a través del procedimiento»

Autos 9/9/2015, rec. 1297/2014 (no existió incertidumbre que tuviera que despejarse con el proceso pues no se consignó la indemnización que pudiera corresponder al perjudicado ni siquiera cuando la aseguradora tuvo conocimiento de los hechos), 17/6/2014, rec. 1909/2013, 18/6/2013, rec. 2362/2012 y 22/3/2011, rec. 728/2010.

-Incertidumbre en cuanto a su cobertura

Autos 22/3/2011, rec. 436/2007 (inexistencia, pues al menos uno de los demandados conducía y podía sospecharse su responsabilidad) y 15/3/2011, rec. 1029/2010.

-Discrepancia en cuanto a la culpa:

Auto 9/9/2015, rec. 170/2015 (negligencia del empresario en accidente laboral), 18/06/2013, rec. 2438/2012, y 26/5/2009, rec. 1387/2007.

Auto 28/1/2014, rec. 1627/2012 (por el contrario, ratifica la existencia de causa justificada porque el proceso fue necesario para despejar la incertidumbre en cuanto a la culpa).

-Discrepancias meramente cuantitativas.

Auto 3/12/2013, rec. 338/2013 (actitud renuente)

**c) Incompatibilidad con otros intereses (incluidos los procesales):**

La doctrina consolidada al respecto es la siguiente:

-Incompatibilidad de los intereses moratorios específicos del art. 20.8 LCS con los legales del art. 1108 CC (sentencia 458/2016, de 5 de julio [rec. 2695/2014]).

«Esta Sala en sentencias de 10 de noviembre de 1997 y 22 de diciembre de 2010 ha declarado la incompatibilidad de aplicar intereses moratorios del art. 1108 del CC y los intereses del art. 20 de la LCS, pues siendo ambos punitivos, no procede su duplicación».

-Incompatibilidad de los intereses del art. 20.8 LCS con los procesales del art. 576 LEC (sentencia 258/2009, de 16 de abril [rec. 209/2004]).

«procedencia de imposición de intereses moratorios del art. 20 de la LCS desde la fecha de la sentencia de apelación, ha de señalarse que tal solución ya tuvo favorable acogida en la sentencia de esta Sala de fecha 12 de marzo de 2001 (rec. nº 569/1996), …Además, como se señaló en Sentencia de esta Sala de 13 de junio de 2007, debe recordarse la doctrina jurisprudencial sobre la incompatibilidad de los intereses procesales del art. 921 LEC 1881 con los de cualquier otra naturaleza, debiendo prevalecer el devengo de los de tipo superior, tal y como ha venido a recoger el art. 576.1 LEC 2000, que sustituye al art. 921 LEC 1881, a partir de su entrada en vigor».

También sentencia 165/2012, de 12 de marzo.

### d) Tipo de interés moratorio: existencia de dos tramos diferenciados

La doctrina consolidada al respecto es la siguiente (sentencia /2009, de 10 de diciembre [rec. 1090/2005])

«SÉPTIMO. - Tipo aplicable a los intereses por mora de la aseguradora. Esta Sala, en la STS, Pleno, de 1 de marzo de 2007, RC n.º 2302/2001, ha sentado por razones de interés casacional a efectos de unificación de jurisprudencia, la siguiente doctrina: "Durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50 %. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento". Esta jurisprudencia ha sido aplicada en sentencias posteriores, entre las que pueden citarse las SSTS 11 de diciembre de 2007, RC n.º 5525/2000, 25 de febrero de 2009, RC n.º 1327/04, 1 de julio de 2008, RC n.º 372/2002, 26 de noviembre de 2008, RC n.º 1459/2002, 6 de febrero de 2009, RC n.º 1007/2004, 25 de febrero de 2009, RC n.º 1327/2004, 23 de abril de 2009, RC n.º 2031/06, 19 de mayo de 2009, RC n.º 229/05».

También sentencias 632/2011, de 20 de septiembre, [rec. 792/2008], 755/2010, de 17 de noviembre [rec. 1299/2007], 165/2012, de 12 de marzo [rec. 1203/2008] y 736/2016, de 21 de diciembre [rec. 1937/2014].

### e) Incompatibilidad en casos de ejercicio de aseguradora de acción subrogatoria del artículo 43 LCS

La doctrina consolidada al respecto es la siguiente (sentencia 816/2011, de 6 de febrero [rec. 977/2008] y las que en ella se citan).

«al constituir doctrina de esta Sala, fijada en SSTS de 5 de febrero 2009, RC n.º 2352/2003; 30 de marzo de 2010, RC n.º 199/2006 y 24 de marzo de 2011, RC n.º 1476/2006, que el recargo por demora de la aseguradora en el pago de la indemnización que contempla el artículo 20 LCS no es aplicable a la aseguradora del causante del daño cuando se dirige contra ella la aseguradora del perjudicado por el siniestro ejercitando la acción de subrogación que prevé el artículo 43 LCS».

### f) Devengo: cómputo. En especial, en seguro de accidentes

Doctrina general: desde la fecha del siniestro (art. 20.6.º LCS). Sentencia 206/2016, de 5 de abril [rec. 1648/2014]:

«Nótese que la regla número 6º del artículo 20 LCS dispone en su párrafo primero que: “Será termino inicial del cómputo de dichos intereses [que debe pagar el asegurador moroso] la fecha del siniestro”».

La prueba de que la aseguradora conocía al siniestro cuando fue requerida de pago incumbe a la aseguradora (sentencia 199/2016, de 30 de marzo [rec. 1967/2014] y la citada 206/2016, de 5 de abril [rec. 1648/2014]).

Excepciones (supuestos en que el devengo se fija después del siniestro). Sentencia 336/2014, de 23 de junio [rec. 1800/2012]

En especial, devengo de intereses moratorios en seguro de accidentes

«A) Según el artículo 100 LCS, “sin perjuicio de la delimitación del riesgo que las partes efectúen en el contrato, se entiende por accidente la lesión corporal que deriva de una causa violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte”.

»La jurisprudencia ( SSTS de 14 de junio de 1999, RC n.º 3545/1994 ; 23 de diciembre de 1999, RC n.º 1365/1995 y 20 de julio de 2011, RC n.º 819/2008 ) ha distinguido entre hecho generador y riesgo asegurado. Esta distinción, puesta en conexión con el seguro de accidentes con cobertura de invalidez en sus diferentes grados, ha llevado a la doctrina a concluir que, si bien las obligaciones del seguro, en esencia, la de indemnizar el daño producido al asegurado, dentro de los límites pactados ( artículo 1 LCS ), son exigibles a la aseguradora cuyo contrato estaba vigente cuando se produjo el evento que dio lugar, más tarde, a la invalidez, sin embargo el riesgo asegurado, cuya concurrencia es imprescindible para que surja la obligación de indemnizar ( artículo 1 LCS ), lo constituye dicha incapacidad resultante del accidente, entendido desde el punto de vista fenomenológico, como hecho generador del citado riesgo -invalidez- objeto de cobertura. Así se explica que las obligaciones de la aseguradora no nazcan del hecho generador, de la causa violenta, súbita, externa, que origina la lesión corporal determinante de la incapacidad, sino que surgen de la invalidez misma ( SSTS de 17 de mayo de 1985 , 22 de septiembre de 1987 ), que constituye el riesgo asegurado ( STS 19 de enero de 1984 ), siendo la fecha de la declaración de incapacidad la determinante de los efectos temporales y económicos de cobertura del seguro concertado, y de la aplicabilidad de las condiciones pactadas ( STS 13 de junio de 1989 ).

»Cuando la controversia se suscita en torno a la mora del asegurador, en particular, con relación al devengo de los intereses previstos legalmente, la anterior doctrina debe ponerse en relación con la afirmada por esta Sala en relación con el artículo 20 LCS , precepto del que se ha dicho que es aplicable a toda clase de seguros, y que la indemnización por mora a que se refiere el párrafo 4.º del mismo implica la existencia de un retraso culpable, que no obedezca a causa justificada o que no le pueda ser imputada al asegurador. Puesto que no ha lugar a apreciar ese retraso sino a partir del momento en que tiene lugar el siniestro, como indica el artículo 20.3 LCS , por ser el hecho que fija el término inicial del devengo, el que en el seguro de accidentes el siniestro no venga dado por el accidente, en cuanto hecho generador o causa del daño corporal, sino por el accidente en el sentido estricto que se deriva del tenor literal del artículo 100 LCS , esto es, como lesión corporal resultante de dicha causa, comprensiva de la muerte y de la invalidez, que son los riesgos objeto de cobertura, supone que solo a partir de la declaración de la invalidez y su conocimiento por el asegurador comienza para este la mora y el recargo de intereses, si su retraso en el abono de la correspondiente indemnización no responde a una justa causa o a una causa que le pueda ser imputable. Así se desprende de la jurisprudencia contenida, entre otras, en la STS de 8 de noviembre de 2007, RC n.º 5507/2000 , que examina si el devengo debía comenzar con el informe emitido por la compañía tras

concluir el procedimiento del articulo 38 LCS o antes, con la comunicación de la invalidez a la aseguradora (por tanto, en ningún caso a partir del accidente laboral que fue el hecho generador de la invalidez), y en la contenida en la STS de 7 de febrero de 2007, RC n.º 1435/2000 , en la que se declara que el riesgo asegurado en el seguro de accidentes es la invalidez (junto con la muerte por accidente) y, que, consiguientemente, "el siniestro, que consiste en la realización de dicho riesgo, no radica directamente en la producción, en abstracto, del accidente al que se halla conectada causalmente la invalidez sufrida, sino en la producción de esta invalidez, siempre que sea consecuencia, inmediata o remota en el tiempo, del accidente". También reitera esta sentencia lo antes dicho sobre que no cabe confundir el siniestro como hecho generador de la invalidez con el momento de producción de esta, en cuanto riesgo asegurado, y concluye que, «en suma, la fecha de origen de la invalidez, como fecha del siniestro a partir de la cual debe determinarse la mora, depende del estudio de las circunstancias del caso».

»Estos argumentos llevaron recientemente a esta Sala (STS de 20 de julio de 2011, RC n.º 819/2008 ) a fijar el comienzo del devengo en la fecha en que se concretó la invalidez por la que se reclamaba, tras distinguir entre la acción directa, de naturaleza extracontractual, formulada por el perjudicado contra los presuntos responsables civiles del accidente de circulación, incluyendo la aseguradora del vehículo causante, y la acción fundada en su propio seguro de accidentes, de naturaleza contractual, que ejercitó contra su propia aseguradora, en reclamación de la indemnización prevista para el caso de ocurrir el evento cuyo riesgo - la invalidez en grados absoluta, parcial y profesional- era objeto de cobertura».

En igual sentido, sentencias 62/2007, de 7 de febrero, [rec. 1435/2000] y 1169/2007, de 8 de noviembre [rec. 5507/2000]. Esta doctrina ha sido superada por la sentencia de Pleno 736/2016, de 21 de diciembre [rec. 1937/2014]:

«La tesis de estas sentencias es que si el riesgo asegurado en la póliza de accidentes es la incapacidad o invalidez, el siniestro tiene lugar cuando dicha situación se declara, de modo que, conforme al artículo 20.6 de la LCS («será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro») no hay posibilidad de mora hasta después de la declaración de incapacidad. Ahora bien, se trata de una jurisprudencia que no es uniforme a la hora de concretar la fecha del siniestro. En sentido contrario existe otra que no atiende al grado de invalidez, sino al momento en que se produce el accidente, lo que incide de forma distinta en la obligación que impone a la aseguradora el artículo 18 LCS […]

En aras de unificar los criterios existentes, se confirma el segundo y no el primero de los criterios, con el efecto de desestimar el motivo si bien por razones distintas de las que expresa la sentencia recurrida. En efecto, el primer criterio conduce a los indeseables resultados siguientes:

1º. Se aplicaría un régimen distinto en materia de intereses de demora en el seguro de accidentes y en el de responsabilidad civil. Ante un mismo hecho en el que la aseguradora se mantiene pasiva, las consecuencias serían muy diferentes: si el perjudicado se dirige contra la aseguradora del civilmente responsable del accidente, tendrá derecho al interés de demora desde la fecha del accidente, mientras que si tiene una póliza de accidentes y acciona contra su aseguradora solo tendrá derecho a este interés desde la declaración de incapacidad.

2º. Cuanto más grave sea el resultado del accidente, más tardará en declararse la incapacidad y más se diferirá en el tiempo el inicio del devengo de intereses.

3º. Hay una evidente contradicción entre el rigor aplicado en la jurisprudencia de esta Sala a los casos de exoneración del artículo 20.8 LCS y la aplicación de intereses en el seguro de accidentes.

4º. La interpretación que mantiene el primer grupo de sentencias citadas en el recurso favorece a la aseguradora pasiva que, frente a una comunicación del siniestro, no hace nada hasta que se le remite la declaración de incapacidad, lo que es difícilmente compatible con el cumplimiento del fin que se asigna a la obligación de la aseguradora de hacer una oferta motivada y con la propia finalidad del interés de demora del artículo 20 LCS y las demás exigencias de la Ley, como la expresada en el artículo 16.

El artículo 16 establece el deber de los tomadores o asegurados de comunicar a la entidad aseguradora el acaecimiento del siniestro además de proporcionarle toda clase de informaciones relativas a las circunstancias del mismo, entre otras cosas para poner en funcionamiento los mecanismos indemnizatorios al asegurado derivados del siniestro que se inician con las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer su existencia y que concluyen con el abono, en su caso, del importe de los daños que resulten del mismo, y, «en cualquier supuesto», dentro de los cuarenta días, a partir de la recepción de la declaración de siniestro, del importe mínimo que el asegurador pueda deber según las circunstancias conocidas, conforme dispone el artículo 18, con el recargo, caso de incumplimiento de sus deberes por la aseguradora, de los intereses del artículo 20, artículo que debe ser entendido en función de los que le preceden y, en especial, del 18, puesto que es aplicable como los anteriores a toda clase de seguros, entre ellos el de accidentes, en el que se presta cobertura al riesgo de invalidez y en el que la fecha del accidente sirve para fijar el régimen legal aplicable a todos los efectos, incluidos los intereses.

Las sentencias que aplican el criterio contrario no explican las razones de esta diferencia, más allá de una referencia genérica al diferente origen -contractual o extracontractual- de una y otra responsabilidad. Tampoco se justifica la solución aplicada en el artículo 104, según el cual «La determinación del grado de invalidez que derive del accidente se efectuará después de la presentación del certificado médico de incapacidad. El asegurador notificará por escrito al asegurado la cuantía de la indemnización que le corresponde, de acuerdo con el grado de invalidez que deriva del certificado médico y de los baremos fijados en la póliza. Si el asegurado no aceptase la proposición del asegurador en lo referente al grado de invalidez, las partes se someterán a la decisión de Peritos Médicos, conforme al artículo 38».

Podría sostenerse que la importancia de este artículo radica en que se refiere a una modalidad muy concreta del seguro de accidentes: aquel en el que la póliza contempla como riesgo asegurado exclusivamente la invalidez en diferentes grados definidos en la póliza mediante baremos que se aplican a la cantidad máxima cubierta por dicha garantía, puesto que en esta modalidad, esto es, en el seguro de accidentes con cobertura exclusiva de invalidez en sus diferentes grados, que configura un concreto seguro de capital para el riesgo de invalidez, podría tener todo su sentido el criterio contrario.

Pero lo cierto es que el seguro de accidentes no se identifica necesariamente con esta modalidad, especialmente en casos como el que aquí se enjuicia, en los que la póliza contempla como riesgo asegurado no solo la invalidez en términos similares a los del artículo 104, sino otro tipo de prestaciones de devengo «inmediato», como el abono de los gastos de asistencia médica o sanitaria o la incapacidad temporal, mediante el pago de una suma diaria, en los que ningún sentido tiene establecer distintas fecha de devengo de intereses y menos aún diferir la mora de estas otras prestaciones a la declaración de incapacidad que proceda o al alta médica.

En cualquier caso, no es posible establecer un régimen jurídico distinto en una o en otra modalidad de este seguro. Responden a la misma idea y las obligaciones para aseguradora y asegurado son en principio las mismas. El artículo 1 LCS obliga al asegurador, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, y al asegurado a comunicar a

la aseguradora el accidente y esta comunicación es la comunicación del siniestro a que se refiere el artículo 16 LCS («acaecimiento del siniestro»), que es la que sirve a su vez a la aseguradora para establecer «la existencia del siniestro», según el artículo 18, y, en su caso, para indemnizar o pagar al asegurado («en cualquier supuesto») al menos el importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas, dentro de los cuarenta días; siendo así que en el cumplimiento o incumplimiento de estos deberes será donde podrá enjuiciarse la buena o la mala fe de la aseguradora, en los términos del nº 8 del artículo 20 LCS, si después de las averiguaciones que realiza no satisface la indemnización o paga el importe mínimo, salvo que la decisión de no efectuar el pago o el anticipo previsto esté fundada «en una causa justificada o que no le fuere imputable» derivada de una tramitación diligente del siniestro.

El artículo 100 LCS determina lo que se entiende por accidente («la lesión corporal que deriva de una causa violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte»), que el asegurado comunica a su aseguradora y que se identifica con la fecha en que este ha tenido lugar, mientras que el artículo 104 no es más que una norma de liquidación de un siniestro que ya se ha producido (y que en el caso no ha sido rechazado), para graduar la indemnización «de acuerdo con el grado de invalidez que deriva del certificado médico y de los baremos fijados en la póliza», y que no elimina la obligación previa de la aseguradora con su asegurado en orden a evitar la sanción de los intereses del art. 20 LCS

y en las consecuencias derivadas de su incumplimiento, previstas en el artículo 20 de la misma Ley.»

### g) Cómputo de los intereses a los efectos del presupuesto del art. 449.3 LEC

-No cabe subsanar la falta de consignación sino solo una consignación insuficiente (entre otras, sentencias 276/2010, de 5 de mayo [rec. 588/2006] y 908/2011, de 30 de noviembre [rec. 2059/2009]).

Según la sentencia 908/2011, de 30 de noviembre [rec. 2059/2009]

«el incumplimiento del presupuesto contemplado en el artículo 449.1 de la LEC 2000, para la procedencia de los recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal y casación, no puede ser subsanado mediante un pago o consignación extemporánea y solo es posible la subsanación de la acreditación del pago o consignación (AATS de 25 de septiembre de 2007,

RC n.º 398/2003, 23 de marzo de 2010, RIPC n.º 1131/2008, 25 de mayo de 2010, RQ n.º 651/2009)».

Y según la sentencia 276/2010, de 5 de mayo [rec. 588/2006], resulta inadmisible el recurso si la aseguradora condenada a indemnizar y a pagar intereses de demora desde el accidente se limita a consignar el principal.

-En caso de varios demandados, condenados solidariamente, el depósito de uno beneficia a los demás. Pero si posteriormente se producen incidencias que afecten al recurso del recurrente que consignó (tales como la inadmisión de su recurso o el desistimiento) «En tales casos deberá habilitarse un trámite -que impida que el artículo 449.3 quede ineficaz- a fin de requerir a los demás recurrentes, condenados solidarios que inicialmente no consignaron, para que subsanen la falta sobrevenida de consignación, bajo el apercibimiento de decaimiento del recurso» (sentencia 11/2011, de 3 de febrero [rec. 1294/2007]).

-Aplicación restrictiva del art. 449.3 LEC, solo a los supuestos contemplados en la norma (sentencia 11/2011, de 3 de febrero [rec. 1294/2007]).

«ha de hacerse de forma restrictiva, de manera que no puede extenderse su aplicación a supuestos distintos a los contemplados. La norma afecta a quienes resultan condenados al pago de una indemnización como responsables por los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor…la condena de la recurrente tiene su origen en la conducción de una bicicleta, que no es un vehículo de motor, lo que implica que la recurrente no ha sido condenada como responsable de los daños y perjuicios derivados del riesgo creado por la circulación de un vehículo a motor y no le debió ser exigida la constitución del depósito».

## 3.2. Clausulas delimitadoras del riesgo y limitativas (art. 3 LCS).

### a) Doctrina general: distinción.

La doctrina consolidada al respecto es la siguiente (sentencia 543/2016, de 14 de septiembre [rec. 2958/2014] a modo de síntesis).

«Desde un punto de vista teórico, la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas parece, a primera vista, sencilla, de manera que las primeras concretan el objeto del contrato y fijan los riesgos que, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto del seguro. Mientras que las cláusulas limitativas restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido.

No obstante, como expresa la sentencia de esta Sala núm. 715/2013, de 25 de noviembre, en la práctica, no siempre han sido pacíficos los perfiles que presentan las cláusulas delimitadoras del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado. Las fronteras entre ambas no son claras, e incluso hay supuestos en que las cláusulas que delimitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos del asegurado.

La sentencia 853/2006, de 11 de septiembre, sienta una doctrina, recogida posteriormente en otras muchas resoluciones de esta Sala 1ª, (verbigracia sentencias núm. 1051/2007, de 17 de octubre; y 598/2011, de 20 de julio ), según la cual son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: (i) qué

riesgos constituyen dicho objeto; (ii) en qué cuantía; (iii) durante qué plazo; y (iv) en que ámbito temporal.

Otras sentencias posteriores, como la núm. 82/2012, de 5 de marzo, entienden que debe incluirse en esta categoría la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada. Se trata, pues, como dijimos en la sentencia núm. 273/2016, de 22 de abril, de individualizar el riesgo y de establecer su base objetiva, eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido, siempre que no delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera infrecuente o inusual (cláusulas sorprendentes).

A su vez, la diferenciación entre cláusulas delimitadoras del riesgo y cláusulas limitativas de derechos, cuando el asegurado es un consumidor, ya viene establecida en la exposición de motivos de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al decir que "en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación (de abusividad), ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor".

2. Por su parte, las cláusulas limitativas de derechos se dirigen a condicionar o modificar el derecho del asegurado y por tanto la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiere producido. Deben cumplir los requisitos formales previstos en el art. 3 LCS, de manera que deben ser destacadas de un modo especial y han de ser expresamente aceptadas por escrito; formalidades que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (sentencias 268/2011, de 20 de abril; y 516/2009, de 15 de julio).

La jurisprudencia ha determinado, de forma práctica, el concepto de cláusula limitativa, referenciándolo al contenido natural del contrato, derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora (sentencia núm. 273/2016, de 22 de abril). El principio de transparencia, fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera con especial intensidad respecto de las cláusulas introductorias o particulares».

En igual sentido, sentencia 541/2016, de 14 de septiembre [rec. 2881/2014], 498/2016, de 19 de julio, [rec. 164/2014], 273/2016, de 22 de abril, [rec. 63/2014], 402/2015, de 14 de julio [rec. 1241/2013], 534/2014, de 15 de octubre [rec. 2341/2012].

En aplicación de esta doctrina, se han inadmitido recursos por inexistencia de interés casacional cuando se pretende justificar este invocando doctrina impertinente -la referente a las cláusulas limitativas, cuando la sentencia consideró que era delimitadora del riesgo-, autos de 19 de febrero de 2013, rec. 657/2012, 4 de noviembre de 2015, rec. 1969/2014).

### b) Cláusulas limitativas. Ejemplos significativos en la jurisprudencia:

b.1. Carácter limitativo de la cláusula contenidas en seguro voluntario de accidentes con cobertura de invalidez, en concreto en las condiciones generales, según la cual, sobre el capital asegurado en las condiciones

particulares (cifra fija) para dicho riesgo de invalidez permanente, la indemnización concreta se fijaría mediante un porcentaje sobre aquella suma o capital garantizado, en función de las concretas secuelas y del concreto grado de invalidez sufrido

Sentencia 543/2016, de 14 de septiembre [rec. 2958/2014]

« […] la determinación de la indemnización por incapacidad permanente mediante un porcentaje sobre el capital garantizado en función del grado de invalidez permanente y secuelas sufridas por el asegurado, expresado en una tabla contenida en la condiciones generales, en contradicción con las condiciones particulares, en las que únicamente figura una cifra fija (en este caso, 30.050 €), como importe de la indemnización por tal concepto, supone una cláusula limitativa, que requiere para su validez los requisitos del art. 3 LCS ».

En igual sentido, sentencia 541/2016, de 14 de septiembre [rec. 2881/2014] y 534/2014, de 15 de octubre [rec. 2341/2012].

b.2. Carácter limitativo de la cláusula que excluye el riesgo de embriaguez.

La doctrina al respecto (ligada a la posible acción de repetición de la aseguradora en seguro voluntario) se resume en la sentencia 698/2010, de 5 de noviembre [rec. 81/2016]:

«A) Según Jurisprudencia afirmada por esta Sala en SSTS de 12 de febrero de 2009, RC n.º 1137/2004 y de 25 de marzo de 2009, RC n.º 173/2004 , en los supuestos en que se contrata un seguro voluntario de responsabilidad civil, dado que las relaciones asegurador-asegurado se rigen por la autonomía de la voluntad, es preciso analizar si el riesgo está o no cubierto por dicho seguro, sin que sea dable considerar que la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas no puede ser objeto de aseguramiento ( SSTS de 7 de julio de 2006 y 13 de noviembre de 2008 ) ni correcto circunscribir el conflicto al ámbito del seguro obligatorio, ni mucho menos imputar a éste las cantidades pagadas por la aseguradora, ya que no cabe desconocer la existencia de un acuerdo entre las partes que cubriría el evento acaecido, mientras que no conste su expresa exclusión […]

[…] La solución, por tanto, no está tanto en el seguro obligatorio, en el que la aseguradora tendría facultad de repetición en supuestos de daños ocasionados por embriaguez o influencia de drogas, sino en el análisis del seguro voluntario concertado que complementa el anterior, de tal forma que, si las partes no pactaron su exclusión, la aseguradora no tendrá facultad de repetición contra el asegurado pues no habría pago indebido de la primera y, por tanto, enriquecimiento injusto del asegurado, sino pago justificado en virtud del principio de autonomía de la voluntad que rige el seguro voluntario.

» Entender otra cosa haría de la misma condición al asegurado que se limita a contratar el seguro obligatorio y al asegurado que de forma previsora y pagando por ello su correspondiente prima, contrata por encima del seguro obligatorio uno voluntario, confiando en la creencia de haber contratado todo tipo de riesgos salvo los expresamente excluidos.

»Situado el conflicto en el ámbito del aseguramiento voluntario, lo verdaderamente relevante a la hora de dilucidar si la conducción bajo la influencia del alcohol o las drogas otorga a la aseguradora el derecho a repetir lo pagado es si se pactó expresamente esta facultad como cláusula limitativa de los derechos del asegurado, para lo que ha de estarse a la doctrina fijada por esta Sala en SSTS de 7 de julio de 2.006 , 26 de diciembre de 2.006 , 18 de octubre de 2.007 y 13 de noviembre de 2.008 , que, en aplicación de la Sentencia de Pleno de 11 de septiembre de 2.006 , considera limitativas -por oposición a las cláusulas delimitadoras del

riesgo- aquellas estipulaciones del contrato que actúan -para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido- , tratándose de un tipo de cláusulas cuya eficacia y oposición al asegurado depende del requisito de la doble firma del artículo 3 LCS».

En igual sentido, sentencias 90/2009, de 12 de febrero [rec. 1137/2014], 221/2009, de 25 de marzo [rec. 173/2004], 698/2010, de 5 de noviembre, [rec. 817/2006], 383/2013, de 24 de mayo [rec. 174/2011].

b.3. Carácter limitativo de la cláusula incluida en contrato de seguro con cobertura de defensa jurídica que limita cuantitativamente el importe de los honorarios de profesionales libremente designados por el beneficiario (supuesto de conflicto de intereses porque perjudicado -que designó a los profesionales- y responsable del siniestro de tráfico estaban asegurados en la misma compañía).

Sentencia 481/2016, de 14 de julio [rec. 1644/2014]

«El importe máximo a satisfacer para pago de honorarios de profesionales libremente designados por el beneficiario y gastos del proceso, dice la cláusula en cuestión (incluida en las condiciones generales), “es de 1.500 Euros por siniestro”. Pues bien, en el caso, estamos ante un conflicto de intereses, puesto que la aseguradora del actor era también aseguradora del demandado y asimismo demandada en el pleito del que derivan los honorarios ahora reclamados. Supone que no ha sido la libre voluntad del asegurado sino el propio conflicto lo que obligó al asegurado a tener que nombrar abogado y procurador para la reclamar el daño sufrido, que finalmente tuvo que abonar la aseguradora en la parte cubierta por el seguro, sin que la póliza, que en las condiciones particulares contempla como riesgo asegurado la defensa jurídica, sin limitación alguna, incluya ni en estas condiciones ni en las generales, un pacto especial y expresamente aceptado por el asegurado que limite la responsabilidad de la aseguradora en supuestos como este de conflicto entre ambos. Extender el límite máximo de la obligación del asegurador a los mil quinientos euros supone, en primer lugar, una limitación a la libre designación de abogado y procurador necesario para la efectividad de la cobertura, y, en segundo, derivar contra el asegurado una interpretación extensiva y contraria a su interés, que es el que se protege en esta suerte de contratos de adhesión».

b.4. Carácter lesivo de la cláusula incorporada a contrato de seguro de daños en el transporte que excluye el riesgo durante las maniobras de carga y descarga.

Sentencia 273/2016, de 22 de abril [rec. 63/2014]

«La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado la diferenciación que hace el art. 3 LCS entre cláusulas lesivas y limitativas, en tanto que éstas últimas son válidas, aun cuando no sean favorables para el asegurado, cuando éste presta su consentimiento, y de modo especial, al hacer una declaración de su conocimiento; mientras que, las cláusulas lesivas son inválidas siempre. Es decir, el concepto de condición lesiva es más estricto que el de cláusula limitativa, ya que hay cláusulas limitativas válidas, pero las lesivas son siempre inválidas (sentencia 303/2003, de 20 de marzo)».

b.5. Carácter limitativo de una cláusula incluida en seguro de responsabilidad civil médica que restringe la cobertura a supuestos de mala praxis y no a casos en los que se omite el deber de consentimiento informado.

Sentencia 715/2013, de 25 de noviembre [rec. 2187/2011]

«La limitación de la cobertura que se pretende, en un caso de responsabilidad civil profesional, por un incumplimiento de una norma, pone en evidencia que es una cláusula limitativa de derechos del asegurado, por lo que, debía haberse observado cuanto establece el art. 3 LCS. Como señala la sentencia recurrida es limitativa por cuanto la obligación incumplida forma parte de la general del médico en el ejercicio de su actividad, y es de carácter tan médico como cualquiera, dada la naturaleza estrictamente sanitaria que el consentimiento informado tiene».

b.6. Carácter limitativo de la cláusula incluida en seguro de responsabilidad civil de tráfico, consistente en que el conductor carezca de permiso de conducir (hecho asegurable, no doloso).

Sentencia 489/2012, de 19 de julio [rec. 88/2010]

«la cláusula de exclusión de cobertura por ausencia en el conductor de permiso de conducir, es una cláusula limitativa al no integrar el contenido esencial el contrato, pues no afecta al objeto, al ámbito espacial ni a la cuantía…Alega el recurrente que estamos ante un hecho inasegurable, sin embargo en supuesto de análogo o superior calado como el de la conducción en estado de embriaguez, la Sala ha declarado la posibilidad de que el contrato abarque a tal evento como un hecho asegurable».

En igual sentido, sentencia 781/2011, de 11 de noviembre [rec. 844/2008]

«la reforma normativa de 2007, incorporando expresamente como título de la acción de repetición "la conducción del vehículo por quien carezca del permiso de conducir" (actual apdo. c. del art. 10 del vigente texto refundido), favorece la tesis del motivo más que la de la sentencia impugnada, pues revela que el legislador ha advertido la conveniencia de incluir ese caso, frente al vacío antes existente, por razones de política legislativa».

3.3. Prima (impago). Art. 15 LCS

a) **Resolución por impago de la primera prima o prima única (**art. 15.1 LCS). Requisitos para que pueda oponerse al perjudicado

La doctrina al respecto fue fijada por sentencia Pleno 267/2015, de 10 de septiembre [rec. 544/2013]

En principio, la falta de pago de la prima con anterioridad al siniestro a que se refiere el art. 15.1 LCS sólo puede producir el efecto de liberar de su obligación al asegurador en el caso de que la falta de pago sea imputable al tomador. Para acreditar la culpa del tomador es suficiente la prueba de la falta de fondos en la cuenta consignada al efecto para atender el recibo (sentencias 783/2008 de 4 de septiembre y 916/2008, de 17 de octubre).

No obstante, la resolución de la póliza no depende únicamente de que se acredite la culpa del tomador pues, frente a terceros (perjudicado que reclama), el asegurador solo puede quedar liberado de su obligación de indemnizar acreditando, además, la comunicación recepticia dirigida al tomador del seguro declarando resuelto y sin efecto alguno el contrato (art. 20.2 del RD 7/2001, de 12 de enero).

«Para que la compañía aseguradora quede liberada de la obligación de indemnizar al perjudicado en el contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor por impago de la primera prima o prima única por culpa del tomador, es necesario que acredite haber dirigido al tomador del seguro un correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio admitido en derecho que permita tener constancia de su recepción, por el que se notifique la resolución del contrato».

En aplicación esta doctrina, por ejemplo se han inadmitido recursos de casación por quedar acreditado que el impago de la primera prima no se debió a la culpa o negligencia del tomador sino a la aseguradora (autos de 17 de octubre de 2006, rec. 2364/2002 y 30 de octubre de 2007, rec. 471/2004) y se han inadmitido recursos en los que se margina, como hechos probados, que los recibos estaban domiciliados y que no fueron abonados por insuficiencia de fondos (auto 16 de septiembre de 2015, rec. 1848/2014).

b) **Impago de la prima correspondiente a la segunda anualidad**. (Art. 15.2 LCS). Efectos frente a terceros (perjudicado).

La doctrina al respecto se encuentra fijada en sentencias Pleno 357/2015, de 30 de junio [rec. 1478/2013], 472/2015, de 10 de septiembre, 666/2015, de 9 de diciembre y 374/2016, de 3 de junio [rec. 779/2014]. Dice esta última:

«La interpretación del apartado 2 del art. 15, en relación con el apartado 1, se contiene en nuestra Sentencia de pleno de 357/2015, de 30 de junio, en la que declaramos:

»En el caso del impago de una de las primas siguientes, el apartado 2, dispone que "la cobertura del asegurador queda suspendida un mes después del día de su vencimiento. Si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima se entenderá que el contrato queda extinguido. En cualquier caso, el asegurador, cuando el contrato esté en suspenso, sólo podrá exigir el pago de la prima del período en curso".

»El impago de una de las primas siguientes, lógicamente, presupone que el contrato, que ya había comenzado a desplegar todos sus efectos con anterioridad, se ha prorrogado automáticamente y ninguna de las partes lo ha denunciado en los términos del art. 22 LCS.

»En estos casos, desde el impago de la prima sucesiva, durante el primer mes el contrato continúa vigente y con ello la cobertura del seguro, por lo que si acaece el siniestro en este periodo de tiempo, la compañía está obligada a indemnizar al asegurado en los términos convenidos en el contrato y responde frente al tercero que ejercite la acción directa del art. 76 LCS.

»A partir del mes siguiente al impago de la prima, y durante los cinco siguientes, mientras el tomador siga sin pagar la prima y el asegurador no haya resuelto el contrato, la cobertura del seguro queda suspendida. Esto significa que entre las partes no despliega efectos, en el sentido de que acaecido el siniestro en este tiempo, la aseguradora no lo cubre frente a su asegurada. Sin embargo, la suspensión de la cobertura del seguro no opera frente al tercero que ejercite la acción directa del art. 76 LCS, en la medida en que este mismo precepto prevé que "La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado".

»Transcurridos los seis meses desde el impago de la prima, sin que el asegurador hubiera reclamado su pago, el contrato de seguro quedará extinguido de forma automática y por efecto de la propia disposición legal, sin que sea preciso instar la resolución por alguna de las partes. Lógicamente, el siniestro acaecido con posterioridad a la extinción del contrato no queda

cubierto por el seguro, y por ello el asegurador no sólo no responderá de la indemnización frente al asegurado, sino que tampoco lo hará frente al tercero que pretenda ejercitar la acción directa».

En aplicación esta doctrina, por ejemplo se ha inadmitido el recurso de casación interpuesto por quedar acreditado que tras el impago de las primas sucesivas, el seguro no se extinguió sino que se encontraba suspendido cuando acaeció el siniestro (en el mes siguiente), de tal manera que esta situación no podía oponerse frente al perjudicado que accionaba al amparo del art. 76 LCS, ni frente al Consorcio (auto 31 de mayo de 2011, rec. 1105/2010), así como, en sentido contrario, que al producirse el siniestro más de un año después del impago de la segunda anualidad, el seguro ya se encontraba extinguido (auto de 29 de junio de 2010, rec. 353/2009).

c) **Plazo de prescripción de la acción para reclamar las primas adeudadas** (art. 23 LCS).

La doctrina al respecto viene fijada por sentencia 666/2015, de 9 de diciembre y 374/2016

«Es el art. 23 LCS el que regula los plazos de prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, entre ellas la reclamación de las primas adeudadas: dos años si se trata de un seguro de daños y cinco si el seguro es de personas».

3.4. Deber de declarar el riesgo (art. 10 LCS).

**a) Doctrina general: deber de contestación o respuesta del tomador a lo que se le pregunte por el asegurador (cuestionario)**

La doctrina consolidada al respecto es la siguiente (sentencia 72/2016, de 17 de febrero [rec. 2714/2013] (y las que en ella se citan):

«La jurisprudencia de esta Sala sobre el deber de declaración del riesgo regulado en el art. 10 LCS (entre las más recientes, SSTS de 2 de diciembre de 2014, rec. 982/2013, y 4 de diciembre de 2014, rec. 2269/2013, que a su vez citan y extractan las SSTS de 14 de junio de 2006, rec. 4080/1999, 11 de mayo de 2007, rec. 2056/2000, 15 de noviembre de 2007, rec. 5498/2000, y 3 de junio de 2008, rec. 154/2001) viene declarando que dicho precepto, ubicado dentro del título I referente a las disposiciones generales aplicables a toda clase de seguros, ha configurado, más que un deber de declaración, un deber de contestación o respuesta del tomador a lo que se le pregunte por el asegurador, ya que este, por su mayor conocimiento de la relevancia de los hechos a los efectos de la adecuada valoración del riesgo, debe preguntar al contratante aquellos datos que estime oportunos. Esta configuración se aclaró y reforzó, si cabe, con la modificación del párrafo primero de este art. 10, al añadirse un último inciso según el cual «[q]uedará exonerado de tal deber (el tomador del seguro) si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él" (STS de 2 de diciembre de 2014). En consecuencia, para la jurisprudencia la obligación del tomador del seguro de declarar a la aseguradora, antes de la conclusión del contrato y de acuerdo con el cuestionario que esta le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, se cumple "contestando el cuestionario que le presenta el asegurador, el cual asume el riesgo en caso de no presentarlo o hacerlo de manera incompleta (SSTS 25 de

octubre de 1995; 21 de febrero de 2003; 27 de febrero de 2005; 29 de marzo de 2006; 17 de julio de 2007, rec. 3121/2000)". (STS de 4 de diciembre de 2014)

»Configurado así este deber, según la STS de 4 de diciembre de 2014 las consecuencias de su incumplimiento son las establecidas en el artículo 10 II LCS y consisten en:

"a) La facultad del asegurador de 'rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitudes del tomador del seguro'.

b) La reducción de la prestación del asegurador 'proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo'. Esta reducción se produce únicamente si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración de rescisión.

c) La liberación del asegurador del pago de la prestación. Este efecto solo se produce, según el artículo 10 II, último inciso, LCS, '[s]i medió dolo o culpa grave del tomador del seguro'"».

»Por tanto, sigue diciendo la STS de 4 de diciembre de 2014, mientras que la "reducción de la prestación del asegurador no exige que concurran circunstancias de dolo o culpa grave del tomador del seguro, sino sólo la existencia de reticencias o inexactitudes en la declaración, y, en virtud del principio de rogación procesal, según la jurisprudencia consolidada de esta Sala (en contra, STS de 12 de abril de 2004), que el asegurador ejercite la pretensión en el momento procesal oportuno (SSTS de 7 de junio de 2004; 15 de julio de 2005, rec. 612/1999)", por el contrario "la facultad del asegurador de rechazar el siniestro y de liberarse de la obligación de indemnizar solamente puede ejercitarse en caso de que en la declaración previa de riesgos haya mediado dolo o culpa grave por parte del tomador del seguro…", concurriendo dolo o culpa grave "en las declaraciones que tienen como finalidad el engaño del asegurador, aunque no se tenga la voluntad de dañar a la otra parte (arts. 1260 y 1261 CC), y en las declaraciones efectuadas con una falta de diligencia inexcusable en la contestación del cuestionario", debiéndose partir en casación de que "la determinación de si un determinado supuesto es meramente culposo por parte del tomador, o bien se debe a culpa grave, es de libre apreciación del tribunal sentenciador, por cuanto, versando sobre la aplicación de conceptos jurídicos, estos han de resultar de los hechos, conductas y circunstancias que el órgano judicial fija y valora (SSTS 12 de agosto de 1993; 24 de junio de 1999; 14 de junio de 2006, rec. 4080/1999)"

»Esta misma jurisprudencia ha matizado que el tomador no puede justificar el incumplimiento de su deber por la mera circunstancia de que el cuestionario fuera rellenado por el personal de la aseguradora o de la entidad que actuara por cuenta de aquella, pues lo verdaderamente relevante es que, por la forma en que se rellenó, pueda concluirse que el tomador del seguro no fue preguntado por esa información relevante, de tal forma que, "en los casos en que el cuestionario es rellenado por los empleados de la compañía aseguradora sin que se haya recabado de la tomadora del seguro la contestación de las preguntas, por mucho que aparezca su firma al final del cuestionario, no habrá habido infracción del deber de declarar aquella circunstancia relevante para la determinación del riesgo, porque de hecho no habrá sido preguntado por ella. Pero si consta acreditado, como es el caso, que los empleados rellenaron el cuestionario con las contestaciones suministradas por la tomadora, previa formulación de las preguntas que incluían aquellas relativas a haber padecido con anterioridad una enfermedad de cáncer, en ese caso hemos de entender que ha existido una infracción del deber de declaración» (STS de 4 de diciembre de 2014, rec. 2269/2013)"».

b) En aplicación de esta doctrina se han inadmitido recursos en los que constaba probado que el tomador falto a la verdad a la hora de rellenar el cuestionario de salud (autos 14 de mayo de 2013, rec. 1925/2012, 14 de mayo

de 2013, rec. 2248/2012 –falta comunicación de las circunstancias que podían suponer una agravación del riesgo, art. 11 LCS-, 17 de septiembre de 2013, rec. 3136/2012, 4 de marzo de 2015, rec. 734/2014, 11 de noviembre de 2015, rec. 2124/2014).

**b) Forma del cuestionario**

Sentencia 482/2004, de 31 de mayo, declaró:

«La jurisprudencia no exige una forma especial para lo que el art. 10 LCS denomina "cuestionario" (según la segunda de las acepciones del Diccionario de la RAE, que resulta la más adecuada aquí, es una "lista de preguntas que se proponen con cualquier fin"), por lo que no se contradice la doctrina legal dándole plena eficacia a la "Declaración Estado Salud" que figura impresa en la póliza firmada por el asegurado (f. 98), y en tal sentido se orientan entre otras Sentencias las de 24 de junio de 1.999 y 2 de abril de 2.001».

En el mismo sentido, sentencia 693/2005, de 23 de septiembre:

«no existe una exigencia de forma especial para el mismo, por lo que ha de reconocerse plena eficacia a la "declaración de salud" que suele insertarse en las pólizas a que nos referimos».

3.5. Procedimiento del art. 38 LCS.

**a) Naturaleza y finalidad: carácter imperativo, busca facilitar la rápida liquidación del siniestro ante discrepancias meramente cuantitativas**

La doctrina consolidada al respecto es la siguiente (sentencias 770/2005, de 19 de octubre [rec. 339/1999], 208/2006, de 3 de marzo [rec. 2275/1999], 231/2007, de 2 de marzo [rec. 629/2000], 770/2007, de 25 de junio [rec. 5053/2000], 298/2008, de 5 de mayo [rec. 1429/2001], 170/2008, de 4 de marzo [rec. 5522/2000], 747/2009, de 11 de noviembre [rec. 864/2005]), 197/2010 de 5 de abril, 812/2011, de 18 de noviembre y 536/2016, de 14 de septiembre [rec. 1165/2014].

Dice la sentencia 747/2009, de 11 de noviembre [rec. 864/2005]):

«El art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro instaura un procedimiento extrajudicial para la liquidación del daño, con el nombramiento y actuación de peritos en la forma y condiciones que en él se indican, y que en situación de discrepancia meramente cuantitativa se convierte en un trámite preceptivo e imperativo para las partes, ninguna de las cuales es libre para imponer a la otra una liquidación del daño a través de un procedimiento judicial, impidiendo que el asegurado inicie un procedimiento de esta clase para fijar el valor del daño en caso de que el dictamen del perito de la aseguradora contradiga las conclusiones valorativas alcanzadas por el perito designado por la parte. Como tal, se garantizan unos mínimos de Derecho necesario, de marcado interés público, impuestos por la Ley y sustraídos a la voluntad de las partes, que obligan a la consideración de la función de los intervinientes en el mismo como peritos decisores de acuerdo con criterios que exceden de la misión que éstos, en otros casos, tengan como asesores técnicos de cada parte y la aproximan a la de los árbitros, no obstante las salvedades que se derivan de las diferencias notables entre impugnación del laudo e impugnación del dictamen pericial (SSTS 14 y 17 de julio 1992; 20 de enero 2001; 9 de diciembre de 2002; 2 de febrero 2007 y 28 de enero 2008, entre otras)…».

Según sentencia 536/2016, de 14 de septiembre [rec. 1165/2014]:

«procedimiento extrajudicial para la liquidación del daño encaminado a lograr un acuerdo sobre el importe y la forma de la indemnización y no a resolver cuestiones sobre las causas del siniestro y la interpretación del contrato (SSTS 19 de octubre de 2005, RC n.º 339/99, 2 de marzo de 2007, RC n.º 629/2000, 8 de mayo de 2008, RC n.º 1429/01, 14 de mayo de 2008, RC n.º 788/0)».

En aplicación de esta doctrina se han inadmitido recursos en los que el procedimiento se ha solicitado para dirimir discrepancias que no eran meramente cuantitativas (autos de 21 de enero de 2014, rec. 161/2013 –discutía la aseguradora la cobertura-) o cuando en casación se pretende revisar el quantum indemnizatorio fijado a resultas de dicho procedimiento (auto de 29 de septiembre de 2010, rec. 2091/2009).

**b) Diferencias con arbitraje**

Dice la sentencia 747/2009, de 11 de noviembre [rec. 864/2005]):

«el hecho de que dictamen pericial en cuestión se puede considerar como una institución "sui generis", en el que los peritos no actúan como asesores sino como decisores, en una actividad próxima a la propia de los árbitros, no permite negar carácter pericial al trabajo que realizan para asimilarla a un arbitraje de equidad, por más que pudiera entenderse que el arbitraje puede ofrecer más ventajas al asegurado en cuento a rapidez, eficacia, economía y vinculación, en tanto no se modifique la norma de aplicación y se dote al procedimiento del artículo 38 de una mayor eficacia en lo que hace a su ejecutividad. Lo cierto es que una y otra son instituciones jurídicas distintas con régimen jurídico igualmente distinto…procedimiento cuyo carácter imperativo impide que, una vez surgida la controversia, las partes puedan acudir al arbitraje…existen diferencias notables entre la impugnación de un laudo y la impugnación del dictamen pericial establecido en el artículo 38. A diferencia del arbitraje, que solo podrá anularse por motivos tasados, no se impide a los Jueces y Tribunales conocer con plenitud la impugnación de un peritaje. Además, mientras los árbitros deciden motivadamente, en derecho o en equidad, la total controversia existente entre las partes, el procedimiento de peritos queda circunscrito a la evaluación y valoración de los daños a abonar por el asegurador producidos por un siniestro, y su informe resulta inatacable».

## 3.6. Aplicación del canon hermenéutico *contra proferentem* [contra el proponente] en la interpretación de cláusulas oscuras del contrato de seguro, de forma que no favorezcan a la parte que ha ocasionado la oscuridad (asegurador).

Constituye doctrina consolidada (sentencia 569/2012, de 9 de octubre [rec. 800/2010]:

«[…] a los contratos de seguro les resulta aplicable la regla *"contra proferentem*", contenida en el artículo 1288 Código Civil, en los supuestos de falta de claridad. Con dicha técnica se trata de evitar abusos derivados de la confusa redacción de las cláusulas del contrato, atribuible a la aseguradora – sentencias 1233/2006, de 11 de diciembre, 229/2007, de 7 de marzo, 711/2008, de 22 de julio, 1108/2008, de 20 de noviembre, 248/2009, de 2 de abril, 883/2010, de 7 de enero, 375/2011, de 7 de junio, 543/2011, de 11 de julio -».

En igual sentido, sentencias 473/2012, de 9 de julio [rec. 2048/2008] y 415/2015, de 1 de julio [rec. 484/2013].

En relación con la aplicación o no de este criterio interpretativo, autos de 2 de julio de 2013, rec. 2744/2012, 10 de diciembre de 2013, rec. 453/2013, 13 de mayo de 2015, rec. 1054/2014).

## 4. INTERÉS CASACIONAL Y LEY 57/1968

L**a STS de Pleno de 20 de enero de 2015, rec. nº 196/2013** (mencionada por la más reciente de 30 de abril de 2015, rec. nº 520/2013) sintetiza la hasta ese momento más reciente doctrina en torno a la citada Ley, que considera pionera en la protección de los compradores de viviendas para uso residencial, incluso de temporada.

En la documentación preparatoria de diversps Plenos sobre cuestiones relacionadas con la interpretación de la Ley 57/1968 (entre otros, dosieres preparatorios de los Plenos sobre los rec. 828/2012, 328/2012, 2167/2013 y 2779/2013), así como la recopilación de sentencias contenida en las conclusiones del Encuentro entre la Sala Primera y magistrados de audiencias provinciales celebrado en septiembre de 2015[1], se sintetizan las principales líneas maestras de la jurisprudencia dictada al respecto:

### 4.1. Incumplimiento del plazo de entrega. Equiparación de la «rescisión» del art. 3 Ley 57/68 y la resolución contractual.

La STS **de Pleno 778/2014 de 20 de enero de 2015, rec. 196/2013** realiza una interpretación del art. 3 de la Ley 57/68 en el sentido de considerar que el retraso en la entrega, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador, siendo necesario que el comprador ejercite el derecho a resolver antes de que el vendedor le requiera para el otorgamiento de escritura pública. Dispone concretamente la sentencia:

«3ª) Pues bien, avanzando en la misma línea procede declarar ahora que el incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica, conforme al art. 3 de la Ley 57/68, la resolución del contrato a instancia del comprador, siempre que, como resulta de la sentencia del pleno de esta Sala de 5 de mayo de 2014 (rec. 328/2012), **el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega.**

Lo anterior significa que el art. 3 de la Ley 57/68 introduce, en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, **una especialidad consistente en que el retraso en la**

[1] Conclusiones Encuentro Sala Primera y Magistrados de las Audiencias Provinciales, Madrid 28-30 septiembre 2015. CENDOJ. JIMÉNEZ BAUTISTA, SUSANA-LÓPEZ MARTÍNEZ, JOSÉ CARLOS.

**entrega, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador.** Esta especialidad, a su vez, determina que en el ámbito especial regulado por la Ley 57/68 no sea aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de ámbito general del art. 1124 CC, considera que el retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte contratante.

Son razones para equiparar la «rescisión» contemplada en el art. 3 de la Ley 57/68 a la resolución contractual por incumplimiento del vendedor las siguientes:

a) El carácter irrenunciable, conforme al art. 7 de dicha ley, del derecho que su art. 3 reconoce al comprador, consistente en optar entre la «rescisión» del contrato, con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, o la concesión de una prórroga al vendedor.

b) El rigor con que el propio art. 3 configura ese derecho y las correlativas obligaciones del vendedor, pues si el comprador opta por la prórroga, esta deberá hacerse constar en una cláusula adicional del contrato «especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda».

c) El específico equilibrio contractual que el art. 3 de la Ley 57/68 introduce en los contratos sujetos a su régimen, compensando el derecho del vendedor a resolver el contrato por un solo impago del comprador (art. 1504 CC y estipulación octava del contrato litigioso) con el derecho del vendedor a resolver el contrato por el retraso en la terminación y entrega de la vivienda.

d) El desequilibrio contractual que en perjuicio del comprador supondría una interpretación diferente, pues en casos como el presente incluso se aplicaría en su contra, tal y como se pretende en el recurso, una cláusula penal pese a haber quedado probado y no haberse discutido que el vendedor incumplió efectivamente el plazo de entrega estipulado.

e) El riesgo, nunca descartable y en los últimos años nada improbable, de insolvencia del promotor-vendedor, que puede agravarse precisamente por el transcurso del tiempo, reduciendo entonces las expectativas del comprador como acreedor en un eventual concurso del promotor.

f) Los diversos obstáculos, molestias e inconvenientes que el transcurso del tiempo a partir de la fecha de entrega puede provocar al comprador que pretenda dirigirse contra el avalista o el asegurador, como sucedió en el presente caso cuando *La Caixa* opuso a los compradores que el aval había expirado el 30 de septiembre de 2009, por más que tal oposición careciera de fundamento alguno frente a lo que dispone el art. 4 de la Ley 57/68 prolongando imperativamente las garantías a favor del comprador hasta la expedición de la cédula de habitabilidad y la efectiva entrega de la vivienda.»

La sentencia, sin embargo, introduce la siguiente cautela:

«La doctrina que se sienta en la presente sentencia no excluye que la «rescisión» o resolución del contrato pueda denegarse, conforme a los principios generales, por mala fe o abuso de derecho del comprador.»

### 4.2. Carácter esencial y trascendencia resolutoria de la falta de garantía (aval o seguro).

La obligación legal de garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, que atañe al promotor-vendedor (arts. 1 y 2 Ley 57/1968), tiene

carácter esencial mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, y por ello, su incumplimiento tiene trascendencia resolutoria para el comprador (SSTS 706/2011, de 25 de octubre [rec. 588/2008], 731/2012, de 10 de diciembre [rec. 1044/2010], 25/2013, de 5 de febrero [rec. 1410/2010], 221/2013, de 11 de abril [rec. 1637/2010], 40/2014, de 29 de enero [rec. 1563/2011], Pleno 218/2014, de 7 de mayo [rec. 828/2012], 759/2014, de 6 de enero [rec. 3212/2012], Pleno 778/2014, de 20 de enero [rec. 196/2013], Pleno 780/2014, de 30 de abril [rec. 520/2013], y 501/2015, de 15 de septiembre [rec. 152/2013]).

Recuerdan la SSTS de Pleno de 7 de mayo de 2014, rec. 828/2012 y 20 de enero de 2015, rec. 196/2013 (citadas por la más reciente de 15 de septiembre de 2015, rec. 152/2013) que el artículo primero de la Ley 57/1968 establece la necesidad de que la promotora garantice la devolución de las cantidades entregadas antes y durante la construcción, respondiendo también de la terminación en el plazo convenido; que el artículo segundo insiste en esta obligación, debiendo hacer entrega el cedente, al otorgamiento del contrato, del documento que acredite la garantía; y que el artículo tercero permite al cesionario la rescisión con devolución de las cantidades entregadas a cuenta cuando ha expirado el plazo para la terminación de la obra.

Interpretando dichas normas en atención a su carácter tuitivo, y con el rigor con el que la propia Ley 57/1968 configura las obligaciones del vendedor y de su asegurador o avalista, superando una concepción predominantemente administrativa de su contenido para dotarla de plenos efectos civiles (STS de 20 de enero de 2015, rec. 196/2013), la jurisprudencia actual ha concluido que no cabe entender la prestación de garantía como una obligación meramente accesoria del contrato cuyo incumplimiento quede reducido al ámbito de una infracción administrativa y, por tanto, ajeno al cauce del incumplimiento resolutorio del mismo. Por el contrario, dicha jurisprudencia se ha esforzado en orden a configurar el fundamento contractual de esta figura y su correspondiente imbricación en el contrato celebrado declarando como principio general (ya desde la STS de 25 de octubre de 2011, rec. 588/2008) que durante la fase de pendencia o de construcción de la obra *«la omisión del aval o garantía, así como el depósito en cuenta especial de las sumas anticipadas por los adquirentes, referidas en el artículo 1 de la Ley 57/1968, implica que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial».*

En efecto, su trascendencia resolutoria exige distinguir entre la fase de pendencia de la obra proyectada, o durante su construcción, y la fase de realización de la prestación. En la primera, el aval *«opera como una propia obligación bilateral, de forma que el futuro adquirente puede tanto oponer una excepción a la entrega de la cantidad anticipada, si éste no se otorga, como proceder a la resolución del contrato si entregada o dispuesta dicha cantidad el*

*vendedor se niega a otorgar el preceptivo aval».* Por el contrario, en la fase de realización de la prestación, construcción terminada de la vivienda, *«si la obligación del aval no ha resultado exigida por el adquirente su constitución carece de sentido pues con la entrega o puesta a disposición de la vivienda su función se reconduce al ámbito propio del cumplimiento o incumplimiento contractual»* (SSTS de 11 de abril de 2013, rec. 1637/2010, 19 de julio de 2013, rec. 258/2011 y 6 de enero de 2015, rec. 3212/2012).

Por tanto, **mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada el adquirente está facultado para resolver el contrato por falta de garantía** pues *«el hecho de que el art. 3 de la Ley 57/68 solo prevea la "rescisión" del contrato en caso de expiración del plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubieren tenido lugar, o la circunstancia de que la D. Adicional 1ª LOE se refiera a la multa por incumplimiento de la garantía y no a la resolución del contrato, no menoscaban el carácter esencial de la obligación en relación con la del comprador de hacer los pagos a cuenta en las fechas contractualmente estipuladas, pues de otro modo se frustraría la finalidad de la norma y no se entendería el carácter irrenunciable de los derechos del comprador, muy explícitamente establecido en el art. 7 de la Ley 57/68»* (SSTS de 15 de septiembre de 2015, rec. 152/2013, 20 de enero de 2015, rec. 196/2013, 7 de mayo de 2014, rec. 828/2012, 19 de julio de 2013, rec. 258/2011, 11 de abril de 2013, rec. 1657/2010, 5 de febrero de 2013, rec. 1410/2010, 10 de diciembre de 2012, rec. 1044/10 y 25 de octubre de 2011, rec. 588/08).

En consecuencia, *«Siendo el incumplimiento esencial, como hemos dicho, la consecuencia jurídica es la de facultar al comprador para la resolución del contrato, de acuerdo con la ley 57/1968 y art. 1124 del C. Civil»,* -quedando por el contrario el vendedor impedido de resolverlo si, en aquella tesitura, es el comprador quien no atiende los pagos parciales a cuenta del precio- y todo ello, sin perjuicio de que en el propio contrato de compraventa pueda preverse (art. 1255 CC) como condición resolutoria expresa la facultad del comprador de resolver el contrato en ausencia de seguro o aval que garanticen las cantidades entregadas (en este sentido, STS de 15 de septiembre de 2015, rec. 152/2013).

### 4.3. Excepción: ineficacia resolutoria de la falta de garantía cuando la vivienda está terminada.

La falta de aval no justifica *per se* la resolución una vez terminada la construcción y puesta la vivienda a disposición del adquirente, ni tampoco cuando lo que se discute es la trascendencia resolutoria del incumplimiento del plazo de entrega.

Según se ha visto, la exigibilidad del aval cuando la vivienda ha sido ya puesta a disposición del adquirente, aparte de ser contraria a la buena fe y su proyección en los actos propios, carece de función o de sentido pues refleja que lo que realmente se pretende no es otra cosa que el incumplimiento resolutorio de la vendedora por el retraso producido respecto del plazo establecido.

### 4.4. Finalidad de la garantía: el incumplimiento del contrato.

La Ley 38/1999, en su disposición adicional primera, amplía el objeto de la garantía que ya no lo constituye sólo las entregas de dinero sino que, el párrafo primero de dicho precepto, se refiere a la percepción de cantidades mediante un seguro que indemnice *«el incumplimiento del contrato»* en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, sobre percepción de cantidades anticipadas. En esta línea añade las siguientes modificaciones: el apartado B señala que la garantía que se establece en la citada Ley 57/1968 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo o "mediante cualquier efecto cambiario". Lo que pretende la Ley es cubrir la omisión de la Ley 57/1968 que hace referencia exclusivamente a las entregas de dinero (*«antes de iniciar la construcción o durante la misma»*). Por esta misma razón la condición primera que establece el artículo 1 de la Ley 57/1968 , que se refiere a la garantía en la devolución de las cantidades entregadas, debe extenderse ahora también a cualquier otro importe que figure en efectos cambiarios, puesto que de lo contrario no se daría el objetivo perseguido en el párrafo primero de la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, según el cual el seguro debe indemnizar *«el incumplimiento del contrato»,* de forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968 para las *«cantidades anticipadas».*

### 4.5. Extensión de responsabilidad a los administradores de la entidad promotora.

La obligación legal del promotor-vendedor de garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta se extiende a los administradores de la entidad promotora. Al respecto se ha declarado (STS 242/2014, de 23 de mayo [rec. 1423/2012], citada por la STS Pleno 467/2014, de 25 de noviembre [rec. 1176/2013] y por la STS 131/2016, de 3 de marzo [rec. 2320/2013]) que el daño causado al comprador de vivienda que ha entregado cantidades anticipadas que no están aseguradas o avaladas, conforme exige la Ley 57/1968 y la disposición adicional 1.ª de la Ley 38/1999, se considera un daño directamente causado por el administrador, y que en tanto que deber de diligencia, se conecta con el ámbito de sus funciones (artículos. 133 y 135 TRLSA , hoy 236, 237 y 241 TRLSC), por lo que le es directamente imputable.

4.6. Extensión de responsabilidad a la entidad de crédito en la que el comprador ingresa cantidades anticipadas, aunque el promotor no haya abierto en la misma una cuenta especial ni presentado aval o seguro (pues no solo no es un tercero ajeno a la relación entre promotor y comprador, sino que tiene un deber especial de vigilancia sobre aquel).

Según STS 733/2015, de 21 de diciembre [rec. 2470/2012], la responsabilidad de dicha entidad de crédito se funda en la condición 2.ª del art. 1 Ley 57/1968, en virtud de la cual, los promotores deben percibir las cantidades anticipadas *«a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros, en la que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior»* (es decir, un seguro o un aval bancario). Planteada la controversia en torno al alcance de la expresión *«bajo su responsabilidad»* cuando las cantidades anticipadas no se hayan percibido en una cuenta especial sino en la única que el promotor tenía en la entidad de crédito, la Sala fijó doctrina en el sentido de que *«la "responsabilidad" que el art. 1-2.ª de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien, supone la imposición legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares como en este caso, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa misma o en otra entidad pero, en cualquier caso, constituyendo la garantía que la entidad correspondiente habrá de "exigir". En suma, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque de otra forma, como razonan las sentencias de Audiencias Provinciales citadas en el motivo, bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, para que el enérgico e imperativo sistema protector de los compradores de la Ley 57/1968 perdiera toda su eficacia».*

La anterior doctrina ha sido ratificada por SSTS Pleno 780/2014, de 30 de abril de 2015 [rec. 520/2013], 142/2016, de 9 de marzo [rec. 2648/2013], 174/2016, de 17 de marzo [rec. 2695/2013] y 226/2016, de 8 de abril [rec. 2750/2013]

En concreto, las sentencias 142/2016 y 174/2016 han reiterado esta misma doctrina en casos en que la entidad de crédito fue receptora de las cantidades anticipadas en una cuenta común del promotor, no en la cuenta especial exigida por la Ley 57/1968, destacándose en la 174/2016 que la responsabilidad de la entidad de crédito era difícilmente discutible por ser

precisamente la entidad que había concedido a la promotora el préstamo para la construcción.

No obstante, la STS Pleno 781/2014, de 16 de enero [rec. 2336/2013] aclara que dicha responsabilidad solo alcanza a la entidad que recibe las aportaciones de los compradores, no a la entidad acreedora hipotecaria que otorga al promotor un préstamo para construir la promoción y en la que aquella ingrese fondos periódicamente para cubrir dicho crédito hipotecario.

4.7. Cuenta especial: la obligación de depositar las cantidades entregadas en cuenta especial no es del comprador sino del promotor. Finalidad tuitiva y carácter imperativo del artículo 1 de la Ley 57/1968 respecto de las cantidades entregadas, con independencia de su ingreso en la cuenta especial de la entidad.

La obligación de depositar las cantidades entregadas en cuenta especial no es del comprador sino del promotor. El artículo primero de la Ley 57/1968 declara que los promotores de construcciones, que pretendan recibir de los adquirentes entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir “las condiciones siguientes”… percibir las cantidades “a través de una Entidad bancaria o caja de Ahorros en las que habrán de depositarse en cuenta especial…”. De esto se desprende que la ley impone al promotor la obligación de depositar las cantidades anticipadas en una cuenta especial, al efecto designada, pero nunca impone dicha obligación al comprador. Y la irrenunciabilidad de los derechos por el comprador que establece el art. 7 de la Ley 57/1968, impide que en el contrato que asegure o avale las cantidades anticipadas se pueda imponer al comprador la obligación de depositar las cantidades en la cuenta especial (SSTS 212/2001, de 8 de marzo, Pleno 779/2014, de 13 de enero [rec. 2300/2012] y 780/2014, de 30 de abril [rec. 520/2013], esta última, mencionada por la más reciente 733/2015, de 21 de diciembre [rec. 2470/2012], de especial interés, por cuanto se refiere a un caso de viviendas promovidas mediante cooperativa, en el que se resolvió que la caja de ahorros avalista en la que se habían depositado las cantidades anticipadas debía responder frente a los cooperativistas de viviendas, no solo de los pagos anticipados ingresados en la cuenta especial, como se decía en el aval, sino también de los ingresados en una cuenta diferente del promotor en la misma entidad).

4.8. Incompatibilidad de las exigencias de la Ley 57/1968 con las exigencias de abstracción propia del régimen de los efectos cambiarios librados para el pago de cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas en construcción cuando el tenedor de la letra es ajeno a la relación causal.

Si las cantidades anticipadas se entregan por el comprador mediante efectos, y estos se descuentan por un banco ajeno a la operación -es decir, ajeno a la relación causal o extracambiaria subyacente a la relación cambiaria- el comprador no puede oponer al banco descontante las mismas excepciones personales o extracambiarias que pudiera oponer al promotor, en concreto, no puede oponer el incumplimiento del promotor -falta de aval-, salvo *exceptio doli* (STS Pleno 467/2014, de 25 de noviembre [rec. 1176/2013], seguida por SSTS 367/2015, de 18 de junio [rec. 2172/2013]).

4.9. En caso de existencia de aval: naturaleza autónoma del mismo y carácter objetivo (art. 1, regla primera). Posibilidad de accionar contra el promotor o contra el avalista (solidaridad y por tanto, inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario) sin necesidad de instar previamente la resolución. Doctrina aplicable al contrato de afianzamiento.

El avalista responde si "por cualquier causa" la construcción no se inicia o no llega a buen fin, lo que hay que interpretar en sentido objetivo, sin necesidad de examinar desde la perspectiva del 1124 CC si el promotor verdaderamente incurrió en un incumplimiento resolutorio y sin que por tanto puedan esgrimirse por el avalista los motivos de oposición que pudieran corresponderle al promotor avalado. Por tanto, se ha interpretado el art. 1 de la Ley 57/1968 en el sentido de que permite al comprador dirigirse simultáneamente contra el vendedor y su aseguradora para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas y, también, dirigirse contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento (SSTS 476/2013, de 3 de julio [rec. 254/2011], Pleno 218/2014, de 7 mayo [rec. 828/2012], Pleno 778/2014, de 20 de enero [rec. 196/2013], y 218/2015, de 22 de abril [rec. 81/2013]).

Según STS del Pleno de 7 de mayo de 2014, el aval solidario al que se refiere el art. 1 de la Ley 57/68 como una de las posibles garantías de devolución de las cantidades anticipadas, *«pretende asegurar a los compradores frente a los incumplimientos de los vendedores, en cuanto a la entrega de la obra en plazo, exigiendo a la promotora la inversión de las cantidades entregadas en la obra concertada (preámbulo de la Ley 57/1968), previsión legal cuya necesidad se destaca en situaciones de crisis económica, lo que refuerza la esencialidad de dicha garantía».*

En cuanto a su naturaleza (autónoma, supeditado solo a los términos contenidos en el mismo, o, por el contrario, subordinado a las circunstancias de la obligación de entrega que garantiza), la referida STS de Pleno concluyó:

a) *«que el avalista responderá para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido».*

b) que *«Cuando el precepto establece que "por cualquier causa" no llegue a buen fin, está estableciendo un claro criterio objetivo en torno a la exigencia del aval, por lo que el avalista no podrá oponer los motivos de oposición que pudieran corresponderle al avalado, en base al art. 1853 del C. Civil».*

c) que *«El art. 1 de la Ley 57/1968 regula la posición del avalista como figura autónoma, por lo que una vez se acredita el incumplimiento tardío de la obligación garantizada por el aval, no podemos entrar en si la demora es excesiva o no, porque nada de ello permite el legislador que se oponga, ya que incumplida la obligación de entrega, el avalista debe devolver las cantidades entregadas a cuenta, debidamente reclamadas».*

d) que *«No puede situarse el avalista bajo el amparo del art. 1853 del C. Civil, pues el art. 1 de la Ley 57/1968 condiciona la exigencia del importe del aval al "caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido", resultando indiferente para el legislador que el retraso haya sido más o menos breve».*

e) que *«este pronunciamiento sobre la obligación de pago del avalista, se hace en base a que en el presente procedimiento solo se ha dirigido la acción contra la entidad de crédito. Tampoco se pidió, por tanto, la rescisión ni la resolución frente al promotor o vendedor».*

4.10. <u>Excepción: como las garantías se encuentran vinculadas a la efectiva construcción y entrega de la vivienda dentro del plazo contractual, si el contrato se extingue por mutuo disenso de comprador y promotora/vendedora, previo a la entrega, no responde el avalista.</u>

La STS Pleno 133/2015, de 23 de marzo [rec. 2167/2013] fijó doctrina en el sentido de entender que las garantías que impone a los promotores el art. 1 Ley 57/1968 se encuentran vinculadas a la efectiva construcción y entrega de la vivienda dentro del plazo contractual (pues no en vano, según la condición 1.ª, su objeto es garantizar la devolución de las cantidades entregadas *«para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido»*). De ello se sigue, según la jurisprudencia, que, no siendo posible confundir la extinción del contrato por mutuo disenso con la resolución por incumplimiento contractual, *«la garantía de las cantidades anticipadas no puede subsistir si el contrato de compraventa se extingue, como en el presente caso, por mutuo disenso de comprador y vendedor antes de la fecha establecida para la entrega de la vivienda, porque según el art. 1847 CC "[l]a obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor", y conforme al art. 68 de la Ley de Contrato de Seguro , relativo al seguro de caución, el riesgo asegurado es "el incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales"»).*

La STS 578/2015, de 19 de octubre [rec. 2212/2013] reitera la anterior doctrina matizando que la misma *«no puede interpretarse a sensu contrario como favorable en todo caso a la subsistencia de la garantía cuando el mutuo disenso sea posterior, pues …el mutuo disenso posterior que determina la subsistencia de la garantía habrá de ser el motivado por un previo incumplimiento del vendedor y no, como en el presente caso, por una manifiesta voluntad del comprador contraria a la consumación del contrato, es decir, al "buen fin" del contrato. Entenderlo de otra forma sería tanto como dejar al garante al albur de los acuerdos alcanzados entre comprador y vendedor al margen del contrato garantizado y desplazar sobre el garante obligaciones a las que, precisamente por no ser parte en esos acuerdos, es ajeno».*

4.11. <u>En caso de existencia de aval o seguro: límite cuantitativo. Acerca del importe cubierto por el seguro, se ha declarado que comprende todas las cantidades entregadas a cuenta del precio, es decir, aunque la póliza de seguro establezca una cantidad máxima inferior.</u>

En otro caso se infringirían el art. 2 de la Ley 57/68 y el art. 68 de la Ley de Contrato de Seguro (STS 476/2013, de 3 de julio [rec. 254/2011], Pleno 778/2014, de 20 de enero, [rec. 196/2013], 779/2014, de 13 de enero, Pleno 780/2014, de 30 de abril de 2015 [rec. 520/2013] y 226/2016, de 8 de abril [rec. 2750/2013]).

La STS 436/2016 de 29 de junio expresa que el aval comprende todas las cantidades anticipadas, siendo irrelevante el límite fijado por la entidad avalista en el documento de aval, pero no se extiende a los pagos en efectivo del comprador al promotor-vendedor no previstos en el contrato de compraventa.

4.12. <u>La ausencia de certificado individual no es óbice para la exigencia de responsabilidad a la entidad aseguradora con la que se suscribió una garantía colectiva.</u>

En STS Pleno 322/2015, de 23 de septiembre [rec. 2779/2013] se declaró que, en atención a la finalidad tuitiva de la norma, que exige el aseguramiento o afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta, el que las partes convinieran una garantía colectiva para cubrir las eventuales obligaciones de devolución de la promotora de las cantidades percibidas de forma adelantada de los compradores, cuya copia fue entregada junto con los contratos de compraventa, permite entender directamente cubierto el riesgo, sin que antes se haya emitido un aval, respecto de lo que no tiene responsabilidad el comprador. Esta doctrina se reitera en la STS 626/2016 de 24 de octubre referida a la misma promotora de viviendas y se demandaba a las mismas tres entidades emisoras de las pólizas colectivas de seguro o aval.

En parecidos términos, en un supuesto en el que el banco con el que la promotora concertó una póliza colectiva de avales para garantizar las cantidades entregadas a cuenta, en relación con una determinada promoción inmobiliaria, sin que se llegaran a otorgar los avales particulares a dos de los compradores que entregaron dinero a cuenta, se declaró igualmente que dicho banco debía responder frente a dichos compradores de la devolución del dinero entregado a cuenta, en caso de incumplimiento de la promotora (STS 272/2016, de 22 de abril [rec. 706/2014]).

En la STS 360/2016 de 1 de junio, se afirma que en el supuesto allí examinado existía una póliza colectiva de seguro de afianzamiento, lo que, según la sentencia 322/2015, de 23 de septiembre, de Pleno, permitiría entender asegurada para el comprador la devolución de las cantidades anticipadas incluso a falta de póliza individual. Sin embargo, en la citada sentencia se descarta la aplicación de las normas tuitivas de la Ley 57/68 al profesional inmobiliario, señalando la citada resolución lo siguiente:

«3.ª) Pues bien, la interpretación de la Ley 57/1968 en el sentido de excluir de su ámbito de protección a quienes, como el aquí recurrente, son profesionales del sector inmobiliario, y también a quienes invierten en la compra de viviendas en construcción para revenderlas durante el proceso de edificación, o bien al finalizar el mismo mediante el otorgamiento de escritura pública de compraventa a favor de un comprador diferente, no debe quedar alterada por la referencia a «toda clase de viviendas» en la d. adicional 1.ª de la LOE , pues esta referencia ha de entenderse hecha tanto a las formas de promoción, para comprender así las que «se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa», sin necesidad de ninguna otra norma especial que así lo disponga, cuanto al régimen de las viviendas, para comprender así no solo las libres sino también las protegidas, sin necesidad tampoco de ninguna norma especial. En definitiva, la expresión «toda clase de viviendas» elimina cualesquiera dudas que pudieran reducir el nivel de protección de los compradores por razón de la forma de promoción o del régimen de la vivienda que compren, pero no puede equipararse a «toda clase de compradores» para, así, extender la protección a los profesionales del sector inmobiliario o a los compradores especuladores, pues entonces no se entendería la razón de que el art. 7 de la Ley 57/1968 atribuya «el carácter de irrenunciables» a los derechos que la propia Ley 57/1968 otorga a los compradores («cesionarios»).

4.ª) Lo antedicho no queda desvirtuado por la circunstancia de que esta sala, por ejemplo en la sentencia 486/2015, de 9 de septiembre , admita que el comprador no consumidor y el vendedor puedan pactar en el contrato de compraventa la obligación del vendedor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas y la sujeción de la garantía a lo establecido en la Ley 57/1968, porque en tal caso, como revela la motivación íntegra de dicha sentencia, la sujeción del aval al régimen de la Ley 57/1968 provendrá de lo pactado entre las partes, no de la propia ley ni de su interpretación jurisprudencial.»

También se aplica la doctrina contenida en la sentencia 360/2016 de 1 de junio (y 706/2011 de 25 de octubre) en la STS 675/2016 de 16 de noviembre, en la que se descarta la procedencia de aplicar en este caso, a favor de los compradores, la jurisprudencia sobre el alcance de la línea de avales y la irrelevancia del ingreso de los anticipos en una cuenta no especial del vendedor. La especialidad de este caso radica

en que no queda acreditada la compra de dos apartamentos turísticos en el mismo complejo para uso residencial:

«4.ª) Así las cosas, la jurisprudencia verdaderamente aplicable en función de la demanda, de la contestación y de los hechos probados es la que excluye el régimen de la Ley 57/1968 para las compraventas de vivienda no destinadas al uso residencial de los propios compradores (sentencias 360/2016, de 1 de junio, y 706/2011, de 25 de octubre), siendo significativo que los hoy recurrentes, que contaban con asesoramiento jurídico para comprar y pese a ello la Ley 57/1968 no se mencionó en los contratos, ni tan siquiera explicaran en su demanda para qué compraron dos viviendas de alto precio en un mismo conjunto residencial; la jurisprudencia que excluye la responsabilidad tanto de la entidad bancaria receptora de cantidades anticipadas como de la entidad avalista cuando, como en este caso, los pagos del comprador al vendedor se hagan al margen del contrato y sin posibilidad alguna de control por parte de la entidad bancaria o de la entidad avalista (sentencias 420/2016, de 24 de junio, y 436/2016, de 29 de junio), pues ni en el recurso se explica por qué se sustituyeron las transferencias previstas en el contrato por la entrega de cheques bancarios ni en la demanda se expresó este hecho con una mínima claridad, sino que, antes bien, se optó por la ambigüedad al alegarse que las cantidades se habían «depositado»; y en fin, la jurisprudencia, tan reiterada que huelga la cita de sentencias concretas, que asocia las garantías de la Ley 57/1968 al buen fin de la compraventa, de manera que no tendrán efectividad, por ejemplo, en caso de extinción del contrato por mutuo acuerdo entre comprador y vendedor (sentencia 133/2015, de 23 de marzo), punto este especialmente relevante porque, de un lado, la demanda de los hoy recurrentes no se ajustó a la realidad en su alegación de que lo acordado en el litigio anterior había sido la resolución de los contratos de compraventa, cuando lo verdaderamente acordado fue su nulidad por contener cláusulas abusivas, y, de otro, la sentencia de primera instancia, asumida por la de apelación, recalca la insuficiencia probatoria acerca de la suerte que corrió la promoción de viviendas.»

En la STS 436/2016 de 29 de junio se menciona la doctrina contenida en la sentencia de Pleno de 23 de septiembre de 2015 en los siguientes términos:

«Por agotar la materia, la citada sentencia 142/2016, de 9 de marzo, también declara la responsabilidad de la entidad bancaria avalista en la que se ingresen cantidades anticipadas aunque la cuenta identificada en el contrato como especial fuese de otra entidad bancaria diferente, y la sentencia de Pleno 332/2015, de 23 de septiembre , cuya doctrina es reiterada por la sentencia 272/2016, de 22 de abril , considera que una garantía colectiva pactada entre el promotor y las entidades garantes cubre la totalidad de las cantidades anticipadas por los compradores aunque no se hubieran emitido a favor de estos los correspondientes certificados o avales individuales. **Denominador común de este cuerpo de doctrina jurisprudencial es que no pueden descargarse sobre el comprador, invocando por ejemplo el art. 1827 CC, las consecuencias de los incumplimientos de la Ley 57/1968 por el promotor, por la entidad que admita anticipos de los compradores en cualquier cuenta del promotor o por la entidad avalista o aseguradora, pues las normas de dicha ley son imperativas y los derechos que reconoce al comprador son irrenunciables**.»

De esta afirmación podría deducirse que resulta indiferente que en la entidad avalista concurra, además, la condición de perceptora de los anticipos del comprador.

4.13. Cantidades objeto de devolución: intereses. Según redacción dada por disposición adicional primera LOE, los legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución.

Según STS 142/2016, de 9 de marzo [rec. 2648/2013] los intereses legales objeto de restitución han de ser los devengados desde su ingreso, aunque no al tipo del 6% anual establecido en el art. 3 de la Ley 57/1968 *«pues esta norma debe entenderse derogada por la d. adicional 1.ª c) de la Ley de Ordenación de la Edificación , en su redacción aplicable al caso por razones temporales, anterior por tanto a la derogación de la Ley 57/1968, disposición adicional de la LOE que establece "los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución"».* En este mismo sentido, STS Pleno 540/2013, de 13 de septiembre [rec. 281/2013] y 174/2016, de 17 de marzo [rec. 2695/2013].

No obstante, la STS Pleno 780/2014, de 30 de abril de 2015 [rec. 520/2013]) permite la sujeción al interés pactado por encima del mínimo establecido por la citada disposición adicional primera de la Ley 38/1999.

4.14. Posibilidad del cooperativista para resolver el contrato de incorporación a la entidad por incumplir la cooperativa las obligaciones legales que se imponían al promotor en la Ley 57/1968, en particular la obligación de garantizar mediante aval o seguro la devolución de las cantidades anticipadas, o si, por el contrario, la cualidad de socio le somete al procedimiento estatutario de baja voluntaria de la cooperativa.

Declara la sala que «la única respuesta coherente con la doctrina jurisprudencial sobre la Ley 57/1968 es reconocer al cooperativista demandante-recurrente el derecho a recuperar las cantidades anticipadas por no haber obtenido la imperativa garantía de su devolución, pero no con cargo a la cooperativa demandada, ya que en tal caso el incumplimiento lo soportarían todos los demás cooperativistas que se encuentren en su misma situación. Como responsables de la constitución de la garantía, el ya citado Decreto 3114/1968 identifica a las Juntas Rectoras de las cooperativas o a los gestores de las comunidades, pero la d. adicional 1.ª LOE se refiere a «[l]a percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores y gestores». Esta especial mención de los gestores permite entender que cuando, como en el presente caso, existe una sociedad mercantil profesionalmente dedicada a la gestión de cooperativas, la codemandada [XXX], la responsabilidad frente a los cooperativistas por la omisión de la garantía recae muy especialmente sobre ella, precisamente por su condición de profesional, aun cuando en puridad no sea la perceptora de las cantidades anticipadas y aun cuando solidariamente con ella tuviera también que responder el Consejo Rector de la cooperativa, en este caso no demandado. Cuestión distinta será, una vez recuperadas por la

demandante las cantidades anticipadas, su desvinculación de la cooperativa, que habrá de ajustarse a los estatutos de la misma, sin que el procedimiento tenga que ser necesariamente el de la baja voluntaria.»

4.15. Extensión de las garantías legales de las cantidades anticipadas que prevé la Ley 57/68 y DA 1.ª de la LOE a supuestos en que la venta no llega a buen fin por vicios de naturaleza urbanística. Caso especial de la promoción Marina Isla de Valdecañas (STS 527/2016 de 12 de septiembre)

La singularidad del presente caso, radica, según la propia sentencia, en que, «a pesar de haberse expedido la licencia de primera ocupación, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura ordena la reposición de los terrenos a su estado anterior, por lo que pesa sobre la vivienda litigiosa un peligro cierto y grave de que proceda a su demolición, con base a una resolución judicial firme, sin que tal peligro pueda eludirse por el hecho de que el Plan General Municipal se modificase como consecuencia del PIR anulado.»

La sentencia fija la siguiente doctrina: «las garantías legales de las cantidades anticipadas para adquisición de viviendas que regula la ley 57/1968 y disposición adicional primera de la LOE se extienden a aquellos supuestos en que el contrato de compra-venta no llega a buen fin, por declararse nulo por vicio invalidante del consentimiento al haber ocultado el promotor-vendedor al comprador la existencia de vicios de la edificación de naturaleza urbanística».

## 5. INTERÉS CASACIONAL Y RESOLUCIÓN DE CONTRATOS

5.1. El incumplimiento de la obligación de elevar a escritura pública el contrato de compraventa celebrado, conforme a lo dispuesto por el artículo 1280 del Código Civil, no es causa directa de resolución contractual al amparo del artículo 1124 del Código Civil.

**STS, Civil, nº 303/14, de 16/09/14 (rec 969/12):** FD 2º, 2 : "(…)tal y como alega la parte recurrente en su cita de la Sentencia de esta Sala, de 5 de febrero de 2007 (núm. 130/2007 ), que contempla, a su vez, la doctrina recogida en la STS de 29 de julio de 1999 , debe señalarse que desde la perspectiva de la interpretación sistemática de los artículos 1279 y 1280 del Código Civil se obtienen, al menos, dos consideraciones doctrinales. La primera es que, contrariamente a los casos en que nuestro Código Civil otorga a la forma del contrato un carácter solemne como presupuesto de su validez y de eficacia, la exigencia formal del artículo 1280 en relación a que ciertos contratos, entre ellos, la transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles, (número primero del citado artículo), consten en documento público no puede ser entendida como una referencia normativa pertinente al presupuesto de validez y eficacia del contrato celebrado, esto es, que incumplida dicha finalidad el contrato resulte inexistente por las partes o carente de eficacia alguna; pues el propio artículo 1279, como proyección del principio espiritualista como criterio rector del formalismo contractual ( artículo 1278 del Código Civil), parte de la propia validez y eficacia estructural de los contratos enumerados en el artículo 1280 del Código Civil que no constan en escritura pública al

disponer "que los contratantes pueden compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez". La segunda consideración, al hilo de lo expuesto, es que la exigencia de esta finalidad incide, en consecuencia, en el plano del reforzamiento de la eficacia contractual del contrato, pues con su cumplimiento el contrato resulta eficaz frente a terceros.

La conclusión práctica al respecto, conforme al principio de la autonomía de la voluntad, es que si las partes quieren otorgarle a esta exigencia formal un valor determinante ya para la propia validez del contrato, o bien para su eficacia, esta condición esencial debe figurar inequívocamente en el contenido contractual llevado a cabo, pues de otra forma carece de la relevancia requerida a estos efectos.

También conviene destacar que las condiciones señaladas concuerdan, sistemáticamente, con el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos. Criterio que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, con referencia al Derecho Contractual Europeo y a los principales textos de armonización en este contexto, ha reforzado destacando su función de principio general del Derecho ( SSTS 15 de enero de 2013, y 30 de junio de 2014).

**FALLO, 2.-** Se fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala que el incumplimiento de la obligación de elevar a escritura pública el contrato de compraventa celebrado, conforme a lo dispuesto por el artículo 1280 del Código Civil, no es causa directa de resolución contractual al amparo del artículo 1124 del Código Civil.

## 5.2. La falta de uso de la cosa arrendada por parte del arrendatario sin causa justificada y durante un tiempo prolongado, en contratos de arrendamiento regidos por el Código Civil, integra la causa de desahucio comprendida en el artículo 1569.4 CC.

**-STS, Civil, nº 553/09, de 1/07/2005 (rec 326/2005): FD 3º:** (…)el "thema decidendi" del presente recurso se centra en la interpretación de la obligación que impone al arrendatario el nº 2º del artículo 1555 del Código Civil en relación con la causa de desahucio comprendida en el nº 4º del artículo 1569 y, en concreto, si el ejercicio de tal facultad resolutoria procederá sólo en los casos de que el arrendatario destine la cosa a uso distinto del pactado o, en su defecto, al que convenga a la naturaleza de la cosa objeto de locación, o si tal facultad resolutoria se dará también en el supuesto de falta de uso.

Aun cuando, en principio, se pueda considerar que el uso de la cosa es un derecho del arrendatario, también es cierto que parte de la doctrina considera que se trata igualmente de una obligación porque, si no se usa la cosa, no se la estará destinando al uso pactado y, en todo caso, la pretensión del arrendatario de mantener la situación arrendaticia pese a la falta de uso, prolongada y no justificada, constituiría un ejercicio abusivo del derecho frente a la plenitud del derecho de propiedad. La causa onerosa en el contrato de arrendamiento de cosas viene integrada, para el arrendador, por la prestación consistente en el pago de la renta por parte del arrendatario; y, para éste, por la prestación de uso de la cosa concedido por el arrendador (artículo 1274 Código Civil) de modo que la falta de uso desnaturaliza el propio contrato, y su finalidad, cuando se produce en determinadas condiciones de prolongación en el tiempo.

**FALLO 2º.-** Declaramos como doctrina jurisprudencial que la falta de uso de la cosa arrendada por parte del arrendatario, sin causa justificada y durante un tiempo prolongado, en contratos de arrendamiento regidos por el Código Civil, integra la causa de desahucio comprendida en el nº 4 del artículo 1569 de dicho código .

## 5.3. Pena pactada para el supuesto de desistimiento unilateral de alguna de las partes. Improcedencia de la facultad de moderación judicial.

**-STS, Civil, nº 166/14, de 7/04/2014 (rec 963/2012): FD 2º, 4**.- (…) la facultad judicial de moderación equitativa de la pena procede, en general, cuando la configuración de la obligación penal establecida responde, o se programa, en consideración del incumplimiento total de la obligación, supuesto que permite dicha moderación en atención a la transcendencia o alcance de los incumplimientos parciales o irregulares realizados (artículo 1154 del Código Civil). Sin embargo, cuando la configuración de la obligación penal se aleja de este plano indemnizatorio del incumplimiento contractual en aras a la previsión específica de otros hechos relevantes de la relación contractual, caso que nos ocupa, en donde se penaliza el desistimiento unilateral del vínculo contractual por una de las partes, la valoración judicial respecto del alcance patrimonial o "exceso" de dicha pena queda excluida al pertenecer al ámbito de la autonomía privada y, por tanto, fuera de la facultad de moderación aplicada; todo ello acorde con el principio dispositivo de las partes ( STS de 10 de marzo de 2014, núm. 149/2014).

**FALLO 2.** Se fija como doctrina jurisprudencial que, en un contrato por negociación, cuando expresamente se prevé una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral ya de una, o ambas partes, la cuantía de la pena establecida no puede ser objeto de la facultad judicial de moderación.

**-STS, Civil, nº 149/14, de 10/03/2014 (rec 343/2012): FALLO, 2:** Se fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos por negociación, en los que expresamente se prevea una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral de las partes, la valoración o alcance patrimonial de la pena establecida no puede ser objeto de la facultad judicial de moderación, cuestión que pertenece al principio de autonomía de la voluntad de las partes.

## 5.4. Arrendamiento y desahucio por falta de pago. Interpretación del art. 22 LEC: El requerimiento de pago que se hace al amparo del art. 22 LEC (LA LEY 58/2000), no exige que se comunique al arrendatario que el contrato va a ser resuelto y que no procederá enervación de la acción de desahucio si no se paga en el plazo preceptivo.

**-STS, Civil, nº 335/14, de 23/06/2014 (rec 1437/2013): FD 2: (…)**La sentencia nº: 302/2014, de 28 de mayo, ha dado respuesta definitiva la cuestión planteada, en la interpretación del artículo 22 LEC . Dicho precepto exige:

"1. La comunicación ha de contener un requerimiento de pago de renta o cantidad asimilada.

2. Ha de ser fehaciente, es decir, por medio que permita acreditar que llegó a conocimiento del arrendatario, con la claridad suficiente.

3. Ha de referirse a rentas impagadas.

4. Debe transcurrir el plazo legalmente previsto, que ha venido fluctuando entre uno y dos meses, en las sucesivas reformas legales.

5. Que el arrendatario no haya puesto a disposición del arrendador la cantidad reclamada.

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

1. Que el contrato va a ser resuelto.

2. Que no procederá enervación de la acción de desahucio si no se paga en el plazo preceptivo.

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

La información que se traslada al arrendatario, como dice la citada sentencia "es la crónica anunciada de un proceso judicial y no podía pasar desapercibida a la arrendataria, ni su gravedad ni las consecuencias, pues es comúnmente sabido que el impago de rentas genera la resolución del contrato y el desahucio de la vivienda o local.

No estamos ante un derecho del arrendatario que pudiera conllevar la necesaria información para su ejercicio, sino ante un derecho del arrendador a que se le abonen las rentas y cantidades asimiladas (IBI) y una obligación de pago por parte del arrendatario.

Como declara la sentencia de esta Sala de 26 de marzo de 2009 (rec. 1507/2004), la enervación del desahucio no se configura tanto como un derecho cuanto como una oportunidad del arrendatario para evitar el desahucio por falta de pago, porque al arrendador no le es indiferente el momento en que se le pague la renta estipulada".

**FALLO 2.** Se fija como doctrina jurisprudencial, la siguiente: el requerimiento de pago que se hace al amparo artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no exige que se comunique al arrendatario que el contrato va a ser resuelto y que no procederá enervación de la acción de desahucio si no se paga en el plazo preceptivo.

**-STS, Civil, nº 302/14, de 28/05/2014 (rec 1051/2012): FD 3.**

5.5. Contrato regido por la LAU 1964. Resolución por impago de cantidades asimiladas a la renta**.** Doctrina jurisprudencial: merece esta consideración el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, de forma que su impago faculta al arrendador para instar la resolución del contrato. Recurso de casación por interés casacional.

**-STS, Civil, nº 1393/2007, de 12/01/2007 (rec 2458/2002): FALLO 2):** El impago por el arrendatario del Impuesto de Bienes Inmuebles, en arrendamientos de vivienda vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Ley de 1994, ha de considerarse como causa de resolución comprendida en el artículo 114.1ª (LA LEY 81/1964) del Texto Refundido de 1964.

5.6. Resolución del contrato de arrendamientos urbanos LAU por cesión inconsentida. La domiciliación de una sociedad mercantil no es causa de resolución.

**- STS, Civil, nº 59/2013, de 5/02/2013 (rec 2167/2009): FD 3º:**

A) Esta Sala, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión jurídica expuesta en el recurso de casación y ha puesto fin a la discrepancia que sobre ella existía entre las Audiencias Provinciales. La sentencia de 16 de octubre de 2009 (RC 203/2005) (LA LEY 226645/2009) ha fijado, como doctrina jurisprudencial, que no se considera como causa resolutoria del contrato de arrendamiento por cesión de una vivienda la mera designación en la vivienda de un domicilio social, sin ocupación o aprovechamiento real. La naturaleza imperativa del artículo 114.5 LAU 1964 (LA LEY 81/1964) , necesita, para que se produzca la resolución contractual, que el arrendatario ceda su posición a un tercero sin el consentimiento del

arrendador, es decir que se produzca una transmisión real y efectiva del uso de la vivienda arrendada, lo que supone una modificación de la relación arrendaticia perjudicando los derechos del arrendador.

**FD 4º:** (…)También procede reiterar como doctrina jurisprudencial que no se considera como causa resolutoria del contrato de arrendamiento por cesión de una vivienda la mera designación en la vivienda de un domicilio social, sin ocupación o aprovechamiento real .

**- STS, Civil, nº 631/2009, de 16/10/2009 (rec 203/2005): FD 4ª: (…)**declarando como doctrina jurisprudencial la de que no se considera como causa resolutoria del contrato de arrendamiento por cesión de una vivienda la mera designación en la vivienda de un domicilio social, sin ocupación o aprovechamiento real.

## 5.7. Arrendamiento de vivienda LAU: pago fuera de plazo de la totalidad de la renta no excluye la posibilidad de resolución del contrato.

### -STS, Civil, nº 180/2014, de 27/03/2014 (rec 141/2011): Doctrina (FALLO 3)

3º.- Declarar como doctrina jurisprudencial que el pago total de la renta del arrendamiento de una vivienda, fuera de plazo y después de presentada la demanda de desahucio, no excluye la posibilidad de la resolución arrendaticia, o en su caso de declarar enervada la acción de desahucio, aunque la demanda se funde en el impago de una sola mensualidad de renta, sin que el arrendador venga obligado a soportar que el arrendatario se retrase de ordinario en el abono de las rentas periódicas.

## 5.8. Arrendamiento de vivienda LAU. Tácita reconducción y resolución del contrato por expiración del plazo.

### -STS, Civil, nº 246/2013, de 16/04/2013 (rec 1034/2009): (FALLO 3)

3. Fijar como doctrina casacional que la DT primera de la LAU se ha de entender de manera que, tras la entrada en vigor de la LAU de 1994, los contratos de arrendamiento de vivienda concertados a partir de 9 de mayo de 1985, se encuentran sometidos a una tácita reconducción de tres años, tras lo cual le es de aplicación lo establecido en los arts. 1566 y 1581 del CC.

## 5.9. Resolución de contrato de compraventa de inmuebles en construcción por falta de licencia de primera ocupación.

### STS, Civil, nº 223/14, de 28/04/2014 (rec 2338/2012):

**FD 1.** Como en litigios sustancialmente semejantes, resueltos recientemente por esta Sala, el núcleo de la controversia que conformó el debate en la instancia y que ahora integra el objeto del recurso de casación se centra en la relevancia resolutoria de la falta de licencia de primera ocupación respecto de contratos de compraventa de inmuebles en construcción en los que las partes no pactaron expresamente su carácter esencial. Esta semejanza en lo sustancial determina que el presente pleito deba ser resuelto con arreglo a la doctrina y los argumentos

contenidos en la sentencia de Pleno de 10 de septiembre de 2012, rec. nº 1899/2008, reiterados en otras posteriores (SSTS de 6 de marzo de 2013, rec. nº 873/2009 ; 6 de marzo de 2013, rec. nº 2041/2009 ; 11 de marzo de 2013, rec. nº 576/2010 ; 20 de marzo de 2013, rec. nº 1569/2009 ; 10 de junio de 2013, rec. nº 627/2010 ; 10 de junio de 2013, rec. nº 1535/2010 ; 10 de junio de 2013, rec. nº 21/2011 ; 10 de junio de 2013, rec. nº 1652/2010 ; 30 de septiembre de 2013, rec. nº 1839/2009 ; 9 de octubre de 2013, rec. nº 1985/2010 ; 9 de octubre de 2013, rec. nº 571/2009 ; 15 de octubre de 2013, rec. nº 1909/2010 ; 21 de octubre de 2013, rec. nº 1419/2010 ; 21 de octubre de 2013, rec. nº 1232/2010 ; 28 de octubre de 2013, rec. nº 456/2011 ; 28 de octubre de 2013, rec. nº 730/2011 ; 7 de noviembre de 2013, rec. nº 2044/2011, y 14 de noviembre de 2013, rec. nº 1770/2010 ).

(…) esta Sala ha examinado en múltiples ocasiones la cuestión atinente a los efectos resolutorios de la falta de licencia de primera ocupación en la fecha pactada para la entrega de una vivienda por el promotor-vendedor para el caso, como el presente, de que el contrato no hubiera previsto expresamente la entrega de dicha licencia como requisito esencial, sentando como jurisprudencia, ya consolidada, que tiene carácter resolutorio todo incumplimiento del vendedor que prive sustancialmente al comprador del derecho a disfrutar la cosa, por cuanto que su entrega en tiempo, lugar y forma y en condiciones para ser usada con arreglo a su naturaleza constituye la obligación esencial y más característica del vendedor, y que, incumbiendo a la promotora vendedora gestionar y obtener la licencia de primera ocupación (artículo 1258 CC), la falta de cumplimiento de este deber no solo se valorará como esencial de haberse pactado como tal en el contrato, sino también, en su defecto, «en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible contravención de la legislación y/o planificación urbanística, ya que en ese caso se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente» , correspondiendo a la vendedora probar el carácter accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia mediante la prueba de que la falta de obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado.

**-STS, Civil, nº 339/13, de 10/06/2013 (rec 1535/2010): FD 3º: (…)** El presente litigio presenta gran similitud con el resuelto por STS de Pleno de 10 de septiembre de 2012, RC n.º 1899/2008 y con otros recursos también recientemente resueltos por esta Sala en aplicación de los mismos criterios jurisprudenciales (RC n.º 576/2010, resuelto por STS de 11 de marzo de 2003; RC n.º 1569/2009 ; RC n.º 1469/2009, RC n.º 1839/2009, RC n.º 21/2011, RCIP n.º 627/2010 y RC n.º 1652/2010), habida cuenta que en todos ellos se encuentran afectadas viviendas de la misma promoción (…). En todos estos procedimientos acontece, como en este que ahora nos ocupa, que la controversia que conformó el debate en la instancia y que ahora integra el objeto del recurso de casación gira -bien con carácter exclusivo o en unión a otros posibles incumplimientos que se imputan a la promotora vendedora-, en torno a la relevancia resolutoria de la falta de licencia de primera ocupación en supuestos en que las partes no quisieron pactar expresamente su carácter esencial.

A) De la doctrina fijada por la STS de Pleno de 10 de septiembre de 2012 , RC n.º 1899/2008 se desprende, en síntesis, que cabe atribuir eficacia o valor resolutorio a todo incumplimiento del vendedor que prive sustancialmente al comprador del derecho a disfrutar la cosa, por cuanto que su entrega en tiempo, lugar y forma y en condiciones para ser usada con arreglo a su naturaleza constituye la obligación esencial y más característica del vendedor, y que, incumbiendo a la promotora vendedora gestionar y obtener la licencia de primera ocupación ( artículo 1258 CC), la falta de cumplimiento de ese deber solo se valorará como esencial de haberse pactado como tal en el contrato, o, en su defecto, «en aquellos casos en que las

circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible contravención de la legislación y/o planificación urbanística, ya que en ese caso se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente», correspondiendo a la vendedora a probar el carácter accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia, mediante la prueba de que la falta de obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado.

La reciente STS de 11 de marzo de 2013, RC n.º 576/2010 , abunda en estos mismos criterios con relación a un supuesto esencialmente idéntico, y añade, en lo que aquí interesa, y en síntesis, (i) que la Sala Tercera, en STS de 28 de enero de 2009, RC n.º 45/2007 , se ha pronunciado en contra de la posibilidad admitida por la sentencia recurrida de que en este caso la licencia de primera ocupación pueda haber sido obtenida por silencio administrativo positivo, al constituir doctrina consolidada que no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística; (ii) que la obligación de entrega del promotor-vendedor ha de entenderse en su aspecto no solo físico sino jurídico, permitiendo que la vivienda se ocupe legalmente, que los suministros se contraten de forma regular, y, en definitiva, que el comprador pueda ejercer sus derechos sobre la vivienda adquirida libremente y sin obstáculos legales; (iii) que la incertidumbre en que se coloca al comprador por la falta de entrega de la licencia ante el posible riesgo, incluso, de futura demolición de lo construido y adquirido, equivalen a un incumplimiento del vendedor de su obligación de entregar la vivienda en un determinado plazo -por más que en el contrato privado se le autorice a requerir al comprador para otorgar la escritura pública "una vez finalizadas las obras" , como en el presente caso-, todo lo cual impide que pueda serle exigido al comprador el cumplimiento de sus obligaciones (recepción de la obra, elevación a escritura pública y pago del resto del precio); y (iv), que siendo la seguridad de la propiedad inmobiliaria uno de los factores característicos de los sistemas jurídicos avanzados e incluso uno de los elementos primordiales de cualquier economía estable porque fomenta el tráfico jurídico seguro y facilita el acceso al crédito, mayor importancia tiene aún, si cabe, cuando los compradores son extranjeros con menos facilidad para conocer toda la legislación española que pueda afectarles al comprar una vivienda en España desde la confianza que les merece el sistema español de protección del derecho de propiedad.

## -STS, Civil, Pleno, nº 537/12, de 10/09/2012 (rec 1899/2008):

## FD 3º A):

La jurisprudencia más reciente (SSTS de 14 de junio de 2011, RC n.º 369/2008 y 21 de marzo de 2012, RC n.º 931/2009) viene interpretando la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas (artículo 1124 CC)) en el sentido de entender que el incumplimiento que constituye su presupuesto ha de ser grave o sustancial, lo que no exige una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento, pero sí que su conducta origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte (STS de 9 de julio de 2007, RC n.º 2863/2000, 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993, 25 de enero de 1996, 7 de mayo de 2003, 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, 20 de septiembre de 2006, 31 de octubre de 2006 y 22 de diciembre de 2006), cosa que ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit (art. 7.3.1 [2.b]) "--que se citan con carácter orientador para la interpretación de la normativa contractual contenida en nuestro sistema jurídico", cuando se «priva sustancialmente» al contratante, en este caso, al comprador, «de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato». Entre las lógicas expectativas del comprador se encuentra la de recibir la cosa en el tiempo, lugar y forma que se hubiera estipulado, en el estado que se hallaba al estipularse el contrato (artículo 1468 CC) y en condiciones para ser

usada conforme a su naturaleza, pues, no en vano, la de entrega constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el vendedor (artículo 1461 CC, en relación con el artículo 1445 CC).

Con respecto al plazo de entrega, constituye igualmente jurisprudencia de esta Sala que el mero retraso (en el pago o en la entrega de la cosa) no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento. Como declara la STS de 12 de abril de 2011, RC n.º 2100/2007, la situación de retraso en el cumplimiento puede dar lugar a la constitución en mora cuando se dan los presupuestos que, entre otros, establece el artículo 1100 CC, con las consecuencias que indican los artículos 1101 CC, 1096 CC y 1182 CC, pero no necesariamente a la resolución. Su carácter de remedio excepcional, frente al principio de conservación del negocio, se ha traducido en que la jurisprudencia ha entendido exigible, además de que quien promueve la resolución haya cumplido las obligaciones que le correspondieran, que se aprecie en el acreedor que insta la resolución un «interés jurídicamente atendible». Mediante esta expresión se expresa la posibilidad de apreciar el carácter abusivo, contrario a la buena fe o incluso doloso que puede tener el ejercicio de la facultad resolutoria del contrato cuando se basa en un incumplimiento aparente que no responde a la realidad de las cosas, cosa que ocurre cuando el incumplimiento alegado no afecta al interés del acreedor en términos sustanciales o encubre el simple deseo de aprovechar la oportunidad de concertar un nuevo negocio para obtener mayores beneficios.

En la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 y ratificada por España en 1991 (artículo 49.1), al tratar del incumplimiento del vendedor, se dice que se podrá resolver cuando esta conducta constituya «un incumplimiento esencial del contrato». En el artículo 49.2 se precisa que si el plazo de entrega no se ha pactado como esencial, el comprador no puede resolver hasta que transcurre un plazo razonable (SSTS 5 abril de 2006, 22 diciembre 2006 y 3 de diciembre de 2008, RC n.º 2919/2002). Para que el retraso del comprador o del vendedor en el cumplimiento de sus recíprocas obligaciones pueda considerarse como supuesto de incumplimiento resolutorio se requiere que sea de tal entidad, grave y esencial, como para que con él se frustre el fin del contrato o la finalidad económica del mismo, esto es, que sea capaz de frustrar la satisfacción de las expectativas de la parte perjudicada por el mismo (SSTS de 25 de junio de 2009, RC n.º 2694/2004 y de 12 de abril de 2011, RC n.º 2100/2007), lo que hace necesario examinar el valor del plazo en este tipo de contratos y si su inobservancia debe llevar indefectiblemente al incumplimiento definitivo del contrato (STS de 17 de diciembre de 2008, RC n.º 2241/2003).(…)

B) En relación con el contenido de la obligación de entrega de la cosa vendida cuando se trata de contratos de venta de inmuebles destinados a vivienda, ha declarado también esta Sala (STS de 3 de noviembre de 1999, RC n.º 509/1995) que la denominada licencia de primera ocupación o de primera utilización no tiene más finalidad que la de contrastar que se ha respetado en la realidad la licencia de construcción, de tal modo que supone comprobar si se han cumplido o no las condiciones establecidas en esta licencia de construcción y si el edificio reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y puede habilitarse para el uso a que se le destina. Se trata por tanto, de un compromiso asumido por el constructor-vendedor con la Administración, del que solo se libera mediante la ejecución fiel y cumplida de la obra, caso en que la Administración, según declara la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, está obligada a expedir la licencia de primera ocupación, que no es por lo tanto de concesión discrecional, sino una actividad reglada, que no se suple por el transcurso del tiempo (SSTS, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 18 julio 1997, 1 de junio de 1998, 23 de junio de 1998, 20 octubre de 1998 y 14 diciembre de 1998). Puesto que quien construye para vender no puede desconocer este deber, a él incumbe cumplir el deber administrativo --ajeno en principio a la parte compradora-- de gestionar la licencia de primera ocupación y de cumplir así la obligación nacida del contrato de

compraventa de entregar la cosa en condiciones de ser utilizada para el uso o destino previsto. (…)

La Sala, reunida en Pleno, observa que, de acuerdo con los principios que se han desarrollado hasta aquí, la anterior solución no tiene carácter absoluto y, en consecuencia, con ánimo se sentar una doctrina general, considera oportuno fijar los siguientes criterios:

(i) La falta de cumplimiento del deber de obtención de la licencia de primera ocupación por parte del promotor-vendedor no tiene, en principio, carácter esencial, salvo si se ha pactado como tal en el contrato o lleva consigo un incumplimiento esencial de la obligación de entrega del inmueble, según las condiciones pactadas en el contrato.

(ii) Debe valorarse como esencial la falta de obtención de licencia de primera ocupación en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible contravención de la legislación y/o planificación urbanística, ya que en ese caso se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente.

(iii) De conformidad con las reglas sobre distribución de la carga de la prueba y el principio de facilidad probatoria, corresponde a la parte contra la que se formula la alegación de incumplimiento, es decir, a la parte vendedora (obligada, en calidad de agente de la edificación, a obtener la licencia de primera ocupación), probar el carácter meramente accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia, demostrando que el retraso en su obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado.

## 5.10. Impago del precio de bien inmueble y resolución de contrato de compraventa.

**-STS, Civil, nº 315/11, de 4/07/2011 (rec 2228/2006): Doctrina esencial: Compraventa de inmueble. Falta de pago del precio. Formas que puede adoptar el requerimiento resolutorio.**

No procede reconocer válidos efectos resolutorios en el ámbito del artículo 1504 CC al requerimiento efectuado mediante burofax, por continuar siendo imprescindible en la actualidad -el legislador ha tenido oportunidad de mitigar el rigor del precepto y no lo ha hecho- que el conocimiento fehaciente del hecho notificado cuente con la singular garantía que le otorga la supervisión de la autoridad judicial o de un fedatario público notarial.

**Demanda en la que se ejercita la acción de resolución.**

En tanto no se haya producido el pago del precio, debe reconocerse eficacia resolutoria a la demanda en que se ejercita la acción de resolución por incumplimiento, como forma de interpelación judicial literalmente contemplada en el artículo 1504 CC.

FD 3º: A) Esta Sala ha declarado (STS 17 de julio de 2009, RC n.º 143/2005) que la especialidad que establece el artículo 1504 CC , con relación a general facultad resolutoria implícita en las obligaciones recíprocas (artículo 1124 CC) -para la que basta con que al

incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria contraria al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó, que aconseja la resolución en supuestos de impago prolongado, duradero, injustificado, o que frustre el fin económico-jurídico que implica el negocio de compraventa y las legítimas aspiraciones del vendedor, y mantener el pacto, cuando no aparezca definida e incuestionable una decidida voluntad negativa (STS 20 de julio de 1997, RC n.º 2441/1993)-, es solo para el caso de resolución por falta de pago del precio en la compraventa de inmuebles (SSTS de 6 de septiembre de 2010, RC n.º 1362/2006 , de 11 de julio de 2008, RC n.º 1761/2001 , de 27 de septiembre de 2007, RC n.º 3125/2000 y de 2 de octubre de 2002, RC n.º 648/1997) y consiste en que el deudor debe haber sido requerido judicial o notarialmente, mediante acta (STS de 4 de julio de 2005, RC n.º 498/1999) para que no pueda hacer uso de la facultad de pagar después de expirado el plazo y hacer inviable la resolución instada de contrario. Ese requerimiento es una declaración de carácter receptivo (STS de 28 de septiembre de 2001, RC n. º 1011/1996), consistente en la notificación de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato por incumplimiento del comprador del pago del precio (STS de 18 de octubre de 2004, RC n. º 2880/1998). Se ha venido considerando como un acto jurídico complejo integrado por una declaración unilateral y recepticia de voluntad a la que la Ley añade determinadas consecuencias en orden a posibilitar judicialmente la resolución de la compraventa por impago del precio de unos plazos. Precisamente tal carácter recepticio impone que el citado requerimiento llegue a poder y conocimiento del requerido, si bien es cierto también que se entiende cumplido este requisito cuando es el propio comprador requerido quien, recibido el requerimiento, voluntariamente no toma conocimiento de su contenido.

En cuanto a la forma de llevar a cabo el requerimiento, partiendo del tenor literal del artículo 1504 CC , que habla de requerimiento judicial o mediante acta notarial, la jurisprudencia ha declarado tradicionalmente que tales formas, en las que se incluye el acto de conciliación (SSTS de 31 de enero de 2008, RC n.º 1208/2001; de 11 de julio de 2008, RC n.º 1761/2001; y de 8 de mayo de 2008, RC n.º 1902/2001 , entre otras), son las únicas fehacientes y garantizadoras de la realidad del hecho notificado (SSTS de 27 de mayo de 1985 y 26 de mayo de 1992).

También nuestra jurisprudencia ha rechazado en algún caso que tenga valor de requerimiento previo el efectuado mediante la presentación de la demanda (STS de 10 de junio de 1996).

E s cierto, sin embargo, que en algunas sentencias recientes de esta Sala se ha admitido en varios casos el requerimiento efectuado por medios fehacientes distintos, como a través de telegrama, e incluso, mediante burofax (STS de 17 de julio de 2009, RC n.º 143/2005), en lo que se ha considerado como una interpretación extensiva de aquel precepto, más conforme a la realidad social ( artículo 3.1CC) y STS de 26 de febrero de 2004). (…)

(…)

El efecto retroactivo de la resolución contractual supone que esta tiene lugar, no desde el momento de la extinción de la relación, sino desde la celebración del contrato, lo que implica volver al estado jurídico preexistente al mismo, con obligación de cada parte de restituir las cosas o prestaciones que hubiera recibido (SSTS de 30 de diciembre de 2003, RC n.º 447/1998 , de 6 de mayo de 1988 y de 17 de junio de 1986). Esto es así porque la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos producidos, como se halla establecido en el artículo 1295 CC para el caso de rescisión, -precepto al que expresamente se remite el 1124 CC que, como se ha dicho, a salvo de las especialidades antes indicadas, ha de entenderse aplicable a la resolución del contrato de compraventa de inmuebles-, y también en el 1123 CC y en el 1303 CC para el caso de nulidad (STS de 17 de junio de 1986). La pérdida del precio entregado es entendida por la doctrina científica y por la jurisprudencia como una sanción o cláusula penal, que como tal debe figurar en el contrato y que, existiendo, puede ser

moderada por el juez, de acuerdo con el art. 1154 CC (STS de 18 de octubre de 2004, RC n. º 2880/1998).

## 5.11. Resolución del contrato de compraventa de vivienda en construcción por retraso en la entrega. Cambio de doctrina.

### -STS, Civil, Pleno, nº 778/14, de 20/01/2015 (rec 196/2013): FD 6º , 3.-

3.- Rectificación del criterio de la sentencia de 9 de junio de 1986. Doctrina interpretativa del artículo 3 de la Ley 57/68.

Esta Sala, reunida en pleno, considera que no procede reiterar la interpretación del art. 3 de la Ley 57/68 contenida en su sentencia de 9 de junio de1986.

Las razones son las siguientes:

1ª) La jurisprudencia más reciente de esta Sala ha avanzado en la línea de interpretar la Ley 57/68 como pionera, varios años antes de que en 1978 la Constitución proclamara como principios rectores de la política social y económica el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 ) y la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51), en la protección de los compradores de viviendas para uso residencial, incluso de temporada.

2ª) Esta línea jurisprudencial se ha traducido en atenerse al rigor con el que la propia Ley 57/68 configura las obligaciones del vendedor y de su asegurador o avalista, superando una concepción predominantemente administrativa de su contenido para dotarla de plenos efectos civiles.

Así, en primer lugar, sobre el carácter accesorio o, por el contrario, esencial de la obligación del promotor-vendedor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores ( arts. 1 y 2 de la Ley 57/68 ) es doctrina jurisprudencial reiterada que se trata de una obligación esencial mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, de manera que su incumplimiento facultará al comprador para resolver el contrato e impedirá al vendedor resolverlo si el comprador no atiende los pagos parciales a cuenta del precio ( SSTS de 25 de octubre de 2011, rec. 588/2008 , 10 de diciembre de 2012, rec. 1044/2010 , 11 de abril de 2013, rec.1637/2010 , y 7 de mayo de 2014 , rec. 828/2012 ).

En segundo lugar, se ha rechazado que el seguro de caución de las cantidades anticipadas por los cooperativistas de viviendas comprenda únicamente un denominado "Tramo I", de compra de los terrenos para la edificación, declarándose por el contrario que asegurar el buen fin de la cooperativa es garantizar la terminación y entrega de las viviendas y, por tanto, la devolución a los cooperativistas, en otro caso, de las cantidades anticipadas (STS de 13 de septiembre de 2013, rec. 281/2013).

En tercer lugar, acerca del importe cubierto por el seguro, se ha declarado que comprende todas las cantidades entregadas a cuenta del precio, es decir, aunque la póliza de seguro establezca una cantidad máxima inferior, porque en otro caso se infringirían el art. 2 de la Ley 57/68 y el art. 68 de la Ley de Contrato de Seguro (STS de 3 de julio de 2013, rec. 254/2011 ).

En cuarto lugar, se ha interpretado el art. 1 de la Ley 57/68 en el sentido de que permite al comprador dirigirse simultáneamente contra el vendedor y su aseguradora para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas y, también, dirigirse contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento (SSTS de 3 de julio de 2013, rec. 254/2011 , y 7 de mayo de 2014, rec. 828/2012 ).

En quinto lugar, se ha declarado la responsabilidad solidaria de los administradores de una sociedad promotora, frente a los compradores, por el daño consistente en no haber podido estos recuperar las cantidades anticipadas por no haberse constituido la garantía correspondiente ( STS de 23 de mayo de 2014, rec. 1423/2012 ).

En sexto lugar, aun rechazándose que el comprador pueda oponer en general la falta de inicio de la construcción al banco descontante de las letras de cambio aceptadas por el comprador para los pagos parciales a cuenta del precio de la vivienda, se ha declarado que el comprador sí puede reclamar al banco avalista o asegurador la suma total representada por dichas letras, incluso en el caso de que hubiera acordado con el mismo conformarse con un importe inferior y reclamar el resto al promotor, pues tal acuerdo sería nulo de pleno derecho por contravenir el carácter irrenunciable de los derechos que la Ley 57/68 otorga a los compradores ( STS de 25 de noviembre de 2014, rec.1176/2013 ).

3ª) Pues bien, avanzando en la misma línea procede declarar ahora que el incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica, conforme al art. 3 de la Ley 57/68, la resolución del contrato a instancia del comprador, siempre que, como resulta de la sentencia del pleno de esta Sala de 5 de mayo de 2014 (rec. 328/2012 ), el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega.

Lo anterior significa que el art. 3 de la Ley 57/68 introduce, en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad consistente en que el retraso en la entrega, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador. Esta especialidad, a su vez, determina que en el ámbito especial regulado por la Ley 57/68 no sea aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de ámbito general del art. 1124 CC, considera que el retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte contratante.

Son razones para equiparar la «rescisión» contemplada en el art. 3 de la Ley 57/68 a la resolución contractual por incumplimiento del vendedor las siguientes:

a) El carácter irrenunciable, conforme al art. 7 de dicha ley , del derecho que su art. 3 reconoce al comprador, consistente en optar entre la «rescisión» del contrato, con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, o la concesión de una prórroga al vendedor.

b) El rigor con que el propio art. 3 configura ese derecho y las correlativas obligaciones del vendedor, pues si el comprador opta por la prórroga, esta deberá hacerse constar en una cláusula adicional del contrato «especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda».

c) El específico equilibrio contractual que el art. 3 de la Ley 57/68 introduce en los contratos sujetos a su régimen, compensando el derecho del vendedor a resolver el contrato por un solo impago del comprador ( art. 1504 CC y estipulación octava del contrato litigioso) con el derecho del vendedor a resolver el contrato por el retraso en la terminación y entrega de la vivienda.

d) El desequilibrio contractual que en perjuicio del comprador supondría una interpretación diferente, pues en casos como el presente incluso se aplicaría en su contra, tal y como se pretende en el recurso, una cláusula penal pese a haber quedado probado y no haberse discutido que el vendedor incumplió efectivamente el plazo de entrega estipulado.

e) El riesgo, nunca descartable y en los últimos años nada improbable, de insolvencia del promotor-vendedor, que puede agravarse precisamente por el transcurso del tiempo,

reduciendo entonces las expectativas del comprador como acreedor en un eventual concurso del promotor.

f) Los diversos obstáculos, molestias e inconvenientes que el transcurso del tiempo a partir de la fecha de entrega puede provocar al comprador que pretenda dirigirse contra el avalista o el asegurador, como sucedió en el presente caso cuando La Caixa opuso a los compradores que el aval había expirado el 30 de septiembre de 2009, por más que tal oposición careciera de fundamento alguno frente a lo que dispone el art. 4 de la Ley 57/68 prolongando imperativamente las garantías a favor del comprador hasta la expedición de la cédula de habitabilidad y la efectiva entrega de la vivienda.

## 5.12. Permuta de solar por obra futura. Retraso en la entrega de la vivienda. Indemnización por lucro cesante.

### -STS, Civil, nº 290/14, de 10/09/2014 (rec 691/2012): FALLO 2.-

2. Se fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala que en los casos de incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda en el plazo acordado, no procede otorgar el resarcimiento derivado por el lucro cesante (lucrum cessans) de forma automática, por aplicación de la doctrina del daño ex re ipsa (de la propia cosa), incumbiendo la carga de su realidad y alcance a la parte que lo reclame.

## 5.13. Resolución de contrato por falta de licencia para las piscinas al tiempo de manifestar la voluntad de resolver y a la presentación de la demanda. Inadmisibilidad por invocarse jurisprudencia genérica.

### -STS, Civil, nº 612/16, de 7/10/2016 (rec 1134/2014): FD 3º, 4ª):

4.ª) Al marginarse la razón decisoria de la sentencia recurrida, las sentencias de esta sala que se citan carecen de relevancia alguna para la decisión del conflicto en los términos en que ha sido resuelto por la sentencia de apelación. Así, el primer bloque de sentencias contiene una doctrina genérica en torno a las exigencias de gravedad y esencialidad del incumplimiento resolutorio, de la que no resultan las infracciones que se dicen cometidas por la sentencia recurrida porque el recurso de casación por interés casacional exige superar formulaciones genéricas y comprobar si en este caso, en función de lo pactado y de sus circunstancias, cabía atribuir carácter esencial y transcendencia resolutoria a la falta de entrega de la licencia municipal sobre las piscinas comunitarias para, así, considerar grave y esencialmente incumplida la obligación de entrega de los inmuebles objeto de compraventa. Y también el segundo bloque de sentencias es igualmente irrelevante, por referirse a la doctrina que excluye las consecuencias resolutorias en casos de mero retraso, o bien al incumplimiento de una prestación accesoria. En definitiva, la sentencia recurrida en ningún caso contradice la jurisprudencia equiparando el mero retraso en la entrega a un incumplimiento del contrato con trascendencia resolutoria, sino que, centrándose en la falta de legalización de las piscinas del conjunto residencial no solo cuando los compradores manifestaron su voluntad de resolver el contrato sino incluso en la fecha de presentación de la demanda, considera que tal omisión supuso un incumplimiento del contrato que justificaba su resolución por los compradores en virtud del propio contenido contractual. En consecuencia, la única forma de justificar el interés casacional habría consistido en invocar una doctrina jurisprudencial específica sobre las piscinas de los conjuntos residenciales como elementos integrantes del objeto del contrato

cuando se compra una vivienda integrada en uno de esos conjuntos, y entonces la parte recurrente habria tenido que superar la dificultad de que no solo las sentencias de esta sala citadas por la parte recurrida en su escrito de oposición sino también otras posteriores como las sentencias 381/2011, de 30 de mayo, y 137/2013, de 28 de febrero (que a su vez cita las de 29 de septiembre de 2004 y 15 de marzo de 2010), sí atribuyen carácter esencial a las obligaciones contractuales del vendedor derivadas de la publicidad y de la memoria de calidades, entre ellas la entrega en condiciones de la piscina comunitaria de un conjunto residencial.

## 5.14. Resolución de contrato por retraso en la entrega de la vivienda.

### - STS, Civil, nº 736/2015, de 30/12/2015 (rec 2478/2015): FD 4ª, 8:

8. En la sentencia de 19 de diciembre de 2014, recursos 2558/2012, recordábamos la jurisprudencia de esta Sala en materia de resolución por retraso en la entrega de la vivienda (que sería trasladable al retraso en la terminación de las obras del supuesto que enjuiciamos), tanto cuando no se hubiese pactado a favor del comprador una condición resolutoria expresa en torno a un plazo de entrega fijado por las partes como esencial, como cuando si hubiese mediado tal pacto, y decíamos: «La STS de 1 de abril de 2014 (Recurso 475/2012 recoge que: "Por lo que respecta a los efectos resolutorios del incumplimiento del plazo de entrega, la jurisprudencia más reciente (por ejemplo, SSTS de 14 de junio de 2011, Rc. 369/2008, 21 de marzo 2012, Rc. 931/2009 , y 25 de octubre de 2013, Rc.1666/2010) viene interpretando la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas (artículo 1124 CC) en el sentido de que el incumplimiento que constituye su presupuesto ha de ser grave o sustancial, lo que no supone una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento pero sí que origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte, cosa que ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit (art. 7.3.1 cuando se «priva sustancialmente» al contratante, en este caso al comprador, «de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato», encontrándose sin duda entre las lógicas expectativas del comprador el recibir la cosa en el tiempo, lugar y forma que se hubieran estipulado y en condiciones para ser usada conforme su naturaleza, pues, no en vano, la de entrega constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el vendedor (artículo 1461 CC, en relación con el artículo 1445 CC ).

En esta línea se viene afirmando por esta Sala que el mero retraso en el pago o en la entrega de la cosa no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos al incumplimiento. Como declara la STS de 12 de abril de 2011 Rc. 2100/2007 la situación de retraso en el cumplimiento puede dar lugar a la constitución en mora, cuando se dan los presupuestos que entre otros señala el artículo 1101, 1096 y 1182 del Código civil, pero no necesariamente a la resolución. Su carácter de remedio excepcional, frente al principio de conservación del negocio, se ha traducido en que la jurisprudencia haya venido exigiendo, además de que quien promueve la resolución cuando se funda en las obligaciones que le correspondían, que se aprecie en quien insta la resolución un «Interés jurídicamente atendible», expresión mediante la cual se expresa la posibilidad de apreciar el carácter abusivo o contrario a la buena fe, o incluso doloso, que puede tener la pretensión de resolución cuando se funda en un incumplimiento más aparente que real por no afectar al interés del acreedor en términos sustanciales o encubrir la posibilidad de conseguir un nuevo negocio que determinaría un nuevo beneficio. Reglas parecidas se encuentran en vigor en España a partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 y ratificada por España en 1991. Así en el articulo 49.1, al tratar del incumplimiento del vendedor, se dice que se podrá resolver cuando esta conducta constituya «un incumplimiento esencial del contrato», pero en el apartado 2 se precisa que si el plazo de entrega no se ha

pactado (por ejemplo, SSTS de 28 de junio de 2012, Rc. 1154/2009 de 28 de junio 2012, Rc. 75/2010 , 17 de enero de 2014, Rc. 2235/2011, y 5 de febrero de 2014, Rc. 2435/2011) o, en su defecto, que sea de tal entidad, grave y esencial, como para que con él se frustre el fin del contrato o la finalidad económica del mismo, esto es, capaz de producir insatisfacción de las expectativas de la parte perjudicial por el mismo ( SSTS de 25 de junio de 2009, Rc. 2694/2004 / y 12 de abril de 2011, Rc 2100/2007 ), lo que hace necesario examinar el valor del plazo en este tipo de contratos y si su inobservancia debe llevar indefectiblemente al incumplimiento definitivo del contrato ( STS de 17 de diciembre de 2008, Rc. 2241/2003 ).»

## 5.15. Resolución del contrato por retraso en la entrega de la cosa. Inadmisibilidad cuando el problema es de interpretación del contrato suscrito entre las partes.

### - STS, Civil, nº 373/2015, de 26/06/2015 (rec 2694/2013): FD 2º:

2. Como recoge el ATS de 4 de febrero de 2015, Rc. 2056/2013, el recurso no puede ser admitido por: i) Falta de indicación en el escrito de interposición del recurso de norma sustantiva infringida (art. 483. 2. 2º en relación con los artículos 481.1 y 487.3 LEC), lo que sería causa suficiente de inadmisión (STS de 22 de diciembre de 2011, Rc. 1868/2008); ii) Inexistencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, ya que existe jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, citándose al efecto por la parte recurrida la STS de 12 de marzo de 2009 (ATS 11 de noviembre de 2014, Rc. 2625/2013).
La reciente doctrina jurisprudencias de esta Sala se ha ocupado de la importancia conceptual que sin lugar a dudas, tiene el retraso de la entrega de la cosa en orden a la valoración del incumplimiento de la obligación. No obstante, en esta línea, también se ha señalado, con carácter general, que en nuestro sistema el alcance de dicho concepto debe ser evaluado en la dinámica contractual operada conforme a lo pactado por las partes pues del mero retraso, considerado en abstracto, no se infiere una concreta transcendencia jurídica de un modo automático. De ahí, que esta Sala haya declarado que el mero retraso, por si solo, no resulta determinante de la resolución del contrato (STS de 15 de julio de 2013, núm. 465/2013).
Se aprecia, pues, que el problema es de interpretación del contrato suscrito entre las partes, como con total claridad se pronuncia la sentencia recurrida en el inicio del fundamento de derecho segundo de ella, y la disconformidad con tal interpretación no tiene su encaje en el motivo único del recurso tal como se ha enunciado y planteado, pues ello obvia la reiterada doctrina de esta Sala que permite su revisión más que si se demuestra ilógica, arbitraria o irracional, pero no por el mero hecho de que pueda ser una de las posibles (entre las más recientes, SSTS de 17 de diciembre de 2014, Rc. 28868/2012; 19 de noviembre de 2014, 1227/2013; 22 de julio de 2014, Rc. 1731/2012 y 12 de septiembre de 2013, Rc. 401/2011, ya que el control en casación de la interpretación realizada por la Audiencia es solo de legalidad y <<no se trata de que parezca mejor una interpretación que otra, sino que sólo cuando la de la instancia sea indefendible, esta Sala dictará preferible otra distinta>>).

3. Se podría objetar si admitido en su día el recurso de casación cabe ofrecer respuesta a la petición que hace la parte recurrida en su escrito de oposición al recurso. Al respecto ya se pronunciaba la Sala en STS de 4 de febrero de 2015, Rc. 3426/2012, en el sentido de que: "Siguiendo el criterio partidario de su examen preliminar (SSTS de 12 de noviembre de 2014, Rc. 117/2013; 19 de noviembre de 2013, Rc. 1418/2011; 10 de junio de 2013, Rc. 21/2011; 4 de diciembre de 2012, Rc. 2104/2009 y 28 de junio de 2012, Rc. 75/2010, entre las más recientes) esta Sala debe pronunciarse sobre si resulta procedente la admisión definitiva del referido recurso, habida cuenta del carácter provisorio del auto de admisión (STS de 29 de octubre de 2014, Rc. 1310/2012 y las que en ella se citan, así como SSTS de 5 de noviembre

de 2010, Rc. 1898/2006 y 13 de febrero de 2009, Rc. 2/2001) y de que la parte recurrida, haciendo uso de la facultad que les otorga el art. 485 LEC, ha formulado oposición aduciendo causa de inadmisibilidad no previamente rechazada por este Tribunal, cuya efectiva concurrencia abocaría, en esta fase de decisión, a un pronunciamiento de desestimación por causa de inadmisión (entre otras, SSTS de 18 de diciembre de 2008, Rc. 2445/2003; 5 de marzo de 2009, Rc. 484/2004; 26 de mayo de 2010, Rc. 1210/2005 y 31 de marzo de 201, Rc. 321/2007).

## 5.16. Resolución del contrato por retraso en la entrega de la cosa, cuando en el contrato no figura fecha o plazo de entrega. No es causa de inadmisión la existencia de sentencias anteriores del TS cuando el caso nuevo presenta singularidad (caso singular).

### - STS, Civil, nº 561/2016, de 23/09/2016 (rec 2043/2014): FD 2º:

Es cierto que, de las tres sentencias de esa sala que la recurrente ha citado en orden a justificar el interés casacional de la resolución de su recurso, sólo la 370/2014, de 30 de enero (Rec. 1374/2011), contempló dicha cuestión; y que, aunque esa sentencia confirmó la desestimación de la petición que los compradores habían deducido de declaración de la nulidad del contrato de compraventa con base en el artículo 6.3 CC, por vulneración de la norma del artículo 5.5 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, tal desestimación se basó en consideraciones fácticas y jurídicas no coincidentes con las alegadas por [XXXX] en el presente recurso.

Pero ello no ha de conducir a la desestimación, ahora, del recurso por causa de inadmisibilidad. **En la sentencia 857/2010, de 3 de enero de 2011 (Rec. 2149/2006), esta sala declaró que**:

«[E]n el recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como es el presente, lo decisivo es que la aplicación del derecho por la sentencia impugnada para resolver el caso litigioso se contraste con los criterios de decisión de esta Sala, mantenidos en dos o más sentencias ("doctrina que de modo reiterado…", art. 1.6 CC), sobre casos, si no idénticos, si al menos similares en cuanto a sus circunstancias de hecho, salvo que por tratarse de un caso singular, nunca antes tratado por el Tribunal Supremo o bien tratado solo por una sentencia, el interés general en la formación de doctrina jurisprudencial, de evidente relación con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución), pueda identificarse con el interés casacional del art. 477.2-3º LEC».

El caso de autos presenta tal singularidad. Lo demuestra la divergencia radical que, para la resolución de la cuestión jurídica de que se trata, se ha manifestado entre la sentencia ahora recurrida y la 411/2010, de 27 de julio, dictada por la Sección 1ª de la misma Audiencia Provincial de Pontevedra. Y también reclama que, por exigencias del principio constitucional de seguridad jurídica, esta sala establezca doctrina jurisprudencial al respecto, un examen comparativo de los pronunciamientos que sobre la misma cuestión contienen las sentencias 555/2010, de 29 de octubre, de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Valencia, y 169/2013, de 21 de marzo, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, en la línea de la nulidad del contrato, decididamente rechazada por las sentencias 228/2012, de 25 de septiembre, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Jaén, y 185/2013, de 25 de octubre, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba.

## 5.17. Defectos constructivos. Inexistencia de interés casacional por no acreditar doctrina jurisprudencial del TS infringida.

**- STS, Civil, nº 248/2016, de 13/04/2016 (rec 187/2014): FD 2º:**

A la vista de lo expuesto la parte recurrente no ha acreditado la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En primer lugar porque si bien se citan tres sentencias de esta Sala Primera como opuestas a la recurrida, lo cierto es que las mismas no contienen una doctrina jurisprudencial coincidente en si. Debe recordarse que cuando el presupuesto del interés casacional se funde en la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo es preciso citar dos o más Sentencias de esta Sala con un criterio jurídico coincidente, presupuesto no cumplido al contener cada una de las sentencias citadas una doctrina jurisprudencial diferente, incurriendo por ello en la causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo por falta de cita de dos o más sentencias de la Sala Primera (art. 483.2.3º, en relación con el art. 477.2.3 de la LEC). Y, en segundo lugar, porque visto el contenido de las sentencias que fundamentan el interés casacional no existe oposición de la sentencia recurrida a las mismas. Las sentencias citadas versan sobre cuestiones diversas a las examinadas por la sentencia que hoy constituye el objeto del recurso, respondiendo a supuestos de hecho diferentes, lo que le hace incurrir al recurso en la causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo al carecer las sentencias invocadas de consecuencias para la decisión del conflicto, atendida la ratio decidendi de la sentencia recurrida (art. 483. 2. 3º, en relación con el art. 477.2.3 de la LEC). Razones las expuestas que justifican la estimación de las alegaciones realizadas por la parte recurrida en su escrito de oposición.

## 5.18. Otros autos de inadmisión

### 1.- Resolución de contrato por no aceptación de subrogación en el préstamo

Fecha Auto: 02/11/2016

Recurso Num.: 207/2015

Fallo/Acuerdo: INADMISIÓN

Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Seijas Quintana

FD 3º: Pero además siendo inadmisible el recurso por falta de justificación del interés casacional, este resulta inexistente porque se proyecta sobre un supuesto de hecho distinto del que contempla la sentencia recurrida, pretendiendo en definitiva una tercera instancia, combatiendo la valoración de los hechos y la interpretación contractual que incumben a la audiencia provincial -y que no es revisable en casación salvo supuestos excepcionales que no se justifican. El recurrente pretende la resolución del contrato por no aceptación de la subrogación del préstamo (en relación con el contrato sobre el piso 1.º B y plaza de garaje num. 7) y la sentencia recurrida para considerar que no procede la resolución pretendida atiende al hecho probado de que la entidad financiera aceptaba la subrogación en el préstamo hipotecario de la vivienda 1.º B por una cantidad prácticamente igual a la recogida en el contrato y que ha sido por tanto el comprador quién se ha negado indebidamente al cumplimiento de la obligación.

**2.- Resolución de contrato de compraventa. Inexistencia de interés casacional, pues el criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado depende de las circunstancias fácticas del caso.**

Fecha Auto: 11/03/2014

Recurso Num.: 106/2013

Fallo/Acuerdo: INADMISIÓN

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Marín Castán

Formulado en estos términos el recurso no puede ser admitido, por las siguientes razones: a) falta de cumplimiento en el escrito de interposición de los requisitos establecidos para los distintos casos, -art. 483.2,2º de la LEC en relación con el 481.1 de la LEC- por cuanto en el escrito de interposición adolece de los siguientes defectos: 1º) de falta claridad expositiva para individualizar el problema jurídico planteado, se desarrollan los tres apartados como un escrito de alegaciones, se mezclan cuestiones heterogéneas, no siendo función de la Sala averiguar en cual de ellas se halla la infracción; 2º) no indica de manera clara cual es exactamente la jurisprudencia de esta Sala que se pretende que se fije, o que se declare que ha sido infringida, como viene recogido en Acuerdo de esta Sala sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de fecha 30 de diciembre de 2011; 3º) no identifica claramente cual es el motivo que integra el interés casacional que invoca para admitir el recurso; b) falta de concurrencia de los supuestos que determinan la admisibilidad del recurso de casación por interés casacional, por cuanto la sentencia recurrida resuelve la cuestión planteada atendidas las circunstancias fácticas del presente caso, pues la paralización de las obras y el retraso en la entrega de los inmuebles son imputables a la promotora por incumplimiento de sus deberes de disciplina urbanística, incurre por tanto el recurso en la causa de inadmisión prevista en el art. 477.2 y art. 483.2,3º de la LEC, de inexistencia de interés casacional, pues el criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado depende de las circunstancias fácticas del caso.
No pueden acogerse las alegaciones que formula la recurrente en escrito presentado ante esta Sala el 22 de octubre de 2013, a tenor de las causas que han sido citadas, teniendo en cuenta que no acredita la identidad de los dos supuestos que determinarían en su caso, la admisión del presente recurso, pues es claro que la Audiencia resuelve el problema jurídico planteado, atendidas las circunstancias fácticas que se dan en este caso: (i) las partes han elevado a condición esencial la entrega de los inmuebles ( vivienda, trastero y garaje); (ii) el comprador, demandante y hoy recurrido, ante la circunstancia notaria de imposibilidad de construir lo pactado en enero de 2009, comunica a la promotora su decisión de resolver el contrato; (iii) el retraso en la entrega de los inmuebles es directamente imputable a la promotora por incumplimiento de sus deberes de disciplina urbanística, premisas que determinan en este caso la inadmisión del recurso, por ello, ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se ocasiona a la mercantil recurrente, teniendo en cuenta que en la resolución del problema jurídico planteado se parte de unas circunstancias relevantes que determinan la inadmisión, circunstancias que la parte recurrente no ha identificado que se den en el otro procedimiento que podrían justificar en su caso, la admisión del presente recurso.

**3.- Resolución de contrato de compraventa de vivienda. Inexistencia de interés casacional, pues el criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado depende de las circunstancias fácticas del caso.**

Fecha Auto: 10/06/2014

Recurso Num.: 2046/2013

Fallo/Acuerdo: INADMISIÓN

Ponente Excmo. Sr. D.: Ignacio Sancho Gargallo

A mayor abundamiento, se plantea como cuestión jurídica la determinación del alcance y cuantía de los daños y perjuicios derivados de incumplimiento contractual, cuestión que depende de las circunstancias concurrentes que resulten de la interpretación del contrato y de la valoración de la prueba que incumben al Tribunal de instancia, sin que exista interés casacional cuando, como en el presente caso, el criterio aplicable dependa de las circunstancias fácticas del caso.

## 6. INTERÉS CASACIONAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL

### 6.1. Accidentes de circulación. Colisión recíproca sin prueba de la contribución causal de cada uno de ellos. La solución del resarcimiento proporcional es procedente sólo cuando pueda acreditarse el concreto porcentaje o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicados y que, en caso de no ser así, ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina llamada de las condenas cruzadas.

**-STS, Civil, nº 536/12, de 10/09/2012 (rec 1740/2009): FD 4º: (…)**B) En supuestos de colisión recíproca de vehículos constituye jurisprudencia de esta Sala, a partir de la STS de 16 de diciembre de 2008 (LA LEY 257239/2008) , RC n.º 615/2002, que el artículo 1.1 I y II LRCSVM 1995 (norma aplicable al presente supuesto por razones temporales, dado que cuando se produjo el accidente no estaba en vigor el texto del 2004, citado por el recurrente) establece un criterio de imputación de la responsabilidad derivada de daños a las personas causados con motivo de la circulación fundado en el principio objetivo de la creación de riesgo por la conducción. Este principio solamente excluye la imputación (artículo 1.1 II) cuando se interfiere en la cadena causal la conducta o la negligencia del perjudicado (si los daños se deben únicamente a ella) o una fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo, salvo, en el primer caso, que concurra también negligencia del conductor, pues entonces procede la equitativa moderación de la responsabilidad y el reparto de la cuantía de la indemnización (artículo 1.1 IV LRCSVM 1995). El riesgo específico de la circulación aparece así contemplado expresamente en la ley como título de atribución de la responsabilidad, frente a la tradicional responsabilidad por culpa o subjetiva en que el título de imputación es la negligencia del agente causante del resultado dañoso. Esto es así tanto en el supuesto de daños personales como de daños materiales, pues en relación con ambos se

construye expresamente el régimen de responsabilidad civil por riesgo derivada de la conducción de un vehículo de motor («daños causados a las personas o en los bienes»: artículo 1.1 I LRCSCVM). (…)

Por tanto, en el régimen de responsabilidad civil fundado en el riesgo creado por la circulación (una vez constatado que el accidente tuvo lugar en la circulación y, por consiguiente, es imputable al riesgo creado por uno y otro conductor que intervinieron en él), el mero hecho de que no haya podido constatarse en autos que solo una de las conductas generadoras del riesgo ha sido la única relevante, desde el punto de vista causal, para la producción del resultado --excluyendo así la del otro conductor-- o que no haya sido posible probar la proporción en que cada una de ellas ha contribuido a causar el accidente --excluyendo así parcialmente la contribución causal del otro conductor-- (cuando se discuta que solo una de las conductas ha sido causalmente relevante o que ambas lo han sido en distinta proporción) no es razón que permita soslayar la aplicación de los referidos criterios de imputación a ambos conductores ni constituye tampoco razón para no aplicar la regla de inversión de la carga de la prueba en pro de las reglas tradicionales sobre el onus probandi [carga de la prueba], características de los regímenes de responsabilidad objetiva y especialmente aplicables, cuando se trata de daños materiales, al conductor que alega que actuó con plena diligencia. (…)

Sin embargo, en trance de unificar la doctrina existente con efecto de fijación de jurisprudencia, dada la divergencia existente entre las distintas audiencias provinciales, nos inclinamos por entender que la solución del resarcimiento proporcional es procedente solo cuando pueda acreditarse el concreto porcentaje o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicados y que, en caso de no ser así, ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina llamada de las condenas cruzadas.

### 6.2. Accidente de circulación. Fallecimiento de ambos padres del hijo menor. El fallecimiento en el accidente de ambos padres conlleva que, en aplicación del Anexo de la LRCSCVM, es aplicable el factor de corrección de fallecimiento de ambos padres en el accidente contemplado en la Tabla II, aun cuando uno de ellos sea el causante del accidente.

-STS, C**ivil, nº 294/10, de 17/05/2010 (rec 790/2006): FD 4º C):** Se fija la doctrina siguiente: El fallecimiento en el accidente de ambos padres conlleva que, en aplicación del Anexo de la LRCSCVM (LA LEY 1459/2004), es aplicable el factor de corrección de fallecimiento de ambos padres en el accidente contemplado en la Tabla II, aun cuando uno de ellos sea el causante del accidente.

### 6.3. Accidente de circulación. Colisión de un vehículo con un animal procedente de un coto de caza.

**- STS, Civil, nº 370/16, de 3/06/16 (rec 823/14): FD 3º:**

3.ª) (…)

Pero no quiere esta Sala dejar de añadir lo siguiente: siendo la función propia del recurso de casación por razón de interés casacional, en su modalidad de existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, la fijación o unificación de la doctrina

jurisprudencial, requiere obviamente la posibilidad de que haya una doctrina -con una mínima dosis de generalidad- susceptible de ser fijada o unificada. Tal modalidad de recurso es, pues, en principio inviable para revisar valoraciones de los tribunales de instancia que, aunque jurídicas, vengan decisivamente determinadas por las concretas circunstancias fácticas del caso. La apreciación de la culpa o negligencia, a falta de normas legales que fijen niveles de pericia o diligencia exigibles, se muestra como un ejemplo paradigmático de ese tipo de valoraciones jurídicas.

**-STS, Civil, nº 455/14, de 9/09/2014 (rec 1955/2012): FD 3º: (…)**Esta Sala ha declarado, en relación con siniestros provocados por animales en accidentes de tráfico, que: (…) se hace precisa una cierta conexión entre la presencia del animal y el aprovechamiento, que la Audiencia Provincial definió correctamente, como generador del riesgo que, en abstracto, tuvo en cuenta el legislador al redactar la norma. STS, del 22 de diciembre de 2006, recurso: 626/2000. STS, del 23 de julio de 2007, recurso: 2539/2000.

**FALLO, 3.-** Se fija como doctrina casacional que la diligencia en la conservación del terreno acotado, establecida en la Disposición Adicional 9ª de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos y Seguridad Vial 17/2005, debe ser la propia del aprovechamiento cinegético solicitado, debiendo existir conexión entre la presencia del animal y el aprovechamiento.

## 6.4. Accidentes de circulación. Prescripción de la acción y Código Civil de Cataluña.

### -STS, Civil, nº 534/13, de 6/09/2013 (rec 2173/2012): FD 4º:

La Sala a la vista de las soluciones contradictorias e inconciliables que se han dado sobre la cuestión que se discute considera que ha de aplicarse el plazo de prescripción de un año establecido en el 7.1 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, estimando el recurso interpuesto por el Abogado del Estado.

Se impone dicha solución si se parte de considerar, como resulta necesario, cuál es la naturaleza de la acción ejercitada y de dónde nace el derecho que mediante ella se hace valer ante los tribunales por medio de la pretensión.

En el presente caso no se trata de una simple acción derivada de culpa extracontractual en virtud de la cual el que ha sufrido un daño se dirige contra aquél que se lo produjo para reclamarle la indemnización oportuna. Por el contrario el ejercicio de la acción contra el Consorcio de Compensación de Seguros nace precisamente de un derecho de carácter extraordinario que no confiere al perjudicado la legislación civil catalana sino el artículo 11.1.b) de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y el 11.3 del Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, normas de las que deriva la obligación de dicho organismo de indemnizar cuando el daño haya sido causado por vehículo no asegurado.

De ahí que, nacida de la ley la obligación del Consorcio de Compensación de Seguros, ha de entenderse aplicable el plazo de prescripción que la propia ley establece para la exigencia del cumplimiento de tal obligación ante los tribunales, que en este caso --como se ha repetido-- es el de un año fijado en el propio artículo 7.1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Así lo establece el artículo 1090 del Código cuando dice que las obligaciones derivadas de la ley «se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido».

La propia Disposición Final Primera de dicha ley refiere que el Texto Refundido se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.6ª de la Constitución Española, según el cual el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, por lo que las normas de dicha ley rigen directamente en todo su territorio, sin que pueda operar en este caso el principio de territorialidad para reclamar la aplicación de la norma catalana.

FALLO.- fijando como doctrina jurisprudencial la siguiente: «en el caso de que el perjudicado por un accidente de tráfico ocurrido en Cataluña ejercite acción directa contra la aseguradora del vehículo conducido por el responsable del accidente o, en su caso, contra el Consorcio de Compensación de Seguros, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, el plazo de prescripción de dicha acción es el de un año previsto en el artículo 7.1 de dicha Ley y no el de tres años a que se refiere el artículo 121-21 d) del Código Civil de Cataluña para las reclamaciones derivadas de culpa extracontractual».

## 6.5. Responsabilidad civil y contrato de seguro. El criterio jurídico que se invoca solo puede dar lugar a una modificación del fallo mediante la marginación de la razón decisoria, a partir de una interpretación contractual alternativa que sustituya la realizada por la sentencia recurrida.

### -STS, Civil, nº 35/15, de 4/02/2015 (rec 3426/2012): FD 6º:

1. Según constante jurisprudencia, plasmada en innumerables autos de inadmisión y sentencias de esta Sala, el interés casacional constituye un presupuesto de recurribilidad cuya existencia debe quedar acreditada suficientemente desde un principio (así, por ejemplo se declara en SSTS de 6 de marzo de 2013, rec. n.º 377/2010; 7 de junio de 2010, rec. n.º 1039/2006; 28 de abril de 2010, rec. n.º 707/2006 y 4 de noviembre de 2010, rec. n.º 514/2007) y dicho interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye presupuesto del recurso), de tal forma que el recurso de casación por interés casacional, en su modalidad de oposición a la doctrina de esta Sala, en tanto que va encaminado a la fijación de la doctrina que se estima correcta en contra del criterio seguido en la sentencia recurrida, exige a la parte recurrente justificar que la resolución por la Audiencia del problema jurídico planteado en el recurso se opone al criterio seguido por la jurisprudencia de esta Sala, lo que se traduce en el deber de plantear la controversia con pleno respeto a los hechos probados (por cuanto constituye objeto del recurso de casación la función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, sin comprender el juicio fáctico o valoración de los hechos, que corresponde al tribunal de instancia) y a la razón decisoria, y además razonando cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en las sentencias de esta Sala Primera que se invocan, no concurriendo dicho interés cuando las argumentaciones sobre la pretendida vulneración jurisprudencial marginan total o parcialmente los hechos declarados probados de tal forma que dicha vulneración solo sería posible de partir de unos hechos distintos o cuando –como ha sido el caso- se prescinde de la verdadera razón decisoria.

En aplicación de esta doctrina resulta que, tal y como se argumenta, siendo objeto de controversia la existencia o no del límite de cobertura invocado por las aseguradoras recurrentes, la sentencia recurrida razonó al respecto que el citado límite debía entenderse, “por siniestro”, lo que convertía en determinante conocer qué había de entenderse por tal,

llegando a la conclusión, tras interpretar el contrato de manera conjunta (condiciones generales 1.3 y 2 de la póliza de Asemas y art. 4 del condicionado especial de la póliza de Mussat) que siniestro lo constituyen las reclamaciones debidas a una misma causa, entendiendo por causa el daño que las origina. De esta forma, dado que las reclamaciones provenientes de daños de tipología distinta se consideraban siniestros distintos a los efectos de aplicar el límite de cobertura, correspondía a cada aseguradora probar que las indemnizaciones ya satisfechas tenían ese mismo origen causal, esto es, que traían causa de los mismos daños, lo que no hicieron. La sentencia recurrida reprochó a Asemas que no probara este dato crucial, pese a que en fecha del acuerdo ya no podía desconocer si los problemas aparecidos en la vivienda de los demandantes provenían o no de la misma causa y también reprochó a Mussat que, estando en sus manos, no hiciera lo propio (demostrar que las indemnizaciones satisfechas provenían del mismo origen causal).

Por tanto, la decisión de considerar que el límite de cobertura que rige para cada siniestro no es obstáculo para indemnizar a los demandantes radica en una interpretación contractual según la cual son siniestros distintos los que provienen de daños diferentes. En esta tesitura, el planteamiento casacional obvia esta ratio decidendi planteando una contraposición con la jurisprudencia de esta Sala inexistente o, como mínimo, solo aparente y artificiosa, pues solo es posible apreciarla de tomar en consideración, como punto de partida, la interpretación de las pólizas que se defiende como alternativa, y ello, obviando la reiterada doctrina de esta Sala que atribuye la competencia en materia de interpretación al tribunal de instancia, y que no permite su revisión más que si se demuestra ilógica, arbitraria o irracional, pero no por el mero hecho de que pueda ser una de las posibles (entre las más recientes, SSTS de 17 de diciembre de 2014, rec. nº 2869/2012; 19 de noviembre de 2014, rec. nº 1227/2013; 22 de julio de 2014, rec. nº 1731/2012 y 12 de septiembre de 2013, rec. nº 401/2011, ya que el control en casación de la interpretación realizada por la Audiencia es solo de legalidad y «no se trata de que parezca mejor una interpretación que otra, sino que sólo cuando la de la instancia sea indefendible, esta Sala dictará otra; lo que no sucede cuando entre varias interpretaciones defendibles, considere preferible otra distinta»). Así resulta tanto en el caso de las dos sentencias invocadas por Musaat, en la medida que ninguna de ellas examina el mismo problema jurídico referente a la determinación del concepto de siniestro (en la de 2008 se examinan la cláusulas de delimitación temporal de cobertura, como delimitadoras del riesgo, y la exigencia de que tenga lugar la reclamación dentro de dicho periodo de vigencia del contrato; en la de 2012 se parte de que lo pactado literalmente en la póliza fue que el siniestro consistiera en la reclamación, lo que no es el caso) como en el de las cuatro sentencias alegadas por Asemas (pues la misma aseguradora reconoce que aluden a la limitación de cobertura sin más, obviando que sus pronunciamientos recaen en supuestos y contratos cuya similitud con el ahora enjuiciado no se ha justificado). Y recuerda la STS de 12 de junio de 2014, rec. nº 2044/2012, con cita de otras muchas, que en el recurso de casación por interés casacional consistente en la vulneración de la doctrina de esta Sala «es necesario fundarse al menos en dos o más sentencias de esta Sala sobre casos similares, de modo que su doctrina común pudiera considerarse aplicable al concretamente enjuiciado».

En atención a lo expuesto, ambos recursos incurren en las causas de inadmisión (que ahora se aprecian como de desestimación) de falta de cumplimiento en el escrito de interposición del recurso de los requisitos establecidos para los distintos casos (artículo 483.2.2.º LEC) por falta de justificación de los supuestos que determinan la admisibilidad de las distintas modalidades del recurso de casación (artículo 481.1 LEC), con cita de jurisprudencia no aplicable al fondo del asunto, a tenor de la ratio decidendi de la sentencia recurrida (artículo 481.1 LEC y 487.3 LEC), y, consecuentemente, de falta de concurrencia de los supuestos que determinan la admisibilidad de las distintas modalidades del recurso de casación (artículos 477.2 y 483.2.3.º LEC), en particular, por inexistencia de interés casacional, pues el criterio jurídico contenido en la que se invoca solo puede dar lugar a una modificación del fallo mediante la marginación de

la razón decisoria, a partir de una interpretación contractual alternativa que sustituya la realizada por la sentencia recurrida.

## 6.6. Autos de inadmisión

**1.- El criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado depende de las circunstancias fácticas del caso: inexistencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (artículo 483.2.3º y 477.2.3º y 3 LEC).-**

Fecha Auto: 03/06/2015

Recurso Num.: 1266/2014

Fallo/Acuerdo: INADMISIÓN

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Javier Orduña Moreno

El recurso de casación interpuesto no puede prosperar por incurrir en causa de inadmisión por falta de concurrencia de los presupuestos que determinan la admisibilidad de las distintas modalidades del recurso de casación por inexistencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. El criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado depende de las circunstancias fácticas del caso (artículo 483.2.3º y 477.2.3º y 3 LEC).

La sentencias de esta Sala que cita el recurrente para fundar la doctrina jurisprudencial de esta Sala versan sobre la necesidad de relación obligatoria en la culpa contractual y la prescripción de la acción por culpa extracontractual (STS de 23 de marzo de 2006, rec 3181/1999), y sobre lesiones por manipulación de artefacto o material explosivo abandonado en el lugar tras los festejos (STS de 21 de abril de 2005, rec 4539/1998).

La disconformidad de la parte recurrente con las circunstancias a las que atiende la sentencia recurrida y que resultan de la valoración de la prueba, no justifican la existencia de interés casacional.

La parte recurrente mantiene la infracción de la doctrina jurisprudencial que invoca porque la sentencia recurrida justifica el fallo en que la actora llevaba calzado inadecuado, sin valorar la época estival que condiciona, los elementos de vestido y calzado; o que bajaba apresurada basado en la declaración de un testigo de la parte demandada, que sin embargo no vio la caída, sino cuando la actora estaba ya tendida en el suelo.

Ahora bien, además de plantear su disconformidad con la valoración probatoria (materia ajena al recurso de casación) la parte recurrente elude las circunstancias concurrentes a las atiende la sentencia recurrida para no imputar el resultado dañoso a la demandada.

La sentencia de la Audiencia Provincial, califica la caída de la demandante como una fatalidad o acontecimiento casual, un riesgo previsible que se enmarca dentro de lo que la jurisprudencia define como riesgo ordinario de la vida.

Esta calificación se sustenta en las circunstancias concurrentes que resultan de la valoración de la prueba: la caída que se produce en un día soleado en una escalera exterior que

comunica dos terrazas de tierra que a su vez dan acceso a una playa; escalera situada en zona de servidumbre de tránsito de dominio público, cuyos peldaños (según resulta de la pericial) no han perdido su rugosidad originaria ni eran deslizantes.

Ante estos hechos valora normal la presencia de arena por arrastre de las personas que transitan, la previsibilidad del riesgo normal y perceptible de bajar las escaleras en esas circunstancias, sin que en definitiva se pueda exigir a la demandada otro tipo de precaución que la periódica pero no constante, limpieza o barrido, llevada a cabo por los titulares del establecimiento.

No existe pese a las alegaciones efectuadas por la parte recurrente, el interés casacional alegado por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre responsabilidad extracontractual, que no desconoce la sentencia recurrida y que aplica a unas circunstancias fácticas concurrentes que fija después de la valoración de la prueba.

## 7. INTERÉS CASACIONAL Y CONTRATOS BANCARIOS

### 7.1. Sobre el problema de la caducidad de la acción de anulación cuando se trata de contratos bancarios complejos.

### SSTS 489/2015, de 16 de septiembre y 769/2014, de 12 de enero de 2015

«Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a «la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», tal como establece el art. 3 del Código Civil.

»La redacción original del artículo 1301 del Código Civil, que data del año 1881 [rectius, 1889], solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los «contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente», quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

»La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la “consumación del contrato” como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la “actio nata”, conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

»En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

»Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de

determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error».

## 7.2. Sobre el necesario cumplimiento de los deberes de información impuestos por la normativa reguladora del mercado de valores.

### a) Sobre las obligaciones de información en la regulación anterior a la incorporación de la Directiva MiFID (Ley 47/2007, de 19 de noviembre). Referido al contrato de permuta financiera, swap.

### STS 676/2016, de 16 de noviembre

«No obstante, antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. Aquí ni siquiera consta que se hiciera un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales del cliente para asegurarse de la adecuación del producto ofrecido a su perfil inversor. Y antes al contrario, no parece razonable la recomendación de un producto complejo y arriesgado como es el swap (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 -asunto C-604/11, Genil 48, S.L. y Comercial Hostelera de Grandes Vinos, S.L., contra “Bankinter, S.A.” y BBVA, S.A.-, y la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014), para asociarlo a las posibles fluctuaciones del interés variable de otras operaciones, básicamente contratos de financiación de actividades propias del objeto social del cliente, sin advertir de las graves consecuencias patrimoniales que podían derivarse –como de hecho sucedió- en caso de bajada del euribor. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

**3.-** Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos de permuta financiera litigiosos establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

> «1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones

de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

### b) Sobre las obligaciones de información tras la reforma de la Ley del Mercado de Valores para incorporar la Directiva MiFID. Su alcance en el cliente minorista.

### STS 690/2016, de 23 de noviembre.

«Tras la reforma legal de 2007, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (art. 79 bis LMV). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten tales servicios deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

«Como afirmamos en la sentencia 1454/2015, de 3 de febrero, el test de idoneidad opera, cuando sea de aplicación la normativa MiFID, en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan». STS 677/2016, de 16 de noviembre.

Es decir, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consiste el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de

septiembre, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 102/21016, de 25 de febrero, ente otras muchas).»

## c) Sobre lo que se considera asesoramiento en la inversión.

## STS 677/2016, de 16 de noviembre.

**«** La cuestión planteada en este motivo ha sido ya abordada y resuelta tanto por esta sala como por el TJUE.

En la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, declaramos:

«Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011 ), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

»El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

»De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55)».

**(…)** Que la relación contractual entre el banco y su cliente en la suscripción de las participaciones preferentes pueda considerarse como una comisión mercantil, según afirma la Audiencia, no excluye que presente características especiales al estar sometida a la normativa sobre el mercado de valores, en este caso la que traspone la Directiva MiFID, que establece unas obligaciones de información reforzadas a la empresa del mercado de valores, también cuando actúa como comisionista. La condición de comisionista en el mercado de valores, cuando promueve la suscripción de productos de inversión mediante su ofrecimiento a sus clientes efectivos o potenciales (salvo que se divulgue exclusivamente a través de canales de distribución o vaya destinada al público), no excluye la existencia de una relación de asesoramiento, que no exige como requisito para su existencia la suscripción de un contrato específico *ad hoc* (sentencia 489/2015, de 16 de septiembre) ni puede ser eludida por el banco mediante la inclusión de cláusulas exoneratorias predispuestas en los contratos que celebre con los clientes, por cuanto que las obligaciones para con sus clientes, en especial los minoristas, derivadas de esa relación de asesoramiento tienen carácter imperativo. Para que estemos ante una relación de asesoramiento, en la que la empresa de inversión debe cumplir los rigurosos deberes de información al cliente minorista impuestos por la normativa sobre el

mercado de valores, basta con que la iniciativa de contratar parta de la empresa de inversión, que sea esta la que ofrezca el producto a su cliente recomendándole su adquisición».

### d) La carga de la prueba del cumplimiento del deber de información corresponde a la comercializadora.

### STS 690/2016, de 23 de noviembre

**«(…)**constituye jurisprudencia constante de esta Sala que tanto antes como después de la trasposición a nuestro Derecho de la normativa MiFID, en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Así como que, ante la alegación del demandante, inversor no profesional, de que no fue informado sobre los concretos riesgos que conllevaba la contratación del swap, corresponde a la entidad de servicios de inversión que lo comercializó acreditar que cumplió con los deberes de información reseñados. Tanto porque al tratarse de una obligación legal, incumbe al obligado la prueba de su cumplimiento, como por el principio de facilidad probatoria, puesto que es el banco quien tiene en su mano acreditar que ofreció la información pertinente (sentencias de esta Sala núm. 668/2015, de 4 de diciembre, y 60/2016, de 12 de febrero, entre otras muchas)».

## 7.3. Sobre el incumplimento de los deberes de información y su incidencia en el error vicio.

### STS 676/2016, de 16 de noviembre. Referida a los contratos swap.

**«1.-** Son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atendremos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre; así como las Sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014, de 10 de septiembre; 110/2015, de 26 de febrero; 563/2015, de 15 de octubre; 547/2015, de 20 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 595/2015, de 30 de octubre; 588/2015, de 10 de noviembre; 623/2015, de 24 de noviembre; 675/2015, de 25 de noviembre; 631/2015, de 26 de noviembre; 676/2015, de 30 de noviembre; 670/2015, de 9 de diciembre; 691/2015, de 10 de diciembre; 692/2015, de 10 de diciembre; 741/2015, de 17 de diciembre; 742/2015, de 18 de diciembre; 747/2015, de 29 de diciembre; 32/2016, de 4 de febrero; 63/2016, de 12 de febrero; 195/2016, de 29 de marzo; 235/2016, de 8 de abril; 310/2016, de 11 de mayo; y 510/2016, de 20 de julio; 549/2016, de 20 de septiembre; 562/2016, de 23 de septiembre; 579/2016, de 30 de septiembre; y 601/2016, de 6 de octubre). Asimismo, en relación con contratos de permuta financiera con la denominación «Clip Bankinter», muy similares a los que son objeto de este procedimiento, se ha pronunciado esta Sala en las sentencias núm. 547/2015, de 20 de octubre; 559/2015, de 27 de octubre; 560/2015, de 28 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 631/2015, de 26 de noviembre; 742/2015, de 18 de diciembre; 25/2016, de 4 de febrero; 26/2016, de 4 de febrero; 358/2016, de 1 de junio; 491/2016, de 14 de julio; y 509/2016, de 20 de julio».

### a) En relación al alcance concreto del deber de información:

**Sobre el contenido del deber de información: consecuencias de la fluctuación al alza y a la baja de los tipos de interés y los elevados costes de la cancelación anticipada, en swap. Incidencia de su incumplimiento en el error del consentimiento que se presume y en el presupuesto de la excusabilidad del error.**

## STS 676/2016, de 16 de noviembre.

«3.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euribor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error». Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que Bankinter pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada».

**4.-** La entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente».

### b) Necesidad de una información precontractual completa y con suficiente antelación. El deber de información no se cumple con la mera lectura del contrato ni por el establecimiento de menciones predispuestas

## SSTS 676/2016 de 16 de noviembre y 595/2016, de 5 de octubre

**«2.-** En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración del contrato litigioso; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala, en los términos expuestos. En particular, la Audiencia Provincial no hace mención de manera clara y terminante a que el banco informara al cliente de los riesgos de la operación, que es elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos; sino que,

considera suficiente que del tenor literal de los documentos suscritos y de su lectura, pudiera desprenderse una información sobre los riesgos, haciendo responsable al cliente de la falta de lectura o de la firma sin estar debidamente informado. Sin reparar en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y que la entidad no se había asegurado de que el cliente tuviera conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. Por lo que no puede compartirse en modo alguno que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.» (STS 676/2016, de 16 de noviembre)

«También hemos declarado que el deber de información no cabe entenderlo suplido por el propio contenido del contrato de swap, como entiende la Audiencia. Como ya hemos recordado en otras ocasiones, «[l]a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas» (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre).

En este tipo de contratos complejos, en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada y cuáles son los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para Agem. No se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos.

En este sentido, hemos declarado también que las menciones predispuestas en los contratos, conforme a las cuales el cliente tenía capacidad para evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional) y había entendido los términos, condiciones y riesgos del contrato y de las operaciones a que el mismo se refería, carecen de trascendencia. En las sentencias 244/2013, de 18 abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, 222/2015, de 29 de abril, 265/2015, de 22 de abril, y 692/2015, de 10 de diciembre, entre otras, hemos considerado ineficaces las menciones predispuestas que consisten en declaraciones, no de voluntad, sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Y es que la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente, o eximiera a la empresa de servicios de inversión de facilitarle el asesoramiento a que está obligada cuando la iniciativa de ofrecer el producto parte de ella, como ha ocurrido en este caso. Tanto más si, con ello, la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones de asesoramiento». (STS 595/2016, de 5 de octubre)

### c) La obligación de información es una obligación activa y no de mera disponibilidad, incumbe a la entidad comercializadora y el cliente minorista no tiene obligación de proporcionarse la información por

**sus propios medios, no está obligado a buscar asesoramiento. Excusabilidad del error.**

## STS 669/2016, de 14 de noviembre.

«Según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación –activa y no de mera disponibilidad- de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes –que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios».

### d) Sobre la necesaria información del coste de la cancelación anticipada del contrato swap.

## STS 594/2016, de 5 de octubre.

«7.- En el ámbito del incumplimiento de los deberes de información es especialmente destacable como el banco ha de informar al cliente sobre cuál era el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales magnitudes están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de la variable económica de referencia hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. Como hemos dicho antes, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de la inflación, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente y le permite elegir, entre varias ofertas, la que resulte más conveniente. De no hacerlo así, la "apuesta" que supone el swap se produciría en un terreno de juego injustificadamente favorable para el banco.

En orden a esta concreta obligación, es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada del swap. La mención de que el coste de cancelación se fijaría por el Banco de acuerdo con los precios de mercado, como hemos dicho en anteriores resoluciones, más que de una información, se trata de una fórmula que encierra una absoluta falta de información: de qué mercado se trata, qué parámetros se tomarán en consideración, la expresión de algunos ejemplos, como cuál sería el coste de cancelación en la fecha de concertación del contrato, etc.

Esta Sala ha admitido en casos como el presente que el error pueda recaer sobre los riesgos, representados por los eventuales costes económicos, derivados de la cancelación del producto financiero que se concertaba. Lo apreciamos en la Sentencia 491/2015, de 15 de septiembre, en relación con el coste de la cancelación del swap, cuando se había ofrecido la posibilidad de cancelarlo y no se había suministrado suficiente información de lo que podía llegar a suponer este coste, y lo reiteramos en otras sentencias posteriores (sentencias 90/2016, de 19 de febrero y 450/2016, de 1 de julio).

Como hemos razonado en otras ocasiones, «es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle. Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume» (Sentencias 491/2015, de 15 de septiembre y 669/2015, de 25 de noviembre)».

### e) Necesidad de informar del posible riesgo total de pérdida de inversión en caso de insolvencia de la emisora en el contrato de adquisición de participaciones preferentes.

### STS 677/2016, de 16 de noviembre

«En las sentencias 460/2014, de 10 de septiembre, y 102/2016, de 25 de febrero, hemos afirmado que la legislación impone que la empresa de servicios de inversión informe a los clientes, con suficiente antelación y en términos comprensibles, del riesgo de las inversiones que realiza. No basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo, en cuanto que es una inversión. Es preciso conocer cuáles son esos riesgos, y la empresa de servicios de inversión está obligada a proporcionar una información correcta sobre los mismos, no solo porque se trate de una exigencia derivada de la buena fe en la contratación, sino porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores, que considera que esos extremos son esenciales y que es necesario que la empresa de inversión informe adecuadamente sobre ellos al cliente.

No puede aceptarse la tesis de la Audiencia, cuando considera que no hay obligación de informar sobre el riesgo de pérdida total de la inversión por la insolvencia del emisor, pues en este caso el producto no estaba garantizado por un tercero. La normativa del mercado de valores exige justamente una información adecuada sobre el riesgo de pérdida total de la inversión (art. 64.2.a del Real Decreto 217/2008) y de todo lo relativo a las garantías del producto (art. 64.5 del Reglamento), lo que incluye también la información sobre la ausencia de tales garantías.

En consecuencia, Bankinter debió informar en términos claros y precisos, y con suficiente antelación a la contratación, no solo de la naturaleza compleja y de riesgo del producto ofertado (el cliente no podía saber que se trataba de un producto «especulativo», como se afirma en la sentencia recurrida, si no se le informaba de ello, tanto más si se ofertaba como un producto de renta fija), sino también del concreto riesgo de pérdida de la inversión en caso de insolvencia del emisor».

### f) Excusabilidad del error. La necesaria condición de experto en la contratación de estos contratos swap, que no se tiene por ser administrador de una sociedad mercantil.

### STS 595/2016, de 5 de octubre.

**«3.-** Hemos declarado que el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente su carácter experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no

es la del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre y 331/2016, de 19 de mayo, entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera» (sentencia 676/2015, de 30 de noviembre)».

## 7.4. El incumplimiento de los deberes de información también puede constituir titulo de imputación para el ejercicio de la acción de indemnización por daños y perjuicios.

### STS 677/2016, de 16 de noviembre.

«5.- En las sentencias 754/2014, de 30 de diciembre, 397/2015, de 13 de julio, y la 398/2015, de 10 de julio, ya advertimos que no cabía «descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad.» Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril, entendimos que el incumplimiento por el banco del incumplimiento grave de los deberes de información exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales «constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas». Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en lo fundamental, respecto de las exigencias que el art. 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero.

En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor de las participaciones preferentes.

De tal forma que cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad y de información clara, precisa, imparcial y con antelación de los riesgos inherentes al producto ofertado, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que el demandante fuera inversor de alto riesgo (o, cuanto menos, que no siéndolo, se hubiera empeñado en la adquisición de este producto), el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, y al no informar sobre los riesgos inherentes al producto, propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión.»

## 7.5. Sobre la problemática de la confirmación de los contratos bancarios anulables

### a) Contratos de permuta financiera:

### STS nº 691/2016, de 23 de noviembre.

**«1.-** En relación con la posible confirmación de contratos de permuta financiera viciados por error en el consentimiento, existe ya un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial, a cuyo contenido nos atendremos, y que ha sido recientemente resumido por las sentencias de esta Sala núm. 19/2016, de 3 de febrero, y 503/2016, de 19 de julio.

Como decíamos en dichas sentencias, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

Además, existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que la recurrente hubiese subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por no formular la demanda hasta que se agotó el plazo de duración contractual pactado, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se cumple el contrato en sus propios términos, para no dar lugar a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 CC».ç

### b) Subordinadas o preferentes convertidas en acciones por canje obligatorio:

### STS 614/2016, de 7 de octubre.

«Tampoco cabe considerar que la nulidad del consentimiento quedara posteriormente sanada o convalidada por el canje de las obligaciones subordinadas por acciones de Bankia, puesto que el error ya se había producido y los clientes, ante el riesgo cierto que suponía que la entidad emisora no tenía la solvencia que manifestaba, aceptaron dicho canje a fin de intentar incurrir en las menores pérdidas posibles. Es más, en dicho canje la entidad financiera incumplió nuevamente las obligaciones legales, como puso de manifiesto el Informe de la Comisión Nacional de Valores de 11 de febrero de 2013, al incidir en el conflicto de intereses entre la entidad y sus clientes a la hora de determinación del precio del canje. E incluso en el test de conveniencia que se realizó al efecto, la operación resultó desaconsejable».

## 8. INTERÉS CASACIONAL Y CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

## 8.1. Control de abusividad, por falta de equilibrio de la cláusula

### a) Interés de demora

**En préstamos sin garantía: STS de Pleno nº 265/2015, de 22 de abril: «**es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado». El banco podrá seguir exigiendo el interés remuneratorio pactado hasta el completo pago.

**En préstamos con garantía hipotecaria. Misma doctrina. STS 364/2016, de 3 de junio «** En este momento, si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art. 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales. Si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertíamos que en el préstamo personal el interés remuneratorio habitualmente es mucho más elevado, en atención a la ausencia de garantía real, esta diferencia no justifica que variemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, ya advertíamos en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, que «resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual».
Además, también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado».

### b) Vencimiento anticipado

**STS 705/2015, de 23 de diciembre. Es abusiva la cláusula que prevea el vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota o inferior cantidad, sin perjuicio de que en el caso concreto se pueda valorar la aplicación del artículo 693.2 LEC y continuar la ejecución: «**2.- En cuanto a la jurisprudencia del TJUE, la sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva per se, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso. En este sentido, señala en el apartado 73 que: *«En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo».*

3.- Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual –art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

Sin que el hecho de que la cláusula sea enjuiciada en el marco de una acción colectiva impida dicho pronunciamiento, pues precisamente lo que procede ante ese tipo de acción es un control abstracto de validez y abusividad. Por ello, la Audiencia únicamente se pronuncia sobre la nulidad de la cláusula y no sobre su aplicación.

4.- Consecuentemente, debe confirmarse la sentencia en cuanto declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable. Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es *per se* ilícita. En su caso, y dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC, cuando dice que *"Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución en el asiento respectivo"*; conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el TJUE en el Auto de 11 de junio de 2015, al decir *"[l]a Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13— de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".*

Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11)».

### c) Clausula que faculta al acreedor hipotecario a acudir a la ejecución extrajudicial (art. 129 LH), en caso de vencimiento anticipado.

**No sería abusiva si en el marco de su enjuiciamiento concreto, la ejecución extrajudicial ya estaba iniciada y el demandante no indicó que otras cláusulas del préstamo podían haber sido declaradas abusivas y esta oportunidad se perdió, precisamente por acudir a una ejecución extrajudicial. Se trata de un supuesto en que se aplicó el artículo 129 LH en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 1/2013**.

## La STS nº 483/2016, de 14 de julio establece lo siguiente.

«Vigente el contrato y antes de la ejecución de la garantía hipotecaria, podría tener sentido una demanda en la que sólo se pidiera la declaración de nulidad de una cláusula que habilitaba al acreedor para acudir a la ejecución extrajudicial, en caso de incumplimiento del prestatario, para que cesara su vigencia y por lo tanto no pudiera acudirse a aquel cauce para la ejecución, pero siempre bajo la presuposición de que en su caso se invocaría la existencia de una cláusula abusiva que pudiera advertirse entonces.

Pero pendiente el procedimiento de ejecución, el interés en pedir la nulidad de esta cláusula sólo se justifica porque vaya a impedir o haya impedido impugnar y, en su caso, suspender la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas que no sean sólo la que permite la venta extrajudicial. Esto es, podría pedirse la nulidad de la estipulación 11ª justificando la concreta merma de protección frente a cláusulas abusivas que le ocasionaba aquel cauce de ejecución extrajudicial, pero siempre mediante la indicación de la nulidad de las cláusulas que quería hacer valer.

Por eso, en nuestro caso, en atención al contenido de la cláusula cuya declaración de abusividad se pretende, que radica en el desequilibrio que podría suponer para el consumidor, si se acude a la venta extrajudicial, la limitación de garantías en relación con el control de la abusividad de otras cláusulas contractuales, como no se mencionan por la demandante la existencia de estas cláusulas abusivas que no han podido invocarse, debe rechazarse la apreciación de que haya existido una abusividad real.»

### d) Cláusula de gastos en el préstamo hipotecario.

## La cláusula cuestionada es del siguiente tenor:

**"**Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.

La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.

Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de

preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aún cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva.

El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al BANCO devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6ª, y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gatos y costas en la cláusula 9ª".

## Doctrina jurirsprudencial. Es abusiva, a excepción de los gastos derivados del seguro de daños, STS 705/2015, de 23 de diciembre.

**«**1.- En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto *"La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables"* (numero 2º), como *"La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario"* (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula

discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.

3.- En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributaran exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula.

4.- En lo que atañe a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro.

5.- En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente…), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC»

### e) Cláusula del destino profesional o empresarial del bien hipotecado.

**La cláusula tiene el siguiente tenor literal**:

"La parte prestataria deberá destinar el importe del préstamo, junto con los recursos propios que sean necesarios, a la adquisición onerosa de la vivienda que luego se describe, que constituye su residencia habitual.

La parte prestataria declara que el bien hipotecado no está afecto a ninguna actividad profesional y se obliga a no variar su actual destino sin la autorización expresa y comunicada por escrito del Banco".

### Doctrina jurisprudencial, es abusiva. STS 705/2015, de 23 de diciembre.

«Nuevamente nos encontramos ante una condición general que por su falta de precisión y su indeterminación deja al completo arbitrio del prestamista su interpretación. Por ejemplo, nada prevé respecto de situaciones más que posibles en que un profesional desempeñe su actividad en el mismo inmueble donde tiene su domicilio. Por tanto, aunque una determinación razonable de los casos en que esta prohibición pudiera tener fundamento (como se argumenta en el recurso de casación) posibilitaría la validez de la correspondiente cláusula o cláusulas que contemplaran tales supuestos, la generalidad e indeterminación con que está redactada la cláusula impugnada no puede conducir más que a su declaración de abusividad, como correctamente concluye la sentencia recurrida, a tenor de los arts. 82.1, 85 y 88.1 TRLGDCU.

Es más, llevada a sus últimas consecuencias, la cláusula incluso impediría al prestatario un cambio de residencia, en contravención de lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución».

### f) Pagaré en blanco

La sentencia de esta sala 466/2014, de 12 de septiembre, de Pleno, fijó la siguiente doctrina jurisprudencial al resolver un recurso de casación por interés casacional precisamente en su modalidad de existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales: «La condición general de los contratos de préstamo concertados con los consumidores, en la que se prevea la firma por el prestatario (y en su caso por fiador) de un pagaré, en garantía de aquél, en el que el importe por el que se presentará la demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base a la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula, no pudiendo ser tenida por incorporada al contrato de préstamo, y, por ende, conlleva la ineficacia de la declaración cambiaria».

### g) Clausula penal liquidatoria de daños y perjuicios. Cláusula penal que permite al vendedor retener todo o parte del precio pagado por el consumidor en caso de resolución de la compraventa por incumplimiento del comprador

### La STS 214/2014, de 15 de abril establece lo siguiente:

«Las condiciones generales que prevén una determinada indemnización para el empresario en caso de resolución del contrato por causa imputable al consumidor, sin prever una indemnización equivalente a favor del consumidor para el caso de que el empresario sea quien incumpla, facilitan efectivamente al predisponente la fijación de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, sin que el consumidor pueda contar con tal facilidad, pues a falta de acuerdo con el predisponente, habrá de acreditar los concretos daños y perjuicios que ha sufrido, su relación de causalidad con el incumplimiento resolutorio imputable al empresario predisponente, y su cuantía. Por ello, pueden suponer un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que sea contraria a las exigencias de la buena fe.

Sin embargo, esta diferencia de trato puede superar el control de abusividad con base en la cláusula general indicada, si está justificada de un modo razonable y su aplicación se ajusta a los parámetros que a continuación se indicarán.

12.- El art. 10.bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como actualmente el art. 82.3 del texto refundido, prevé que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración.

La justificación razonable de la estipulación que establece la cláusula penal favorable al predisponente, que le permite hacer suyas las cantidades entregadas por el comprador en caso de resolución por incumplimiento imputable a este, sin que exista una cláusula correlativa a favor del consumidor, exige que las consecuencias que el incumplimiento del contrato celebrado traigan consigo para una y otra parte sean de diferente naturaleza, y por tanto, sean también diferentes los daños y perjuicios que para una y otra se deriven del incumplimiento.

Es más, el simple hecho de que exista una cláusula correlativa a favor del comprador para caso de incumplimiento del vendedor no garantiza por si sola el equilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. De hecho, una condición general que estableciera una indemnización desproporcionada a favor del predisponente en caso de incumplimiento del contrato imputable al consumidor no podría quedar justificada mediante la inclusión de una cláusula “espejo” en la que se estableciera una indemnización equivalente a favor del consumidor, cuando el incumplimiento del predisponente fuera improbable, porque se trataría de un equilibrio solo aparente que encubriría una cláusula gravemente perjudicial para el consumidor.

En el caso enjuiciado, el incumplimiento resolutorio previsto afecta a la consumación del contrato de compraventa ya perfeccionado y cuya ejecución ha sido iniciada. Se observa que mientras que para el predisponente, el incumplimiento del comprador que no acude a otorgar la escritura de compraventa, recibir la vivienda y pagar el precio pendiente, provoca un quebranto patrimonial relativamente homogéneo, sea quien sea el consumidor incumplidor, pues consiste en la pérdida de la comisión pagada al mediador en la compraventa que no ha llegado a consumarse, el pago de gastos de comunidad e intereses del préstamo hipotecario, y, si el mercado inmobiliario está en declive, la venta a un precio inferior al fijado en el contrato incumplido, para los compradores las consecuencias pueden ser distintas, no solo respecto del vendedor, sino también entre los distintos compradores entre sí, dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada comprador, pues pueden ir desde el coste de oportunidad, por haber desechado la adquisición de otra vivienda que se adecuara a sus deseos al decidirse por la vivienda que finalmente no va a serle entregada, hasta la necesidad de pagar el alquiler de una vivienda mientras se consigue adquirir otra si no se tiene vivienda propia o se ha enajenado previamente la que se tenía, el pago del coste de la financiación si se hubiera contratado antes de la consumación de la compraventa o, si el mercado inmobiliario está en auge, el incremento del precio si se adquiere una vivienda de similares características a la que fue objeto del contrato incumplido. Varios de estos elementos pueden variar sustancialmente de un comprador a otro, lo que dificulta la estandarización de la indemnización por incumplimiento del vendedor mediante una cláusula penal predispuesta.

Por tanto, la diferencia en el tratamiento contractual entre el incumplimiento imputable al comprador y al vendedor puede tener una cierta justificación.»

### h) PLUSVALÍA (impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, que a través de una cláusula predispuesta en una compraventa se imputa su pago al comprador consumidor)

La STS 180/2016, de 17 de marzo, recogiendo la doctrina expresada en la sentencia de 25 noviembre 2011, la declara abusiva:

«Es claro el desequilibro contractual porque en el impuesto de que se trata sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana -que es el tributo directo que grava el incremento de valor que experimentan los terrenos y se pone de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los mismos por cualquier título (arts. 105 Ley Reguladora de las Haciendas Locales 39/1988, de 28 de diciembre, vigente hasta el 10 de marzo de 2004; art. 104 del Texto Refundido de la Ley Reguladora aprobado por R.D.Legislativo 2/2004, de 5 de marzo)- el sujeto pasivo (arts. 35.1 y 36.1 de la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre) es el transmitente, que es quien percibe el aumento del valor -mayor valor adquirido por el inmueble- y como tal beneficiario está obligado al pago; sin que tal plusvalía genere beneficio alguno para el comprador, que se ve obligado a responder de una carga económica sin ninguna contraprestación o contrapartida por parte del vendedor. Por consiguiente al tratarse de una estipulación no negociada individualmente que limita los derechos de los consumidores recibe la sanción de la nulidad que le impone el art. 10 bis de la Ley 26/1984 y que convierte en indebido y restituible lo pagado por el consumidor por el concepto de que se trata (SS. 30 de marzo de 2002, núm. 277; 3 de noviembre de 2006, núm. 1079); que en el caso se refiere al Impuesto de Plusvalía».

### i) Pena convencional del ejercicio de desistimiento unilateral de las partes en contratos de prestacion de servicio –mantenimiento de ascensores-

**La STS 152/2014, de 11 de marzo fija la siguiente doctrina:**

«la declaración de abusividad de las cláusulas predispuestas bajo condiciones generales, que expresamente prevean una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral de las partes, no permite la facultad judicial de moderación equitativa de la pena convencionalmente predispuesta; sin perjuicio del posible contenido indemnizatorio que, según los casos, pueda derivarse de la resolución contractual efectuada».

## 8.2. Control de transparencia.

El control de transparencia, hasta el momento, se ha aplicado para el análisis de validez de las denominadas cláusulas suelo, en la medida en que esta cláusula, al limitar a la baja el interés remuneratorio de los préstamos, afecta al objeto principal del contrato. Son diversas las sentencias de esta Sala que se refieren a esta cuestión, SSTS de 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 o 24 de marzo de 2015.

Destaco la doctrina que recogió la STS 705/2015, de 23 de diciembre:

«1.- La doctrina emanada de las sentencias del Pleno de esta Sala 1ª números 241/2013, de 9 de mayo; 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; y 139/2015, de 25 de marzo; y de la Sentencia 222/2015, de 29 de abril; ha tratado el control de transparencia en materia de cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos de préstamo con garantía hipotecaria (“cláusulas suelo”). Ya con anterioridad a tales resoluciones, varias sentencias habían declarado la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la

definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las núm. 834/2009, de 22 de diciembre; 375/2010, de 17 de junio; 401/2010, de 1 de julio; y 842/2011, de 25 de noviembre; y se perfila con mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio; 827/2012, de 15 de enero de 2013; 820/2012, de 17 de enero de 2013; 822/2012, de 18 de enero de 2013; 221/2013, de 11 de abril; 638/2013, de 18 de noviembre; y 333/2014, de 30 de junio.

2.- El art.4.2 de la Directiva1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que «*la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*».

La sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las "contraprestaciones", que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, declara, y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Pero, se añadía en la citada sentencia núm. 241/2013, con la misma referencia a la sentencia anterior, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia.

Como recordamos en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo, ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «*conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo*». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, «*la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato*».

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación –en adelante, LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticiamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

El art. 4.2 de la Directiva1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad («*la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a […] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*»), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticiamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

3.- Las citadas sentencias de esta Sala han basado dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia "documental" verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los arts. 80.1 y 82.1 TRLGCU, interpretados conforme al art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE; y hemos citado a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer «*de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste*».

## La STS 367/2016, de 3 de junio, excluye la aplicación del control de transparencia a los contratos celebrados con no consumidores.

«3.- Pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener

la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor»**.**

## 9. INTERÉS CASACIONAL Y PROPIEDAD INDUSTRIAL

### 9.1. Marcas

#### a) Marca notoria.

**La notoriedad de la marca es un juicio jurídico que ha de atacarse a través del recurso de casación, y no por el extraordinario por infracción procesal.** STS 9-5-16, recurso 28/14. "En todo caso, el dato de que las marcas de la actora sean o no notorias incide en la valoración del riesgo de confusión, que es una valoración jurídica ajena al recurso extraordinario de infracción procesal. Por lo que será al examinar el recurso de casación cuando, en su caso, se resuelva sobre la corrección de que la sentencia de instancia no tomara en consideración dicho dato de la notoriedad para decidir sobre el riesgo de confusión"

**No obstante lo anterior, cuando el juicio de notoriedad está basado en hechos declarados probados por la sentencia recurrida, el asunto deviene inadmisible**. ATS 2.12.15, Recurso: 2063/2014 " La parte recurrente, a lo largo del recurso, parte de que no ha quedado probado que la marca "Continuará" es notoria, que el vocablo "Continuará" se utiliza como un término simplemente ilustrativo de que la historia no acaba en el ejemplar y que tendrá continuidad, lo que es habitual en este tipo de publicaciones, así como la falta de razonamiento de la sentencia recurrida en cuanto a por que se condena a la hoy recurrente en la suma de 15.000 euros, negando la existencia de prueba alguna que justifique la imposición de la mentada indemnización.

La sentencia recurrida, tras la valoración de la prueba y aplicando la doctrina de esta Sala en la materia, concluye que ha quedado probado de modo concluyente el carácter notorio del signo "Continuará" en el sector especializado de los comics, siendo un referente en todo el país. *Apoya tal conclusión en los documentos acreditativos de participación en ferias y convenciones del sector de carácter nacional e internacional, referencias en boletines y publicaciones también nacionales (con extensión a periódicos españoles de gran tirada) y foráneas, certificados de la Federación de Instituciones Profesionales del comic, de Set de Comic, hasta trece comunicaciones de editoriales, distribuidoras y librerías y entidades dedicadas a la organización de actividades culturales del sector y la prueba testifical.* Asimismo señala que el vocablo "Continuará" no se utiliza como un término simplemente ilustrativo de que la historia no acaba en el ejemplar y que tendrá continuidad en tanto que no se utiliza en la viñeta final para indicar esa continuidad de la historia, sino que se saca y aleja de tal lugar para llevarlo a la contraportada, lugar de la publicidad de los productos y registros denominativos y localizadores de la empresa, colocándose dicho vocablo junto a la mención de la web de la demandada, identificando en dicha web con tal vocablo una colección entera, siendo continuos los intentos de la demandada de hacer hacerse con el signo registrado "Continuara"".

#### b) Mala fe en el registro y caducidad por falta de uso.

**<u>La nulidad por registro de mala fe y la caducidad por falta de uso real y efectivo de la marca, basadas en datos fácticos producto de la valoración de la prueba, pueden hacer inadmisible el recurso</u>**. ATS 11-11-15, Recurso: 1963/2014. (ver también ATS, 4-2-14 Recurso: 871/2013)

"La sentencia recurrida, tras la valoración de la prueba, confirmando lo dispuesto por la sentencia de primera instancia y aplicando la doctrina de esta Sala en la materia, concluye la existencia de mala fe en la demandada. Señala que el demandado en tanto que registró la marca que incluye el nombre DIESEL entre las palabras utilizadas y lo hace para productos como cinturones, incluidos en la clase 25, por tanto, semejantes a los productos para los que están registradas la marca de la actora, era perfectamente consciente de la notoriedad de la marca DIESEL ya que se dedica precisamente al comercio de complementos de moda como los cinturones. Añade que el demandado no tiene justificación alguna para elegir utilizar dicho nombre en el signo elegido para identificar sus propios productos. *Pero lo que es determinante, por su claridad, es la forma en la que se utiliza su propio signo buscando deliberadamente ocultar las demás palabras de su propia marca y destacar desproporcionadamente el nombre DIESEL, como puede apreciarse con un examen de las fotografías de los productos aportados con la propia contestación a la demanda al referirse a otros títulos de la propiedad industrial o en la etiqueta aportada como documento nº 24, lo que pone de manifiesto un propósito concreto del registro,* lo que permite calificarlo como de mala fe. Asimismo señala que esa mala fe existía al momento de solicitad la marca en tanto que las marcas de la actora aparecen solicitadas en los años ochenta y noventa del siglo pasado y la litigiosidad sobre signos del demandado se remonta en algunos casos a los años noventa, por lo que la implantación del signo DIESEL de la actora y su interacción con los que va pretendiendo el demandado vienen de antiguo y desde luego mucho antes de la fecha de la solicitud de la marca de autos, año 2004. Esa existencia de mala fe en el registro de la marca excluye la caducidad por tolerancia y por falta de uso. Pero es que, además, señala la sentencia recurrida en relación con la falta de uso que en el presente caso *no transcurrió el plazo de cinco años anterior a la presentación de la demandad sin utilización de la marca pues la actora ha probado el uso mediante la presentación de facturas de venta a diversos clientes"*

## c) Riesgo de confusión.

### c.1 Parámetros del juicio de confusión. Semejanza entre marcas. STS 9-5-16, recurso 28/14.

**"1.-** Para evaluar la semejanza entre dos marcas ha de hacerse la comparación en un <u>triple plano: gráfico, fonético y conceptual</u> (STJCE de 11 de noviembre de 1997, caso *Sabel*). Pero los criterios para determinar la semejanza dependen en buena medida de la estructura del signo, pues no es lo mismo comparar marcas denominativas simples, que marcas denominativas complejas, o gráficas o mixtas. Resumidamente, la jurisprudencia comunitaria y española ha establecido las siguientes reglas:

a) Las **marcas denominativas simples** deben compararse entre sí conforme al criterio de la <u>visión de conjunto</u>, es decir, sobre la totalidad de los elementos integrantes de cada denominación y sin descomponer su unidad (STJCE de 20 de septiembre de 2001, C-383/99, *Baby-Dry*). Tesis matizada por la STJCE de 12 de febrero de 2004, C-363/99, (asunto *Postkaantoor*), al afirmar que para estimar perceptible una diferencia, la combinación de elementos descriptivos debe crear "una impresión suficientemente distante de la producida por la mera unión de dichos elementos". Criterio de la impresión suficientemente distante reiterado en la STJCE de 12 de febrero de 2004 (misma fecha que la última citada), en el asunto C-265/00, *Campina Melkunie* (marca *Biomild*).

b) Las **marcas denominativas complejas o compuestas** también deben ser comparadas conforme a la pauta de la visión de conjunto, sin desintegrar los vocablos que las componen. Una marca compuesta que incorpora una marca anterior debe considerarse similar a ésta cuando el elemento dominante de la marca compuesta es idéntico o semejante al signo constitutivo de la marca anterior (STJCE de 9 de marzo de 2006, caso *Matratzen*). Incluso en el caso de que el elemento constitutivo de la marca anterior no sea el dominante de la marca posterior, puede haber semejanza si ocupa en la misma una posición distintiva y autónoma (STJCE de 6 de octubre de 2005, caso *Thomson Life*).

c) Las **marcas gráficas** se rigen también por el criterio de la visión de conjunto, en su faceta de impacto visual global que las marcas producen en los consumidores. Aunque sea posible mostrar ciertas diferencias entre las marcas puramente gráficas confrontadas, éstas han de considerarse semejantes cuando suscitan una idéntica o parecida impresión visual en la mente de los consumidores (sentencia de esta Sala 355/2012, de 20 de enero de 2013).

d) Las **marcas figurativas** deben compararse en un doble plano: el gráfico y el conceptual. Cuando la comparación gráfica no sea suficiente, habrá que recurrir al criterio conceptual, es decir, habrá que determinar si los signos que desde un punto de vista meramente gráfico son distintos, evocan un concepto concreto o equivalente (STJCE de 11 de noviembre de 1997, caso *Sabe*l). No obstante, el TJCE matiza que la dimensión conceptual de una marca figurativa ha de tomarse en consideración cuando la marca es fuerte (notoria o intrínsecamente distintiva), pero no cuando su distintividad es débil o normal.

e) En la comparación entre **marcas gráficas y denominativas** habrá semejanza cuando la marca denominativa constituya la denominación evidente, espontánea y completa del concepto evocado por la marca figurativa (sentencia de esta Sala 1084/2008, de 28 de noviembre).

f) En la comparación entre **marcas mixtas**, como regla general debe primar el elemento denominativo y solo de manera excepcional será relevante el elemento gráfico o figurativo; lo que ocurrirá cuando el componente denominativo sea una palabra genérica o descriptiva, o cuando el componente denominativo del signo forme parte de un número relativamente alto de marcas pertenecientes a terceros (STJCE de 12 de junio de 2007, asunto C-334/05P, *Limoncello della Costa Amalfitana*).

g) En el caso de marcas tridimensionales, la comparación ha de ser eminentemente visual (sentencias de esta Sala 95/2014, de 11 de marzo, y 34/2016, de 2 de febrero).

**c.2. Aunque el juicio de confusión es jurídico, hay asuntos que se han inadmitido por no oposición a la jurisprudencia de la Sala.** ATS 29.10.13, recurso 3349/2012. "Así, la Audiencia Provincial, tras realizar la comparación desde una perspectiva de conjunto, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial invocada por la parte recurrente, teniendo en cuenta sus elementos dominantes concluye que de la documentación aportada resulta que Knauf ha usado el signo como marca mixta (que incluye las palabras ECOSE TECHNOLOGY y en ocasiones la preposición inglesa with ) y el signo denominativo ECOSE, ya sea como ECOSE Technology, siendo en todos ellos el término ECOSE el elemento esencial y que en la marca registrada por la demandante el elemento dominante es ECOSEC, siendo evidente que ambos términos sin ser idénticos, están muy próximos, de ahí que determine que en la visión de conjunto, tanto los signos denominativos ECOSE Tecnology como la marca mixta se aproximen considerablemente a la marca de la demandante ECOSEC FACHADAS. Tampoco puede decirse que la sentencia recurrida no haya tenido en cuenta que, en el caso concreto, en el diseño del signo de la demandada destaca el elemento denominativo sobre el gráfico y que Knauf utiliza en el mercado la marca mixta también de forma denominativa, así como que en la comparación de las marcas desde la perspectiva fonética es ostensible la semejanza existente, el número de sílabas es el mismo, la secuencia vocálica es

idéntica y casi idéntica la consonántica, aunque se acentúen de forma diferente o el término Technology pueda ser pronunciado a la inglesa, máxime cuando faltan los elementos que permitan establecer que en España la marca de la demandada se pronunciará a la inglesa, al no tratarse de una marca notoria ni de un sector de actividad atento a tales cuestiones. Desde el punto de vista conceptual, la sentencia recurrida entiende que la descomposición del vocablo ECOSEC que hace la sentencia de primera instancia para explicar el origen de la marca carece de relevancia, considerando que el significado que pudiera adivinarse en la marca de la actora no autorizaría nunca a la demandada a utilizar el mismo signo menos una letra. En cuanto al ámbito aplicativo también aprecia la sentencia recurrida coincidencia ya que con independencia de cuál sea el uso que la actora está realizando en la actualidad de su marca en el mercado, el ius prohibendi de la demandante se extiende a todos y cada uno de los productos que tiene protegidos (productos y materiales aislantes térmicos y acústicos de la clase 17 y materiales de construcción no metálicos en general de la clase 19) y a aquellos similares que generen riesgo de confusión en el mercado, por lo que la utilización por la demandada de la marca ECOSE Technology para productos (materiales de aislamiento y su nueva lana mineral) que, claramente pertenecen al ámbito protegido por la marca de la actora (productos y materiales aislantes térmicos y acústicos y materiales de construcción no metálicos) genera un riesgo de confusión que no queda eliminado por el hecho de que los diferentes paneles de lana mineral de Knauf se identifiquen al mismo tiempo con otras marcas (como Ultracoustic o Knauf Insulation por ejemplo) o porque se añada el nombre del fabricante. Tampoco es cierto que la sentencia recurrida no haya valorado el argumento de que el producto pudiera dirigirse a un público altamente especializado del sector de la construcción, ya que entiende por la naturaleza del producto, su público será el de los profesionales de la construcción o aficionados a esa actividad, existiendo riesgo de confusión *En suma, la Audiencia Provincial ha concluido que hay una incompatibilidad clara entre ambos signos, tras realizar, como declara la jurisprudencia citada como infringida, un análisis global, que le permite, tras valorar la prueba practicada declarar que existe un grave riesgo de confusión".*

O el ATS 10.9.13, recurso 1709/12: "Para resolver la cuestión controvertida a que se contrae el litigio de si el signo utilizado en el forro de las zapatillas importadas por la recurrente vulnera o no los derechos de marca de la demandante, por riesgo de confusión, la AP, que considera lógica y no arbitraria la valoración probatoria efectuada en primera instancia, parte, como hechos probados, de que existen coincidencias abrumadoras entre el signo gráfico conocido como "cuadro Burberry" de la actora y el diseño del forro de las zapatillas de los demandados pues solo teniendo a la vista ambas zapatillas se pueden advertir diferencias, que, de lo contrario, son imposibles de apreciar -dada la nula significación de las iniciales LP que aparecen en las de la recurrente-, siendo, como en las zapatillas de la demandada, también en los forros de los artículos de Burberry donde aparece el signo conocido como "Burberry Check". En atención a estos hechos probados, *y aplicando a los mismos la doctrina de esta Sala que obliga a apreciar globalmente el riesgo de confusión, la AP concluye que la antedicha semejanza posibilita apreciar dicho riego de confusión en los consumidores.* Los argumentos de la parte recurrente para apoyar la inexistencia de riesgo de confusión soslayan la expresada base fáctica de la sentencia recurrida, lo cual no está permitido en casación habida cuenta que desde la perspectiva del interés casacional que se aduce, no es posible apreciar su existencia cuando, como acontece, el conflicto o la vulneración normativa que se invoca solo puede tener lugar desde un planteamiento fáctico ajeno por completo a los hechos probados. No puede obviarse que en relación con la cuestión de la revisión en casación del juicio jurídico sobre la existencia o no de riesgo de confusión, la doctrina de esta Sala coincide con el criterio sostenido por la sentencia recurrida de que dicho riesgo debe ser el resultado de una apreciación global ( SSTS, entre las más recientes, de 20 de enero de 2013 , RCIP n.º 270/2010 y 5 de febrero de 2013 , RC n.º 1345/2010 ), y, sobre todo, que constituye también doctrina reiterada, por todas, en la primera de las SSTS indicadas (de 20 de enero de 2013 )

que el riesgo de confusión constituye materia susceptible de ser revisada en casación únicamente en caso de que no se apliquen o se apliquen con error manifiesto los criterios que permiten afirmarlo (en este sentido sentencias 352/2012, de 12 de junio , y 409/2012, de 28 de junio ), pero siempre, con pleno respeto a los hechos probados y, por ende, a lo afirmado por la sala de instancia en su función soberana de verificar si los signos en comparación contienen suficientes elementos diferenciadores para negar el riesgo de confusión o asociación (en este sentido, sentencia 271/2007, de 14 de marzo)"

### d) Giro de doctrina jurisprudencial tras la jurisprudencia del TJUE de 21 de febrero de 2013. STS 14-10-14. El titular de una marca protegida en españa pueda prohibir a cualquier tercero el uso en el tráfico económico de signos idénticos o similares a ella, siempre que hubieran sido registrados con posterioridad, sin necesidad de una declaración previa de nulidad - al igual que sucede con las patentes y los diseños industriales:

Sin embargo, el Tribunal de Justicia, en la sentencia de 21 de febrero de 2013 (C-561/2011 ), ha decidido - respecto de un supuesto en que se había alegado la infracción de una marca comunitaria por el uso de otra del mismo tipo - que " el artículo 9, apartado 1, del Reglamento (CE ) nº 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria, debe interpretarse en el sentido de que el derecho exclusivo del titular de una marca comunitaria de prohibir a cualquier tercero el uso en el tráfico económico de signos idénticos o similares a su marca se extiende al tercero titular de una marca comunitaria posterior, sin que sea necesaria una declaración previa de nulidad de esta última marca ".

Argumentó tal decisión el Tribunal en que " el artículo 9, apartado 1, del Reglamento no establece una diferencia según que el tercero sea o no titular de una marca comunitaria ", ya que " reconoce al titular de una marca comunitaria un derecho exclusivo que lo habilita para prohibir a <cualquier tercero>, sin su consentimiento, el uso en el tráfico económico de signos que puedan resultar lesivos para su marca [...] " (33). También basó la decisión en que " el artículo 54 del Reglamento, relativo a la caducidad por tolerancia, con arreglo al cual <el titular de una marca comunitaria que hubiere tolerado durante cinco años consecutivos el uso de una marca comunitaria posterior (...) no podrá solicitar la nulidad ni oponerse al uso de la marca posterior> " (34), ya que del texto de dicho artículo " se deduce que, antes de que sobrevenga la caducidad por tolerancia, el titular de una marca comunitaria está facultado tanto para solicitar ante la Oficina de Armonización del Mercado Interior la nulidad de una marca comunitaria posterior como para oponerse al uso de la misma mediante una acción por violación de la marca ante un tribunal de marcas comunitarias " (35). Y en que " ni el artículo 12 del Reglamento, relativo a la limitación de los efectos de la marca comunitaria, ni ninguna otra disposición del Reglamento establece expresamente una limitación del derecho exclusivo del titular de la marca comunitaria en favor del tercero titular de una marca comunitaria posterior " (36).

De manera, continúa la sentencia, que de todo ello se deduce " que el titular de una marca comunitaria debe disponer de la posibilidad de prohibir al titular de una marca comunitaria posterior que haga uso de ella " (37), por lo que éste " disfrute igualmente de un derecho exclusivo en virtud del artículo 9, apartado 1, del Reglamento no desvirtúa la conclusión anterior " (38), tanto más si " las disposiciones del Reglamento deben interpretarse a la luz del principio de prioridad, en virtud del cual la marca comunitaria anterior prima sobre la marca comunitaria posterior " (39) y si " se deduce, en particular, de los artículos 8, apartado 1, y 53, apartado 1, del Reglamento que, en caso de conflicto entre dos marcas, se presume que la

registrada en primer lugar cumple los requisitos para obtener la protección comunitaria antes que la registrada en segundo lugar " (40).

Reiteró el Tribunal que se hace " preciso poner de relieve la necesidad de preservar la función esencial de la marca, que es la de garantizar a los consumidores la procedencia del producto " (49) y concluyó que la protección " se vería considerablemente debilitada si el titular de una marca comunitaria anterior, a fin de prohibir que un tercero utilice un signo lesivo para las funciones de su marca, estuviera obligado a esperar a la declaración de nulidad de la marca comunitaria posterior de la que es titular ese tercero " (51).

Es cierto, como se expuso, que esas argumentaciones se utilizaron para responder a una cuestión prejudicial referida a una situación de conflicto entre dos marcas comunitarias - cuyo régimen de anulación ofrece significativas particularidades -; pero no lo es menos que las normas del Reglamento 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, en particular las contenidas en sus artículos 9 y 12 - referidas al derecho conferido por la marca comunitaria y a la limitación de sus efectos - coinciden sustancialmente con los correspondientes - 5 y 6 - de la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, conforme a cuya letra y finalidad procede interpretar el ordenamiento nacional, con el fin de alcanzar el resultado pretendido por la misma, de acuerdo con la conocida como regla de la interpretación conforme - consecuencia de entender que el deber de adoptar las medidas aptas para garantizar el cumplimiento del resultado previsto en las Directivas alcanza a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas las jurisdiccionales: sentencias de 10 de abril de 1984 (C- 14/83 ), 8 de octubre de 1987 (C-80/86 ) y 13 de noviembre de 1990 (C-106/89 ) -.

Por ello, en evitación de la posibilidad de que sea diferente la protección que el titular de la marca anterior reciba en éste que en otros Estados miembros, según que el Derecho nacional respectivo le permita o no ejercitar la acción de violación de su marca sin tener que interponer, previamente o a la vez, la de nulidad del registro de la infractora, procede que modifiquemos, en este particular, la jurisprudencia, para admitir que el titular de una marca protegida en España pueda prohibir a cualquier tercero el uso en el tráfico económico de signos idénticos o similares a ella, siempre que hubieran sido registrados con posterioridad, sin necesidad de una declaración previa de nulidad - al igual que sucede con las patentes y los diseños industriales: artículos 55 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo , y 51, apartado 2, de la Ley 20/2003, de 7 de julio “

## 9.2. Patentes

### a) Estado de la técnica.

**La determinación del estado de la técnica y su contenido pueden ser atacados a través del recurso extraordinario por infracción procesal**. STS 18-6-15 recurso 2287/13: “Como ya declaramos en la Sentencia 182/2015, de 14 de abril, si la valoración de la prueba se hubiera referido a lo que formaba parte del estado de la técnica y su contenido, sí que podría haber sido objeto del recurso extraordinario por infracción procesal, siempre que se cumplieran los requisitos que esta Sala viene exigiendo”

### b) Novedad

**Requisitos del juicio de novedad. Si la determinación del estado de la técnica es un juicio de hecho, el juicio de novedad es una valoración jurídica, solo atacable en casación.**

STS 18-6-15,. "En el análisis de este motivo, hemos de partir de la doctrina sobre el requisito de novedad expuesta en la Sentencia 274/2011, de 27 de abril: «El art. 54 CPE (con igual contenido el art. 6 LP) dispone que se considera que una invención es nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica, y éste esta constituido por todo lo que antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente europea se ha hecho accesible al público por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio. La falta de novedad puede tener lugar por una descripción explícita, derivada de cuanto se expone explícitamente en el documento anterior (…), o por divulgación implícita, que concurre, cuando, al poner en práctica las enseñanzas del documento anterior, el experto hubiera inevitablemente llegado a un resultado comprendido en los términos de la reivindicación. La seguridad jurídica exige que la inferencia sea clara, directa e inequívoca, equivaliendo el término inevitable a ineluctable, ineludible o insoslayable, sin que quepa hacer reproche alguno a la resolución recurrida por el hecho de acoger un criterio mantenido en las decisiones de las Cámaras de Recurso de la EPO con arreglo a las que "la palabra inevitable significa indefectible, de ocurrencia segura, algo que debe suceder o aparecer, tan verdadero como para impedir soluciones alternativas válidas; en otras palabras, es equivalente a un 100% de probabilidad" (T 396/89, T 793/93)».

Las anterioridades derivadas del estado de la técnica susceptibles de perjudicar la novedad de la invención del actor deben ser apreciadas una por una y comparadas con la invención sin tener en cuenta nada más que su contenido. Este juicio comparativo debe hacerse individualmente con cada una de las anterioridades, sin que sea lícito determinar la falta de novedad de una invención a partir de la combinación de varios elementos precedentes.

Un documento anterior destruye la novedad del objeto reivindicado que derive directamente y sin ambigüedad del documento, incluyendo cualquier elemento que para un experto en la materia esté implícito en lo explícitamente mencionado en el documento. En este sentido, cabe afirmar que la falta de novedad puede ser explícita, derivada de cuanto se expone explícitamente en el documento anterior, o implícita, en el sentido de que, reproduciendo las enseñanzas del documento anterior, el experto en la materia hubiera inevitablemente llegado a un resultado comprendido en los términos de la reivindicación.

Al respecto, conviene matizar que, al juzgar sobre la novedad, la afirmación de que una descripción implícita puede ser también suficiente si conduce inevitablemente al experto a la invención posterior, debe entenderse referida al proceso lógico por el cual se extrae de la lectura de lo explícito la presencia de lo implícito en la descripción, esto es, la inevitabilidad se predica de la deducción. Por el contrario, cuando lo que se afirma es que del estado de la técnica se deduce, se deriva, resulta de él o conduce inevitablemente a una invención posterior, nos adentramos en el terreno de lo evidente o muy evidente para el experto, es decir, a la actividad inventiva necesaria para ejecutar la invención".

### c) Actividad inventiva.

**c.1. Definición. Obviedad. El would-could approach**. STS 14-4-15, recurso 1809/13: "Conforme al artículo 4.1 LP, «*son patentables las invenciones nuevas que impliquen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial*». Luego la ausencia de actividad inventiva justifica la nulidad de la patente [artículo 112.1.c) LP]. El art. 8.1 LP, que se corresponde con el art. 56 CPE, prescribe que «*una invención implica una actividad inventiva si aquélla no resulta del estado de la técnica de una manera evidente para un experto en la materia*».

El criterio para juzgar sobre este requisito es si el experto en la materia, partiendo de lo descrito anteriormente (estado de la técnica) y en función de sus propios conocimientos, es capaz de obtener el mismo resultado de manera evidente, sin aplicar su ingenio, en cuyo caso falta la actividad inventiva. Como afirma la Cámara de recursos de la Oficina Europea de Patentes: «*al objeto de asesorar sobre la actividad inventiva, el criterio correcto a aplicar no es si el objeto reivindicado le habría resultado obvio a una persona inventiva, al margen del propio inventor, sino si hubiera resultado obvio a una persona competente pero no imaginativa, que responde a la noción de persona experta en la materia*» (T 39/93, OJ 1997, 134).

Al analizar la obviedad o no de la invención, el experto no trata los documentos o anterioridades de forma aislada, como sí debe analizarse en el caso de la novedad, sino que los combina de forma que de su conjunto pueda apreciar la existencia o inexistencia de información suficiente que permita sostener si éste hubiera llegado a las mismas conclusiones sin necesidad de contar con la información revelada por el inventor.

**13.** No existe un único método para enjuiciar la actividad inventiva, pero debe seguirse uno que asegure que en el enjuiciamiento se tienen en cuenta los factores decisivos. En la sentencia 434/2013, de 12 de junio, corroboramos la validez e idoneidad del método seguido por el tribunal de instancia de «"análisis problema-solución" o de los tres pasos, según el cual primero hay que determinar el estado de la técnica más próximo, después, establecer el problema técnico objetivo que se pretende resolver; y, finalmente, considerar si la invención reivindicada habría sido o no obvia para un experto a la luz del estado de la técnica más cercano y del problema técnico. Dicho método, coherente con la regla 27 del Reglamento de Ejecución del Convenio, es utilizado con carácter general por la Oficina Europea y ha sido acogido por tribunales de otros Estados parte en el Convenio como un método útil en la generalidad de los casos para evaluar la actividad inventiva».

En nuestro caso, la controversia no gira en torno a la determinación de lo que constituía el estado de la técnica más cercano al tiempo de solicitarse la patente, y la sentencia recurrida, en contra de lo que le achaca el recurso, lo ha identificado, en concreto las enseñanzas de WO 589 y LoRusso. Lo verdaderamente controvertido es si estos elementos del estado de la técnica habrían llevado al experto en la materia, en el momento de la solicitud de la patente, a realizar la combinación *de taxotere con 5-fluorouracilo* para el tratamiento del cáncer, que constituye el objeto de la reivindicación 5, principal respecto de las restantes reivindicaciones (6, 7 y 8). Teniendo en cuenta que no es suficiente que el experto pudiera haber optado por la solución propuesta por el solicitante de una patente, sino que de hecho habría efectuado aquella elección (*Would-could approach*).Dentro del juicio de revisión que supone el recurso de casación, que no puede ser equivalente ni sustituir al enjuiciamiento que debe realizar sobre la materia el tribunal de instancia, este tribunal casación aprecia que la Audiencia ha analizado correctamente la cuestión”

**c.2. El juicio de obviedad ha de atacarse a través del recurso de casación, y no por el extraordinario, por ser valoración jurídica.** STS 20-5-16. “el supuesto error notorio o la arbitrariedad no se refiere propiamente a la valoración de una prueba en orden a la determinación de un hecho, sino al propio juicio de obviedad, que, a estos efectos, es propiamente una valoración jurídica, y por lo tanto ajena a este cauce de impugnación”

### d) Daños y perjuicios.

**Aplicación a las patentes de la doctrina general de no revisabilidad en casación de la indemnización de daños y perjuicios, salvo error notorio o arbitrariedad**: ATS 3.2.16, recurso 699/2014:

“Constituye doctrina jurisprudencial constante de esta Sala (SSTS de 27 de noviembre de 2014, rec. nº 3066/2012 , 10 de febrero de 2014, rec. nº 2298/2011 , y 22 de enero de 2014, rec. nº1305/2011 ) que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales es competencia del tribunal de instancia, solo susceptible de revisión, por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción ( SSTS de 13 de junio de 2006 , 16 de noviembre de 2006 ) o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación del quantum ( STS de 17 de julio de 2014, rec. nº 1588/2008 , con cita de SSTS 21 de noviembre de 2008 en rec. nº 1131/06 , 6 de marzo de 2013 en rec. nº 868/11 , 24 de febrero de 2014 en rec. nº 229/11 y 28 de mayo de 2014 en rec nº 2122/07 ). De la aplicación al caso de la precedente doctrina se sigue que la sentencia recurrida no se opone a las sentencias citadas. Debe recordarse que el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque el "interés casacional" que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental”

## 9.3. Diseño industrial. Dibujos y modelos comunitarios.

### a) Usuario informado.

### a.1. Concepto. Entre consumidor medio y experto. Especialmente cuidadoso.

STS 25.2.16, recurso 929/14: “El Reglamento (CE) núm. 6/2002, de 12 diciembre 2001, de Dibujos y Modelos Comunitarios, y la Directiva 1998/71/CE, de 13 de octubre, de Protección Jurídica de los Dibujos y Modelos, no contienen una definición del concepto de «usuario informado».

Tampoco lo hace la Ley 20/2003, de 7 julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial. Tan solo en su exposición de motivos afirma sobre esta cuestión que «habrá de concretarse [la figura del usuario informado] caso por caso en función del segmento del mercado a que vaya específicamente dirigida la oferta del producto».

**2.-** El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que debe entenderse como un concepto intermedio entre el de consumidor medio, aplicable en materia de marcas, al que no se exige ningún conocimiento específico y que, por lo general, no realiza una comparación directa entre las marcas en pugna, y el de experto en el sector, con amplias competencias técnicas.

De este modo, el concepto de «usuario informado» puede entenderse referido a un usuario que presenta no ya un grado medio de atención, sino un especial cuidado, ya sea debido a su experiencia personal, ya a su amplio conocimiento del sector de que se trate (sentencias del TJUE de 20 de octubre de 2011, asunto C - 281/10 P, caso PepsiCo, Inc. contra Grupo Promer Mon Graphic SA, y de 18 de octubre de 2012 , asuntos acumulados C- 101/11 P y C-102/11 P , caso Neuman y Galdeano contra José Manuel Baena Grupo , S.A.).

**3.-** De acuerdo con esta definición, el usuario informado, a efectos de valorar la concurrencia del requisito de singularidad del diseño, está vinculado al sector industrial de que se trate, puesto que la experiencia personal o el amplio conocimiento de los diseños existentes en la categoría de productos en cuestión que caracterizan a un usuario como "informado" van necesariamente referidos a un determinado sector industrial.

Declara en este sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto C-281/10 P, caso PepsiCo, Inc. contra Grupo Promer Mon Graphic SA:

«Sin embargo, dado que, en materia de dibujos o modelos, la persona que procede a la comparación es un usuario informado que, como se ha señalado en los apartados 53 y 59 de la presente sentencia, se distingue del mero consumidor medio, no es erróneo tener en cuenta, en la evaluación de la impresión general de los dibujos o modelos en cuestión, los productos efectivamente comercializados que corresponden a esos dibujos o modelos.»

Por tal razón, a efectos de valorar la singularidad, diseños formalmente parecidos causarán una impresión general distinta si se aplican a productos de sectores industriales diferentes por cuanto que los usuarios informados, a efectos de uno y otro producto, serán diferentes. Al contrario, los diseños que se aplican a productos de un mismo sector industrial, aunque presenten algunas diferencias, pueden producir una misma impresión general pues los usuarios informados de referencia son los mismos"

**a.2. Atacar en casación la vulneración de la doctrina sobre el usuario informado no permite prescindir de las consideraciones fácticas de la sentencia.** "El recurso alega la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el "usuario informado", pero al desarrollar la impugnación no hace referencia alguna a cómo ha infringido la Audiencia la jurisprudencia existente sobre dicho concepto, pues se limita a mostrar su desacuerdo con la sentencia recurrida en una cuestión fáctica, al afirmar que, en contra de lo expuesto por la Audiencia, el diseño registrado y el diseño del producto de la demandada son prácticamente idénticos"

### b) Juicio comparativo

**El juicio comparativo es un juicio jurídico es controlable en casación**. STS 30-4-14, recurso 1545/12 "Al igual que ha declarado esta sala en relación con el juicio de distintividad en materia de marcas, en diseño industrial, entre esos juicios de valor que aportan pautas o criterios adecuados para la subsunción de los hechos probados en el concepto jurídico de que se trate y cuyo control no queda fuera de la casación, se encuentra el juicio comparativo, relevante tanto a los efectos de determinar si concurre la prohibición relativa de registro de una forma como diseño industrial, pertinente para resolver una acción de nulidad del registro, como a los de precisar si el uso de una forma industrial invade la esfera de exclusión reconocida al titular de un diseño prioritariamente protegido porque produce en el usuario informado la misma impresión general, pertinente para resolver una acción de infracción"

### c) Tutela del diseño industrial por propiedad intelectual: se precisa, añadidamente, originalidad.

STS 27-9-12, recurso 831/10. "De entre los diferentes sistemas, el Derecho de la Unión Europea excluye el de separación absoluta, al disponer en el artículo 17 de la Directiva 1998/71/CE, de 13 de octubre, de Protección jurídica de los dibujos y modelos que *"[l]os dibujos y modelos protegidos por un derecho sobre un dibujo o modelo registrado en un Estado miembro o respecto al mismo de conformidad con lo previsto en la presente Directiva, podrán acogerse asimismo a la protección conferida por las normas sobre derechos de autor de dicho Estado a partir de la fecha en que el dibujo o modelo hubiere sido creado o fijado sobre*

*cualquier soporte. Cada Estado miembro determinará el alcance y las condiciones en que se concederá dicha protección, incluido el grado de originalidad exigido" ,* y en el 96.2 del Reglamento (CE) 6/2002, de 12 de diciembre, Dibujos y modelos comunitarios que "[l]os dibujos y modelos protegidos por un dibujo o modelo comunitario podrán acogerse asimismo a la protección conferida por las normas sobre derechos de autor de los Estados miembros a partir de la fecha en que el dibujo o modelo hubiere sido creado o fijado sobre cualquier soporte. *Los Estados miembros determinarán el alcance y las condiciones en que se concederá dicha protección, incluido el grado de originalidad exigido.*

42. En nuestro ordenamiento, el artículo 10.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, dispone que *"[s]on objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: […] e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas"*, prescindiendo de la intención del creador y del destino de la obra, y sin exigir para las obras plásticas ningún requisito o mérito que singularice las "obras de arte aplicadas" de las "obras de arte simple" u "obras de arte puro", lo que ha llevado a algún autor a sostener que nuestro ordenamiento se adscribe a los de acumulación total de protección de los derechos subjetivos de naturaleza intelectual e industrial –sin perjuicio de que su estatuto patrimonial sea inferior a tenor de los artículo 19.5 y 24.1 de la Ley de Propiedad Intelectual-, de tal forma que serían protegibles como propiedad intelectual los diseños que tengan un nivel de originalidad que les haga distinguibles de los anteriores, sin necesidad de altura artística, creatividad o individualidad configurativa.

43. Esta interpretación choca con lo afirmado en la Exposición de Motivos de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, en la que se afirma que *"[e]l diseño industrial se concibe como un tipo de innovación formal referido a las características de apariencia del producto en sí o de su ornamentación. Ello no impide que el diseño original o especialmente creativo pueda acogerse además a la tutela que le brinda la propiedad intelectual, ya que ambas formas de protección son, como es sabido, independientes, acumulables y compatibles*". Y con lo previsto en la Disposición adicional décima de la propia Ley, al disponer que *"[l]a protección que se reconoce en esta Ley al diseño industrial será independiente, acumulable y compatible con la que pueda derivarse de la propiedad intelectual cuando el diseño de que se trate presente en sí mismo el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística según las normas que regulan la propiedad intelectual".* Forma que ha dado paso a una línea doctrinal que para la tutela del diseño por derecho de autor, a los requisitos de novedad y singularidad que para el registro exige el artículo 5 de la citada Ley 20/2003, de 7 de julio, añade la necesidad de que sea "original o especialmente creativo" o tenga "el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística".

44. Nuestra decisión debe partir de que <u>las finalidades de las normas que tutelan derecho de autor y diseño son muy distintas.</u> Como indica el artículo 1 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 9 de septiembre de 1886, el derecho de autor tiene por objeto *" la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas"*. También reconoce el preámbulo de la Ley de Propiedad Intelectual de 17 noviembre de 1987, al indicar que su finalidad es *"otorgar el debido reconocimiento y protección de los derechos de quienes a través de las obras de creación contribuyen tan destacadamente a la formación y desarrollo de la cultura y de la ciencia para beneficio y disfrute de todos los ciudadanos".* Mientras que <u>el bien jurídicamente protegido por la propiedad industrial de las innovaciones formales referidas a las características de apariencia de los productos en sí o de</u>

su ornamentación, según indica la Exposición de Motivos de la Ley 20/2003 se inspiran en la idea de tutelar *"ante todo, el valor añadido por el diseño al producto desde el punto de vista comercial, prescindiendo de su nivel estético o artístico y de su originalidad".*

45. Está expresamente admitida por el Ordenamiento de la Unión Europea la posibilidad de exigir para la tutela del diseño por derecho de autor, además de la novedad y la singularidad, cierto grado de "originalidad". Ello supuesto, el reconocimiento del haz de derechos característicos del derecho de autor –además de los referidos a la explotación de la obra, otros morales-, sin necesidad de registro, y durante el largo período de tiempo que fija la normativa de propiedad intelectual. Y alguno sin límite-, no puede proyectarse, sin más, a las formas nuevas -la novedad de creación estética a que se refieren las sentencias 1166/2001, de 4 de diciembre y 778/2010, de 24 de noviembre-, que aportan un valor añadido por el diseño al producto desde el punto de vista comercial, pero carecen de cierto nivel de originalidad o/y creatividad dentro de la libertad relativa que impone su aplicación a un objeto. se trata de requisitos necesarios para ser protegidas como obra artística, de tal forma que a la "novedad" precisa para el modelo industrial se acumula la exigencia de un plus de creatividad.

46. Consecuentemente, cabe diferenciar entre las obras plásticas puramente artísticas (con independencia de que puedan ser explotadas con fin industrial), las obras de arte aplicadas a la industria y los diseños propiamente dichos, o creaciones formales diseñadas o utilizadas para ser reproducidas artesanal o industrialmente en serie, que produzcan una impresión general en el usuario informado que difiera de la producida por cualquier otro diseño que haya sido hecho accesible al público".

## 10. INTERÉS CASACIONAL EN MATERIA DE SOCIEDADES MERCANTILES Y RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES.

### 10.1. Administradores sociales:

10.1.1. Remuneración de los administradores: previsión de que la retribución consistirá en una cantidad fija de dinero determinada anualmente por la junta general: sistema claro y preciso: validez del acuerdo: (sentencia 180/2015, de 9 de abril).

10.1.2. Cese de consejero nombrado por un accionista por el sistema de representación proporcional: concurrencia de justa causa: conflicto de intereses por situación de competencia: situación de conflicto estructural, no coyuntural, y de competencia directa y permanente: (sentencia 609/2014, de 11 de noviembre). Referencia a doctrina jurisprudencial de STS 5-12-2008: "Se fija como doctrina jurisprudencial que la prohibición de competencia desleal que impone a los administradores el artículo 65 LSRL se infringe mediante la creación por parte de éstos, sin la autorización de la sociedad, de una sociedad con idéntico objeto, salvo que se demuestre, valorando las circunstancias, que no existe contraposición de intereses"

10.1.3. Caducidad del nombramiento como consejero delegado: compatibilidad entre la relación societaria y otra –laboral o mercantil- del administrador con la sociedad: el administrador no desempeñó servicios

distintos a los inherentes a su condición de consejero delegado por lo que a la relación societaria no se superpuso otra relación mercantil que justificara una retribución ajena al sistema de retribución de los administradores sociales: previsión estatutaria de cláusula de blindaje: validez: la falta de renovación del cargo supone una voluntad de la sociedad de concluir la relación: (sentencia 411/2013, de 25 de junio).

10.1.4 Administrador de hecho:

a) Elementos: negativo: carecer de designación formal: positivos: desarrollar una actividad de gestión con intensidad cualitativa y cuantitativa, con poder de decisión autónomo y respaldo de la sociedad (sentencia 224/2016, de 8 de abril).
b) Concepto: valoración jurídica susceptible de casación (sentencia 421/2015, de 22 de julio).

10.2. Responsabilidad de los administradores:

10.2.1. Cuestiones generales**.**

a) La acción de responsabilidad no se extingue con la muerte del obligado responsable: forma parte del caudal hereditario: (sentencia 590/2013, 15 de octubre).

b) Acumulación de acciones: la ley autonómica de cooperativas no prevé la responsabilidad por no convocar la asamblea general para acordar la disolución por pérdidas: no cabe realizar una aplicación extensiva del régimen de responsabilidad previsto en la LSC a otras formas asociativas: (sentencia 103/2015, de 10 de marzo).

c) Acumulación de acciones de responsabilidad de administrador y de cantidad contra la sociedad: ante el juzgado mercantil (STS 18-4-16)

10.2.2. Responsabilidad por daños: art. 241 LSC**:**

a) Acción individual:

a.1. Requisitos: incumplimiento nítido de un deber legal al que pueda anudarse de forma directa el impago de una deuda social: exigencia de un esfuerzo argumentativo por mostrar la incidencia directa del incumplimiento de un deber legal cualificado en la falta de cobro de los créditos: (sentencia 253/2016, de 18 de abril).

a.2. Omisión del deber de constituir avales o garantizar las cantidades entregadas a cuenta para la adquisición de viviendas de la Ley 57/1968: el

incumplimiento de una norma legal sectorial, de *ius cogens*, cuyo cumplimiento se impone como deber de diligencia del administrador se conecta con el ámbito de sus funciones por lo que le es directamente imputable: la conducta imputable a los administradores sociales no es el incumplimiento de una obligación contractual de la sociedad sino la infracción de un deber legal de carácter imperativo: art. 241 LSC: (sentencia 242/2014, de 23 de mayo; 131/2016, de 3 de marzo).

a.3. Impago del crédito de la actora: incumplimiento contractual: falta de prueba sobre la supuesta conducta negligente de los consejeros encaminada a despatrimonializar la cooperativa: falta de nexo causal entre el daño y la conducta negligente: (sentencia 103/2015, de 10 de marzo).

a.4. Desembolsos a cuenta de un futuro aumento de capital: los administradores no convocaron la junta dando un destino al dinero distinto a la finalidad pactada: incumplimiento de la obligación de restituir las cantidades anticipadas: (sentencia 446/2014, de 3 de septiembre).

a.5. Cierre de facto de la sociedad: no basta con que la sociedad hubiera estado en causa de disolución y no hubiera sido formalmente disuelta: exigencia de un esfuerzo argumentativo para acreditar que de haberse realizado la correcta disolución y liquidación sí hubiera sido posible al acreedor hacerse cobro de sus créditos: (sentencia de pleno 472/2016, de 13 de julio).

a.6. Sociedad concursada: interrupción de la prescripción: afecta a cualesquiera acciones de responsabilidad susceptibles de ser ejercitadas frente a los administradores: art. 60 LC: (sentencia 737/2014, de 22 de diciembre).

b) Acción social: art. 238 LSC:

b.1. Requisitos del acuerdo: identificación de la conducta sobre la que se pretende ejercitar la acción de responsabilidad y de los administradores frente a quienes se pretende ejercitar: el examen de la antijuricidad de la conducta debe hacerse situándonos en el momento en el que se realizó: conducta negligente: la adquisición de autocartera dentro de los límites legales y con los requisitos establecidos en la ley, no puede calificarse de una actuación negligente de los administradores: (sentencia 732/2014, de 26 de diciembre).

b.2. Retribuciones no previstas estatutariamente, acordadas por la junta general: obligación de reintegrar retribuciones tóxicas- (STS 25-6-12)

c) Acumulación

Art. 72 LEC: exigencia de una escrupulosa claridad para permitir la individualización del problema jurídico planteado: causa de inadmisión: carácter

subsidiario planteado en la demanda para el ejercicio de las acciones de responsabilidad societaria sin distinción en cuanto a los presupuestos de procedibilidad de cada una de ellas: (sentencia 593/2013, de 16 de octubre).

10.2.3. Responsabilidad por deudas: art. 367 LSC:

a. Aplicación de la ley vigente al tiempo en que se incumple el deber legal de convocar la junta de socios: (sentencia 246/2015, de 14 de mayo; 456/2015, de 4 de septiembre).

b. La responsabilidad no alcanza a las obligaciones sociales posteriores al cese de los administradores (sentencia 585/2013, de 14 de octubre; 731/2013, de 2 de diciembre).
c. Sociedad unipersonal no inscrita: responsabilidad solidaria del único socio respecto de las deudas sociales nacidas durante el periodo de unipersonalidad sin inscripción registral: no se exige relación de causalidad entre el incumplimiento de la deuda social y el incumplimiento del deber legal: art. 14 LSC: (sentencia 499/2016, de 19 de julio).
d. Pérdidas:
    i. Tras la declaración de concurso cesa el deber legal de los administradores de convocar junta general para acordar la disolución: (sentencia 590/2013, de 15 de octubre). No cabe equiparar la situación de pérdidas cualificadas con la de insolvencia.
    ii. Obligación de devolución del precio anticipado: la obligación de la sociedad nació en fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución: falta de depósito de cuentas y existencia de fondos propios negativos: los administradores no acreditaron haber adoptado medidas para restablecer el equilibrio patrimonial o haber convocado junta: (sentencia 505/2014, de 8 de octubre).
    iii. Las actuaciones tendentes a aminorar las deudas son irrelevantes mientras no conste que se hubiera removido la causa de disolución: el deber de instar la resolución no sólo recae sobre los administradores que lo eran al término de los ejercicios con pérdidas sino también sobre el administrador que asumió el cargo una vez transcurrido el plazo para la formulación de las cuentas permaneciendo sin remover la causa de disolución: irretroactividad de la Ley 19/2005: la deuda social resulta exigible a todos los administradores demandados porque existía cuando cada

uno de ellos incumplió el deber de instar la disolución: (sentencia 733/2013, de 4 de diciembre).

iv. El mero conocimiento de la situación de crisis económica o de insolvencia de la sociedad por parte del acreedor al tiempo de generarse su crédito no le priva de legitimación para ejercitar la acción de responsabilidad: existencia y exigibilidad de los créditos: (sentencia 733/2013, de 4 de diciembre).

v. Necesidad de utilizar criterios contables para fijar la situación patrimonial: (sentencia 363/2016, de 1 de junio).

10.3. Junta general

10.3.1. Inasistencia de todos los administradores: art. 180 LSC: los administradores deberán asistir a las juntas generales: imposibilidad de que asistan a la junta por representación: con carácter general su ausencia no es causa de suspensión o nulidad de la junta, sin perjuicio de su responsabilidad: art. 236 LSC: excepciones: privación de los derechos de los socios: necesidad de ponderar según el caso concreto si la inasistencia justifica la suspensión o incluso la nulidad cuando se vulnera el derecho de información: (sentencia 255/2016, de 19 de abril).

10.3.2. Universal: decisión unánime de los socios recogida en un acuerdo antes de la constitución: art. 178.1 LSC: (sentencia 255/2016, de 19 de abril).

10.3.3. Validez de junta general para la aprobación de las cuentas celebrada una vez transcurridos los seis meses siguientes al cierre del ejercicio social: art. 164 LSC: (sentencia 588/2012, de 17 de octubre).

10.3.4. Convocada por administrador con nombramiento anulado por sentencia no firme: validez al no haberse adoptado medida cautelar de suspensión y no haber ganado firmeza la anulación: validez de junta general convocada por administrador de hecho: (sentencia 37/2012, de 23 de febrero).

10.4. Impugnación de acuerdos sociales:

10.4.1. Aprobación de las cuentas anuales:

a) Utilización de formatos distintos a los exigidos para su depósito: irrelevancia siempre que la presentación de las cuentas sea clara, comprensible y facilite su contraste con el ejercicio anterior: art. 254 LSC: situación de conflicto de intereses de administrador: necesidad de

mencionarlo en la memoria: art. 229.3 LSC: su omisión no puede tener efectos anulatorios de todas las cuentas anuales al ser una situación patente antes y después de la junta: acuerdo de ampliación de capital no impugnado tempestivamente: imposibilidad de impugnar el acuerdo de renovación adoptado dos años después al haber caducado la acción: aplicación del plazo de caducidad de un año al no haber acreditado el recurrente que se tratara de un acuerdo contrario al orden público: art. 205.1 LSC: (sentencia 500/2014, de 6 de octubre).

b) Imagen fiel: pacto parasocial: omisión en las cuentas anuales de las consecuencias económicas y jurídicas que derivan de no poner de manifiesto en la documentación contable ni en la memoria la existencia de un pacto de socios: art. 29 LSC: (sentencia 589/2014, de 3 de noviembre).
c) Solicitud de complemento del orden del día: falta de publicación del complemento en el plazo legalmente fijado: nulidad de la junta: art. 172 LSC: (sentencia 693/2016, de 24 de noviembre).

d) Sociedad anónima deportiva: defecto de constitución de la junta al permitir la participación de dos socios cuyas acciones no estaban desembolsadas: aplicación de la prueba de resistencia: no se supera al comparecer en primera convocatoria un 38’79% del capital suscrito con derecho a voto, siendo necesario que hubiera concurrido más del 50%: la eficacia legitimadora de la inscripción en el libro registro está supeditada al control judicial que no solo puede realizarse *a priori* sino también *a posteriori* con ocasión de la impugnación de acuerdos sociales por defecto de constitución de la junta: (sentencia 697/2013, de 15 de enero).

e) Derecho de información:

    i. no puede negarse información a una minoría cualificada -48’79% del capital social- bajo el pretexto de que la junta considerara que no era de su competencia: los administradores pueden alterar los términos de los puntos del orden del día siempre que se respete el fondo del asunto que pretenda debatirse: art. 197 LSC: (sentencia 406/2015, de 15 de julio).
    ii. Sociedad anónima cotizada: carácter imperativo de la regulación legal del derecho de información: la regulación estatutaria otorgando a los administradores y presidente de la junta facultades discrecionales para denegar la información solicitada constituye una infracción legal: art.

520 LSC: acuerdo para introducir una previsión estatutaria de privación del derecho de voto en casos de conflicto de intereses específicamente determinados: no vulnera el principio de igualdad de trato: art. 97 LSC: (sentencia 608/2014, de 12 de noviembre).

iii. Derecho a acceso a documentos y soportes contables a los socios de SA: si esta presenta características fácticas de SRL; si hay conflicto entre socios; si quien lo solicita tiene una participación relevante; si las cuentas son abreviadas (sentencia STS 19.9.13, Pleno)

10.5. Socios

10.5.1. Comunidad hereditaria: designación de representante común para el ejercicio de los derechos: art. 90 LSC: ámbito del poder de representación: asuntos ordinarios, no extraordinarios como la modificación del tipo social o cambio de objeto social: (sentencia 314/2015, de 12 de junio).

10.5.2. Representación:

a) De accionistas en junta general de sociedad anónima: distinción entre la figura de la solicitud pública de representación y el sindicato de accionistas: la presunción del artículo 186.3 LSC admite prueba en contrario y se aplica sólo a los casos en que haya mediado una solicitud pública de representación: (sentencia que fija doctrina 296/2016, de 5 de mayo).

b) Tercero con poder especial: la cláusula estatutaria amplia el perímetro de personas por quienes puede ser representado un socio en la junta al permitir que sea cualquier persona sin necesidad de que tenga un poder general para administrar la totalidad del patrimonio: (sentencia 191/2014, de 15 de abril).

10.5.3. Levantamiento del velo: no son los propios socios los que pueden optar por utilizar la personalidad o desconocerla a su arbitrio, máxime cuando mediante el expediente de prescindir de la personalidad jurídica creada y la adjudicación de los bienes sin acudir a un proceso de liquidación, a la postre, eludirían por tal vía los costes fiscales del proceso: (sentencia 212/2013, de 5 de abril).

10.5.4. Derecho de separación:

a) Sociedad profesional: el ejercicio del derecho de separación genera la aparición de causa legal de disolución: el valor de las participaciones del socio que se separa se corresponderá con la cuota de liquidación: art. 13.1 Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales: (sentencia 186/2014, de 14 de abril).
b) Transformación: modificación estructural aprobada estando en vigor la LME: el derecho de separación nace estando vigente la nueva regulación: (sentencia 587/2013, de 15 de octubre).

10.5.5. Exclusión:

a) Comunidad hereditaria: la persona del representante carece del presupuesto del art. 350 LSC, pues ni es socio ni es administrador en sentido orgánico: causas legales de exclusión –inderogables- y causas estatutarias: art. 351 LSC: norma de carácter represivo que no admite interpretaciones extensivas: (sentencia 314/2015, de 12 de junio).
b) Socio con participación igual o superior al 25% del capital social: proceso judicial de ratificación: legitimación subsidiaria: mismo plazo de un mes que el señalado para la sociedad: cómputo: *dies a quo*: desde que el socio tuvo o debió tener conocimiento de que la sociedad no lo había hecho: art. 352.2 LSC: (sentencia 440/2016, de 29 de junio).

10.5.6. Acciones y participaciones:

a) Usufructo de acciones: poder de representación otorgado por los nudos propietarios a favor del usufructuario: asistencia personal a la junta del representado: valor de revocación: art. 185 LSC: la falta de anotación del usufructo en el libro registro de acciones nominativas no supone ni pérdida ni renuncia al usufructo: (sentencia 256/2015, de 20 de mayo).
b) Restricciones a la libre transmisibilidad:

- Derecho de adquisición preferente: la conclusión de un contrato de opción de recompra no impide que se desencadene la operatividad de la preferencia: art. 123 LSC: (sentencia 17/2015, de 4 de febrero).

- Transmisión de participaciones de SRL: restricciones legales: art. 107.2 LSC: su incumplimiento priva de eficacia a la transmisión frente a la sociedad: art. 112 LSC: (sentencia 215/2013 bis, de 8 de abril).

10.5.7. Oferta pública de suscripción de acciones: Bankia: el accionista demandante de la responsabilidad por el folleto ha de ser considerado

tercero, por lo que no le serán de aplicación las normas sobre prohibición de devolución de aportaciones sociales: (sentencia pleno 23/2016, de 3 de febrero).

10.6. Disolución: art. 363 LSC.

10.6.1. Por pérdidas: art. 363.1.c) LSC: Patrimonio neto: inclusión de los préstamos participativos y aportaciones de los socios para compensación de pérdidas: (sentencia 696/2016, de 24 de noviembre).

10.6.2. Paralización de los órganos sociales: art. 363.1.d) LSC: De la junta de socios: permanente e insuperable: imposibilidad de alcanzar acuerdos por enfrentamiento de dos grupos paritarios de accionistas: infracción del derecho de información por quien se opone a la disolución: (sentencia 653/2014, de 26 de noviembre)

## 11. INTERÉS CASACIONAL Y DERECHO CONCURSAL

11.1. Causas de inadmisión

- Error en la modalidad casacional elegida:

Se utiliza la modalidad casacional de la cuantía superior a 600.000 euros cuando la modalidad adecuada es la de interés casacional, al tratarse de un proceso tramitado por las normas del incidente concursal por razón de la materia (recursos 283/2015, 234/2015, 292/2015)

- Aplicación de norma de vigencia inferior a 5 años (recursos 2049/2014, 404/2014):
    - DA 6ª LC tras Ley 38/2011: existencia de conflicto jurídico real: norma inaplicable al objeto litigioso (recursos 2569/2014, 3261/2015).
    - Acumulación concursos: art. 25.ter LC: norma no vigente cuando se resolvió la acumulación (sentencia 615/2014, de 12 de noviembre).

- Resoluciones irrecurribles:
    - Recusación de administrador concursal: (recursos 2061/2014, 2044/2014)
    - Auto declaración concurso: (recurso 273/2014).

- Falta legitimación del recurrente:
    - inexistencia gravamen (recursos 1903/2014, 2063/2007).

- sociedad respecto a la condena en calificación del administrador social (recursos 617/2014, 973/2009, 857/2009. Sentencia 395/2016, de 9 de junio).

11.2. <u>Créditos contra la masa:</u>

- Ejecución separada: (recursos 2402/2014, 2412/2014, 1902/2014. Sentencias 711/2014, 12 de diciembre; 46/2015, de 18 de febrero) No cabe ejecución separada de créditos contra la masa en liquidación por parte de los acreedores públicos.
- Alteración de la regla del vencimiento: art. 84.3 LC: (sentencia 424/2015, de 22 de julio). Imposibilidad. Causa de separación y de desaprobación de las cuentas.
- Intereses y recargos por impago cuotas SS: art. 84.2.5º LC: (sentencia 549/2013, de 30 de septiembre; 273/2014, de 4 de junio; 263/2014, de 2 de junio). Tienen la condición de créditos contra la masa si derivan de créditos de tal carácter.
- Ley aplicable: interpretación DT 4ª Ley 38/2011: el informe al que se refiere la norma es el previsto en el art. 74 LC y no el actualizado del art. 180 LC: (sentencia 342/2014, de 24 de junio).
- Costas y gastos judiciales ocasionados por la solicitud del concurso:
    - No resultan vinculantes los honorarios del colegio de abogados: art. 84.2.2º LC: (sentencia 399/2014, de 21 de julio; sentencia 393/2014, de 18 de julio).
    - Cálculo de los derechos del procurador: sólo opera necesariamente el arancel si el crédito deriva de la condena en costas al deudor concursado: art. 84.2.2º LC: (sentencia 33/2013, de 11 de febrero).
- Derramas o cuotas de urbanización devengadas después declaración de concurso: art. 84.2.10º LC (sentencia 379/2014, de 15 de julio).
- IVA devengado en el trimestre en que se produjo la declaración de concurso: aplicación del criterio del tiempo en que se realizó la liquidación: (sentencia 486/2013, de 22 de julio).
- Contrato de obra: precio parcial debido antes de la declaración de concurso: continuación de la ejecución a petición de la AC: art. 61.2 LC: (sentencia 632/2014, de 18 de noviembre).

- Contrato de suministro de electricidad: el pago de la totalidad del crédito –tanto anterior como posterior a la declaración de concurso- debe ser con cargo a la masa en caso de que el juez ordene el cumplimiento forzoso: (sentencia 161/2012, de 21 de marzo).
- Orden de pago: doctrina jurisprudencial: retribución AC: fecha vencimiento: prestación efectiva de los servicios con los hitos temporales de vencimiento previstos en el RD 1860/2004: (sentencias 391/2016, de 8 de junio; 629/2016, de 25 de octubre).

11.3. Conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa: reglas de pago: art. 176.bis.2 LC:

a) Requisitos de aplicación: comunicación insuficiencia masa es requisito indispensable; desde dicha comunicación, afecta tanto a los créditos contra la masa anteriores como posteriores; excepciones: mala fe; comunicación de insuficiencia justo a continuación de la demanda reclamando créditos contra la masa (recursos 109/2015, 2891/2014, 2107/2013, 2412/2014, 1975/2013, 2000/2013. Sentencias: 187/2016, de 18 de marzo; 310/2015, de 11 de junio; 305/2015, de 10 de junio; 311/2015, de 11 de junio; 306/2015, de 9 de junio, 152/2016, de 11 de marzo; 187/2016, de 18 de marzo).

b) Aplicación temporal: concursos en tramitación: DT 11 Ley 38/2011 (sentencias 152/2016, de 11 de marzo; 187/2016, de 18 de marzo).

c) Créditos laborales: art. 176.bis.2.2º (sentencia 345/2014, de 2 de julio). Es una categoría distinta a la de indemnizaciones; el límite del 176 bis 2.2º ha de aplicarse a cada categoría por separado.

d) Crédito por honorarios administración concursal: (sentencia 390/2016, de 8 de junio). Son imprescindibles para la liquidación solo los que el juez del concurso apruebe, tras audiencia de las partes personadas.

11.4. Calificación**.**

a) Personación de tercero: art. 168 LC (sentencia 10/2015, de 3 de febrero). Limitada y restringida; similar a la intervención adhesiva. Solo puede sostener los motivos de calificación culpable de administración concursal y Ministerio Fiscal, no motivos autónomos.

b) Reapertura por incumplimiento del convenio: causas de calificación: ámbito de conocimiento limitado a si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado: equiparación incumplimiento con imposibilidad de cumplimiento del convenio: art. 164.2.3º, 167.2, 168.2 y 169.3 LC: (sentencia de pleno 246/2016, de 13 de abril).

c) Legitimación de la sociedad concursada para recurrir: art. 171 y 184.1 LC: (sentencia 395/2016, de 9 de junio). Principio de personalidad del recurso. No puede recurrir la condena de los administradores.

d) Propuesta de resolución: legitimación exclusiva de la AC y MF: alteración de la causa de pedir: art. 169 LC: (sentencia 203/2016, de 1 de abril).

11.5. Responsabilidad por déficit concursal: art. 172.3 –actual 172.bis- LC:

a) "justificación añadida": (recursos 1065/2014, 1623/2014, 427/2014, 1670/2014, 475/2014, 154/2014, 2683/2012; sentencias 298/2012, de 21 de mayo; 74/2013, de 28 de febrero; 395/2016, de 9 de junio; 650/2016, de 3 de noviembre)

b) Solo en caso de apertura de la fase de liquidación: (sentencia 108/2015, de 11 de marzo).

c) Régimen aplicable: vigente al tiempo de abrirse la sección de calificación (sentencia 421/2015, de 22 de julio; pleno 772/2014, de 12 de enero).

d) Concepto de administrador de hecho: valoración jurídica (sentencia 421/2015, de 22 de julio).

e) Cuantía de la condena:

a) Excluida de casación: (sentencia 669/2012, de 14 de noviembre).

b) Revisión casacional en casos de evidente y notorio error de hecho o cuando el juzgador de instancia resuelva de forma desorbitada, caprichosa e injusta: (sentencia 501/2012, de 16 de julio).

f) Diferencias entre la responsabilidad por déficit concursal y la derivada de la acción de indemnización por daños: art. 172.2.3º LC: (sentencia 490/2016, de 14 de julio).

11.6. Declaración de complicidad: art. 166 LC: requisitos (recurso 124/2015; sentencia 5/2016, de 27 de enero). Cabe complicidad por hechos acaecidos con posterioridad a la declaración de concurso.

11.7. Concurso culpable**:**

a) irregularidades contables: art. 172.2.2º LC: (queja 129/2016; recursos 1142/2014, 2438/2013; sentencia 343/2015, de 5 de junio)

b) solicitud tardía de la declaración de concurso: art. 165.1 LC: (recursos 2340/2014, 3127/2014, 1623/2014, 2719/2014, 154/2014)

c) concepto insolvencia: (recurso 154/2014)

d) Incumplimiento de convenio no gravoso: (sentencia 29/2013, de 12 de febrero).

e) Alzamiento de bienes: art. 164.2.4º LC: (sentencia 614/2011, de 17 de noviembre).

f) Retraso en la solicitud de la declaración concurso: art. 165.1º y 5º LC: (sentencias 614/2011, de 17 de noviembre; 259/2015, de 21 de mayo)

- No se aplica analógicamente para el retraso en la solicitud de la liquidación para el caso de incumplimiento de convenio: art. 142.2 LC: (sentencia 246/2016, de 13 de abril).
- Determinación día exacto de la insolvencia: intrascendencia: desvío de fondos a empresa participada por el recurrente: art. 164.1 LC: (sentencia 349/2014, de 3 de julio).
- El administrador tiene la carga de probar que el retraso no incidió en la agravación de la insolvencia: (sentencia 490/2016, de 14 de julio; 269/2016, de 24 de abril)

g) Salida fraudulenta de bienes: art. 164.2.5º LC: basta la conciencia de ocasionar un perjuicio a los acreedores: (sentencias 174/2014, de 27 de marzo; 185/2015, de 10 de abril; 269/2016, 24 de abril).

h) Inhabilitación: no solicitada ni por la AC ni por el MF: imposición mínimo legal de 2 años: (art. 172.2.2º LC): (sentencia 128/2015, de 18 de marzo).

i) Simulación situación patrimonial ficticia: art. 164.2.6º LC: (sentencia 669/2012, de 14 de noviembre).

j) Incumplimiento obligación llevanza contabilidad: el nombramiento como administrador conlleva la obligación de la llevanza y formulación de la contabilidad: art. 25.2 Ccom.: (sentencia 490/2016, de 14 de julio).

k) Informe AC: inclusión tácita de las causas de culpabilidad: art. 164.1 LC: (sentencia de pleno 227/2010, de 22 de abril), sin por ello incurrir en incongruencia.

### 11.8. Contratos; resolución.

a) Incumplimiento anterior al concurso: art. 62.1 LC (recurso 2823/2014, 2010/2014)

b) Contrato de compraventa de vivienda: (sentencias 469/2013, de 15 de julio; 505/2013, de 24 de julio; 146/2015, de 26 de marzo; 510/2013, de 25 de julio)- contrato de tracto único- no se puede resolver.

c) Cesión de créditos: art. 61.2 LC: (sentencia 687/2011, de 11 de octubre,

d) Incumplimiento de la parte *in bonis*: art. 62.3 LC (sentencia 457/2013, de 9 de julio; 63/2015, de 24 de febrero).

e) Arrendamiento de renta antigua y prórroga forzosa; resolución en interés del concurso: art. 61.2 LC: (sentencia 660/2016, de 10 de noviembre).

f) Permuta: contrato de tracto único que al tiempo de la declaración de concurso solo estaba pendiente de cumplimento por la concursada: no procede la resolución por incumplimiento sino la reclamación del crédito en el concurso: art. 61.1 LC: (sentencia 235/2014, de 22 de mayo).

g) Contrato de tracto único por incumplimiento de la promotora-vendedora: efecto restitutorio cuando alguna de las prestaciones hubiera sido ejecutada: art. 62.4 LC: (sentencia 500/2016, de 19 de julio).

h) Contrato de leasing: reciprocidad de las prestaciones en la fase funcional del vínculo después de declarado el concurso: para conocer si la relación jurídica nacida del leasing sigue funcionando como sinalagmática después de declarado el concurso habrá que estar a las cláusulas válidamente convenidas entre las partes: art. 61.2 LC: efectos: liquidación relación contractual: cuotas pendientes después declaración del concurso: crédito contra la masa (sentencia 523/2013, de 5 de septiembre).

i) Ineficacia de cláusulas contractuales: la LC no ampara la amputación de cláusulas cuyo cumplimiento pudiera ser oneroso para la concursada: (sentencia 68/2013, de 26 de febrero).

j) Compraventa con pacto resolutorio expreso: resolución por falta de pago del precio: incumplimiento posterior a la declaración de concurso: el deudor de buena fe en concurso no puede ser condenado a compensar al vendedor por la depreciación del valor de los terrenos al no ser previsible la crisis al tiempo de otorgarse el contrato: (sentencia 29/2014, de 10 de febrero).

k) Póliza de descuento: cumplimiento del contrato: art. 61.1 y 3 LC: inaplicabilidad de la rehabilitación: (sentencia 749/2011, de 31 de octubre).

11.9. <u>Acciones de reintegración: art. 71 LC:</u>

a) Aplicación art. 10 LMH: (sentencia 143/2015, de 26 de marzo)

b) Hipoteca: inexistencia perjuicio: art. 71.3.2º LC: (sentencia 124/2015, de 17 de marzo)

c) Pago servicios prestados antes declaración concurso a titular asesoría: (sentencia 735/2014, de 29 de diciembre).

d) Concepto de perjuicio:

- Naturaleza y alcance: (sentencia 183/2015, de 19 de mayo).
- Pago debido y exigible hecho al acreedor que insta el concurso necesario para conseguir el desistimiento: efectos de la rescisión del acto unilateral del pago: (sentencia 629/2012, de 26 de octubre).
- Constitución de hipoteca en garantía de deudas futuras: no supone un perjuicio patrimonial injustificado: (sentencia 642/2016, de 26 de octubre).
- Cesión de créditos en pago de deudas ya vencidas: sí hubo perjuicio para la masa: no puede considerarse un acto ordinario realizado en condiciones normales: art. 71.5.1º LC: (sentencia 642/2016, de 26 de octubre).

- Pago debido, vencido y exigible: cargos que se realizan mediante compensación: art. 58 LC: no existe perjuicio: (sentencia 340/2015, de 24 de junio).
- Novación de préstamo hipotecario: no existe perjuicio al suponer una ampliación del plazo de carencia y reducción del tipo de interés: (sentencia 340/2015, de 24 de junio).
- Prendas de créditos futuros: trato de favor que altera en beneficio del banco la *par conditio creditorum*: (sentencia 340/2015, de 24 de junio).
- Operación de reducción del capital disponible de préstamo hipotecario: operación unilateral del banco: no cabe la rescisión: (sentencia 340/2015, de 24 de junio)

e) Constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes: contrato de prenda: inexistencia de perjuicio por ampliación del crédito y prórroga del vencimiento: art. 71.3.2º LC: (sentencia 58/2015, de 23 de febrero; 387/2016, de 8 de junio).

f) Fianza:

- La garantía prestada con carácter contextual al préstamo, en principio, no tiene carácter gratuito: la prueba de la existencia de un beneficio patrimonial excluye el perjuicio: art. 71.2 LC: (sentencia 294/2015, de 3 de junio; 289/2015, de 2 de junio).
- Gratuita: presunción *iuris et de iure* de perjuicio: art. 71.2 LC: (sentencia 193/2014, de 21 de abril)

g) Dividendos: el acuerdo de distribución y los pagos en ejecución son actos jurídicos distintos: la compensación que supuso la ejecución del acuerdo operó simultáneamente con la cancelación del crédito por la cantidad concurrente: (sentencia 199/2015, de 17 de abril).

h) Reconocimiento de deuda y ampliación de garantía hipotecaria por obligaciones preexistentes otorgada por una sociedad del grupo por deuda de otra sociedad del grupo sin recibir nada a cambio la hipotecante no deudora: acto dispositivo a título gratuito: art. 71.3.2º LC: (sentencia 401/2014, de 21 de julio).

i) Dación en pago: efectos rescisión: el bien retorna a la masa y el acreedor vuelve a ser titular del crédito como crédito concursal: art. 73 LC: (sentencia 175/2014, de 9 de abril).

j) Ampliación de garantía hipotecaria contextual a la ampliación del crédito: pagos realizados con cargo a imposición a plazo fijo para satisfacer

obligaciones derivadas de pólizas de descuento: compensaciones para la ejecución de la garantía financiera: el perjuicio o fraude de acreedores se añade a los requisitos generales de la rescisión concursal: art. 15.5 RDL 5/2005: (sentencia 105/2015, de 10 de marzo).

k) Prenda en garantía de deuda de persona jurídica especialmente relacionada: irretroactividad de las normas: art. 15.5 RDL 5/2005: (sentencia 451/2014, de 4 de septiembre).

l) Operaciones de reestructuración y refinanciación no protegidas por la DA 4ª y art. 71.bis LC: prueba de la inexistencia de perjuicio: art. 71.3 LC: (sentencia 636/2014, de 9 de julio).

m) Hipoteca constituida por nuda propietaria no deudora: presunción de perjuicio derivada de acto a título gratuito: art. 71.2 LC: (sentencia 791/2010, de 13 de diciembre).

n) Modificaciones estructurales: escisión parcial: no cabe ejercitar una acción rescisoria concursal que afectara solo a la transmisión de los inmuebles y dejara incólume la escisión: el restrictivo régimen legal de impugnación previsto en el art. 47 LME afecta a la rescisión concursal: art. 73.1 LC: (sentencia pleno 682/2016, de 21 de noviembre).

o) Sustitución de reservas de dominio por hipotecas inmobiliarias: efectos de la rescisión: rehabilitación de la reserva de dominio: art. 73 LC: (sentencia 654/2016, de 4 de noviembre).

p) Pagos efectuados a favor de administrador social: remuneraciones no previstas en los estatutos: pago de dividendos en sociedad con pérdidas: distinguir entre rescisión del acuerdo y rescisión del pago: restitución de lo cobrado: art. 73.1 LC: (sentencia 428/2014, de 24 de julio).

q) Compraventa de fincas por precio inferior al de mercado: operación perjudicial para la vendedora concursada y sus acreedores y beneficiosa para la sociedad compradora: mala fe del adquirente: crédito subordinado de la compradora: art. 73.3 LC: (sentencia 662/2010, de 27 de octubre).

r) Mala fe en el adquirente: subordinación de su crédito: la discrecionalidad judicial no permite mitigar el rigor de la sanción de subordinación: art. 73.3 LC: (sentencia 723/2012, de 7 de diciembre).

s) Fraude de acreedores: fundamento para el ejercicio de diversas acciones: posibilidad de acumulación a la acción rescisoria concursal: (sentencia 575/2015, de 3 de noviembre; pleno 245/2013, de 18 de abril).

t) Acuerdo de reparto de dividendos con cargo a reservas voluntarias: infracción de las normas de protección del patrimonio social y su correspondencia con el capital social: (sentencia 631/2014, de 1 de noviembre).

u) Garantías pignoraticias: operación de crédito que permite el anticipo del nominal de unos pagarés al servicio de una operación compleja de venta de participaciones sociales: no es un acto ordinario de la actividad del deudor realizado en condiciones normales: art. 71.5 LC: (sentencia 41/2015, de 17 de febrero).

v) Préstamo hipotecario:

a) Condiciones inusuales: brevedad del plazo de devolución: hipoteca sobre la totalidad de los inmuebles: desproporción entre el valor de los bienes y el importe del préstamo: (sentencia 211/2016, de 5 de abril).

b) Aplicación de la presunción de perjuicio patrimonial: art. 71.2 LC: (sentencia de pleno 548/2010, de 16 de septiembre).

w) Abuso de derecho: la solicitud voluntaria de la declaración de concurso y la acción rescisoria iban dirigidas exclusivamente a la rescisión de la hipoteca: (sentencia 490/2015, de 15 de septiembre).

x) Efectos:

a) restitución de las prestaciones con los frutos e intereses: entrega de pagaré como medio de pago: restitución de los efectos en caso de impago de los pagarés: (sentencia 341/2015, de 25 de junio).

b) Hipoteca: extinción de la garantía y cancelación registral: no afecta a la vigencia y eficacia del préstamo (sentencia 100/2014, de 30 de abril).

11.10. <u>Efectos de la declaración de concurso.</u>

11.10.1**. Ejercicio acción directa del subcontratista frente al contratista declarado en concurso**: art. 1597 CC: (rec. 433/2014; sentencia 756/2013, de 11 de diciembre):

a) La acción del subcontratista contra el dueño de la obra cede a favor de la masa activa del concurso del contratista si no se ha ejercitado antes de la declaración del concurso: (sentencia 322/2013, de 21 de mayo; 756/2013, de 11 de diciembre; 62/2014, de 25 de febrero; 397/2016, de 14 de junio).

b) Cesión de créditos mediante factoring sin recurso anterior al concurso: la acción directa posterior a la declaración de concurso no puede prosperar porque el crédito del contratista frente al dueño la obra fue cedido antes del concurso: efectos de la cesión: separación: art. 80 LC (sentencia 62/2014, de 25 de febrero).

a) **Compensación: art. 58 LC (recurso 1862/2014):**

a) Liquidación IVA por rectificación de facturas después de la declaración de concurso: modificación de la base imponible del impuesto que queda fuera de la prohibición de compensación: (sentencia 46/2013, de 18 de febrero).

b) Derivada de la liquidación de una misma relación contractual: (sentencia de pleno 405/2013, de 21 de junio; 428/2014, de 24 de julio; 188/2014, de 15 de abril).

c) Reducción del IVA soportado por facturas impagadas y rectificadas: tales deducciones están fuera de la prohibición de compensación: (sentencia 486/2013, de 22 de julio).

11.11. <u>Impugnación inventario y lista acreedores:</u>

a) Legitimación sociedad concursada: art. 96.2 LC: (sentencia 430/2014, de 24 de julio).

b) Contrato arrendamiento financiero: (recurso 17/2014)

c) Aplicación privilegio general a pluralidad acreedores instantes concurso: criterio de distribución interna proporcional: art. 91.7º LC (sentencias 492/2009, de 22 de junio; 708/2015, de 21 de diciembre)

d) Créditos por sanciones derivadas incumplimientos laborales anteriores a la declaración de concurso: clasificación atendiendo al momento en que se produjo el hecho infractor: art. 84.2.5º y 10º LC: (sentencia 253/2011 bis, de 5 de abril).

e) Créditos tributarios: recargos de apremio: (sentencias 1231/2008, de 21 de enero de 2009; pleno 589/2009, de 20 de septiembre)

f) Intereses y recargos por impago cuotas SS devengadas con posterioridad a la declaración de concurso: créditos contra la masa: art. 84.2.5º LC: (sentencias 273/2014, de 4 de junio; 268/2014, de 2 de junio; 512/2013, de 29 de julio).

g) Créditos concursales: art. 91.4º LC (sentencia 491/2009, de 29 de junio).

h) Créditos subordinados: art. 92 LC:

i) Recargos por falta de ingreso deudas SS: art. 92.4º LC: (sentencia 1232/2008, de 21 de enero de 2009).

j) Socio: adquisición de la condición de socio al tiempo del nacimiento del crédito: art. 93.2.3º LC: (sentencia 276/2015, de 28 de mayo).

k) Créditos SS: cálculo privilegio general art. 91.4º LC: exclusión de la base de cálculo de los créditos de los artículos 90, 91.2º y 92 LC: (sentencia 1232/2008, de 21 de enero).

l) Contrato de leasing: cuotas devengadas e impagadas después declaración concurso: crédito con privilegio especial: art. 90.1.4º LC: (sentencia 140/2014, de 24 de marzo; 652/2014, de 12 de noviembre; 647/2016, de 2 de noviembre)

m) Prenda sobre créditos futuros: art. 90.1.6º LC: privilegio especial siempre que al tiempo de la declaración de concurso ya se hubiera celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente de los créditos futuros pignorados (sentencia 186/2016, de 18 de marzo)

n) Persona especialmente relacionada con el deudor: art. 93 LC:

- concepto de grupo de empresas: momento temporal: nacimiento crédito: art. 93.2.3º LC: (sentencia 134/2016, de 4 de marzo).
- Administrador de hecho: art. 93.2 LC: (sentencia 739/2014, de 29 de diciembre; 421/2015, de 22 de julio de 2015).
- enumeración taxativa y cerrada: art. 93.1 LC: (sentencia 294/2015, de 3 de junio).
- Socio único: art. 93.2.1º LC: (sentencia 199/2015, de 17 de abril)

o) Solicitud de inclusión de contrato con obligaciones recíprocas: excepción *non adimpleti contractus*: no cabe su oposición: art. 61.2 LC: (sentencia 760/2012, de 18 de diciembre).

p) Créditos en los que el acreedor disfruta de fianza de terceros: limitación del alcance de la existencia de la relación que degrada la calificación del crédito a solo cuando éste lo ostenta el fiador y no cuando lo hace valer el acreedor afianzado frente al concursado: art. 87.6 LC: (sentencia 939/2011, de 22 de diciembre).

q) Devolución de préstamos reembolsables a los Ministerios de Ciencia y de Industria e Innovación: art. 91.4º LC: (sentencia 472/2013, de 16 de julio).

r) Derramas o cuotas de urbanización devengadas antes declaración de concurso: créditos concursales con privilegio especial: art. 90.1.1º LC: (sentencia 379/2014, de 15 de julio).

s) Cuotas por contrato de leasing posteriores a la declaración de concurso: criterio de la reciprocidad e incumplimiento por ambas partes: art. 61.1 LC crédito con privilegio especial: art. 61.2 LC crédito contra la masa: (sentencia 145/2014, de 25 de marzo)

t) Crédito refaccionario de buque:

- solicitud de inscripción posterior a la confección del informe: art. 90.1.3º LC: (sentencia 261/2015, de 21 de mayo).
- Caducidad de la anotación preventiva: art. 90.2 LC: (sentencia 207/2014, de 22 de abril).

u) Crédito contingente:

- litigioso: crédito cuya existencia haya sido cuestionada en un procedimiento judicial: art. 87.3 LC: (sentencia 548/2016, de 20 de septiembre).
- Crédito contra el fiador solidario declarado en concurso: art. 87.3 LC: contingente mientras no conste la existencia de cuotas impagadas: (sentencia 361/2014, 8 de julio).

v) Crédito contra la masa: la impugnación de la lista de acreedores viene referida a la inclusión o exclusión de créditos concursales: no está justificada la impugnación basada en la inclusión o exclusión de un crédito contra la masa: art. 96.3 LC: (sentencia 123/2014, de 17 de marzo).

w) Contrato de arrendamiento: no procede incluir la fianza cuando el contrato había sido resuelto con anterioridad a la declaración de concurso: (sentencia 188/2014, de 15 de abril).

x) Inclusión de créditos no comunicados: posibilidad de ser incluidos en la lista por el juez al resolver la impugnación: (sentencia de pleno 316/2011, de 13 de mayo).

y) Créditos públicos: el ejercicio por parte de SEPI de las funciones que le encomienda la ley no puede suponer la calificación de dicho organismo como administrador de hecho a efecto de subordinación de sus créditos: (sentencia 224/2016, de 8 de abril).

z) Permuta de finca urbana por obra nueva: crédito con privilegio especial: art. 90.1.4º y 2 LC: (sentencia 66/2015, de 24 de febrero).

aa) Retenciones IRPF: practicadas con anterioridad a la declaración de concurso: créditos concursales: privilegio general: art. 91.2 LC: (sentencia 10/2011, de 31 de enero).

bb) Crédito tributario derivado de sanción impuesta después de la declaración de concurso por infracción anterior: crédito concursal: art. 84.2.10º LC: (sentencia 55/2011, de 23 de febrero).

cc) Créditos derivados de contratos de permuta financiera: no generan obligaciones recíprocas entre las partes: inaplicación RDL 5/2005: créditos concursales: (sentencia de pleno 630/2015, de 18 de noviembre; pleno 629/2015, de 17 de noviembre).

dd) Promesa de compra y opción de venta: Afinsa: derecho al cobro del precio mínimo convenido por la recompra: crédito concursal cuando hubiera cumplido el término del contrato: crédito contingente si estuviera pendiente de cumplimiento el término del contrato: (sentencia 611/2015, de 19 de noviembre).

ee) Contrato de descuento: cantidades cobradas por la entidad a los clientes: crédito contra la masa: cantidades correspondientes a los efectos impagados: crédito concursal: cantidades cobradas por la entidad: no procede su devolución: (sentencia 920/2011, de 19 de diciembre).

ff) Efecto preclusivo de la falta de impugnación: no cabe extenderlo a las personas incluidas por la AC en la relación de deudores: art. 97.1 LC: (sentencia 563/2010, de 28 de septiembre).

gg) Créditos no concurrentes: la falta de reconocimiento no extingue el crédito: (sentencia 655/2016, de 4 de noviembre).

hh) Modificación lista acreedores: límite temporal: art. 97.bis.1: (sentencia 652/2016, de 4 de noviembre (rec. 519/2014).

ii) Posibilidad de que el concursado reclame a terceros un crédito no incluido en el inventario de la masa activa: art. 76.1 LC: (sentencia 475/2015, de 11 de septiembre).

jj) Modificación textos definitivos: no es el cauce para pedir la inclusión de créditos de forma extemporánea: art. 97.bis LC: (sentencia 335/2016, de 20 de mayo)

11.12. <u>Convenio:</u>

a) Propuesta anticipada de convenio: contenidos alternativos: régimen transitorio RDL 11/2014, de 15 de septiembre: superación de los límites cuando sea necesaria para el cumplimiento del convenio con los recursos que genere la actividad empresarial: autorización motivada en la sentencia que resuelva sobre la aprobación del convenio: art. 100 y 104.2 LC: (sentencia 188/2016, de 18 de marzo)

b) Propuesta de convenio: contenido: acreedores subordinados: (sentencia 50/2013, de 19 de febrero).

c) Créditos generados en la fase de convenio: art. 84.2.5º LC: hasta L 38/2011 concursales, después contra la masa (sentencia 720/2012, de 4 de diciembre).

d) Impugnación: art. 128 LC: doble condición de AC-acreedor: límites al contenido del convenio: art. 100 LC: (sentencia 180/2012, de 28 de marzo; 185/2012, de 28 de marzo).

e) Incumplimiento: art. 140 LC:

- Basta el impago al tiempo de interponerse la demanda de un crédito exigible: el pago posterior por sí solo no enerva la acción: art. 140 LC: (sentencia 449/2014, de 4 de septiembre).
- Validez de la cláusula que supedita el pago de los aplazamientos convenidos a la comunicación por los acreedores de la cuenta en la que deben realizarse las trasferencias: presunción de renuncia para el caso de que no lo hagan en el plazo de tres meses: art. 129.1 LC: (sentencia 228/2016, de 8 de abril).

f) Efectos sobre el contrato de compraventa de vivienda sobre plano: (sentencia 434/2015, de 23 de julio).

g) Eficacia novatoria convenio: art. 136 LC (recurso 153/2011; sentencias 147/2015, de 26 de marzo). Pérdida sobrevenida de objeto.

h) Efectos convenio sobre la garantía Ley 57/68: art. 135.2 LC: (STS 23-7-15) El comprador sujeto a convenio puede perfectamente dirigirse frente al avalista.

11.13. Liquidación:

a) Reclamación de crédito no incluido en el plan de liquidación: (sentencia 475/2015, de 11 de septiembre).

b) Realización de bien hipotecado con subsistencia de gravamen: no cabe acordar la cancelación del gravamen: art. 155.3 LC: Plan de liquidación: no puede obviar los derechos del acreedor hipotecario: art. 148 LC: (sentencia 491/2013, de 23 de julio).

11.14. Administradores concursales:

a) Responsabilidad: legitimación de los acreedores: art. 36.1 LC: (sentencia 669/2013, de 11 de noviembre).

b) Reducción de honorarios: art. 34.4 LC: (sentencia 459/2016, de 5 de julio).

11.15. Acción de responsabilidad contra socios y auditores de la sociedad concursada: Interrupción de la prescripción: art. 60 LC: (sentencia 737/2014, de 22 de diciembre).

11.16. Conclusión del concurso: art. 176 LC:

a) La falta de referencia a las futuras reclamaciones de terceros no impide la conclusión por falta de masa: (sentencia 592/2014, de 4 de noviembre).

b) Pérdida sobrevenida de objeto:

- Resolución de contrato arrendamiento en interés concurso: art. 61.2 LC (recursos 2694/2014, 196/2014).
- Créditos Junta de Compensación: art. 90 y 91 LC (recurso 1457/2013)

c) Costas. Desistimiento:

- por desaparición sobrevenida del interés casacional por jurisprudencia que interpreta el art. 176.bis.2 LC (recurso 1519/2014, 2296/2014).

- por error (recurso 2908/2013, 206/2014).
- derecho masa concurso al cobro de las costas: minuta detallada: art. 184 LC: (rec. 802/2013).

## II. ANEXO CON EXTRACTOS DE SENTENCIAS DICTADAS EN PROCEDIMIENTOS DE TUTELA CIVIL DE DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1. Materias relevantes

En este apartado se ofrece una relación de las sentencias más relevantes de los últimos años, agrupadas por materias y con indicación de los problemas jurídicos que tratan. En el segundo documento de estas Jornadas consta la recopilación de los pasajes más relevantes de dichas sentencias que, debido a su extensión, no se ha incluido en este apartado. No obstante, sí se incluyen en él citas literales de algunas sentencias que tratan cuestiones de especial relevancia en la fase de admisión.

#### 1.1. Protección de datos de carácter personal y derecho al honor. Inclusión de datos personales en el registro de morosos

**Sentencia núm. 68/2016, de 16 de febrero. Casación 2573/2014.** Protección de Datos de Carácter Personal. Vulneración ilegítima del derecho al honor de los clientes por la indebida inclusión de sus datos personales en el registro de morosos

*La normativa sobre protección de datos de carácter personal solo es aplicable a las personas físicas.*

*La vulneración del derecho al honor producida por la indebida inclusión de los datos de carácter personal de las personas físicas en un "registro de morosos".*

**Sentencia núm. 453/2015, de 16 de julio. Casación 242/2014.** Demanda de protección del honor por inclusión en registro de morosos.

*Caducidad. Demanda interpuesta pasados más de cuatro años desde la cancelación de los datos incluidos en el registro de morosos.*

**Sentencia núm. 452/2015, de 16 de julio Casación e infracción procesal614/2014.**Derecho al honor. Inclusión de datos personales en un registro de morosos.

*Plazo de caducidad. Reclamaciones judiciales y extrajudiciales hechas al demandante por los acreedores. Existencia de una apariencia razonable de deuda. No utilización de medios vejatorios en la reclamación de la deuda. Inexistencia de vulneración aunque finalmente el demandante resultó no ser el deudor.*

#### 1.2. Derecho al olvido digital

**Sentencia núm. 210/2016, de 5 de abril. Casación e infracción procesal 3269/2014.** Derecho al olvido digital.

*Necesidad de realizar una ponderación entre el ejercicio de la libertad de información consistente en que los datos sobre la concesión de indultos puedan encontrarse a través de un buscador como Google, y el respeto a los derechos de la personalidad, fundamentalmente el derecho a la intimidad personal y familiar pero también el derecho al honor cuando la información versa sobre el indulto de la condena por la comisión de un delito que afecta negativamente a la reputación del afectado, para decidir cuál debe prevalecer a la vista de las circunstancias concurrentes.*

**Sentencia núm. 545/2015, de 15 de octubre. Casación 2772/2013.** Derecho al olvido digital.

*Caducidad de la acción*. *Derecho al olvido digital. Digitalización de hemeroteca sin utilizar códigos ni instrucciones que impidan la indexación de los datos personales vinculados a informaciones obsoletas sobre hechos pretéritos que afecten a la reputación y la vida privada de los implicados en tales informaciones.*

### 1.3. Derecho al honor, libertad de información y libertad de expresión

**Sentencia núm. 701/2016, de 24 de noviembre. Casación 85/2015.** Valoración de los actos propios conforme al art. 2.1 de la LO 1/1982.

Comentarios y expresiones objetivamente ofensivos en programas de televisión de espectáculo o entretenimiento. Inexistencia de intromisión ilegítima porque la propia demandante difundía aspectos extravagantes o escabrosos de su vida, ciertos o no, para poder intervenir en los programas cobrando por ello.

**Sentencia núm. 641/2016, de 26 de octubre. Casación 3434/2015.** Derecho al honor. Efecto exculpatorio derivado del “ius retorquendi”.

**Sentencia núm. 618/2016, de 10 de octubre. Casación 1980/2014.** Conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor. La rectificación del medio no elimina la intromisión ilegítima en el honor del demandante causada por la inicial información, esencialmente errónea. La publicación de la sentencia

**Sentencia núm. 617/2016, de 10 de octubre Casación 1919/2014.**Conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor. Veracidad y reportaje neutral.

**Sentencia núm. 613/2016, de 7 de octubre Casación 2699/2014**

Honor y libertades de expresión e información**.** Únicamente cuando no resulte posible distinguir entre información y opinión puede prescindirse de su distinción. Las personas que desempeñan un cargo público tienen ciertamente el derecho a defenderse de las críticas, pero también el deber de soportarlas incluso aunque sean pertinaces y las consideren infundadas.

**Sentencia núm. 544/2016, de 14 de septiembre. Casación 947/2015.** Libertad de expresión y de crítica a través del humor irónico o sarcástico y específicamente de la caricatura.

**Sentencia núm. 534/2016, de 14 de septiembre Casación 94/2015.** La ponderación entre el derecho al honor y la libertad de expresión.

**Sentencia núm. 408/2016, de 15 de junio. Casación e infracción procesal1894/2014.** Las personas jurídicas de Derecho público no son titulares del derecho al honor que garantiza el artículo 18.1 de la Constitución Española

**Sentencia núm. 259/2016, de 20 de abril. Casación 1075/2015.** La libertad de expresión en el contexto de una investigación histórica y de los hechos investigados.

**Sentencia núm. 601/2015, de 5 de noviembre. Casación 613/2014.** Improcedencia de amparar en el derecho fundamental a la libertad de expresión un pretendido derecho al insulto.

**Sentencia núm. 797/2013, de 3 de enero de 2014. Casación 1921/2010.** Derecho al honor de las personas jurídicas de derecho privado.

**Sentencia núm. 619/2011, de 14 de septiembre. Casación 1431/2007.** La marca constituida por título nobiliario. Acciones por intromisión ilegítima en el ámbito protegido por el artículo 2 de la Ley 1/1982. El artículo 7, apartado 6, de la Ley 1/1982 no permite atribuir al derecho sobre el título nobiliario la condición de fundamental. Derecho al nombre.

**Sentencia 377/2011, de 31 mayo. Casación e infracción procesal47/2009**

Conflicto entre el derecho al honor del recurrido en su vertiente de derecho al prestigio profesional y la libertad de expresión del recurrente cuando esta se ejercita en el marco del derecho de defensa. Ponderación entre ambos derechos. Prevalencia del derecho a la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa.

### 1.4. Derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen

**Sentencia núm. 661/2016, de 10 de noviembre. Casación 3318/2014.** Conflicto entre el derecho fundamental a la libertad de información y los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen.

**Sentencia núm. 414/2016, de 20 de junio. Casación 2593/2013.** Utilización del nombre y la fotografía del artista fallecido para publicitar una exposición de sus obras. Legitimación para la defensa de la memoria del difunto. No inclusión en su ámbito de los derechos estrictamente patrimoniales a la imagen.

**Sentencia núm. 266/2016, de 21 de abril. Casación 12/2014.** Revocación del consentimiento para la difusión de las imágenes. Existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen.

**Sentencia núm. 220/2014, de 7 de mayo. Casación e infracción procesal 1978/2011.** Protección del derecho a la propia imagen contenida en unas fotografías incorporadas a un libro. Límites al derecho a la propia imagen.

**Sentencia núm. 96/2013, de 18 de febrero. Casación 438/2011.** La ponderación entre la libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen. Especial referencia a los menores.

**Sentencia 754/2008, de 22 de julio. Casación 2047/2001.** Derecho a la imagen. Autonomía del derecho a la imagen. La lesión del contenido patrimonial no queda amparada por el art. 18.1. CE. Necesidad de distinguir entre el derecho fundamental a la imagen y los contratos de explotación comercial.

### 1.5. Derecho fundamental de asociación

**Sentencia núm. 78/2016, de 18 de febrero. Recurso de infracción procesal 1666/2014.** Demanda de protección jurisdiccional del derecho fundamental de asociación frente a asociación privada de carácter religioso. Competencia de la jurisdicción civil.

**Sentencia núm. 292/2015, de 20 de mayo. Casación 1913/2013.** Derecho de asociación: acuerdo de expulsión y libertad de expresión del socio.

**Sentencia núm. 61/2013, de 5 de febrero. Casación 1407/2010.** Derecho de asociación

**Sentencia núm. 551/2010, de 20 de diciembre. Casación e infracción procesal 439/2007.** Derecho de asociación. Límites

### 1.6. Cuantía de la indemnización

**Sentencia núm. 521/2016, de 21 de julio. Casación 3084/2014.** Indemnización: respeto en Casación a la cantidad fijada en la instancia. Artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010

### 1.7. Caducidad y extinción de la acción

**Sentencia núm. 453/2015, de 16 de julio. Casación 242/2014**. Caducidad. Demanda interpuesta pasados más de cuatro años desde la cancelación de los datos incluidos en el registro de morosos.

**Sentencia núm. 452/2015, de 16 de julio Casación e infracción procesal 614/2014.** Reclamaciones judiciales y extrajudiciales hechas al demandante por los acreedores.

**Sentencia núm. 285/2009, de 29 de abril. Casación 325/2006**. Honor. Caducidad y extinción de la acción: Acción penal y acción civil derivada de unos mismos hechos. La acción penal por delito privado se extingue por el ejercicio de la acción civil, pero no a la inversa; sin embargo, la acción civil fundada en la LO 1/82 caduca a los cuatro años aunque haya actuaciones penales pendientes por los mismos hechos; si la sentencia penal acaba siendo condenatoria y el perjudicado se ha reservado la acción civil para ejercitarla por separado, ésta no será ya la de la LO 1/82 sino la derivada del delito o falta, aunque para fijar la indemnización se tengan en cuenta los criterios de dicha ley orgánica.

### 1.8. Recurso de casación. Requisitos exigibles de precisión en la delimitación de la infracción legal cometida, respeto a la base fáctica sentada en la instancia y cita de la doctrina jurisprudencial relevante

**Sentencia núm. 581/2016, de 30 de septiembre. Casación 1494/2015**

«1.- El recurso de casación no cumple los requisitos exigibles de precisión en la delimitación de la infracción legal cometida, respeto a la base fáctica sentada en la instancia, y cita de la doctrina jurisprudencial relevante.

»No se sabe con exactitud en qué consiste la intromisión en el honor que se denuncia, puesto que el recurso hace referencias a cuestiones intrascendentes a estos efectos, como es si el wahabismo es o no mayoritario en Arabia Saudi, si es una versión radical y ultraconservadora del Islam, o si la intención del canal «Córdoba Internacional TV» es expandir el wahabismo al resto del mundo o a un ámbito territorial más reducido. Se trata de afirmaciones completamente irrelevantes para enjuiciar si ha existido intromisión en el derecho al honor. Además, cuestionar que la Audiencia Provincial afirme que el canal de televisión está inspirado por una corriente

ultraconservadora y radical del Islam, el wahabismo, a la vez que se reconoce que el canal defiende una visión puritana y legalista en materia de fe y prácticas religiosas, se revela como inconsistente, puesto que, como afirma la Audiencia, se trata de términos situados en el mismo plano conceptual.

»Tampoco alcanza a comprenderse, porque el recurso no es claro, si lo que los recurrentes consideran inveraz y atentatorio al honor es la afirmación de que el demandante sea wahabí, y también lo sea la inspiración religiosa de su cadena de televisión, que el wahabismo sea una versión ultraconservadora y radical del Islam, o la vinculación entre el wahabismo y Al Qaeda y los atentados del 11-S.

»2.- El recurso parte de bases fácticas diferentes de las sentadas en la instancia, con lo que incurre en petición de principio. Mientras que la Audiencia Provincial valora detalladamente las pruebas que sustentan la afirmación de que los autores del reportaje emplearon la diligencia profesional exigible para asegurarse de la veracidad de afirmaciones tales como que el demandante, Sr. Alfawzan, es wahabí y que es este credo religioso el que inspira la cadena de televisión «Córdoba Internacional TV», que dicha corriente religiosa «estuvo detrás de Al Qaeda y de los atentados del 11-S», por cuanto que dicha organización terrorista es también de inspiración wahabí, y algunos de los autores de los atentados del 11-S en Nueva York también lo eran, el recurso afirma que no existió tal comprobación y que esos datos son inveraces.

»Es cierto que esta sala ha matizado la doctrina sobre la improcedencia de alterar las conclusiones probatorias en el recurso de casación cuando este se interpone contra sentencias dictadas en procesos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. En diversas sentencias hemos afirmado que en estos casos, esta sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados (sentencia 311/2013, de 8 de mayo, con cita de otras anteriores). Pero no es admisible que el recurrente, para justificar la existencia de la vulneración, se aparte inmotivadamente de las conclusiones probatorias alcanzadas en la instancia sobre hechos concretos, y que han sido argumentadas en la sentencia recurrida, o lo haga con alegaciones tan inconsistentes como que no es posible saber si los terroristas del 11-S eran wahabíes porque todos sucumbieron en los atentados.

»3.- Por último, la cita y reproducción indiscriminada de sentencias de esta sala en cuestiones completamente ajenas a la que era objeto del recurso, como son las que se refieren a derechos de la personalidad distintos del derecho al honor, único que podía considerarse vulnerado de acuerdo con lo expuesto en la demanda, o las que se refieren a la vulneración del prestigio profesional, a la prensa rosa y los famosos o a la afectación del honor del imputado o acusado, no respeta la exigencia de seriedad y rigor en la formulación del recurso de casación».

### 1.9. Matización de la doctrina sobre la improcedencia de alterar las conclusiones probatorias en el recurso de casación cuando este se interpone contra sentencias dictadas en procesos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales

**Sentencia núm. 620/2016, de 10 de octubre. Casación 2472/2014.** Valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados

«Es reiterada doctrina de esta sala que cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, como ocurre en el caso examinado con el derecho al honor y la libertad de información, esta sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados (SSTS, entre otras, de 7 de diciembre de 2005, 27 de febrero de 2007, 18 de julio de 2007, Rec. 5623/2000, 25 de febrero de 2008, Rec. 395/2001, 2 de junio de 2009, Rec. 2622/2005 y 15 de noviembre de 2010, Rec. 194/2008).

»Este criterio se admite, entre otras resoluciones, por la STC 100/2009, de 27 de abril de 2009, la cual, anulando el ATS de 24 de mayo de 2005, Rec. 2766/2001, declara (FJ 6), entre otros extremos, que «la falta de veracidad de la información (en el sentido que corresponde a este término, cuando se enjuicia la constitucionalidad del ejercicio del derecho de información) y el carácter vejatorio o no de las opiniones emitidas por el autor de los artículos periodísticos son cuestiones de estricto carácter jurídico, vinculadas a la ponderación sustantiva de los derechos fundamentales en conflicto».

»Descartada la inadmisión de plano, resulta obvio que este principio de no aceptación incondicional no puede impedir a esta sala aceptar la concreta fijación de los hechos efectuada en la sentencia recurrida ni verse obligada a realizar una nueva valoración de la prueba en su conjunto para proponer una nueva calificación sobre la base de dicha revisión.

»Como recuerda la reciente Sentencia 171/2016, de 17 de marzo, aunque en la resolución de un recurso de casación que afecte a derechos fundamentales no se puede considerar como cuestión probatoria la valoración que, sobre la afectación de tales derechos, haya realizado el tribunal a quo, y esta sala asume siempre una tarea de calificación jurídica en cuanto a los extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos que se afirman vulnerados, sin embargo ello «no puede llevar a desvirtuar la naturaleza del recurso de casación, solicitando del Tribunal Supremo que se corrija la concreta fijación de los hechos efectuada en la sentencia recurrida o que se realice una nueva valoración de la prueba en su conjunto».

»En atención a estas premisas y tras el examen de la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, que se acepta en la medida en que son fruto de un juicio de valoración probatoria lógico, racional y adecuado, y según la cual «no consta que la demandada acudiera a dichos medios, ni que publicara los artículos a que hace referencia la parte actora en la demanda, habiendo quedado acreditado que nada tiene que ver con los que obran en los documentos número 2, 3 y 4; sin que se haya logrado siquiera localizar el del documento número 2»; y respecto al documento unido como documento número 5, «tampoco consta que sea un artículo efectuado tras una entrevista con la demandada, en donde ella haya comunicado expresamente a la redactora los datos que se reflejan en el mismo», «es decir, no consta acreditado que la divulgación de ese dato, lo haya sido con el conocimiento y consentimiento de la demandada», procede concluir que no se ha acreditado que la demandada fuera la autora de las publicaciones que la demandante considera lesivas para su derecho al honor, extremo que conduce a negar cualquier intromisión en su derecho al honor y a la consecuente desestimación del recurso de casación».

**Sentencia núm. 581/2016, de 30 de septiembre. Casación 1494/2015 (**vid. supra)

## 1.10. Infracción procesal.

**-** Carga de la prueba en materia de derechos fundamentales y valoración de la prueba. **Sentencia 518/2012**, de 24 de julio. Casación e infracción procesal 280/2010.

«A) El principio sobre reparto de la carga de la prueba regulado en el artículo 217 de la LEC es aplicable en aquellos casos en los cuales el tribunal, no obstante llegar, explícita o implícitamente, a la conclusión de la inexistencia de prueba sobre los hechos, hace recaer las consecuencias de dicha falta sobre la parte a quien no correspondía efectuar dicha prueba (SSTS 31 de enero de 2007, RC n.º 937/2000, 29 de abril de 2009, RC n.º 1259/2006, 8 de julio de 2009, RC n.º 13/2004).

»En materia de derechos fundamentales, cuando existen indicios de la vulneración de un derecho fundamental, la carga de la prueba se desplaza hacia la parte demandada. Así, el Tribunal Constitucional desde la doctrina fijada en su STC 38/1981, de 23 de noviembre, señala en STC 17/2003 de 30 de enero, en el ámbito laboral, que « […] el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse (SSTC 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero, y 30/2002, de 11 de febrero). Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental del trabajador».

»El desplazamiento de la prueba hacia la parte demandada ha sido corroborado también por el TEDH en materia de Derechos Fundamentales en la Sentencia de 7 de mayo de 2002 (caso McVicar contra Reino Unido) al señalar que «[…] el Tribunal considera que el requisito de que el demandante [ante el TEDH, demandado en el procedimiento de origen] probase que las afirmaciones expuestas en el artículo fuesen sustancialmente verdaderas con la mayor probabilidad, constituye una restricción justificada de la libertad de expresión conforme al artículo 10.2 del Convenio con el fin de proteger la reputación y los derechos del señor C».

Del mismo modo, este Tribunal, en STS de 5 de marzo de 2002 (RC núm. 2196/2008) señaló en un proceso cuyo objeto era la protección civil del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito del propio domicilio, que «la interpretación del art. 217 LEC debe acomodarse, conforme al art. 10.2 de la Constitución, al Convenio de Roma de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales según viene siendo interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) [...]» y que si « conforme al apdo. 7 del art. 217 LEC no puede exigirse a ningún litigante una prueba que vaya más allá de cualquier posibilidad razonable, menos aún podrá exigírsele cuando con ello se menoscabe o dificulte la tutela de un derecho fundamental hasta el punto de dejarle indefenso [...]».

»B) La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal cuando por ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, esta no supera el test de la racionabilidad constitucionalmente exigible

para respetar el derecho la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE y en tal caso habrá de plantearse a través del artículo 469.1.4.º LEC, como vulneración del artículo 24.1 CE, por incurrirse en error de hecho manifiesto, irracionalidad o arbitrariedad (SSTS de 18 de junio de 2006, RC n.º 2506/2004, 8 de julio de 2009, RC n.º 693/2005, 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006, 17 de diciembre de 2009, RC n.º 1960/2005 y 7 de junio de 2010, RIP n.º 782/2006). En defecto de todo ello la valoración de la prueba es función de la instancia (SSTS de 27 de mayo de 2007, RC n. º 2613/2000, 24 de septiembre de 2007, RC n. º 4030/2000, 15 de abril de 2008, RC n. º 424/2001 y 29 de enero de 2010, RC n. º 2318/2005).

En todo caso, esta doctrina se matiza cuando de derechos fundamentales se trata, pues también es doctrina de esta Sala que cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, como ocurre en el caso examinado, esta Sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados (SSTS, entre otras, de 7 de diciembre de 2005, 27 de febrero de 2007, 18 de julio de 2007, RC n.º 5623/2000, 25 de febrero de 2008, RC n.º 395/2001, 2 de junio de 2009, RC n.º 2622/2005, 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006 y 15 de noviembre de 2010, RC n.º 194/2008).

»Sin embargo, este principio no puede llevar a desvirtuar la naturaleza del recurso de casación, solicitando del Tribunal Supremo que corrija la concreta fijación de los hechos efectuada en la sentencia recurrida o que realice una nueva valoración de la prueba en su conjunto, o proponiendo una calificación que hace supuesto de dicha revisión. En consecuencia, al examinar el recurso de casación interpuesto debemos verificar las valoraciones realizadas por la sentencia recurrida para la apreciación de la posible existencia de una vulneración del derecho fundamental alegado por la recurrente, pero no podemos prescindir de los hechos concretos de carácter objetivo que aquélla considera probados».

**-** Competencia de la jurisdicción civil. **Sentencia núm. 78/2016,** de 18 de febrero. Recurso de infracción procesal 1666/2014. Demanda de protección jurisdiccional del derecho fundamental de asociación frente a asociación privada de carácter religioso. Competencia de la jurisdicción civil.

## 2. Índice de sentencias citadas

### 2.1. Sentencia núm. 701/2016, de 24 de noviembre. Casación 85/2015

*Comentarios y expresiones objetivamente ofensivos en programas de televisión de espectáculo o entretenimiento. Inexistencia de intromisión ilegítima porque la propia demandante difundía aspectos extravagantes o escabrosos de su vida, ciertos o no, para poder intervenir en los programas cobrando por ello. Valoración de los actos propios conforme al art. 2.1 de la LO 1/1982.*

### 2.2. Sentencia núm. 661/2016, de 10 de noviembre. Casación 3318/2014

*Conflicto entre el derecho fundamental a la libertad de información y los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen*

### 2.3. Sentencia núm. 641/2016, de 26 de octubre. Casación 3434/2015

*Derecho al honor. Efecto exculpatorio derivado del "ius retorquendi"*

**2.4. Sentencia núm. 620/2016, de 10 de octubre. Casación 2472/2014**

*Valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados*

**2.5. Sentencia núm. 618/2016, de 10 de octubre. Casación 1980/2014**
*Libertad de información y derecho al honor.*

**2.6. Sentencia núm. 617/2016, de 10 de octubre. Casación 1919/2014**

*Conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor. Veracidad y reportaje neutral.*

*Ponderación del derecho al honor y la libertad de información***.**

**2.7. Sentencia núm. 613/2016, de 7 de octubre. Casación 2699/2014**
*Honor y libertades de expresión e información. Imputaciones realizadas en distintas ruedas de prensa por un cargo público. Existencia de intromisión ilegítima porque el contexto polémico, por críticas anteriores de la asociación demandante al cargo público demandado, no justifica una réplica de este imputando a la asociación demandante unos hechos no veraces que la desprestigian gravemente por ser absolutamente opuestos a sus fines y a su propia razón de ser.*

***2.8.*** **Sentencia núm. 581/2016, de 30 de septiembre Casación 1494/2015**

*Recurso de casación, requisitos exigibles de precisión.*

**2.9. Sentencia núm. 544/2016, de 14 de septiembre. Casación 947/2015.**

*Libertad de expresión y de crítica a través del humor irónico o sarcástico y específicamente de la caricatura.*

**2.10. Sentencia núm. 534/2016, de 14 de septiembre Casación 94/2015**
*La ponderación entre el derecho al honor y la libertad de expresión.*

**2.11. Sentencia núm. 521/2016, de 21 de julio. Casación 3084/2014**
*Indemnización: respeto en casación a la cantidad fijada en la instancia. Artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010*

**2.12. Sentencia núm. 453/2015, de 16 de julio. Casación 242/2014**

*Demanda de protección del honor por inclusión en registro de morosos. Caducidad. Demanda interpuesta pasados más de cuatro años desde la cancelación de los datos incluidos en el registro de morosos.*

### 2.13. Sentencia núm. 452/2015, de 16 de julio casación e infracción procesal 614/2014

*Derecho al honor. Inclusión de datos personales en un registro de morosos. Plazo de caducidad. Reclamaciones judiciales y extrajudiciales hechas al demandante por los acreedores. Existencia de una apariencia razonable de deuda. No utilización de medios vejatorios en la reclamación de la deuda. Inexistencia de vulneración aunque finalmente el demandante resultó no ser el deudor.*

### 2.14. Sentencia núm. 414/2016, de 20 de junio. Casación 2593/2013.

*Utilización del nombre y la fotografía del artista fallecido para publicitar una exposición de sus obras. Legitimación para la defensa de la memoria del difunto. No inclusión en su ámbito de los derechos estrictamente patrimoniales a la imagen*

### 2.15. Sentencia núm. 408/2016, de 15 de junio. Casación e infracción procesal 1894/2014

*Doctrina jurisprudencial: Las personas jurídicas de Derecho público no son titulares del derecho al honor que garantiza el artículo 18.1 de la Constitución Española.*

### 2.16. Sentencia núm. 266/2016, de 21 de abril. Casación 12/2014

*Revocación del consentimiento para la difusión de las imágenes y reiteración de la revocación. Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor, dado el total conocimiento por la modelo del destino y finalidad de las imágenes. Existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen por haberse difundido y comercializado las fotografías después de la revocación del consentimiento y de la reiteración de la revocación.*
*Derecho fundamental de la recurrente a la propia imagen.*

### 2.17. Sentencia núm. 259/2016, de 20 de abril. Casación 1075/2015.

*Inexistencia de intromisión ilegítima en el testimonio de la codemandada que empleó la palabra «chaquetero», al quedar amparado por la libertad de expresión en el contexto de una investigación histórica y de los hechos investigados.*

### 2.18. Sentencia núm. 210/2016, de 5 de abril. Casación e infracción procesal 3269/2014

*Derecho al olvido digital. Legitimación pasiva de la filial española de la empresa titular del buscador Google. El tratamiento de los datos personales vinculados con la concesión de un indulto en un buscador generalista de Internet deja de ser lícito una vez transcurrido un plazo razonable desde que se ha concedido el*

*indulto si el afectado ejercita su derecho de oposición. Necesidad de realizar una ponderación entre el ejercicio de la libertad de información consistente en que los datos sobre la concesión de indultos puedan encontrarse a través de un buscador como Google, y el respeto a los derechos de la personalidad, fundamentalmente el derecho a la intimidad personal y familiar pero también el derecho al honor cuando la información versa sobre el indulto de la condena por la comisión de un delito que afecta negativamente a la reputación del afectado, para decidir cuál debe prevalecer a la vista de las circunstancias concurrentes.*

### 2.19. Sentencia núm. 78/2016, de 18 de febrero. Recurso infracción procesal 1666/2014

*Demanda de protección jurisdiccional del derecho fundamental de asociación frente a asociación privada de carácter religioso. Competencia de la jurisdicción civil.*
*El principio de exclusividad de la jurisdicción estatal.*

### 2.20. Sentencia núm. 68/2016, de 16 de febrero. Casación 2573/2014

*La normativa sobre protección de datos de carácter personal solo es aplicable a las personas físicas.*

### 2.21. Sentencia núm. 601/2015, de 5 de noviembre. Casación 613/2014

*Improcedencia de amparar en el derecho fundamental a la libertad de expresión un pretendido derecho al insulto*.

### 2.22. Sentencia núm. 545/2015, de 15 de octubre. Casación 2772/2013

*Caducidad de la acción*. *Derecho al olvido digital. Digitalización de hemeroteca sin utilizar códigos ni instrucciones que impidan la indexación de los datos personales vinculados a informaciones obsoletas sobre hechos pretéritos que afecten a la reputación y la vida privada de los implicados en tales informaciones.*

### 2.23. Sentencia núm. 292/2015, de 20 de mayo. Casación 1913/2013

*Derecho de asociación: acuerdo de expulsión y libertad de expresión del socio. Ámbito de la potestad judicial para enjuiciar dichos acuerdos. La base de razonabilidad como control de legalidad. Doctrina jurisprudencial aplicable*.

### 2.24. Sentencia núm. 220/2014, de 7 de mayo. Casación e infracción procesal 1978/2011

*Protección del derecho a la propia imagen contenida en unas fotografías incorporadas a un libro relacionado con la vida del hermano de los demandantes. Límites al derecho a la propia imagen.*

**2.25. Sentencia 518/2012, de 24 de julio. Casación e infracción procesal 280/2010**

*Carga de la prueba en materia de derechos fundamentales y valoración de la prueba.*

**2.26. Sentencia 96/2013, de 18 de febrero. Casación 438/2011**

*La ponderación entre la libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen. Especial referencia a los menores.*

**2.27. Sentencia núm. 61/2013, de 5 de febrero. Casación 1407/2010**

*Derecho de asociación.*

**2.28. Sentencia núm. 551/2010, de 20 de diciembre. Casación e infracción procesal 439/2007**

*Derecho de asociación*

**2.29. Sentencia núm. 285/2009, de 29 de abril. Casación 325/2006**

*Honor, caducidad y extinción de la acción: Acción penal y acción civil derivada de unos mismos hechos. La acción penal por delito privado se extingue por el ejercicio de la acción civil, pero no a la inversa; sin embargo la acción civil fundada en la LO 1/82 caduca a los cuatro años aunque haya actuaciones penales pendientes por los mismos hechos; si la sentencia penal acaba siendo condenatoria y el perjudicado se ha reservado la acción civil para ejercitarla por separado, ésta no será ya la de la LO 1/82 sino la derivada del delito o falta, aunque para fijar la indemnización se tengan en cuenta los criterios de dicha ley orgánica.*

**2.30. Sentencia 754/2008, de 22 de julio. Casación 2047/2001**

*Derecho a la imagen. Autonomía del derecho a la imagen. La lesión del contenido patrimonial no queda amparada por el art. 18.1. CE. Necesidad de distinguir entre el derecho fundamental a la imagen y los contratos de explotación comercial.*

---

## 3. Pasajes más relevantes de las sentencias citadas

### 3.1. Sentencia núm. 701/2016, de 24 de noviembre. Casación 85/2015

*Comentarios y expresiones objetivamente ofensivos en programas de televisión de espectáculo o entretenimiento. Inexistencia de intromisión ilegítima porque la propia demandante difundía aspectos extravagantes o escabrosos de su vida, ciertos o no, para poder intervenir en los programas cobrando por ello. Valoración de los actos propios conforme al art. 2.1 de la LO 1/1982.*

2.ª) El art. 2.1 de la LO 1/1982, tras establecer que «[l]a protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales», añade que esto será «atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantengan cada persona reservado para sí misma o su familia».

3.ª) La jurisprudencia, por su parte, ha declarado que incluso en los programas televisivos de crónica social, espectáculo o entretenimiento de tono más agresivo, socialmente tolerados, las expresiones objetivamente insultantes u ofensivas pueden ser constitutivas de intromisión ilegítima en el derecho al honor (p. ej. sentencias 92/2015, de 26 de febrero, y 497/2015, de 15 de septiembre), pero también que, de acuerdo con una concepción programática del lenguaje, prevalece la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la opinión que se pretende comunicar o con la situación en que tiene lugar la crítica, experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables (p.ej. sentencias 657/2014, de 14 de noviembre, y 554/2014, de 20 de octubre).

4.ª) El presente caso se caracteriza porque la demandante que ahora impetra la protección de su derecho al honor adoptó en la época de los hechos enjuiciados pautas de comportamiento muy peculiares, consistentes en reportajes escandalosos o subidos de tono, en unión de otros personajes del mismo mundillo televisivo, que le abrían camino para sus participaciones directas en otros programas, en general retribuidas, hasta culminar con el programa en el que se sometió a la denominada prueba del polígrafo, caracterizada por preguntas comprometidas, previamente conocidas por quien se somete a la prueba, que en el caso de la demandante versaron precisamente sobre las cuestiones que, según ella, afectan a su honor.

5.ª) De lo anterior se desprende que, cualquiera que sea la opinión que merezca este género televisivo, quien voluntariamente se presta a participar en él, en el caso de la demandante mediante retribución, generando polémica para así lograr su aparición en programas sucesivos gracias a pautas de comportamiento extravagantes o escandalosas, no puede pretender que se proteja su honor frente a expresiones objetivamente ofensivas o insultantes de los guionistas, presentadores y colaboradores de estos programas que a su vez alimentaban la polémica y propiciaban, o podían propiciar, nuevas apariciones de la demandante en televisión.

6.ª) En definitiva, en los hechos enjuiciados no hubo intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante sino una especie de juego mutuamente aceptado en el que la demandante, por sus propios actos y mediante retribución, aceptaba que sus apariciones extravagantes, escandalosas o subidas de tono tuvieran como contrapartida una respuesta en forma de expresiones objetivamente insultantes u ofensivas pero no constitutivas de intromisión ilegítima por el contexto en el que se pronunciaron y porque, a diferencia del caso de la STC 208/2013, la demandante no adolecía de ninguna afectación de su capacidad de decisión.

## 3.2. Sentencia núm. 661/2016, de 10 de noviembre. Casación 3318/2014

*Conflicto entre el derecho fundamental a la libertad de información y los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen*

Art. 18.1 de la Constitución en relación con los arts. 20.1 y 120.1.

Víctima de un episodio de violencia de género

No se discute el interés de la información cuestionada ni el derecho de la cadena televisiva demandada a emitir imágenes grabadas durante el acto del juicio oral de la causa penal. El único punto controvertido es si la identificación de la demandante como víctima de los delitos enjuiciados en dicha causa penal, mediante primeros planos de su rostro y la mención de su nombre de pila y lugar de residencia, estaba también comprendida en el derecho fundamental de la cadena de televisión demandada a transmitir información veraz o, por el contrario, quedaba limitada por los derechos fundamentales de la demandante a su intimidad personal y a su propia imagen.

1) Respecto de esta cuestión la jurisprudencia ha reconocido el interés general y la relevancia pública de la información sobre causas penales (sentencia 547/2011, de 20 de julio), que se acentúan en los casos de maltrato físico y psicológico (sentencias 128/2011, de 1 de marzo, y 547/2011, de 20 de julio), pero también ha puntualizado, en cuanto a la identificación de las personas que intervienen en el juicio, que el acusado y la víctima no se encuentran en un plano de igualdad, pues en cuanto a aquel sí cabe una identificación completa, y no solo por sus iniciales, debido a la naturaleza y trascendencia social de los delitos de malos tratos (sentencia 547/2011, de 20 de julio).

2) Precisamente en relación con las actuaciones y procedimientos sobre violencia de género, el art. 63 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece una protección reforzada de la intimidad de las víctimas, «en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia» (apdo.1), facultando a los jueces para «acordar, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas» (apdo.2).

3) La circunstancia de que en el presente caso el órgano judicial no acordara esas medidas y la demandante hoy recurrente tampoco las solicitara, ni por sí misma ni mediante su abogado, omisiones que la sentencia recurrida considera relevantes para no apreciar una intromisión ilegítima en la intimidad y la imagen de la recurrente, no puede entenderse como una habilitación incondicionada a los medios que los eximiera de agotar la diligencia debida en el tratamiento de la información ponderando el daño que podían infligir a la víctima mediante la llamada «victimización secundaria», que en este caso consistió en superponer al daño directamente causado por el delito el derivado de la exposición pública de su imagen y su intimidad al declarar en el acto del juicio oral.

4) En definitiva, la cadena de televisión demandada debió actuar con la prudencia del profesional diligente y evitar la emisión de imágenes que representaban a la recurrente en primer plano, bien absteniéndose de emitir las correspondientes tomas, bien utilizando procedimientos técnicos para difuminar sus rasgos e impedir su reconocimiento (sentencia 311/2013, de 8 de mayo). De igual modo, también debió evitar la mención de su nombre de pila, porque este dato, insuficiente por sí solo para constituir intromisión ilegítima, pasó a ser relevante al pronunciarse en pantalla simultáneamente con la imagen de la demandante y añadirse la mención de su localidad de residencia, datos todos ellos innecesarios para la esencia del contenido de la información, como demuestran las noticias sobre el mismo juicio publicadas al día siguiente en otros medios.

5) La identificación de la demandante mediante su imagen y los datos personales indicados y su directa vinculación con un episodio de violencia de género y otros delitos graves, cuando era previsible la revelación simultánea o posterior de datos referidos a cómo se conocieron la víctima y su agresor y a la forma en que sucedieron los hechos delictivos, supone que la pérdida del anonimato vulnerase tanto el derecho de la demandante a su propia imagen, por la emisión de sus rasgos físicos, como su intimidad personal y familiar, en la medida en que unos datos reservados, pertenecientes a su vida privada (que acudió a Internet para iniciar una relación o el contenido íntimo de algunas de sus charlas), carentes de entidad ofensiva en una situación de anonimato, pasaron a tenerla desde el momento en que cualquier persona que viera esos programas informativos y que residiera en la localidad de la víctima podía saber a quién se referían, de modo que al daño psicológico inherente a su condición de víctima de los delitos se sumó el daño moral consistente en que se conocieran datos de su vida privada que no había consentido hacer públicos.

## 3.3. Sentencia núm. 641/2016, de 26 de octubre. Casación 3434/2015

*Derecho al honor. Efecto exculpatorio derivado del "ius retorquendi"*

La ponderación judicial de los derechos en colisión ha sido realizada de acuerdo con el valor que corresponde a cada uno de ellos: honor, información y expresión, no sin reconocer -sentencia TC 15 de octubre 2001- que el art. 20.1 CE no garantiza un *"ius retorquendi*" ilimitado (STC 134/1999, de 15 de julio, y las allí citadas) que consista en replicar al juicio que otros hayan formulado sobre nuestra persona recurriendo al insulto; esto es, a expresiones formal y patentemente injuriosas y, además, innecesarias.

Manifestaciones en tertulias y prensa rosa.

Las expresiones utilizadas se deben valorar en un contexto de discusión o contienda con declaraciones cruzadas, propiciadas por desencuentros anteriores, que tiene como marco de expresión tertulias o prensa rosa y los usos relacionados con ello, y que alcanza un nivel alto de tensión de similar contenido que encuentra justificación como vía adecuada para el ejercicio del derecho a la réplica, pues, en definitiva, no tiene como finalidad ofender, sino reaccionar contra la ofensa recibida, lo que tiene como efecto que la libertad de información y expresión primen frente al derecho al honor del recurrente, que se debilita indudablemente.

Ambas partes hicieron partícipes de sus desavenencias a los medios de comunicación en los que se expresaron de una forma libre, siendo en este contexto en el que se debe de apreciar el carácter ofensivo, insultante o vejatorio de las palabras o términos empleados de forma similar por uno y otro, y lo que no es posible es buscar luego el amparo judicial en una verdadera instrumentalización de los tribunales de justicia "por quienes se sienten ofendidos a consecuencia de haber sido ellos mismos ofensores", con evidente riesgo de banalización o desvalorización de los derechos fundamentales.

## 3.4. Sentencia núm. 620/2016, de 10 de octubre. Casación 2472/2014

### *Valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados*

Es reiterada doctrina de esta sala que cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, como ocurre en el caso examinado con el derecho al honor y la libertad de información, esta sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados (SSTS, entre otras, de 7 de diciembre de 2005, 27 de febrero de 2007, 18 de julio de 2007, Rec. 5623/2000, 25 de febrero de 2008, Rec. 395/2001, 2 de junio de 2009, Rec. 2622/2005 y 15 de noviembre de 2010, Rec. 194/2008).

Este criterio se admite, entre otras resoluciones, por la STC 100/2009, de 27 de abril de 2009, la cual, anulando el ATS de 24 de mayo de 2005, Rec. 2766/2001, declara (FJ 6), entre otros extremos, que «la falta de veracidad de la información (en el sentido que corresponde a este término, cuando se enjuicia la constitucionalidad del ejercicio del derecho de información) y el carácter vejatorio o no de las opiniones emitidas por el autor de los artículos periodísticos son cuestiones de estricto carácter jurídico, vinculadas a la ponderación sustantiva de los derechos fundamentales en conflicto».

Descartada la inadmisión de plano, resulta obvio que este principio de no aceptación incondicional no puede impedir a esta sala aceptar la concreta fijación de los hechos efectuada en la sentencia recurrida ni verse obligada a realizar una nueva valoración de la prueba en su conjunto para proponer una nueva calificación sobre la base de dicha revisión.

Como recuerda la reciente Sentencia 171/2016, de 17 de marzo, aunque en la resolución de un recurso de casación que afecte a derechos fundamentales no se puede considerar como cuestión probatoria la valoración que, sobre la afectación de tales derechos, haya realizado el tribunal *a quo,* y esta sala asume siempre una tarea de calificación jurídica en cuanto a los extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos que se afirman vulnerados, sin embargo ello «no puede llevar a desvirtuar la naturaleza del recurso de casación, solicitando del Tribunal Supremo que se corrija la concreta fijación de los hechos efectuada en la sentencia recurrida o que se realice una nueva valoración de la prueba en su conjunto».

En atención a estas premisas y tras el examen de la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, que se acepta en la medida en que son fruto de un juicio de valoración probatoria lógico, racional y adecuado, y según la cual «no consta que la demandada acudiera a dichos medios, ni que publicara los artículos a que hace referencia la parte actora en la demanda, habiendo quedado acreditado que nada tiene que ver con los que obran en los documentos número 2, 3 y 4; sin que se haya logrado siquiera localizar el del documento número 2»; y respecto al documento unido como documento número 5, «tampoco consta que sea un artículo efectuado tras una entrevista con la demandada, en donde ella haya comunicado expresamente a la redactora los datos que se reflejan en el mismo», «es decir, no consta acreditado que la divulgación de ese dato, lo haya sido con el conocimiento y consentimiento de la demandada», procede concluir que no se ha acreditado que la demandada fuera la autora de las publicaciones que la demandante considera lesivas para su derecho al honor, extremo que conduce a negar cualquier intromisión en su derecho al honor y a la consecuente desestimación del recurso de casación.

## 3.5. Sentencia núm. 618/2016, de 10 de octubre. Casación 1980/2014

*Libertad de información y derecho al honor*

**1.** Es doctrina reiterada de este Tribunal, recogida en la más reciente sentencia de 8 de mayo de 2015, Rec. 21/2013, que para que pueda mantenerse en el caso concreto la preeminencia de la libertad de información sobre el derecho al honor resulta preciso no solo que la información se refiera a asuntos de relevancia pública o interés general y que se prescinda en su comunicación de expresiones injuriosas o vejatorias y, por tanto, innecesarias, requisitos cuya concurrencia no se discute, sino también que la información sea veraz.

Sobre este requisito de veracidad la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta sala (SSTS de 2 de diciembre de 2013, Rec. 547/2010, 15 de enero de 2014, Rec. 897/2010, 24 de febrero de 2014, Rec. 229/2011, y 30 de julio de 2014, Rec. 2773/2012, y SSTC 6/1988, 105/1990, 171/1990, 172/1990, 143/1991, 197/1991, 40/1992, 85/1992, 240/1992 y 1/2005) declaran que la regla constitucional de la veracidad de la información no va dirigida tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en la información cuanto a negar la garantía o protección constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente, lo que ha de entenderse sin perjuicio de que su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado. En consecuencia, por veracidad ha de entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada.

También declara la doctrina constitucional que la diligencia exigible a un profesional de la información no puede precisarse a priori y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate, por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso (STC 1/2005, FJ 3, con cita de las SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7, y 136/2004, de 13 de julio, FJ 3). A este respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido algunos criterios que deben tenerse en cuenta para el cumplimiento de este requisito constitucional (los cuales han sido reiterados por la jurisprudencia de esta Sala Primera, por ejemplo, en SSTS de 13 de marzo de 2012, Rec.137/2010, y 30 de julio de 2014, Rec. 2773/2012) a fin de apreciar si la diligencia empleada por el informador es suficiente a efectos de entender cumplido el requisito constitucional de la veracidad. Así, en primer lugar se ha dicho que el nivel de diligencia exigible adquirirá su máxima intensidad cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere (SSTC 240/1992, 178/1993, 28/1996 y 192/1999 entre otras). De igual modo deberá valorarse la trascendencia de la información, que puede exigir un mayor cuidado en su contraste (SSTC 219/1992 y 240/1992). La condición pública o privada de la persona cuyo honor queda afectado será también una cuestión que deberá tenerse en consideración, pues los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación ni proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en

asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidas a personajes públicos (SSTC 171/1990, 173/1995 y 28/1996). También debe valorarse, a efectos de comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es constitucionalmente exigible, cuál sea el objeto de la información, pues no es lo mismo la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia que la transmisión neutra de manifestaciones de otro (STC 28/1996). Existen, por lo demás, otros muchos criterios que pueden ser de utilidad a estos efectos, como son, entre otros, aquellos a los que alude la STC 240/1992 y reitera la STC 28/1996: el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc. Finalmente, se ha dicho por el Tribunal Constitucional que «la intención de quien informa no es un canon de la veracidad, sino su diligencia, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio sobre la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo y su forma pueden resultar lesivos del honor de un tercero» (STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 6).

De esta doctrina se colige que lo que mediante este requisito se está exigiendo al profesional de la información es «una actuación razonable en la comprobación de la veracidad de los hechos que expone para no defraudar el derecho de todos a recibir una información veraz» (SSTC 240/1992, 28/1996 y 192/1999).

Llegados a este punto, debe precisarse que la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta sala han apreciado la existencia de intromisión ilegítima en el honor en casos de informaciones no debidamente contrastadas que comportaban una falsa imputación penal y, en particular en casos de publicación de fotografías erróneas ilustrando una noticia. Así, este Tribunal en sentencias de 11 de diciembre de 2003, Rec. 451/1998 y 21 de febrero de 2011, Rec. 715/2008 razonó que «el error de identificación en que se incurrió en la exposición gráfica de la noticia, que constituye el objeto del debate, alcanza, en este caso, significación suficiente para entender quebrantado su carácter de información veraz sobre este particular, al interrelacionarse la equivocada fotografía integrada en el artículo con el contenido escrito de la información para formar un todo, pues fue omitida la obligación de comprobar o contrastar la veracidad de dicha información gráfica, y ha habido negligencia o irresponsabilidad al facilitarla, sin la debida comprobación, como hecho cierto, con el efecto de que su divulgación supone sin duda menosprecio o descrédito en la consideración de la persona del actor». Y en la más reciente de 30 de septiembre de 2014, Rec. 2579/2012, apreció la vulneración del derecho al honor por considerar que «debe coincidirse con el demandante en que asociar erróneamente su rostro, rasgo distintivo de su persona, con una información sobre hechos infamantes, supuso un menosprecio o descrédito en la propia consideración de su persona por el demandante».

**2.** Sobre el error admisible, esta sala en reciente sentencia de 5 de mayo de 2015, Rec. 1667/2013, ha declarado que «La veracidad que exige el art. 20.1.d de la Constitución no queda excluida por la utilización de expresiones aisladas desafortunadas, los errores circunstanciales o las inexactitudes que no afectan a la esencia de lo informado. No es exigible una veracidad entendida como una exactitud absoluta y plena, ha de atenderse a la esencia de los hechos, y dentro del ámbito de protección que otorga dicho derecho fundamental caben errores o desviaciones que no alteren la verdad esencial de las afirmaciones».

**3.** La rectificación del medio no elimina la intromisión ilegítima en el honor del demandante causada por la inicial información, esencialmente errónea. Con relación a la incidencia del derecho de rectificación a que se refiere la Ley Orgánica 2/84, de 26 de marzo, la STS de 23 de enero de 2014, Rec. 1986/2011, declara nuevamente –citando la de 5 de julio de 2004, Rec. 245/2000– que el hecho de que el periódico publicara la rectificación solicitada por el demandante «no elimina la intromisión ilegítima, porque como declararon las sentencias del Tribunal Constitucional 40/92 y 52/96 el ejercicio del derecho de rectificación no suplanta la

acción de protección del derecho al honor, aunque pueda influir en la cuantía de la indemnización, y ambas acciones son por tanto compatibles».

*La publicación de la sentencia*

El art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su redacción anterior a la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, que es la aplicable a este caso dada la fecha de la publicación de la noticia (2008), conforme a criterio de esta sala (STS 31 de octubre de 2014, Rec. 1099/2012 y 29 de abril de 2014, Rec. 2357/2011), dispone que «La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados».

Sobre la idoneidad de la publicación de la sentencia a los fines a los que dicha medida aparece preordenada, es doctrina reiterada de esta sala (STS 31-10-2014, Rec. 1099/2012, 10-7-2014, Rec. 106/2012 y 21 de enero de 2013, Rec. 26/2009, entre las más recientes) que corresponde a la víctima de la intromisión ilegítima en los derechos fundamentales la petición de que se proceda a la difusión de la sentencia (STS de 16 de febrero de 1999, Rec. 1519/1995), y que el órgano jurisdiccional ante el que se formula la petición debe atender a las circunstancias concretas de cada caso (STS de 29 de abril de 2009 Rec. 977/2003) y habrá de valorar si la difusión de la sentencia es ajustada a la proporcionalidad del daño causado (SSTS de 16 de octubre de 2009, Rec. 1279/2006, con cita de otra de 30 de noviembre de 1999).

La atención a las circunstancias concretas de cada caso ha llevado a este Tribunal a afirmar que basta, por lo general, con la publicación del encabezamiento y del fallo, especialmente si se trata de publicaciones impresas (SSTS, entre otras, de 25 de febrero de 2009, Rec. 2535/2004 y 9 de julio de 2009, Rec. 2292/2005), que la publicación íntegra de la sentencia puede ser innecesaria y excesiva si «supera aquella finalidad reparadora del derecho lesionado» (STS de 16 de octubre de 2009, Rec. 1279/2006 y de 30 de noviembre de 1999, Rec. 848/1995) y, en la más reciente sentencia de 22 de mayo de 2015, Rec. 1993/2013, que «una vez satisfechos los daños morales en términos indemnizatorios, se cubre su satisfacción en sede de publicidad con el encabezamiento y parte dispositiva de la sentencia, pues sería desproporcionada por su extensión la íntegra publicación de ella».

De la aplicación de la precedente doctrina al caso de autos, se sigue que la publicación de la sentencia, a la vista de la gravedad que revisten los hechos, es una medida eficaz y proporcionada al daño ocasionado, con la que se consigue una más completa reparación del perjudicado al exponer a la opinión pública la tutela que la ley concede frente a las intromisiones ilegítimas en la propia imagen, si bien, la indemnización ya concedida por daños morales aconseja, en orden a la reparación del lesionado y siguiendo un criterio de proporcionalidad, que esta publicación se limite al encabezamiento y fallo de la sentencia y no al texto íntegro.

### 3.6. Sentencia núm. 617/2016, de 10 de octubre. Casación 1919/2014

*Conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor. Veracidad y reportaje neutral.*

*Ponderación del derecho al honor y la libertad de información.*

La ponderación de los derechos en liza, según criterio asentado por esta sala, debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública ( STC 68/2008; SSTS 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, Rec. 2313/1997, 19 de julio de 2004, Rec. 5106/2000, y 6 de julio de 2009, Rec. 906/2006*),* pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso.

Como recuerdan las SSTS 472/2014, de 12 de enero de 2015 (Rec 1912/2012) y 378/2015, de 7 de julio (Rec 2050/2013) que reiteran la doctrina de esta sala, la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, como resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007 y 29/2009, FJ 5). Faltaría esa diligencia cuando se transmiten como hechos verdaderos simples rumores carentes de constatación o meras invenciones.

Por otro lado, la veracidad de la información se matiza en los supuestos de reportaje neutral. El Tribunal Constitucional en su sentencia 139/2007, (FJ 11 –que, por su parte, remite a las SSTC 53/2006 FJ 8, 54/2004, FJ 7 y 76/2002, FJ 4–) ha declarado que, para que pueda hablarse de reportaje neutral, han de concurrir los siguientes requisitos:

a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTC 41/1994, FJ 4, y 52/1996*,* FJ 5). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones (STC 190/1996*,* FJ 4 b).

b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994*,* FJ 4). De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998*,* FJ 5). En el cumplimiento de ambos requisitos, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido: en estos casos, el medio ha de quedar exonerado de responsabilidad.

Esta sala ha tenido ocasión además de señalar que «el reportaje neutral o información neutral exige la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de lo transcrito, a fin de evitar que el reportaje neutro sirva indebidamente a la divulgación de simples rumores o insidias. Resultaría absurdo que, con el pretexto de tratarse de un "reportaje neutral", se pudiera difundir –reproduciéndola– una información sobre la que existe constancia de que supone una intromisión ilegítima en el ámbito de protección de un derecho fundamental» (STS 18-02-2009 Rec. 1803/2004)*.*

La transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, porque, como viene reiterando el Tribunal Constitucional, la Constitución no reconoce un hipotético derecho al insulto (SSTC 112/2000, de 5 de mayo; 99/2002, de 6 de mayo; 181/2006, de 19 de junio; 9/2007, de 15 de

enero; 139/2007, de 4 de junio y 56/2008, de 14 de abril , y SSTS 18 de febrero de 2009, Rec. 1803/2004, 17 de junio de 2009, Rec.  2185/2006).

## 3.7. Sentencia núm. 613/2016, de 7 de octubre. Casación 2699/2014

*Honor y libertades de expresión e información. Imputaciones realizadas en distintas ruedas de prensa por un cargo público. Existencia de intromisión ilegítima porque el contexto polémico, por críticas anteriores de la asociación demandante al cargo público demandado, no justifica una réplica de este imputando a la asociación demandante unos hechos no veraces que la desprestigian gravemente por ser absolutamente opuestos a sus fines y a su propia razón de ser.*

1.ª) Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y a la jurisprudencia de esta sala, únicamente cuando no resulte posible distinguir entre información y opinión puede prescindirse de su distinción, de forma que, cuando en un mismo texto o en unas mismas declaraciones se mezclen imputaciones de hechos y valoraciones o expresiones críticas y sea posible su tratamiento por separado, procederá hacerlo, fundamentalmente por el requisito de que la información sea veraz (SSTC 107/1988, 105/1990 y 216/2013 y sentencias de esta sala 594/2015, de 11 de noviembre, y 69/2016, de 16 de febrero, entre otras).

2ª) Las personas que desempeñan un cargo público tienen ciertamente el derecho a defenderse de las críticas, pero también el deber de soportarlas incluso aunque sean pertinaces y las consideren infundadas. Como dice la sentencia de esta sala 923/2001, de 11 de octubre, la crítica a personas públicas «permite una mayor flexibilidad en su valoración por la trascendencia del tema para la sociedad, por las circunstancias varias que con una u otra intensidad suelen concurrir en el debate político y porque los ciudadanos saben distinguir perfectamente el ámbito en que se producen de otros en los que no sería el mismo el nivel de comprensión y tolerancia». Más recientemente, la sentencia 591/2015, de 23 de octubre, destaca el especial peso de la libertad de expresión en la crítica a quienes desempeñen un cargo público y la sentencia 417/2016, de 20 de junio, considera amparada por la libertad de expresión la crítica a la acción de gobierno incluso cuando se realice de modo desabrido.

3.ª) No es acertada, pues, la equiparación entre la asociación demandante y el cargo público demandado en que parece fundarse la sentencia recurrida, porque pertenece a la propia esencia de una asociación ecologista velar por una correcta gestión pública del medio ambiente.

4.ª) Tampoco es acertado considerar que el predominio de la opinión o la crítica en unas declaraciones justifica cualesquiera imputaciones de hechos. Como dice la sentencia de esta sala 508/2016, de 20 de julio, que un artículo periodístico sea de opinión «no significa que lo publicado quede amparado por la libertad de expresión si a la persona criticada se la descalifica atribuyéndole sin ningún tipo de fundamento conductas socialmente reprochables que podrían llegar a ser constitutivas de infracción penal». Y es que, como en infinidad de ocasiones han advertido el Tribunal Constitucional y esta sala, es muy frecuente que las opiniones se sustenten en hechos, lo que implica una exigencia de veracidad respecto de los mismos cuando puedan desacreditar a la persona criticada.

5.ª) En el presente caso las declaraciones del demandado, que por su cargo público tenía una especial facilidad para acceder a los medios de comunicación, mezclaron expresiones críticas hacia la asociación demandante (entorpecimiento de la administración local, falta de vergüenza, decir «burradas» y «sandeces») con imputaciones a la misma asociación de hechos objetivamente muy graves en cuanto frontal y radicalmente contrarios a sus fines, a su propia razón de ser, como recibir ayudas económicas de un partido político, y también de Marruecos para no denunciar los vertidos procedentes de este país, o no destinar una

subvención pública de 400.000 euros a su estricta finalidad sino al propio provecho de la asociación, hechos que, en definitiva, venían a sustentar a su vez la imputación de que las denuncias de esta asociación respondían a intereses espurios.

6.ª) En consecuencia, se produjo una intromisión ilegítima en el honor de la asociación demandante porque el demandado, amparándose en su libertad de expresión, ni siquiera ha intentado probar la veracidad de los hechos imputados a la asociación demandante.

## 3.8. Sentencia núm. 581/2016, de 30 de septiembre Casación 1494/2015

*Recurso de casación, requisitos exigibles de precisión.*

**1.-** El recurso de casación no cumple los requisitos exigibles de precisión en la delimitación de la infracción legal cometida, respeto a la base fáctica sentada en la instancia, y cita de la doctrina jurisprudencial relevante.

No se sabe con exactitud en qué consiste la intromisión en el honor que se denuncia, puesto que el recurso hace referencias a cuestiones intrascendentes a estos efectos, como es si el wahabismo es o no mayoritario en Arabia Saudi, si es una versión radical y ultraconservadora del Islam, o si la intención del canal «Córdoba Internacional TV» es expandir el wahabismo al resto del mundo o a un ámbito territorial más reducido. Se trata de afirmaciones completamente irrelevantes para enjuiciar si ha existido intromisión en el derecho al honor. Además, cuestionar que la Audiencia Provincial afirme que el canal de televisión está inspirado por una corriente ultraconservadora y radical del Islam, el wahabismo, a la vez que se reconoce que el canal defiende una visión puritana y legalista en materia de fe y prácticas religiosas, se revela como inconsistente, puesto que, como afirma la Audiencia, se trata de términos situados en el mismo plano conceptual.

Tampoco alcanza a comprenderse, porque el recurso no es claro, si lo que los recurrentes consideran inveraz y atentatorio al honor es la afirmación de que el demandante sea wahabí, y también lo sea la inspiración religiosa de su cadena de televisión, que el wahabismo sea una versión ultraconservadora y radical del Islam, o la vinculación entre el wahabismo y Al Qaeda y los atentados del 11-S.

**2.-** El recurso parte de bases fácticas diferentes de las sentadas en la instancia, con lo que incurre en petición de principio. Mientras que la Audiencia Provincial valora detalladamente las pruebas que sustentan la afirmación de que los autores del reportaje emplearon la diligencia profesional exigible para asegurarse de la veracidad de afirmaciones tales como que el demandante, Sr. [X], es wahabí y que es este credo religioso el que inspira la cadena de televisión «Córdoba Internacional TV», que dicha corriente religiosa «estuvo detrás de Al Qaeda y de los atentados del 11-S», por cuanto que dicha organización terrorista es también de inspiración wahabí, y algunos de los autores de los atentados del 11-S en Nueva York también lo eran, el recurso afirma que no existió tal comprobación y que esos datos son inveraces.

Es cierto que esta sala ha matizado la doctrina sobre la improcedencia de alterar las conclusiones probatorias en el recurso de casación cuando este se interpone contra sentencias dictadas en procesos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. En diversas sentencias hemos afirmado que en estos casos, esta sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados (sentencia 311/2013, de 8 de mayo, con cita de otras anteriores). Pero no es admisible que el recurrente, para justificar la existencia de la vulneración, se aparte inmotivadamente de las conclusiones probatorias alcanzadas en la instancia sobre hechos concretos, y que han sido argumentadas en la sentencia recurrida, o lo haga con alegaciones tan inconsistentes como que no es posible saber si los terroristas del 11-S eran wahabíes porque todos sucumbieron en los atentados.

**3.-** Por último, la cita y reproducción indiscriminada de sentencias de esta sala en cuestiones completamente ajenas a la que era objeto del recurso, como son las que se refieren a derechos de la personalidad distintos del derecho al honor, único que podía considerarse vulnerado de acuerdo con lo expuesto en la demanda, o las que se refieren a la vulneración del prestigio

profesional, a la prensa rosa y los famosos o a la afectación del honor del imputado o acusado, no respeta la exigencia de seriedad y rigor en la formulación del recurso de casación.

## 3.9. Sentencia núm. 544/2016, de 14 de septiembre. Casación 947/2015.

*Libertad de expresión y de crítica a través del humor irónico o sarcástico y específicamente de la caricatura.*

Como recuerda el Ministerio Fiscal, la sentencia de esta sala de 7 de marzo de 2006 declaró atentatorio a la propia imagen de la demandante un fotomontaje de su rostro y el cuerpo semidesnudo de otra mujer en una revista de tono jocoso, señalando que «que el fotomontaje publicado no es más que una manipulación de la imagen de una persona conocida para excitar la curiosidad malsana de los potenciales lectores de la revista, puesto que se aprovechaba el rostro de aquélla para, en definitiva, ofrecerla públicamente de un modo habitualmente preservado por la demandante a la curiosidad ajena; en suma, de un modo que no está de acuerdo con el uso social (art. 8.2.b., y también art. 2.1, ambos de la de la LO 1/82)», señalando, con cita de la sentencia de 14 de abril de 2000 (recurso núm. 2039/95), y tras tomar en consideración la mayor permisividad en el humor gráfico declarada por la sentencia de 17 de mayo de 1990, que «por consustancial que sean al género satírico tanto la ridiculización del personaje y el tono jocoso o burlón como la brevedad y rotundidad del mensaje, dicho género no puede quedar por completo al margen de la protección que merezca el honor del personaje objeto de burla o, dicho de otra forma, el acudir a ese género no borra ni elimina los límites que impone la protección del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen .

Así lo demuestra normativamente el propio art. 8.2 b) al exigir que la utilización de la caricatura se adecue al uso social; y así lo demuestra, también, la doctrina del Tribunal Constitucional al apreciar intromisión ilegítima a través de un texto, historieta o cómic pese a su tono jocoso o burlón cuando el llamado “animus iocandi” se utiliza “precisamente como instrumento del escarnio».

La sentencia del Tribunal Constitucional 23/20120, de 27 de abril, desestimó el recurso de amparo formulado contra la misma, razonando que «en ocasiones la manipulación satírica de una fotografía puede obedecer a intenciones que no gozan de relevancia constitucional suficiente”, y que, como apreció la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2005,” cabe imaginar la difusión de caricaturas comercializadas por mero objetivo económico o incluso creadas con la específica intención de denigrar o difamar a las personas representadas».

## 3.10. Sentencia núm. 534/2016, de 14 de septiembre Casación 94/2015

*La ponderación entre el derecho al honor y la libertad de expresión.*

El primer motivo del recurso cuestiona directamente el juicio de ponderación de los derechos en conflicto contenido en la sentencia recurrida, defendiéndose la prevalencia del derecho al honor del recurrente frente a la libertad de expresión del demandado.

Según constante jurisprudencia de esta Sala, resumida, entre las más recientes en SSTS de 6 de octubre de 2014, rec. nº 655/2012, 15 de octubre de 2014, rec. nº 1720/2012, 31 de octubre de 2014, rec. nº 1958/2012, y 12 de septiembre de 2014, rec. nº 238/2012, el derecho fundamental a la libertad de expresión, esto es, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, tal y como la define el art. 20.1.a) de la Constitución, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información porque no comprende, como esta, la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio, y SSTS 102/2014, de 26 de febrero, y 176/2014, de 24 de marzo, entre las más recientes) aun cuando no siempre sea fácil la delimitación entre ambas libertades habida cuenta que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y a la inversa (SSTC 110/2000, de 5 de mayo, 29/2009, de 26 de enero, 77/2009, de 23 de marzo, y 50/2010, de 4 de octubre).

Esa misma jurisprudencia expresiva de los criterios que han de regir el juicio de ponderación entre el honor y la libertad de expresión (SSTS de 12 de septiembre de 2012, rec. 238/2012, 2 de octubre de 2014, rec. nº 1732/2012, 20 de octubre de 2014, rec. nº 3336/2012, y 31 de octubre de 2014, rec. nº 1958/2012, entre las más recientes) ha fijado como premisas más relevantes, en lo que ahora interesa, las siguientes:

a) Si el artículo 20.1. a) de la Constitución, en relación con su artículo 53.2, reconoce como derecho fundamental especialmente protegido, mediante los recursos de amparo constitucional y judicial, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, su artículo 18.1 reconoce con igual grado de protección el derecho al honor, el cual protege frente a atentados a la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, *«independientemente de sus deseos»* (STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 12), impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen *«objetivamente»* el descrédito de aquella (STC 216/2006, de 3 de julio, FJ 7). Es decir, como declaró la STS de 24 de febrero de 2000 (citada por ejemplo, por la de 22 de noviembre de 2011, rec. nº 1960/2009), aunque el concepto del honor comprende un aspecto interno, subjetivo o dimensión individual, por uno mismo, y un aspecto externo, objetivo o dimensión y valoración social, por los demás, *«siendo tan relativo el concepto de honor , debe compaginarse la inevitable subjetivación con las circunstancias objetivas, con el fin de evitar que una exagerada sensibilidad de una persona transforme en su interés conceptos jurídicos como el honor; y para la calificación de ser atentatorio al honor una determinada noticia o expresión, debe hacerse en relación con el contexto y las circunstancias de cada caso».*

b) La reputación o el prestigio profesional forman parte del marco externo de trascendencia en que se desenvuelve el honor, pero se exige que el ataque revista un cierto grado de intensidad para que pueda apreciarse una transgresión del derecho fundamental, de modo que, obviamente, no toda crítica sobre la actividad laboral o profesional de un individuo constituye una afrenta a su honor personal. La protección del artículo 18.1 de la Constitución solo limita aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad;

lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido (STC 180/1999 , FJ 5).

En cuanto a las personas jurídicas, se viene declarando (entre las más recientes, STS de 3 de enero de 2014, rec. nº 1921/2010, y 1 de julio de 2014, rec. nº 3006/2014) que, según la jurisprudencia constitucional, el reconocimiento de derechos fundamentales de titularidad de las personas jurídicas necesita ser delimitado y concretado a la vista de cada derecho fundamental en atención a los fines de la persona jurídica, a la naturaleza del derecho considerado y a su ejercicio por aquella (SSTC 223/1992 y 76/1995). De esta forma, aunque el honor es un valor que debe referirse a personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste no es patrimonio exclusivo de las mismas (STC 214/1991). A través de los fines de la persona jurídico-privada puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad en el sentido de protegerla para el desarrollo de sus fines y proteger las condiciones de ejercicio de la misma. La persona jurídica puede así ver lesionado su derecho mediante la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la infame o la haga desmerecer en la consideración ajena. No obstante, como dice la STS 19 de julio de 2006, rec. n° 2448/2002, *«tampoco cabe valorar la intromisión con los mismos parámetros que cuando se trata de personas físicas, porque respecto de estas resaltan dos aspectos: el interno de la inmanencia o mismidad, que se refiere a la íntima convicción o sentimiento de dignidad de la propia persona, y el externo de la trascendencia que alude a la valoración social, es decir, a la reputación o fama reflejada en la consideración de los demás (SSTS, entre otras, 14 de noviembre de 2002 y 6 de junio de 2003), y cuando se trata de las personas jurídicas resulta difícil concebir el aspecto inmanente, por lo que la problemática se centra en la apreciación del aspecto trascendente o exterior -consideración pública protegible- (SSTS, entre otras, 15 de abril 1992 y 27 de julio 1998), que no cabe simplemente identificar con la reputación empresarial, comercial, o, en general, el mero prestigio con que se desarrolla la actividad».*

c) En la delimitación del honor, como en la de cualquier otro derecho fundamental comprendido en el art. 18 de la Constitución, se ha de tomar en consideración el propio comportamiento de la persona («propios actos», según el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982).

d) En caso de conflicto entre el honor y la libertad de expresión, la prevalencia en abstracto de la libertad de expresión (fundada en que garantiza un interés constitucional relevante como es la formación y existencia de una opinión pública libre, condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático) solo puede revertirse en el caso concreto, en función de las circunstancias concurrentes, atendiendo al mayor peso relativo del derecho al honor, para lo que deberán tomarse en cuenta dos parámetros o presupuestos esenciales (dejando al margen el requisito de la veracidad, solo exigible cuando está en juego la libertad de información): si las expresiones, opiniones o juicios de valor emitidos tenían interés general y si en su difusión no se utilizaron términos o expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias, innecesarias para lograr transmitir aquella finalidad crítica.

e) Este segundo presupuesto, también exigible en el ámbito de la libertad de información, supone que ninguna idea u opinión (ni información en su caso) puede manifestarse mediante frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan (o con la noticia que se comunique, si se trata de información) y, por tanto, innecesarias a tales propósitos. Es decir, aunque la libertad de expresión tenga un ámbito de acción muy amplio, amparando incluso la crítica más molesta, hiriente o desabrida, en su comunicación o exteriorización no es posible sobrepasar la intención crítica pretendida, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, pues de ser así, debe prevalecer la protección del derecho al honor (SSTS de 26 de febrero de 2015, rec. nº 1588/2013, 13 de febrero de 2015, rec. nº 1135/2013, y 14 de noviembre de 2014, rec. nº 504/2013, entre otras).

f) Llegados a este punto, y desde la perspectiva de la proporcionalidad, a la hora de apreciar el carácter ofensivo, insultante o vejatorio de las palabras o términos

empleados para expresar una idea u opinión crítica, o un juicio de valor sobre la conducta ajena, se ha de prescindir del análisis separado de cada término o de su mero significado gramatical, para optar por su contextualización. En este sentido se viene diciendo (por ejemplo, en recientes SSTS de 14 de noviembre de 2014, rec. nº 504/2013, y 20 de octubre de 2014, rec. nº 3336/2012) que de acuerdo con una concepción pragmática del lenguaje adaptada a las concepciones sociales, la jurisprudencia mantiene la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la opinión que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica, experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables. Además de que el referido artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982 se remite a los usos sociales como delimitadores de la protección civil del honor.

Este último criterio ha llevado a esta Sala a priorizar la libertad de expresión y a considerar legítimo el sacrificio del derecho al honor en casos de contienda, entendida esta en una acepción general, comprensiva no solo de enfrentamientos políticos (STS de 14 de noviembre de 2014, rec. nº 504/2013) sino también de conflictos en otros ámbitos como el periodístico, el deportivo, el sindical o el procesal (STS de 12 de noviembre de 2014, rec. nº 955/2013, con cita de la de 29 de febrero de 2012, rec. nº 1378/2010). Exponente de ello es la STS de 6 de octubre de 2014, rec. nº 655/2012, que calificó de proporcionada una determinada expresión *(«golpista»),* a pesar de su significado ofensivo o insultante aisladamente considerada, en atención al *«contexto de polémica periodística y de no negada animadversión entre ambos litigantes, debido a sus antagónicas posturas, por ejemplo, en torno a la política antiterrorista y en relación con la interpretación de los atentados del 11-M».* Y en la misma línea, la STS de 24 de marzo de 2014, rec. nº 1751/2011, consideró que *«expresiones hirientes, que incluso pueden ser susceptibles de entrañar una descalificación personal y profesional («casi fascista», «ser intelectualmente inferior» o «zoquete») no deben desvincularse del contexto de discusión y polémica política existente entre las partes, lo que ha de conducir a verlas, no como un insulto, sino como la exteriorización de una crítica dura, que por tanto no excede del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión».* O la STS de 12 de septiembre de 2014, rec. nº 238/2012, que enjuició unos artículos periodísticos en los que se contenían expresiones o términos despectivos, afrentosos e innecesarios (se aludía en el recurso a expresiones como *«ramplón», «pedestre», «miserable», «tiparraco», «mendaz», «terminal», «anclado en la senilidad»*) sin apreciar tampoco intromisión ilegítima en el honor con base en la relevancia pública de las opiniones objeto de crítica y la necesidad de valorar las expresiones litigiosas en un contexto de crítica y de contienda periodística, descartando así un exceso o desproporción en la expresión de dicha opinión crítica. Dicha doctrina es coherente con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el máximo nivel de eficacia justificadora del ejercicio de la libertad de expresión frente al derecho al honor cuando los titulares de este son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de relevancia pública (SSTC 107/1988, 110/2000).

### 3.11. Sentencia núm. 521/2016, de 21 de julio. Casación 3084/2014

*Indemnización: respeto en casación a la cantidad fijada en la instancia. Artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010*

Constituye doctrina constante de esta Sala (entre las más recientes, SSTS de 9 de octubre de 2015, Rc. nº 669/2013, 10 de febrero de 2014, Rc. nº 2298/2011, y 22 de enero de 2014, Rc. nº 1305/2011) que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños morales en este tipo de procedimientos es competencia de los tribunales de instancia, cuya decisión al respecto ha de respetarse en casación salvo que «no se hubiera atenido a los criterios que establece el art. 9.3 LO 1/82» (STS de 17 de julio de 2014, Rc. nº 1588/2008, con cita de las SSTS 21 de noviembre 2008 en rec. nº 1131/06, 6 de marzo de 2013 en Rc. nº 868/11, 24 de febrero de 2014 en Rc. nº 229/11 y 28 de mayo de 2014 en Rc. 2122/07) ó en caso de error notorio, arbitrariedad ó notoria desproporción (sentencias de 5 de diciembre de 2000, 31 de enero de 2001, 25 de enero de 2002, 10 de junio de 2002, 3 de febrero de 2004, 28 de marzo de 2005, 9 de junio de 2005, 21 de abril de 2005, 17 de enero de 2006, 27 de febrero de 2006, 5 de abril de 2006, 9 de junio de 2006, 13 de junio de 2006, 16 de noviembre de 2006 ).

El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, que entró en vigor a partir del 23 de diciembre de 2010 y que es la aplicable dada la fecha de los hechos, dispone que «La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma». Esta Sala ha declarado en STS de 5 de junio de 2014, Rc. nº 3303/2012, que dada la presunción *iuris et de iure*, esto es, no susceptible de prueba en contrario, de existencia de perjuicio indemnizable, el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, «a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso (sentencias de esta sala núm. 964/2000, de 19 de octubre, y núm. 12/2014, de 22 de enero)». Se trata, por tanto, «de una valoración estimativa, que en el caso de daños morales derivados de la vulneración de un derecho fundamental del art. 18.1 de la Constitución, ha de atender a los parámetros previstos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de acuerdo con la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio».

En el presente caso, la sentencia recurrida determina la indemnización en la cantidad de 35.000 euros (se reclamaban 200.000 euros) con base en «la gravedad de las expresiones proferidas, la circunstancias concurrentes y el formato de los debates polémicos y agresivos que caracterizan la línea de los programas analizados» (FJ sexto). Si bien la motivación de la sentencia de apelación fue parca en el análisis de los criterios establecidos en el art. 9.3 de la LO 1/1982, limitándose básicamente a una remisión normativa a su contenido , ello no determina la infracción del precepto invocado, tanto porque el art. 9.3 de la LO 1/1982 no impone una valoración específica y autoriza una apreciación conjunta, como porque el recurrente no aporta datos objetivos que, en aplicación de los criterios previstos en el artículo 9.3 de la LO 1/1982, demuestren el incumplimiento o la defectuosa aplicación de esos mismos criterios , o la notoria desproporción de la indemnización concedida.

Por lo demás, la cantidad de 35.000 euros acordada no puede considerarse arbitraria ni desproporcionada a la intromisión producida, dada la reiteración en el empleo de términos objetivamente injuriosos y denigrantes, la gravedad de los mismos (hasta se le llegó a llamar

«basura») y los ingresos obtenidos por publicidad, que constan acreditados en las actuaciones.

## 3.12. Sentencia núm. 453/2015, de 16 de julio. Casación 242/2014

Demanda de protección del honor por inclusión en registro de morosos. Caducidad. Demanda interpuesta pasados más de cuatro años desde la cancelación de los datos incluidos en el registro de morosos.

**1.-** El art. 9.5º de la Ley Orgánica 1/1982 establece: «*Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas*».

Esta Sala, en anteriores sentencias, ha declarado que el plazo de caducidad de la acción de protección del derecho al honor por la inclusión indebida en un registro de morosos se inicia desde que los datos dejan de estar incluidos en el fichero (sentencia núm. 28/2014, de 29 de enero), o, más exactamente, desde que el afectado supo que sus datos habían dejado de estar incluidos en el fichero (sentencia núm. 307/2014 de 4 junio), pues los daños producidos por la inclusión indebida en un registro de solvencia patrimonial tienen naturaleza de daños continuados, como lo demuestra el hecho de que la causa que origina la intromisión en el derecho al honor (la imputación de ser moroso) persista durante el tiempo en su eficacia potencialmente lesiva del honor ajeno hasta que no se produce la baja del demandante en el citado registro, al margen de que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública..

En el caso objeto del recurso es un hecho declarado por las sentencias de instancia que los datos personales del demandante dejaron de estar registrados en los registros de morosos desde el año 2004, lo que le fue comunicado, mientras que la demanda de protección del derecho al honor fue interpuesta en marzo de 2009, cuando habían transcurrido más de cuatro años desde la cancelación de los datos en los registros de morosos.

**2.-** Como se ha expuesto anteriormente, la tesis del recurrente es que el día inicial del cómputo del plazo de cuatro años de caducidad de la acción debe ser el 31 de octubre de 2007, día en que se le notificó la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa que condenó a su antigua compañera sentimental como autora de un delito de estafa por haber solicitado tarjetas a nombre del demandante y haber cargado las disposiciones hechas con las tarjetas en las cuentas bancarias del demandante, así como por haber solicitado varias líneas telefónicas a nombre del demandante, cargando en sus cuentas el precio de los terminales y el consumo hecho en tales líneas, para lo que se prevalió de su relación personal con el demandante. Tal conducta habría originado las deudas que motivaron que los datos del demandante constaran en los registros de morosos, y según la tesis del recurrente, solo en ese momento, cuando se le notificó la sentencia dictada en el proceso penal, podía saberse que su inclusión en los registros de morosos había sido indebida y podía ejercitar la acción con unas mínimas garantías de éxito.

**3.-** Esta Sala ha declarado (sentencias núm. 118/2013, de 25 febrero, 28/2014, de 29 de enero, y las que en ella se citan) que el plazo de cuatro años establecido en el art. 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 es de caducidad, como claramente expresa el propio precepto, y por tanto no se interrumpe por la incoación de actuaciones penales por los mismos hechos ni por la incoación de un expediente administrativo sancionador por infracción de las normas sobre protección de datos.

La tesis del recurrente no puede estimarse. La apreciación de si existió intromisión en su derecho al honor (en ningún caso en los derechos a la intimidad y a la propia imagen) por la inclusión de sus datos personales en varios registros de morosos ha de realizarse teniendo en cuenta los datos existentes cuando los hechos ocurrieron, pues el cumplimiento por los demandados de los requisitos exigibles para tal inclusión (en concreto, el respeto a las exigencias derivadas del principio de calidad de datos y a los derechos de acceso, rectificación y cancelación del afectado) no puede enjuiciarse con base en lo que se declaró probado en una sentencia penal dictada casi nueve años después de la inclusión de los datos en el registro y tres años después de su cancelación, sino con base en las circunstancias concurrentes cuando los datos fueron registrados y, en concreto, a si existía una apariencia de veracidad de los datos que pudo hacer confiar a las demandadas en la existencia real de la deuda, lo que excluiría la antijuridicidad de su conducta, sin perjuicio de que el demandante tuviera derecho a la rectificación y cancelación de sus datos.

Como declara la sentencia núm. 410/2014, de 14 julio, «*nada impedía al demandante practicar, en el seno del procedimiento civil, las diligencias de prueba que considerase oportunas para la averiguación de tales circunstancias o, en su caso, plantear una suspensión del proceso civil por prejudicialidad penal*». Pero si dejó transcurrir más de cuatro años desde que la intromisión en su derecho al honor cesó, la acción para exigir la protección de su derecho y la indemnización de los daños causados caducó.

### 3.13. Sentencia núm. 452/2015, de 16 de julio casación e infracción procesal 614/2014

*Derecho al honor. Inclusión de datos personales en un registro de morosos. Plazo de caducidad. Reclamaciones judiciales y extrajudiciales hechas al demandante por los acreedores. Existencia de una apariencia razonable de deuda. No utilización de medios vejatorios en la reclamación de la deuda. Inexistencia de vulneración aunque finalmente el demandante resultó no ser el deudor.*

El recurrente alega que su pretensión no se basaba únicamente en esta inclusión de sus datos en el registro de morosos Asnef/Equifax, sino también en la transmisión de los créditos realizada de unas a otras codemandadas y en las reclamaciones judiciales y extrajudiciales que estas le hicieron de sus supuestas deudas, lo que tuvo lugar dentro de los cuatro años anteriores a la interposición de la demanda. Ciertamente, también antes de ese periodo recibió reclamaciones de pago de las deudas por parte de las codemandadas, pero estas reclamaciones se prolongaron en el tiempo hasta el año 2009.

Respecto de estas conductas, la acción de protección del derecho al honor del demandante no había caducado cuando se interpuso la demanda, por lo que el recurso de casación debe estimarse en este concreto aspecto, y dado que los elementos fácticos y jurídicos constan suficientemente depurados, la Sala debe asumir la instancia para enjuiciar si se ha producido la vulneración denunciada.

[Asunción de la instancia. La vulneración del honor por la transmisión de créditos y las reclamaciones formuladas al demandante]

**1.-** El demandante considera que la conducta de las demandadas, consistente en la transmisión por parte de Santander Consumer y Citibank de los créditos que decían ostentar frente a él, y las reclamaciones judiciales y extrajudiciales de que fue objeto, constituyeron una intromisión en su derecho al honor.

**2.-** En principio, afirmar tener un derecho de crédito frente a otra persona, y ejercitar las acciones que se derivan de tal afirmación, no puede considerarse en sí mismo una vulneración del honor del considerado deudor, aunque finalmente las reclamaciones no prosperen porque el órgano judicial desestime la reclamación, o porque el que afirmaba ser acreedor desista de continuar su reclamación. Una consideración diferente llevaría al absurdo de considerar vulnerado el derecho al honor de cada demandado que resulta absuelto de la reclamación que se formula contra él.

Excepcionalmente, ciertas conductas significativamente agresivas, coactivas, ofensivas o persistentes, en las que se formulan insistentes reclamaciones de pago de un crédito contra quien razonablemente no puede ser considerado como deudor, o se le trata de un modo coactivo, vejatorio o desconsiderado (como era el caso objeto de nuestra sentencia núm. 306/2001, de 2 de abril), pueden tener una potencialidad vulneradora del derecho al honor por el carácter degradante del trato sufrido por el considerado como moroso, por la valoración social negativa de las personas que son tratadas como morosas y porque la imputación de ser "moroso" lesiona la dignidad de la persona, menoscaba su fama y atenga a su propia

estimación, y pueden llegar a suponer un trato vejatorio o incluso coactivo para con el supuesto deudor.

Para valorar si se ha producido una vulneración del derecho al honor han de examinarse las concretas circunstancias concurrentes a fin de apreciar si fue razonable que las demandadas consideraran que el demandante era su deudor, y si el trato al que se sometió al supuesto deudor no fue degradante o vejatorio.

**3.-** Las circunstancias concurrentes llevan a la conclusión de que existía una apariencia razonable de que el demandante era deudor de las cantidades que se le reclamaban. Una persona de su entorno (quien entonces era su compañera sentimental), que disponía de acceso a datos del demandante tales como su domicilio, su cuenta corriente, su DNI, su nómina, realizó en su nombre una solicitud postal de tarjetas de crédito que luego utilizó suplantando al demandante.

Para las entidades de crédito que facilitaron las tarjetas de crédito, cuyas disposiciones fueron impagadas, resultaba razonable pensar que quien había realizado esas disposiciones era el demandante.

Este, por las circunstancias concurrentes, podía saber qué es lo que estaba ocurriendo y comunicarlo a las acreedoras para justificar por qué no era un deudor moroso De hecho, ya en el año 2002 formuló querella contra quien había sido su compañera sentimental, por estos hechos.

Sin embargo, cuando recibió las reclamaciones de las entidades acreedoras, tanto de quienes lo fueron originariamente como de aquellas a las que se cedieron los supuestos créditos y de la entidad a la que se encomendó la gestión del cobro, se limitó a remitirles cartas (bien él personalmente, bien su abogado) en las que simplemente negaba ser deudor y exigía que cesaran en sus reclamaciones. Pero no daba explicación alguna que destruyera la apariencia de razonabilidad de su deuda.

Es llamativo que cuando el 29 de abril de 2010 (esto es, unos ocho años después de haber interpuesto la querella contra quien fuera su compañera sentimental y tres años después de que esta fuera condenada por la Audiencia Provincial por estafa agravada) remitió comunicaciones a las demandadas dando algunos detalles de lo sucedido (ni siquiera consta que les remitiera copia de la sentencia de la Audiencia Provincial que condenó a su antigua compañera por la comisión de la estafa, pero al menos alegó la existencia del fraude y de la sentencia que condenaba a su antigua compañera sentimental), las demandadas comunicaran que le daban de baja como deudor en sus archivos y que cesaban en sus reclamaciones.

No puede reprocharse a las demandadas que hubieran seguido considerando al demandante como su deudor, cuando este, al realizarse diversos cargos con tarjetas expedidas a su nombre, no dio las explicaciones que estaban a su disposición para justificar que él no era quien había solicitado las tarjetas y hecho los cargos, pese a la apariencia de haberlo hecho. El demandante omitió la observancia de la diligencia exigible para desvirtuar la apariencia razonable de deuda que resultaba de las circunstancias concurrentes.

Aunque una empleada de Citibank, en el proceso penal seguido contra la novia del demandante, dio datos que permitían conocer la existencia del fraude, lo que muestra una cierta descoordinación entre diversos departamentos de la entidad financiera, la significativa desidia del demandante en explicar lo sucedido impide que pueda considerarse la conducta de dicha entidad como vulneradora de su derecho al honor por considerarle deudor.

**4.-** Por otra parte, la conducta observada por las demandadas, aunque en algún momento pudiera considerarse insistente, no puede considerarse vulneradora del honor del demandante, pues se limitó a realizar reclamaciones por escrito y en algún caso puntual, una reclamación judicial, lo que aparece como una conducta proporcionada a la apariencia de deuda existente, sin que se diera una publicidad innecesaria a la existencia de esa deuda ni se incurriera en una actuación vejatoria o denigrante.

Por lo expuesto, no puede estimarse que las demandadas vulneraran el honor del demandante.

### 3.14. Sentencia núm. 414/2016, de 20 de junio. Casación 2593/2013.

*Utilización del nombre y la fotografía del artista fallecido para publicitar una exposición de sus obras. Legitimación para la defensa de la memoria del difunto. No inclusión en su ámbito de los derechos estrictamente patrimoniales a la imagen*

2.- La sala coincide con el tribunal de apelación en que no existe ninguna persona designada para el ejercicio de las acciones previstas en la LO 1/1982 en defensa de la memoria de Salvador Dalí, pues no se reúnen los requisitos que para dicha designación se contienen en el art. 4.1 de dicha ley.

La escritura de constitución de la fundación no es el testamento que exige el art. 4.1 LO 1/1982. Ni siquiera es un codicilo, como pretende la recurrente y declaró una de las sentencias que invoca para justificar el interés casacional, puesto que no contiene disposiciones de última voluntad, sino el negocio jurídico constitutivo de una persona jurídica de tipo fundacional.

3.- Tampoco la designación testamentaria de un heredero universal equivale a la designación específica que exige el art. 4.1 LO 1/1982, que ha querido desvincular la legitimación para el ejercicio de las acciones de protección de la memoria del difunto previstas en dicha ley de la sucesión hereditaria.

4.- Además de lo expuesto, ha de concluirse que la fundación no está pretendiendo la protección de la memoria de Salvador Dalí, sino la explotación del contenido estrictamente patrimonial de la imagen (nombre y figura) del artista.

Los derechos invocados por la fundación en su demanda son de contenido netamente patrimonial. La demanda no plantea que la reproducción de la imagen y del nombre del fallecido Salvador Dalí realizada con motivo de la exposición en la que se exponían obras escultóricas integrantes de la denominada «Colección Clot» haya afectado negativamente a la memoria del artista. Se trata simplemente de que, al igual que ha ocurrido con los derechos de propiedad industrial e intelectual cuya protección se solicitaba en la demanda conjuntamente con el derecho a la imagen, los demandados no habían acordado con la fundación la autorización para el uso de tales signos e imágenes mediante el pago de la correspondiente retribución, razón por la cual se solicitaba se declarara la vulneración de tales derechos, se condenara a los demandados a cesar en las conductas infractoras y se removieran sus efectos, y se les condenara al pago de una indemnización consistente en una regalía del 1% sobre la cifra de negocios para las infracciones marcarias, también del 1% para algunas infracciones de los derechos de propiedad intelectual (en otras se solicitaba la indemnización conforme a las tarifas de las entidades de gestión colectiva), y también una indemnización de un 1% sobre la cifra de negocios para la infracción del derecho a la imagen.

5.- La jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de esta sala, han reducido el ámbito objetivo del derecho fundamental a la propia imagen reconocido en el art. 18.1 de la Constitución y han excluido del mismo una serie de intereses puramente económicos o patrimoniales.

En este sentido, la STC 81/2001, de 26 de marzo, declaró:

«[…] como ya se apuntó en la STC 231/1988, FJ 3 y, sobre todo, en la STC 99/1994, el derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial inconsentida -e incluso en determinadas circunstancias la consentida- de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen.

»Es cierto que en nuestro Ordenamiento -especialmente en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen- se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana

y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE. Dicho en otras palabras, a pesar de la creciente patrimonialización de la imagen y de "la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma" (STC 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4), el derecho garantizado en el art. 18.1 CE, por su carácter "personalísimo" (STC 231/1988, FJ 3), limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo».

Ello no impide que la defensa de esa esfera personal del sujeto, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana, a través de las acciones derivadas del art. 18.1 de la Constitución, ejercitadas conforme a lo previsto en la LO 1/1982 y con las especialidades procesales previstas para las acciones de defensa de los derechos fundamentales, permita solicitar también la indemnización que sirva para reparar el daño causado por la vulneración del derecho fundamental, puesto que, como ha declarado la STC 23/2010, de 27 de abril, «[…] las posibles consecuencias patrimoniales del uso ilegítimo de la imagen ajena no obstan para su protección constitucional». Pero en tal caso, no se está ejercitando tan solo el derecho patrimonial a explotar la propia imagen, sino que se está protegiendo un derecho fundamental de contenido moral y personalísimo, y la pretensión de contenido patrimonial es puramente resarcitoria del daño causado por la infracción del derecho fundamental, por más que incluya tanto el daño moral como el puramente patrimonial.

Como se ha dicho, también la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha recogido esta distinción. En la sentencia 219/2014, de 8 de mayo, negamos legitimación a la sociedad cesionaria de los derechos de imagen de un conocido artista, «al ser la explotación comercial de la imagen del artista algo ajeno al contenido del derecho fundamental consagrado en el artículo 18.1 de la CE», recordando que «debe distinguirse el derecho a la imagen, como derecho de la personalidad, esfera moral, relacionada con la dignidad humana y como derecho patrimonial, protegido por el Derecho pero ajeno a la faceta constitucional como derecho fundamental, lo que destaca el Tribunal Constitucional en sentencia 81/2001, de 26 de marzo y esta Sala en sentencias de 25 de septiembre de 2008 y 29 de abril de 2009».

6.- La demanda ha sido interpuesta cuando el titular de la imagen y el nombre, el artista Salvador Dalí, ya había fallecido. Tal circunstancia supone que sus derechos fundamentales de la personalidad, y en concreto el derecho a la propia imagen, se extinguieron con su fallecimiento, puesto que la muerte determina el fin de la personalidad civil de las personas físicas (art. 32 del Código Civil).

El sistema previsto en el art. 4, en relación con el 9.4, ambos de la LO 1/1982, no protege tanto los derechos del art. 18.1 de la Constitución, extinguidos a la muerte de la persona, como la memoria del difunto (así lo afirma la exposición de motivos de la ley) en los aspectos relacionados con esos derechos. Pero el ejercicio de acciones en el modo previsto en estos preceptos legales presupone que la conducta del demandado haya supuesto no solo una explotación no autorizada de la imagen o el nombre del difunto, sino también un menoscabo, una lesión de su memoria, en un sentido amplio, bien porque la utilización de la imagen se ha hecho de un modo objetivamente denigratorio, bien porque se haya realizado en un modo que no concuerde con la conducta que el difunto observó en vida.

Tal menoscabo de la memoria del difunto, al igual que la intromisión en su derecho fundamental a la propia imagen con anterioridad a su fallecimiento, puede producirse por «la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga» (art. 7.6 LO 1/1982). Pero ello no supone que las acciones relativas a la explotación comercial o publicitaria del nombre o la imagen del difunto, ajenas a cualquier menoscabo o lesión de su memoria, se encuadren en el ámbito de aplicación de la citada ley orgánica.

7.- Tanto por la falta de designación de la fundación recurrente del modo exigido en el art. 4.1 LO 1/1982 como porque la protección que pretende no lo es de la memoria del difunto, sino de intereses de carácter estrictamente patrimonial, ajenos al ámbito de protección de la memoria del difunto en la citada ley orgánica, debe confirmarse la solución adoptada por la Audiencia Provincial sobre la falta de legitimación activa de la recurrente.

### 3.15. Sentencia núm. 408/2016, de 15 de junio. Casación e infracción procesal 1894/2014

*Doctrina jurisprudencial: Las personas jurídicas de Derecho público no son titulares del derecho al honor que garantiza el artículo 18.1 de la Constitución Española.*

Esta Sala considera, y va a fijar como doctrina, que las personas jurídicas de Derecho Público –como el Ayuntamiento ahora recurrente– no son titulares del derecho fundamental al honor. Pero antes de exponer las razones que justifican tal pronunciamiento, conviene dejar sentado lo siguiente:

**1.**- No nos ocupamos aquí de la diferente cuestión de si los ataques al honor, para que tengan protección constitucional, hayan de dirigirse a persona o personas concretas e identificadas; esto es, si necesariamente deba tratase de ataques o lesiones al citado derecho fundamental perfecta y debidamente individualizados *ad personam*. Mantuvo lo contrario, para los ataques dirigidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio que trasciendan a sus miembros o componentes, siempre y cuando sean identificables como individuos dentro de la colectividad, la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991, de 11 de noviembre; citada con aprobación la Sentencia del mismo Tribunal 139/1995, de 26 de septiembre, a la que enseguida nos referiremos. En dicha jurisprudencia constitucional podría encontrar apoyo la Sentencia de esta Sala 571/2003, de 5 de junio (Rec. 3/2003), que reconoció legitimación al Presidente de la Generalidad y del Gobierno de Cataluña para defender el honor del Pueblo de Cataluña. No, en cambio, la tesis de que las personas jurídicas de Derecho público sean titulares del derecho fundamental al honor; que es la tesis que el Ayuntamiento ahora recurrente alega, sin razón, que ha avalado la referida Sentencia 214/1991.

**2.-** Desde que el Tribunal Constitucional dictó la Sentencia 139/1995, de 26 de septiembre, no puede ponerse en cuestión que las personas jurídicas de Derecho privado son titulares del derecho al honor reconocido por el artículo 18.1 CE. Pronto lo confirmó la Sentencia del mismo Tribunal 183/1995, de 11 de diciembre. Y desde entonces, y en debida consecuencia (art. 5.1 LOPJ), la constante doctrina jurisprudencial de esta Sala al respecto ha sido la que se contiene, entre las más recientes, en las Sentencias 344/2015, de 16 de junio (Rec. 46/2013) y 594/2015, de 11 de noviembre (Rec. 981/2014):

«No es obstáculo a que se reconozca que está en juego el derecho fundamental al honor el hecho de que quien pretende su protección sea una persona jurídica, concretamente una compañía mercantil. Debe recordarse que, según la jurisprudencia constitucional, el reconocimiento de derechos fundamentales de titularidad de las personas jurídicas necesita ser delimitado y concretado a la vista de cada derecho fundamental en atención a los fines de la persona jurídica, a la naturaleza del derecho considerado y a su ejercicio por aquélla (SSTC 223/1992 y 76/1995). Aunque el honor es un valor que debe referirse a las personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste no es patrimonio exclusivo de las mismas (STC 214/1991, de 11 de noviembre). A través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines, como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. La persona jurídica puede así ver lesionado su derecho al honor mediante la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena. En este caso, la persona jurídica afectada, aunque se trate de una entidad mercantil, no viene obligada a probar la existencia de daño patrimonial en sus intereses, sino que basta constatar que existe una intromisión en el honor de la entidad y que ésta no sea legítima (STC 193/1995, de 16 de septiembre)».

Volvemos a confirmar ahora la expresada doctrina –no sólo aplicable a las sociedades mercantiles, sino también a las asociaciones en general [SSTS 136/2012, de 29 de febrero (Rec. 1378/2010) y 797/2013, de 3 de enero de 2014 (Rec. 797/2013)], incluidos los partidos políticos [STS 13/2009, de 16 de enero de 2010 (Rec. 783/2007), recurrida en amparo desestimado por la STC 79/2014, de 28 de mayo, y SSTS 962/2011, de 9 de febrero (Rec. 2142/2009) y 654/2014, de 20 de noviembre (Rec. 753/2013)] y los sindicatos [SSTS 802/2006, de 19 de julio (Rec. 2448/2002), 1160/2008, de 27 de noviembre (Rec. 36/2006) y 550/2014, de 21 de octubre (Rec. 2919/2012), así como a las fundaciones [STS 419/2012, de 4 de julio (Rec. 716/2010)]–, sin cuestionar su aplicación a las sociedades mercantiles públicas, entre ellas las municipales [STS 369/2009, de 21 de mayo (Rec. 2747/2004)].

**3.**- Este último caso de las también denominadas «sociedades de ente público» no es obvio. Puede también suscitar dudas el caso de las entidades públicas empresariales: personas jurídicas de Derecho público, cuya actividad externa se rige típicamente por normas de Derecho privado. Pero esta Sala considera que, a efectos de la tutela jurídico-civil del honor, debe establecer en principio –atenta siempre a ulteriores desarrollos de la doctrina del Tribunal Constitucional– un criterio de aplicación sencillo, basado en la forma privada o pública de personificación, en orden a determinar qué personas jurídicas son, y cuáles no, titulares del referido derecho fundamental.

QUINTO.- Las razones que justifican que fijemos como doctrina que no lo son las personas jurídicas de Derecho público se enuncian a continuación:

1.ª) El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 107/1988, de 5 de julio, traída a colación por la parte ahora recurrida, declaró:

«[E]s preciso tener presente que el honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental».

Dicho pronunciamiento fue reiterado en las Sentencias 51/1989, de 22 de febrero y 121/1989, de 3 de julio. Y las antes mencionadas Sentencias del mismo Tribunal 214/1991 y 139/1995, pese a las fundamentales matizaciones que realizaron a la premisa de que en la Constitución «el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas», mantuvieron de manera expresa la doctrina de que, desde el punto de vista constitucional, los valores predicables de las instituciones públicas son, no el honor, sino la dignidad, el prestigio y la autoridad moral; valores, éstos, que merecen la protección penal que les dispense el legislador: hoy, entre otros, en los artículos 496 y 504 CP.

No puede compartir, pues, esta Sala la opinión del Ministerio Fiscal de que es el honor el bien jurídico protegido por dichos preceptos; que se hallan incardinados, no en el Título XI –«Delitos contra el honor»–, sino en el Título XXI, Capítulo III, Sección 1ª –«Delitos contra las Instituciones del Estado»– del vigente Código Penal.

2.ª) El Fundamento Jurídico 5º de la tan repetida Sentencia del Tribunal Constitucional 139/1995 concluye diciendo:

«Resulta evidente, pues, que, a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. En tanto que ello es así, la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena (art. 7.7 LO 1/1982)».

No cabe pensar que esa referencia a cada persona jurídica «privada» sea un *lapsus calami* del máximo intérprete de nuestra Constitución.

3.ª) Esa misma referencia aparece en la doctrina general, antes citada, que tiene establecida esta Sala en materia de tutela jurídico civil del derecho al honor de las personas jurídicas.

Es cierto que la Sentencia 1/2008, de 17 de enero (Rec. 501/2001) no basó su decisión de confirmar la desestimación de la demanda de protección del derecho fundamental al honor de cierta Diputación Provincial en que tal persona jurídica pública no fuera titular de ese derecho. Se lee en ella:

«[E]l concepto de honor, tantas veces repetido en doctrina y jurisprudencia, como trasunto de la dignidad de la persona en su aspecto interno inmanente y su aspecto externo trascendente, no se vislumbra en la Diputación Provincial, ente público al que no se han referido las informaciones y las opiniones de la diputada demandada, sino a las personas del partido político oponente; si bien a la persona jurídica, después de muchas vacilaciones jurisprudenciales, se le reconoció el derecho al honor protegido constitucionalmente (no había duda de que si era afrentada, podía accionar basándose en el artículo 1902 del Código Civil), no aparece en este caso ataque o menoscabo a la dignidad de un ente público, del que forman parte unas concretas personas, entre las cuales se halla la propia demandada y sus compañeros de partido, del que era portavoz».

Se comprende, pues, que la parte ahora recurrente haya mencionado dicha sentencia para respaldar su posición. Pero es la única de esta Sala que cabe señalar en tal sentido: la Sentencia 1031/2003, de 7 de noviembre (Rec. 23/1998) confirmó la falta de legitimación activa de los demandantes, que eran concejales de cierto Ayuntamiento, para instar que se condenase a una Caja de Ahorros a acatar la decisión del Pleno del Ayuntamiento de reponer a otro concejal como representante del mismo en el Consejo de Administración de la Caja. Y simplemente se rechazó en ella, con pleno acierto, el alegato de los recurrentes de que la Sentencia del Tribunal Constitucional 241/1991, tantas veces mencionada aquí, venía a respaldar su «interés legítimo» en la defensa del derecho fundamental a acceder a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE) pretendidamente vulnerado por la Caja demandada.

4.ª) En cualquier caso, la procedencia de que esta Sala fije ya de modo expreso la doctrina de que las personas jurídicas de Derecho público no son titulares del derecho al honor que garantiza el artículo 18.1 CE viene exigida por la bien establecida jurisprudencia constitucional en el sentido de que no cabe, como regla, predicar de esa clase de personas jurídicas la titularidad de otros derechos fundamentales que los procesales que establece el artículo 24 CE, y en los limitados términos que expresa la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 195/2015, de 21 de septiembre. Conviene transcribir el párrafo de su Fundamento Jurídico 3º relevante en esta sede:

«[D]ebemos partir de la doctrina que, con cita de otras Sentencias, se sintetizó en la STC 164/2008, de 15 de diciembre, FJ 3. En la misma recordamos que “los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos (STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1). Por este motivo existen importantes dificultades para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a las entidades de Derecho público, pues la noción misma de derecho fundamental que está en la base del art. 10 CE resulta poco compatible con entes de naturaleza pública (STC 91/1995, de 19 de junio, FJ 2). En consecuencia, lo que con carácter general es predicable de las posiciones subjetivas de los particulares, no puede serlo, con igual alcance y sin más matización, de las que tengan los poderes públicos, frente a los que, principalmente, se alza la garantía constitucional (STC 129/2001, de 4 de junio, FJ 3)”».

5.ª) En esa misma línea –como justamente reconoce el Ministerio Fiscal en su último informe en los presentes autos– se sitúa la doctrina científica de modo prácticamente unánime; que ha señalado que en la lógica profunda de los derechos fundamentales está la convicción de que entre gobernantes y gobernados existe, por definición, una situación de desequilibrio a favor de los primeros, pertrechados de potestades, privilegios o prerrogativas en orden a la

prevalente consecución del interés general. Posición, esa, de supremacía de los Poderes Públicos, que ha de compensarse a favor de los gobernados por las sólidas garantías que los derechos fundamentales significan. Son, por su esencia, pretensiones de los particulares frente a los Poderes Públicos, y por ello hay que excluir en principio que éstos representen al mismo tiempo el rol de sujetos y el de destinatarios de los referidos derechos. En suma: el Estado y en general las personas jurídicas de Derecho público no tienen, como regla, derechos fundamentales, sino competencias.

6.ª) No puede sorprender, así, que el artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos disponga:

«El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en este Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio de ese derecho».

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos sobre el significado de la expresión «organización no gubernamental» se encuentra bien resumida en las decisiones de inadmisión *Dösemealti Belediyesi c. Turquía*, de 23 de marzo de 2010, y *Demirbas c. Turquía*, de 9 de noviembre de 2010; y en la sentencia dictada en el caso *Granitul, S.A. c. Rumanía* el 22 de marzo de 2011, §§ 23-29. Se lee en la segunda de aquellas decisiones:

«A tenor de dicho artículo, el Convenio no sólo protege a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas bajo la jurisdicción de Estados contratantes. La Comisión y el Tribunal europeos de derechos humanos han tenido ocasión de pronunciarse sobre la calificación jurídica correspondiente a organizaciones cuyo carácter no gubernamental era cuestionable.

»*1. Diferentes organizaciones públicas.*

»Así, tratándose de una corporación de Derecho público que mantenía un monopolio, la Red de Ferrocarriles Nacionales de España, la Comisión ha dicho que aquélla carecía de legitimación para interponer una demanda habida cuenta de que el consejo de administración era responsable ante el Gobierno y de que la estructura interna y la organización de las actividades de la entidad demandante estaban reguladas mediante disposiciones legislativas (*RENFE c. España,* nº 35216/97, decisión de la Comisión de 8 de septiembre de 1997 […]). Y llegó igual conclusión respecto del Consejo General de Colegios Oficiales de Economistas de España a causa de que ejercía "funciones oficiales (…) atribuidas por la Constitución y por la ley" (*Consejo General de Colegios Oficiales de Economistas de España c. España*, núms. 26114/95 y 26455/95, decisión de 28 de junio de 1995).

»Los órganos del Convenio no han aplicado siempre de manera rígida ese concepto de "organización gubernamental", sino que han considerado necesario proceder a un examen del caso concreto con independencia del estatus atribuido por el Derecho interno a la organización en cuestión. Así, en el caso *Los Santos Monasterios c. Grecia* (9 de diciembre de 1994, serie A nº 301-A), el Gobierno demandado invocó en apoyo de su tesis los vínculos históricos, jurídicos y financieros de la Iglesia ortodoxa y de sus instituciones con la nación y el Estado helénicos, que, según el Gobierno, se reflejaban en la Constitución y en los textos legislativos, así como la considerable influencia que ejercía, también a su juicio, la Iglesia sobre las actividades de Estado. Por lo demás, estimaba que los monasterios estaban integrados jerárquicamente en la estructura orgánica de la Iglesia de Grecia. El Tribunal no compartió el criterio del Gobierno demandado y calificó a los monasterios demandantes de organizaciones no gubernamentales, teniendo en cuenta los elementos siguientes: no ejercían prerrogativas del poder público; la naturaleza de sus fines, esencialmente eclesiásticos y espirituales o culturales y sociales, no permitía clasificarlos como organizaciones gubernamentales con finalidad de administración pública; y, por lo demás, la única potestad que tenían los consejos monásticos consistía en dictar reglamentaciones relativas a la organización y promoción de la vida espiritual y sobre la administración interna de cada monasterio. El Tribunal consideró también que la calificación como personas jurídicas de Derecho público, atribuida por el Derecho interno a los monasterios

demandantes, pretendía exclusivamente asegurarles, en razón de los particulares vínculos que les unían al Estado, la misma protección jurídica frente a terceros reconocida a otras personas jurídicas de Derecho público (§§ 48-49; véase también *Finska Församlingen I Stockholm, Hautaniemi c. Suecia*, nº 24019/94, decisión de la Comisión de 11 de abril de 1996, DR 85; *Rommelfanger c. República Federal de Alemania*, nº 12242/86, decisión de la Comisión de 12 de julio de 1989, DR 62, p. 151).

»En el caso *Radio France y otros c. Francia* [(dec.) nº 53984/00, CEDH 2003-X)], el Tribunal, con referencia a los precedentes, definió las "organizaciones gubernamentales" como las personas jurídicas que participan en el ejercicio del poder público o que gestionan un servicio público bajo el control de las autoridades. Afirmó que debían tomarse en consideración el estatuto jurídico de la persona moral y, en su caso, las prerrogativas que tiene atribuidas, la naturaleza de la actividad que desempeña y el contexto en el que se inscribe, así como su grado de independencia respecto de las autoridades políticas. Y teniendo especialmente en cuenta el régimen establecido en orden a garantizar la independencia editorial y la autonomía institucional de la sociedad demandante –sociedad nacional de radiodifusión–, el Tribunal la calificó como organización no gubernamental, a pesar de que la ley le atribuye finalidades de servicio público y del hecho de que depende en gran medida del Estado para su financiación.

»El Tribunal aplicó los mismos criterios de libertad editorial y autonomía institucional reconocidas por el legislador para concluir que también la cadena de radiodifusión austriaca, aunque pública, tenía la condición de organización no gubernamental en el sentido del artículo 34 *(Österreichischer Rundfunk c. Austria,* nº 35841/02, §§ 46-54, 7 de diciembre de 2006).

»*2. Los organismos descentralizados*

»Por lo que respecta a los entes públicos territoriales, la jurisprudencia referente a su condición de demandante en el sentido del artículo 34 del Convenio es más uniforme. Se ha establecido en varias ocasiones que las autoridades descentralizadas que ejercen funciones públicas no pueden interponer una demanda ante los órganos del Convenio, pues, cualquiera que sea su grado de autonomía, ejercen una parte del poder público y, por tanto, sus actos u omisiones implican la responsabilidad del Estado conforme al Convenio (*El Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco c. España* (dec.), nº 29134/03, 3 de febrero de 2004; *Karagiannis c. Grecia* (dec.), nº 33408/05, 27 de septiembre de 2007; *Breisacher c. Francia* (dec.), nº 76976/01, CEDH 2003-X; *Section de commune d´Antilly c. Francia* (dec.), nº 45129/98, CEDH 1999-VIII; *Commune de Rothenthurn c. Suiza*, nº 13252/87, decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1988, DR 59, p. 251; *Ayuntamiento de Mula c. España* (dec.), nº 55346/00, CEDH 2001-1; *Danderyds Kommun c. Suecia* (dec.), nº 52559/99, 7 de junio de 2001).

»El Tribunal ha tenido también ocasión de precisar que incluso en un litigo entre un Gobierno central y un ente público territorial no cabría llegar a una conclusión diferente puesto que un tal contencioso no disminuye en ningún caso el carácter público de las autoridades implicadas (*La provincia de Bari, Francesco Sorrentino y Teresa Messeni Nemagna c. Italia* (dec.), nº 41877/98, 15 de septiembre de 1998) […].

»El Tribunal también ha tenido ocasión de decir que los actos de "carácter privado" de los entes públicos territoriales, o los actos en los cuales no ejercen su poder público, no pueden constituir un argumento que permita considerarlos como "demandantes potenciales": el tenor del artículo 34 es limitativo a ese respecto, y tal criterio ha sido confirmado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia, como se muestra más abajo. La naturaleza del acto concernido no tiene, pues, relevancia al respecto, pues el organismo gubernamental mantiene siempre una parte del poder público. Cuando el Tribunal ha examinado la condición de demandante de los organismos públicos, siempre ha mantenido como criterio la competencia de los mismos para ejercer el poder público, sin considerar el concreto acto o procedimiento debatido ante él […]».

7.ª) Hay que partir, pues, de la regla general que las personas jurídicas de Derecho Público no son titulares de derechos fundamentales. Dicha regla puede tener excepciones, incluso para derechos diferentes de los procesales que reconoce el artículo 24 CE; pero no ha hallado esta

Sala, ni en la doctrina constitucional española ni en la comparada, razones que impongan que entre esas excepciones se encuentre el derecho fundamental al honor.
Para comprender mejor por qué, es oportuno transcribir ahora parte de la argumentación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/1995: la que vino a reconocer a las personas jurídicas privadas la titularidad del repetido derecho:

«[…] Hemos dicho que existe [en la propia Constitución] un reconocimiento específico de titularidad de determinados derechos fundamentales respecto de ciertas organizaciones. Hemos dicho, también, que debe existir un reconocimiento de la titularidad a las personas jurídicas de derechos fundamentales acordes con los fines para los que la persona natural las ha constituido. En fin, y como corolario de esta construcción jurídica, debe reconocerse otra esfera de protección a las personas morales, asociaciones, entidades o empresas, gracias a los derechos fundamentales que aseguren el cumplimiento de aquellos fines para los que han sido constituidas, garantizando sus condiciones de existencia e identidad.

»Cierto es que, por falta de existencia física, las personas jurídicas no pueden ser titulares del derecho a la vida, del derecho a la integridad física, ni portadoras de la dignidad humana. Pero si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de esos fines. En ocasiones, ello sólo será posible si se extiende a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales que protejan –como decíamos– su propia existencia e identidad, a fin de asegurar el libre desarrollo de su actividad, en la medida en que los derechos fundamentales que cumplan esa función sean atribuibles, por su naturaleza, a las personas jurídicas».

Resulta evidente, en primer lugar, que esa conexión sistemática con el derecho fundamental de asociación (art. 22.1 CE), establecida por el Tribunal Constitucional, cae por su base cuando se trata de las personas jurídicas de Derecho público.
La referencia, en fin, que los párrafos transcritos hacen a los derechos fundamentales necesarios y complementarios para la consecución de los fines de tipo de persona jurídica de que se trate puede, sin duda, justificar que se reconozca, por ejemplo, a las universidades públicas la titularidad de libertad de enseñanza (art. 27.1 CE); o la titularidad de la libertad de información [art. 20.1.d) CE] a los entes públicos de radiodifusión. O que, en países en los que existan iglesias u otras entidades religiosas de naturaleza jurídico-pública, se les garantice constitucionalmente la libertad religiosa y de culto. Pero no cabe sostener sensatamente que la consecución de los fines característicos de las personas jurídicas de Derecho Público requiera reconocerles la titularidad del derecho fundamental al honor, para garantizar así su existencia e identidad.

8.ª) En fin, en cuanto al déficit de protección jurídica al que han aludido tanto la parte ahora recurrente como el Ministerio Fiscal, baste decir –además de recordar la muy amplia libertad de la que goza el legislador ordinario para tipificar las conductas que juzga merecedoras de sanción penal– que, negar a las personas jurídicas de Derecho público la titularidad del derecho al honor que garantiza el artículo 18.1 CE, de ningún modo comporta negar que tales personas jurídicas puedan reclamar, con fundamento en el artículo 1902 CC, indemnización de los perjuicios que les causen los atentados a su prestigio institucional o autoridad moral. Pero deberán probarlos cumplidamente, pues no gozan de la presunción de perjuicio que establece el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982. Tampoco serán aplicables a los correspondientes procesos civiles las normas de los artículos 249.1.2º y 477.2.1º LEC.

SEXTO.- Esta Sala concluye, por tanto, y fija como doctrina que las personas jurídicas de Derecho público no son titulares del derecho al honor garantizado por el artículo 18.1 CE. Consecuentemente, el Ayuntamiento de Sobrescobio carecía de legitimación para ejercitar las pretensiones que dedujo la demanda iniciadora del presente proceso.

En aplicación de la doctrina de la equivalencia de resultados y carencia de efecto útil del recurso [STS 261/2016, de 20 de abril (Rec. 920/2014) y las en ella citadas], se impone, por tanto, desestimar los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por el referido Ayuntamiento, al resultar en definitiva justificado el fallo desestimatorio de la demanda al que llegaron, por distintas razones, tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial.

### 3.16. Sentencia núm. 266/2016, de 21 de abril. Casación 12/2014

*Revocación del consentimiento para la difusión de las imágenes y reiteración de la revocación. Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor, dado el total conocimiento por la modelo del destino y finalidad de las imágenes. Existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen por haberse difundido y comercializado las fotografías después de la revocación del consentimiento y de la reiteración de la revocación.*
*Derecho fundamental de la recurrente a la propia imagen.*

Fundado el motivo en infracción del art. 18 de la Constitución, se impugna la sentencia recurrida, en esencia y por lo que se refiere al derecho a la propia imagen, por no haber tenido en cuenta que la difusión de las fotografías por la demandada «Arroba» y en las cadenas de televisión de la codemandada «Las Provincias TV» se produjo mucho después de que la hoy recurrente comunicara a «Arroba» que daba por resuelto el contrato, y que se prolongó después incluso de que, al cabo de año y medio, reiterase la revocación de su consentimiento.
NOVENO.- Para resolver el motivo debe tomarse como punto de partida que, según el art. 2.3 de la LO 1/1982, el consentimiento «será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas».

Al venir delimitado el ámbito protegido en la ley por el consentimiento del titular del derecho (art. 2.2 LO 1/1982), debe entenderse que la revocación del consentimiento también incide en el derecho a la propia imagen como derecho fundamental, es decir, no exclusivamente en su aspecto o dimensión puramente patrimonial, pues así resulta tanto del carácter esencial atribuido por la propia LO 1/1982 al consentimiento como del contenido de la STC 117/1994, centrado en la relevancia del consentimiento y de su revocación para el derecho a la propia imagen en su dimensión de derecho fundamental.

En particular, cabe destacar las siguientes consideraciones de su fundamentación jurídica:

«Cierto que, mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad. Esto es lo que puede determinar situaciones como la que aquí se contempla porque los artistas profesionales del espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo), que ostentan el derecho a su imagen como cualquier otra persona salvo las limitaciones derivadas de la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad, consienten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afección a su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial; mas debe afirmarse que también en tales casos el consentimiento podrá ser revocado, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado [...].

»[...] pues tratándose del ejercicio de una facultad derivada de un derecho constitucional de la personalidad, la posibilidad de revocación no se agota con su ejercicio frente a quien originariamente resultó beneficiario de la licencia, sino que se extiende a todos los que sucesivamente hayan podido ir adquiriendo la titularidad sobre lo transmitido, puesto que se trata de recobrar el derecho a la imagen, irrenunciable e inalienable en su esencia, dejando sin efecto la autorización que es una facultad excepcional otorgada».

### 3.17. Sentencia núm. 259/2016, de 20 de abril. Casación 1075/2015.

*Inexistencia de intromisión ilegítima en el testimonio de la codemandada que empleó la palabra «chaquetero», al quedar amparado por la libertad de expresión en el contexto de una investigación histórica y de los hechos investigados.*

3.ª) Al no existir, pues, en las manifestaciones o testimonios que la demanda y el recurso consideran ofensivos una imputación directa al padre de la demandante de querer la muerte u otro grave mal para su hermano, la sentencia recurrida, al confirmar la desestimación de la demanda respecto del autor del libro y su editora, lejos de infringir las normas que se citan en el motivo, se ajustó tanto a su interpretación por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala que la propia sentencia cita con exactitud, y de la que en cambio se prescinde en el motivo, como a la regla contenida en el art. 8.1 de la LO 1/1982 cuando dispone que «[n]o se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas… cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante». Más en particular, la sentencia recurrida se ajusta cabalmente a la doctrina contenida en la STC 43/2004, de 23 de marzo, que el tribunal sentenciador toma como punto de referencia con acierto en cuanto el Tribunal Constitucional desestima en esa sentencia el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia de esta sala 216/1999, de 8 de marzo, que, tras casar la sentencia recurrida, había desestimado una demanda por intromisión en el derecho al honor en un documental televisivo sobre hechos sucedidos durante la Guerra Civil, en concreto un consejo de guerra con prueba testifical en la que se había fundado la condena del acusado. Y asimismo se ajusta la sentencia recurrida a la doctrina de la sentencia de esta sala 470/2014, de 30 de septiembre, que desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de apelación que había confirmado la desestimación de una demanda por intromisión en el derecho al honor de un alto mando militar en un amplio reportaje periodístico sobre el intento de golpe de estado de 23 de febrero de 1981.

### 3.18. Sentencia núm. 210/2016, de 5 de abril. Casación e infracción procesal 3269/2014

*Derecho al olvido digital. Legitimación pasiva de la filial española de la empresa titular del buscador Google. El tratamiento de los datos personales vinculados con la concesión de un indulto en un buscador generalista de Internet deja de ser lícito una vez transcurrido un plazo razonable desde que se ha concedido el indulto si el afectado ejercita su derecho de oposición. Necesidad de realizar una ponderación entre el ejercicio de la libertad de información consistente en que los datos sobre la concesión de indultos puedan encontrarse a través de un buscador como Google, y el respeto a los derechos de la personalidad, fundamentalmente el derecho a la intimidad personal y familiar pero también el derecho al honor cuando la información versa sobre el indulto de la condena por la comisión de un delito que afecta negativamente a la reputación del afectado, para decidir cuál debe prevalecer a la vista de las circunstancias concurrentes.*

En el presente caso, el tratamiento, en el año 2010, de los datos personales del demandante con relación al indulto que le fue concedido en 1999 por un delito cometido en 1981, en un motor de búsqueda en Internet como es Google, una vez que el afectado requirió a Google Spain para que cancelara dicho tratamiento de datos, debe considerarse ilícito por inadecuado y desproporcionado a la finalidad del tratamiento, a causa del plazo transcurrido desde que sucedieron los hechos a que se refiere el tratamiento de datos.

Transcurrido ese tiempo, el derecho a la información y el control de la actividad gubernamental justifica que esos datos puedan ser accesibles para una búsqueda específica, en la página web en la que se publican oficialmente los indultos, la del BOE, porque la posibilidad de investigar sobre la política de indultos llevada a cabo por el Gobierno, incluso en tiempos pasados, o comprobar si una persona que se presenta a un cargo público ha sido indultada en el pasado, reviste interés general y justifica la afectación de derechos de la persona indultada que supone tal posibilidad de búsqueda. Pero no está justificado un tratamiento como el que realiza Google, que supone que cada vez que alguien realiza una búsqueda con cualquier finalidad (elaboración de informes comerciales, selección para un puesto de trabajo, búsqueda por clientes, conocidos o familiares del teléfono o de la dirección de una persona, simple cotilleo, etc.) aparezca entre los primeros enlaces el que informa sobre los hechos delictivos que cometió una persona en un pasado lejano, aunque sea indirectamente, a través de la información sobre el indulto que le fue concedido.

Por esa razón, la ponderación que ha realizado la Audiencia entre los derechos al honor, a la intimidad y a la protección frente al tratamiento de datos de carácter personal del demandante, y la libertad de información que ampara la obtención de información sobre la concesión de indultos por el Gobierno a personas condenadas por la comisión de delitos, ha sido adecuada. La gravedad del daño que se le causa al afectado, que muchos años después todavía debe sufrir el estigma social de haber sido condenado por un delito, no encuentra justificación en el ejercicio de una libertad de información como la que supone la actividad de un buscador generalista de Internet, cuando el interés público de la información se ha visto considerablemente mermado por el transcurso de un extenso periodo de tiempo.

### 3.19. Sentencia núm. 78/2016, de 18 de febrero. Recurso infracción procesal 1666/2014

*Demanda de protección jurisdiccional del derecho fundamental de asociación frente a asociación privada de carácter religioso. Competencia de la jurisdicción civil.*

*El principio de exclusividad de la jurisdicción estatal.*

**1.-** El artículo 117.3 de la Constitución y el artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establecen, con ligeras variaciones en su texto, que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes y en los tratados internacionales.

El artículo 3.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que «[l]a jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos».

El artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que «[l]a jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes».

Por último, el artículo 21.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé que «[l]os Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte».

**2.-** El conocimiento de una demanda de protección jurisdiccional civil del derecho fundamental de asociación interpuesta por un ciudadano español contra una asociación inscrita en un registro administrativo español y domiciliada en territorio español, por hechos acaecidos en España, corresponde a la jurisdicción española, y en concreto a la jurisdicción civil.

No es posible estimar una declinatoria de jurisdicción para privar del conocimiento de un asunto a la jurisdicción civil y atribuírsela a la jurisdicción eclesiástica porque esta no es una jurisdicción estatal reconocida en nuestra Constitución y en nuestras leyes orgánicas y procesales, que en este extremo se han apartado del régimen establecido en el Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868, que suprimió las jurisdicciones de comercio y de Hacienda pero mantuvo la eclesiástica, y en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, cuyo artículo 278.2 atribuía a la Sala Primera del Tribunal Supremo el conocimiento «de los recursos de fuerza contra el Tribunal de la Rota de la Nunciatura», y cuyos arts. 390 y 391 preveían que «[l]as cuestiones de jurisdicción promovidas por Jueces ó Tribunales eclesiásticos, se sustanciarán y decidirán con sujeción a las reglas establecidas para los recursos de fuerza en conocer» y que «[c]uando los Jueces ó Tribunales eclesiásticos estimaren que les corresponde el conocimiento de una causa en que entiendan los Jueces ó Tribunales seculares, podrán requerirles de inhibición, y si no se inhibieren, recurrir en queja al superior inmediato de éstos, el cual, después de oír al Ministerio fiscal, resolverá lo que creyere procedente».

Consecuencia de lo expuesto es que actualmente tampoco pueden plantearse conflictos de jurisdicción, positivos o negativos, entre una de las jurisdicciones estatales (sea civil, penal, contencioso-administrativa, social o militar) y la jurisdicción eclesiástica.

En esta materia, la previsión que en el artículo 1 del Acuerdo con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 1979, se hace a que «[e]l Estado español reconoce a la Iglesia Católica el derecho de ejercer su misión apostólica y le garantiza el libre y público ejercicio de las actividades que le son propias y en especial las de culto, jurisdicción y magisterio» ha de enlazarse necesariamente con la previsión de libertad de autoorganización que le reconoce el siguiente artículo del Acuerdo, no con la previsión de una jurisdicción de la misma naturaleza que las reconocidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la que pueda deferirse por un tribunal ordinario el conocimiento de ciertos asuntos o con la que puedan plantearse conflictos de jurisdicción.

**3.-** La cuestión que se plantea en la demanda origen de este proceso no atañe a la delimitación de la competencia de la jurisdicción civil o eclesiástica, sino a la correcta delimitación del derecho de asociación, del que son titulares tanto el demandante, socio de la Hermandad, como la propia Hermandad, así como al juego que en esta cuestión tienen otros derechos fundamentales, como el de libertad religiosa. Y, en consecuencia, cuál es el alcance del control que un órgano jurisdiccional del Estado puede realizar del funcionamiento interno de una asociación privada religiosa, en concreto, si dicho control puede alcanzar el ámbito de autoorganización propio de una asociación de este tipo y, en su caso, hasta qué grado y en qué aspectos.

Pero se trata de una cuestión de prosperabilidad de la acción ejercitada, ajena a un posible conflicto de jurisdicciones, que solo puede plantearse entre alguna de las reconocidas como tales en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por tanto, la infracción no proviene de que la Audiencia Provincial haya considerado que la cuestión planteada en la demanda debía quedar resuelta en el estricto ámbito eclesiástico, puesto que surgía en el propio seno de la Hermandad demandada y afectaba de forma exclusiva a su régimen y funcionamiento interno, sino de que la consecuencia de tal razonamiento haya sido la de declinar la jurisdicción a favor de la jurisdicción eclesiástica, con lo que se estima la declinatoria de jurisdicción planteada por la demandada. La consecuencia de la consideración de la Audiencia debería haber sido (de no haber mediado el allanamiento) la desestimación de la demanda por considerar que la cuestión planteada en la demanda afectaba al ámbito de autoorganización reconocido a las asociaciones religiosas. Pero no podía traer como consecuencia declinar el conocimiento del litigio a una jurisdicción que no es una de las reconocidas como tales en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

**4.-** Las sentencias de esta Sala 457/1994, de 13 de mayo, 138/1997, de 27 de febrero, y 851/1997, de 6 de octubre, fueron dictadas en litigios en que estaban implicadas personas jurídicas de naturaleza religiosa. En la última de dichas sentencias se afirmó expresamente la competencia de la jurisdicción civil del Estado para conocer del litigio pese a que el negocio jurídico impugnado se había celebrado entre personas jurídicas encuadradas en la Iglesia Católica y constituidas con fines exclusivamente religiosos (una Hermandad y una Orden monacal) y se planteaba la nulidad del acuerdo adoptado por la asamblea de la Hermandad, para cuya resolución aplicó la normativa vigente relativa al derecho de asociación.

Es cierto que la sentencia 339/2004, de 10 de mayo, invocada por la sentencia de la Audiencia Provincial que es objeto del presente recurso, confirmó una sentencia dictada en segunda instancia que había declarado la falta de competencia de la jurisdicción civil para conocer de la impugnación del nombramiento de una determinada persona como directora general de la Pía Unión «Mater Amabilis», efectuada en la Asamblea General Extraordinaria, y en consecuencia la nulidad de los actos derivados de ese nombramiento, por considerar que la competente era la jurisdicción eclesiástica. Pero esta Sala considera que hoy en día, tras la entrada en vigor de la Constitución y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no puede sostenerse esta tesis, sin perjuicio de que al resolver la cuestión de fondo planteada en la demanda pueda desestimarse la pretensión formulada contra una asociación religiosa con base en las facultades de autoorganización de la persona jurídica de base asociativa demandada.

Por tanto, debe abandonarse esta tesis que declara la falta de competencia de la jurisdicción civil para conocer de estos litigios en los que se demanda a personas jurídicas constituidas en el seno de las confesiones religiosas reconocidas por el Estado Español y, en concreto, en el de la Iglesia Católica y residenciar la solución al problema en el reconocimiento de un amplio ámbito de autoorganización a las asociaciones religiosas que determine que la demanda no pueda prosperar cuando la pretensión afecte a este ámbito en el que las asociaciones religiosas pueden autoorganizarse, sin que sea posible la intervención de las autoridades estatales y, en concreto, de las judiciales.

**5.-** Lo anterior determina que la sentencia de la Audiencia Provincial ha incurrido en la infracción legal denunciada, puesto que no pudo declarar la falta de competencia de la jurisdicción civil por corresponder la competencia para conocer del litigio a la jurisdicción

eclesiástica. Y dado que la asociación religiosa demandada, justamente en el ejercicio de esa autonomía de decisión que se deriva de sus facultades de autoorganización, decidió allanarse a la demanda, ha de aceptarse el pronunciamiento estimatorio de la pretensión ejercitada en la misma.

## 3.20. Sentencia núm. 68/2016, de 16 de febrero. Casación 2573/2014

*La normativa sobre protección de datos de carácter personal solo es aplicable a las personas físicas.*

**1.-** El art. 2.a de la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos profesionales y a la libre circulación de estos datos delimita su objeto al definir «datos personales» como «toda información sobre una persona física identificada o identificable […]».

En lógica concordancia con la Directiva que desarrolla, el objeto de la Ley Orgánica 15/1999 es, conforme señala su artículo 1, «garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar».

De acuerdo con el art. 3.a de esta ley orgánica, que reproduce la previsión del art. 2.a de la Directiva, son datos de carácter personal «[c]ualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables».

El artículo 2.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, dispone en su primer inciso que «[e]ste Reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas».

En consecuencia, la regulación sobre protección de datos de carácter personal, y en concreto, de su tratamiento automatizado en los llamados "registros de morosos" regulado en el art. 29 de la Ley Orgánica y desarrollado en los arts. 37 y siguientes de su Reglamento, no es de aplicación al tratamiento de los datos sobre solvencia patrimonial de las personas jurídicas.

**2.-** Lo anterior no significa que sea lícita la inclusión de los datos de una persona jurídica en un fichero de morosos en cualquier circunstancia. Pero sí significa que no puede ser estimado un recurso de casación que se articula de manera fundamental sobre la infracción de las normas de dicha Ley Orgánica y su Reglamento, como justificación de que se ha producido la intromisión ilegítima en el derecho al honor, cuando tales preceptos, invocados como infringidos, no son de aplicación.

*La vulneración del derecho al honor producida por la indebida inclusión de los datos de carácter personal de las personas físicas en un "registro de morosos".*

**1.-** *El derecho fundamental susceptible de ser vulnerado en caso de inclusión indebida en un registro de morosos.*

Los llamados "registros de morosos" son ficheros automatizados (informáticos) de datos de carácter personal sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, destinados a informar a los operadores económicos (no solo a las entidades financieras, también a otro tipo de empresas que conceden crédito a sus clientes o cuyas prestaciones son objeto de pagos periódicos) sobre qué clientes, efectivos o potenciales, han incumplido obligaciones dinerarias anteriormente, para que puedan adoptar fundadamente sus decisiones sobre las relaciones comerciales con tales clientes.

La sentencia de esta Sala núm. 284/2009, de 24 de abril, sienta como doctrina jurisprudencial que inclusión indebida en un fichero de morosos vulnera el derecho al honor de la persona cuyos datos son incluidos en el fichero, por la valoración social negativa que tienen las personas incluidas en estos registros y porque la imputación de ser "moroso" lesiona la

dignidad de la persona, menoscaba su fama y atenta a su propia estimación «pues esta clase de registros suele incluir a personas valoradas socialmente en forma negativa o al menos con recelos y reparos […] es una imputación, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta a su propia estimación».

Esta sentencia afirma que para que tal vulneración se produzca es intrascendente que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, puesto que la jurisprudencia ha distinguido en el derecho al honor un doble aspecto, el aspecto interno de íntima convicción -inmanencia- y el aspecto externo de valoración social -trascendencia-.

No es preciso, pues, que haya existido una efectiva divulgación del dato para que se haya vulnerado el derecho al honor del afectado y se le hayan causado daños morales. Si el dato ha sido divulgado, porque el registro ha sido consultado, y tal divulgación tiene consecuencias económicas, habrían de indemnizarse tanto el daño moral como el patrimonial.

**2.-** *La actuación autorizada por la ley como excluyente de la ilegitimidad de la afectación del derecho fundamental.*

Para considerar que no ha existido vulneración ilegítima en el derecho al honor es necesario que la actuación de la demandada haya sido lícita, pues el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, prevé que «no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley […]».

Por esta razón, la regulación de la protección de datos de carácter personal es determinante para decidir si la afectación del derecho al honor, en el caso de inclusión de los datos del afectado en un “registro de morosos”, constituye o no una intromisión ilegítima, puesto que si el tratamiento de los datos ha sido acorde con las exigencias de dicha legislación (es decir, si el afectado ha sido incluido correctamente en el “registro de morosos”), no puede considerarse que se haya producido una intromisión ilegítima. De ahí que los recurrentes hayan alegado como infringidos el art. 18.4 de la Constitución, el art. 29.4 LOPD y el art. 38.1 de su Reglamento de desarrollo, en relación a los artículos que regulan el derecho al honor y su protección jurisdiccional civil.

Lo expuesto determina que haya que examinar cómo se regula en nuestro ordenamiento la protección de datos de carácter personal, y en concreto, cómo se regulan los denominados “registros de morosos”.

**3.-** *La regulación de la protección de datos de carácter personal.*

El art. 18.4 de la Constitución española (en lo sucesivo, CE) prevé que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

El Tribunal Constitucional ha declarado la especial importancia que en la interpretación del art. 18.4 CE tiene el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Conforme al art. 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce deben interpretarse conforme a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

La normativa comunitaria también ha concedido gran relevancia a la protección de datos de carácter personal y a los derechos de los ciudadanos en relación con tal cuestión, hasta el punto de que el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce como fundamental el derecho a la protección de los datos de carácter personal. A diferencia de lo que ocurre con la mayoría de los derechos fundamentales contenidos en tal carta, el legislador constituyente comunitario no se ha limitado a mencionar el derecho, sino que ha

enunciado en el precepto su contenido esencial, al establecer en el párrafo 2º: «estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación».

El Derecho comunitario también ha regulado la cuestión en una directiva, la Directiva 1995/46/CE, de 24 octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Los dos elementos fundamentales que se repiten en la regulación contenida en el Convenio, la Carta de Derechos Fundamentales y la Directiva, y que se relacionan íntimamente entre sí, son los de la exigencia de calidad en los datos personales objeto de tratamiento automatizado en ficheros, en sus aspectos de adecuación, pertinencia, proporcionalidad y exactitud, y la concesión al afectado de los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación.

**4.-** En Derecho interno, el art. 18.4 CE ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, actualmente en vigor.

Posteriormente fue dictado el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de 1999, de Protección de Datos de Carácter Personal. Algunos preceptos de este reglamento fueron anulados por las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, Sección 6ª, de 15 de julio de 2010 (varias, pues fueron varios los recursos interpuestos por diversas empresas) por considerar la redacción defectuosa o de tal vaguedad «que origina una gran inseguridad jurídica que puede dar lugar a la apertura de expedientes sancionadores», esto es, por exigencias del Derecho Administrativo sancionador.

**5.-** *El tratamiento de datos personales destinado o realizado con ocasión de la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito.*

Esta cuestión merece una regulación específica en la LOPD y su Reglamento.

Con el título «prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito», los dos primeros apartados del art. 29 LOPD establecen:

«1. Quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito solo podrán tratar datos de carácter personal obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento.

»2. Podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente Ley».

Se trata de ficheros de diferente naturaleza. El apartado 1 se está refiriendo a los ficheros positivos o de solvencia patrimonial, exigiéndose para el tratamiento de los datos su obtención de los registros y fuentes accesibles al público o de las informaciones facilitadas por el propio interesado o con su consentimiento. El apartado 2 hace mención a los ficheros negativos o de incumplimiento, formados con datos facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta e interés.

Los ficheros en los que fueron incluidos los datos de los demandantes son de este segundo tipo, sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, y son los llamados comúnmente

“registros de morosos”, que por su naturaleza son susceptibles de provocar vulneraciones del derecho al honor y daños tanto morales como patrimoniales.

**6.-** *El principio de calidad de los datos.*

Uno de los ejes fundamentales de la regulación del tratamiento automatizado de datos personales es el que ha venido en llamarse “principio de calidad de los datos”. Los datos deber ser exactos, adecuados, pertinentes y proporcionados a los fines para los que han sido recogidos y tratados. El art. 4 LOPD, desarrollando las normas del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa y la normativa comunitaria, exige que los datos personales recogidos para su tratamiento sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido, exactos y puestos al día de forma que respondan como veracidad a la situación actual del afectado, y prohíbe que sean usados para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos.

**7.-** *La calidad de los datos en los registros de morosos.*

Estos principios y derechos son aplicables a todas las modalidades de tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Pero tienen una especial trascendencia cuando se trata de los llamados “registros de morosos”.

El art. 29.4 LOPD establece que «sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos».

El art. 38 del Reglamento exige para la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, la existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada.

Por tanto, los datos que se incluyan en estos registros de morosos han de ser ciertos y exactos. Pero hay datos que pueden ser ciertos y exactos sin ser por ello determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados, en cuyo caso no son pertinentes. Se exige la existencia de una deuda previa, vencida y exigible, que haya resultado impagada, y que tal impago resulte determinante para enjuiciar la solvencia económica del interesado.

La sentencia de esta Sala num. 13/2013, de 29 de enero, realiza algunas declaraciones generales sobre esta cuestión, al afirmar que la LOPD:

«[…]descansa en principios de prudencia, ponderación y sobre todo, de veracidad, de modo que los datos objeto de tratamiento deben ser auténticos, exactos, veraces y deben estar siempre actualizados, y por ello el interesado tiene derecho a ser informado de los mismos y a obtener la oportuna rectificación o cancelación en caso de error o inexactitud, y en cuanto a obligaciones dinerarias se refiere, la deuda debe ser además de vencida y exigible, cierta, es decir, inequívoca, indudable, siendo necesario además el previo requerimiento de pago; por tanto no cabe inclusión de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio, bastando para ello que aparezca un principio de prueba documental que contradiga su existencia o certeza».

**8.-** *Proporcionalidad de la inclusión en el registro de morosos de las deudas de pequeña cuantía.*

Los recurrentes consideran que una deuda que no alcanza los setecientos euros no es útil para valorar la solvencia económica de los afectados.

Tal argumento no es correcto. Sentado que se cumplan los requisitos exigidos por el principio de calidad de los datos, y que se haya requerido previamente de pago al deudor, la existencia de una deuda impagada de pequeña cuantía puede ser pertinente y proporcionada para la finalidad de este tipo de registros, informar sobre la solvencia. El impago de una pequeña deuda, siempre que la misma sea cierta, exacta y no esté sujeta a una controversia razonable, y se haya requerido de pago al deudor, puede ser indicativo de la insolvencia del deudor, con más razón si cabe que el impago de una deuda de mayor cuantía.

Tampoco puede aceptarse el argumento expuesto en el recurso de que la inclusión de los datos personales de los demandantes en un registro de morosos no era pertinente porque no habían sido incluidos anteriormente en ninguno de estos registros, pues tal argumento lleva al absurdo de impedir siempre la primera inclusión de los datos en un registro de morosos. Además, si la anterior inclusión en uno de estos registros hubiera sido cancelada, se trataría de un dato que no estaría a disposición del acreedor, puesto que no son admisibles los llamados ficheros "de saldo cero", pues los mismos informan sobre la condición de deudor en el pasado del afectado, pese a que este en la actualidad no tiene tal condición, permitiendo la construcción de un perfil sobre uno de los aspectos de la persona.

Los llamados "registros de morosos" son necesarios no solo para que las empresas puedan otorgar crédito con garantías, sino también para evitar algo tan pernicioso como el sobreendeudamiento de los consumidores. En este sentido, la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril, sobre crédito al consumo, exige en su art. 8 que antes de que se celebre el contrato de crédito, o de que se aumente el importe del crédito concedido, el prestamista debe evaluar la solvencia del consumidor, entre otros medios, basándose en la consulta de la base de datos pertinente e impone a los Estados miembros garantizar que los prestamistas de los demás Estados tengan acceso a las bases de datos utilizadas en su territorio para la evaluación de la solvencia de los consumidores, en condiciones no discriminatorias. Esta previsión ha sido traspuesta en el art. 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, y es desarrollada también en normas tales como el art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, bajo el epígrafe de "préstamo responsable".

Por lo expuesto, la inclusión de los datos personales de un deudor como consecuencia de una deuda de pequeña cuantía, aunque no haya estado incluido anteriormente en uno de estos registros, siempre que se cumplan los requisitos de calidad de los datos y haya existido un previo requerimiento de pago, es congruente con la finalidad de los ficheros de solvencia patrimonial y con las previsiones de otras normas jurídicas, y es un instrumento útil para prevenir el sobreendeudamiento de los consumidores.

**9.-** *Consecuencias del incumplimiento de los principios de calidad de los datos en un registro de morosos.*

Corresponde a los responsables del tratamiento garantizar el cumplimiento de tales requisitos. Si los datos de carácter personal registrados resultaran ser inexactos o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificados o completados, sin perjuicio de que los afectados puedan ejercitar sus derechos de rectificación o cancelación.

Si no fueran respetadas estas exigencias y como consecuencia de dicha infracción se causaran daños y perjuicios de cualquier tipo a los afectados, el art. 19 LOPD, en desarrollo del art. 23 de la Directiva, les reconoce el derecho a ser indemnizados, así como que la acción en exigencia de indemnización, cuando los ficheros sean de titularidad privada, se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido el derecho de los afectados a ser indemnizados por los daños morales y materiales que hayan sufrido como consecuencia de la indebida inclusión de sus datos personales en un registro de morosos y la vulneración del derecho al honor que tal inclusión haya provocado.

**10.-** *Incumplimiento de los principios de calidad de datos por la empresa demandada.*

La empresa demandada vulneró la normativa de protección de datos. Los datos que comunicó al registro de morosos no eran veraces ni exactos pues no existía previamente una deuda cierta, vencida, exigible, que hubiera resultado impagada, sino una reclamación derivada de la unilateral liquidación por la demandada de una cláusula penal redactada en términos que no permitían, por sí solos, fijar la cantidad en que se concretaba su aplicación. Que en la cláusula penal se previera que «en caso de que antes de concluido el plazo de permanencia [24 meses], el servicio contratado sea suspendido, dado de baja o cancelado por solicitud de baja por parte del cliente o por incumplimiento del contrato imputable al mismo, ADT ESPAÑA tendrá derecho a reclamar al CLIENTE el abono de las cantidades pendientes de amortización hasta la terminación efectiva del contrato» no supone, como pretende la recurrida, que de tal cláusula resulte una deuda cierta, vencida y exigible, y menos aún que la misma pueda fijarse en el importe de las cuotas correspondientes al periodo pendiente de transcurrir hasta la conclusión del periodo de permanencia.

Pero, sobre todo, no se respetaron los principios de prudencia y proporcionalidad, puesto que los datos no eran determinantes para enjuiciar la solvencia económica. No es controvertido que los clientes demandados habían pagado las cuotas del servicio de vigilancia hasta que decidieron darse de baja. Si a continuación se negaron a pagar la cantidad que la empresa de seguridad demandada fijó unilateralmente en aplicación de la cláusula penal, podrá discutirse si la cláusula era o no abusiva, y, en caso de no considerarse abusiva, si la cantidad fijada correspondía efectivamente a lo previsto en la misma (las cantidades pendientes de amortización). Pero sin necesidad siquiera de valorar si la cláusula era o no abusiva, ha de afirmarse que la negativa de un cliente que ha pagado regularmente las cuotas mensuales correspondientes al servicio prestado, a abonar la penalización por desistimiento cuando la cláusula que la prevé no es precisa y deja un amplio margen al predisponente para fijar el importe de la sanción, no es, en estas circunstancias, determinante para enjuiciar la solvencia del cliente, porque es evidente que no viene determinada por su imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones, que es en lo que consiste la insolvencia, ni por su negativa maliciosa a hacerlo, sino por su discrepancia razonable con la conducta contractual de la demandante.

Las alegaciones de ADT que relacionan lo sucedido con un enfrentamiento comercial con otra empresa competidora, que habría inducido a los demandantes a desistirse del contrato antes del transcurso del plazo pactado, no solo no sirven para sustentar su tesis sino que, por el contrario, refuerzan la consideración de que la inclusión de los datos de las personas físicas recurrentes en el registro de morosos no fue pertinente pues no era determinante para enjuiciar su solvencia.

Como ya declaramos en la sentencia 312/2014, de 5 de junio, el enjuiciamiento de la existencia, veracidad y pertinencia del dato relativo a la deuda incluido en el registro de morosos ha de hacerse en el proceso de protección del derecho al honor promovido por los afectados, pues es necesario para decidir si el menoscabo del derecho al honor de los demandantes por su inclusión como morosos en un fichero automatizado estaba o no justificado y, por tanto, si había existido o no una intromisión ilegítima en su derecho al honor. No puede exigirse a los demandantes que, con carácter previo, hubieran interpuesto una demanda para que se declarara la falta de veracidad o exactitud de tales datos, por ser abusiva la cláusula penal prevista en el contrato, o por haber sido aplicada incorrectamente para calcular la indemnización por el desistimiento unilateral del contrato, para, posteriormente, obtenida la sentencia firme en que se hiciera tal declaración, interponer una demanda de

protección del derecho al honor. Y ello no solo porque en tal caso lo más probable es que la acción de protección del derecho al honor habría caducado, sino porque se trata de un enjuiciamiento a realizar en este proceso puesto que es necesario para determinar unos de los elementos constitutivos de la pretensión de los demandantes. Además, en el caso del carácter abusivo de una cláusula no negociada en un contrato celebrado con consumidores, la exigencia de que tales cláusulas no vinculen a los consumidores (art. 6 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril), que ha llevado a esta Sala a declarar que el carácter abusivo de estas cláusulas ha de ser apreciada incluso de oficio por los tribunales, invalida un razonamiento de este tipo.

En definitiva, los datos personales de las personas físicas demandantes fueron incluidos por ADT en el registro de morosos por deudas inciertas, dudosas, no pacíficas, no exactas, pues habían sido fijadas por la demandada con base en una mera estimación, y por tanto, conforme a la doctrina sentada en la sentencia de esta Sala 13/2013, de 29 de enero, no eran aptas para sustentar la inclusión legítima de los datos de los demandantes en un registro de morosos. Tal inclusión puede interpretarse como una presión para que los demandantes aceptaran una reclamación con un fundamento que era, cuanto menos, dudoso, y por una deuda que no podía calificarse como cierta, en el sentido de inequívoca.

La sentencia de esta Sala 176/2013, de 6 marzo, realiza unas declaraciones que son procedentes reproducir para resolver este recurso, del siguiente tenor:

«La inclusión en los registros de morosos no puede ser utilizada por las grandes empresas para buscar obtener el cobro de las cantidades que estiman pertinentes, amparándose en el temor al descrédito personal y menoscabo de su prestigio profesional y a la denegación del acceso al sistema crediticio que supone aparecer en un fichero de morosos, evitando con tal práctica los gastos que conllevaría la iniciación del correspondiente procedimiento judicial, muchas veces superior al importe de las deudas que reclaman.

»Por tanto, esta Sala estima que acudir a este método de presión representa en el caso que nos ocupa una intromisión ilegítima en el derecho al honor […]»

Ha existido por tanto una vulneración ilegítima del derecho al honor de los clientes por la indebida inclusión de sus datos personales en el registro de morosos, por lo que el recurso de casación debe ser estimado.

### 3.21. Sentencia núm. 601/2015, de 5 de noviembre. Casación 613/2014

*Improcedencia de amparar en el derecho fundamental a la libertad de expresión un pretendido derecho al insulto*.

El recurso de casación denuncia la vulneración de lo dispuesto por los artículos 20.1.a) y d) de la Constitución Española respecto de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información y de la doctrina jurisprudencial sobre los mismos.

El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto (por todas, la STC, Sec.1ª de 19 diciembre 2013) que es doctrina reiterada "*que la ponderación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y del derecho al honor y la determinación de sus límites requiere tener en cuenta diversas circunstancias como "el juicio sobre la relevancia pública del asunto, el tipo de intervención y, por encima de todo, el dato de si, en efecto, contribuyen o no a la formación de la opinión pública, incidiéndose en que este límite se debilita o pierde peso en la ponderación a efectuar cuando los titulares del honor ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de relevancia pública, siendo en estos casos más amplios los límites de la crítica permisible, pues estas personas están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna [...] También se ha puesto de manifiesto que, incluso en el ámbito en el que los límites de la crítica permisible son más amplios, la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto , lo que significa que de la protección constitucional que otorga el artículo 20.1 a) CE , están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad, sean ofensivas o ultrajantes y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (por todas, STC 9/2007, de 15 de enero , FJ 4, y STC 77/2009, de 23 de marzo , FJ 4)".*

En el mismo sentido debe ser citada la reciente sentencia de esta Sala núm. 497/2015, de 15 septiembre, en cuanto reitera la improcedencia de amparar en el derecho fundamental a la libertad de expresión un pretendido derecho al insulto.

Basta el examen de las expresiones utilizadas por el demandado, que se tienen por ciertas, para comprobar que más allá de denunciar un supuesto caso de "corrupción", lo que podría estar justificado por el derecho a la libertad de expresión y de información, afectando además a un personaje público, se vierten expresiones que claramente atentan -gratuita e innecesariamente- contra el honor del demandante como son las de "mala gente" y "perverso" así como la comparación con las ratas, lo que implica menosprecio y lesión en la dignidad del afectado. Se trata de expresiones absolutamente innecesarias para poner de manifiesto una opinión, información o crítica que podría ser legítima, pero que igualmente puede formularse sin necesidad de acudir al insulto; siendo así que, si tales actuaciones no encuentran respuesta adecuada en derecho, lo que se está propiciando es una espiral acción-reacción en la que el ofendido quedará legitimado para contestar con un insulto mayor al recibido, en una escalada sin límite carente de cualquier justificación.

## 3.22. Sentencia núm. 545/2015, de 15 de octubre. Casación 2772/2013

*Caducidad de la acción. Derecho al olvido digital. Digitalización de hemeroteca sin utilizar códigos ni instrucciones que impidan la indexación de los datos personales vinculados a informaciones obsoletas sobre hechos pretéritos que afecten a la reputación y la vida privada de los implicados en tales informaciones.*

Lo relevante para apreciar si la acción ha caducado no es cuándo se publicó la noticia en el periódico en papel, sino si persiste el tratamiento de los datos personales que no cumple los requisitos de la normativa sobre protección de datos personales y causa un daño a los afectados al vulnerar su honor y su intimidad.

Las sentencias de esta Sala núm. 899/2011, de 30 de noviembre, 28/2014, de 29 de enero, y 307/2014 de 4 de junio, consideraron que los daños producidos por el tratamiento de los datos personales que no cumpla los requisitos que establece el ordenamiento jurídico, tienen naturaleza de daños continuados y que el plazo para el ejercicio de la acción de protección de los derechos del afectado por el tratamiento ilícito de datos personales no se inicia en tanto el afectado no tenga conocimiento del cese de dicho tratamiento.

Cuando se interpuso la demanda, persistía el tratamiento de los datos personales que las personas demandantes consideraban ilícito, vulnerador de sus derechos fundamentales y causante de daños cuya indemnización solicitaban, pues sus datos personales seguían incluidos en la web en un modo que permitía su indexación por los buscadores de Internet, por lo que la acción para solicitar el cese del tratamiento de los datos personales y la indemnización de los daños no había caducado.

(…) Por tanto, no puede enjuiciarse ahora si el modo en que se publicó la noticia en la edición del periódico en papel, en los años ochenta, fue o no lícito. La acción para declarar la ilicitud de aquella información habría caducado, y una acción como la ejercitada en la demanda, relativa a lo que se ha venido en llamar el “derecho al olvido digital”, no puede tener como consecuencia la declaración de ilicitud de la información publicada en su día. En consecuencia, ha de partirse de la licitud de la publicación de la información en la que aparecían mencionadas las personas demandantes, y ceñir el enjuiciamiento al tratamiento de sus datos personales derivado de la digitalización de la hemeroteca del diario en que dicha información fue publicada.

**El tratamiento de datos personales que realiza el editor de una página web.**

1.- Como se ha visto al analizar la alegación de caducidad de la acción, la actuación objeto de la demanda no es la publicación de la noticia en la edición en papel del periódico en los años ochenta, sino el tratamiento de los datos personales derivado de la inclusión de los nombres y apellidos en el código fuente de la página web de la hemeroteca digital de El País en que se digitalizó tal noticia con un tratamiento que permite su indexación por los motores de búsqueda de Internet.

Por tanto, no puede enjuiciarse ahora si el modo en que se publicó la noticia en la edición del periódico en papel, en los años ochenta, fue o no lícito. La acción para declarar la ilicitud de aquella información habría caducado, y una acción como la ejercitada en la demanda, relativa a

lo que se ha venido en llamar el “derecho al olvido digital”, no puede tener como consecuencia la declaración de ilicitud de la información publicada en su día. En consecuencia, ha de partirse de la licitud de la publicación de la información en la que aparecían mencionadas las personas demandantes, y ceñir el enjuiciamiento al tratamiento de sus datos personales derivado de la digitalización de la hemeroteca del diario en que dicha información fue publicada.

2.- El editor de una página web en la que se incluyen datos personales realiza un tratamiento de datos personales y como tal es responsable de que dicho tratamiento de datos respete las exigencias de la normativa que lo regula, en concreto las derivadas del principio de calidad de los datos. Así lo ha considerado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) en las sentencias de 6 de noviembre de 2003 (caso *Lindqvist*, asunto C-101/01, apartado 25) y 13 de mayo de 2014 (caso *Google Spain S.L contra Agencia Española de Protección de Datos*, asunto C-131/12, párrafo 26, en lo sucesivo, STJUE del caso *Google*)

Aunque la STJUE del caso *Google* analizó la responsabilidad de los gestores de motores de búsqueda en Internet (tales como Google, Yahoo, Bing, etc.) por el tratamiento de datos personales en informaciones contenidas en páginas web cuyos vínculos aparecían en la lista de resultados de tales buscadores cuando los datos personales (en concreto el nombre y apellidos) eran utilizados como palabras clave para la búsqueda, ello no significa que los editores de las páginas web no tengan la condición de responsables del tratamiento de esos datos personales, con los consiguientes deberes de respetar el principio de calidad de datos y atender el ejercicio de los derechos que la normativa de protección de datos otorga a los afectados, y la responsabilidad derivada de no respetar estas exigencias legales. Los editores de páginas web tienen la posibilidad de indicar a los motores de búsqueda en Internet que desean que una información determinada, publicada en su sitio, sea excluida total o parcialmente de los índices automáticos de los motores, mediante el uso de protocolos de exclusión como *robot.txt*, o de códigos como *noindex* o *noarchive*. Así lo recuerda la STJUE del caso *Google* en su párrafo 39.

3.- En consecuencia, Ediciones El País es responsable del tratamiento de los datos personales de las personas demandantes contenidos en la página web cuestionada, y como tal está sometido a todas las obligaciones que se derivan de la Constitución, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981, la Directiva 1995/46/CE, de 24 octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en lo sucesivo, la Directiva), y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo, LOPD), en la interpretación que de dichas normas han hecho tanto el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo como el TJUE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH).

**El tratamiento de datos personales en las hemerotecas digitales y la libertad de información. Ponderación con los derechos de la personalidad con los que entra en conflicto.**

1.- La recogida y el tratamiento automatizado de datos de carácter personal están regidos por los principios de adecuación, pertinencia, proporcionalidad y exactitud. Estos principios

conforman lo que en la terminología de la normativa de protección de datos se denomina "calidad de los datos" (arts. 6 de la Directiva y 4 LOPD).

Los datos personales objeto de tratamiento automatizado han de ser exactos (art. 6.1.e de la Directiva y 4.3 LOPD), adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades para las que se hayan obtenido (art. 6.1.d de la Directiva y 4.1 LOPD).

2.- La exigencia de veracidad en los datos objeto de tratamiento no ha sido vulnerada por Ediciones El País. No son correctas las consideraciones que en las sentencias de instancia afirman lo contrario. Que la intervención de las personas demandantes en las actividades delictivas relacionadas con el tráfico de drogas o su dependencia de la droga hubieran sucedido en los años ochenta y que actualmente estas personas lleven una vida personal, familiar y profesional que pueda considerarse completamente normal y hayan superado su adicción a las drogas no supone que la publicación de esa información en la hemeroteca digital de El País sea inveraz y que también lo sea el tratamiento de sus datos personales que supone la posibilidad de indexación de las palabras relativas a tales datos y que permite la aparición de la noticia en un lugar destacado de las listas de resultados de los motores de búsqueda de Internet. La noticia resulta accesible tal como fue publicada, con indicación de su fecha, con lo cual la exigencia de veracidad se cumple.

3.- El problema no es que el tratamiento de los datos personales sea inveraz, sino que pueda no ser adecuado a la finalidad con la que los datos personales fueron recogidos y tratados inicialmente. El factor tiempo tiene una importancia fundamental en esta cuestión, puesto que el tratamiento de los datos personales debe cumplir con los principios de calidad de datos no solo en el momento en que son recogidos e inicialmente tratados, sino durante todo el tiempo que se produce ese tratamiento. Un tratamiento que inicialmente pudo ser adecuado a la finalidad que lo justificaba puede devenir con el transcurso del tiempo inadecuado para esa finalidad, y el daño que cause en derechos de la personalidad como el honor y la intimidad, desproporcionado en relación al derecho que ampara el tratamiento de datos.

Un ejemplo claro de lo expuesto es que el tratamiento de datos personales en ficheros sobre solvencia patrimonial no puede tener por objeto datos adversos cuando tengan más de seis años de antigüedad (art. 29.4 LOPD). El tratamiento de los datos personales de un deudor moroso que inicialmente era lícito, deviene ilícito por ser obsoleto e inadecuado a la finalidad del tratamiento cuando transcurre un determinado tiempo, que en este caso es fijado con precisión por la normativa legal, pese a no ser inveraz.

4.- Es necesario por tanto realizar una ponderación entre los derechos y bienes jurídicos en juego para decidir si es lícito el tratamiento de los datos personales de las personas demandantes como consecuencia de la digitalización de la hemeroteca de El País.

La posición jurídica de Ediciones El País no viene determinada únicamente por su interés económico en la digitalización de su hemeroteca, a la vista de los ingresos económicos que obtiene con la publicidad “on line” que aparece en pantalla cuando se consultan las noticias de la hemeroteca. Como acertadamente alega esta sociedad en su recurso, el hecho de que se trate de una empresa de comunicación privada que tiene como objetivo la obtención de un beneficio económico, para lo que tiene una gran importancia la explotación publicitaria de su sitio web, no convierte su conducta en ilícita ni le priva de la protección derivada del ejercicio de las libertades de expresión y de información protegidas en los arts. 20 de la Constitución, 10

del Convenio Europeo para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, y 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

5.- El TEDH ha declarado que las hemerotecas digitales entran en el ámbito de protección del art. 10 del Convenio Europeo de los derechos y de las libertades fundamentales. En las sentencias de 10 de marzo de 2009 (caso *Times Newpapers Ltd -núms. 1 y 2- contra Reino Unido*, párrafo 45) y de 16 de julio de 2003 (caso *Wegrzynowski y Smolczewski* contra Polonia, párrafo 59), el TEDH ha afirmado que los archivos de Internet suponen una importante contribución para conservar y mantener noticias e información disponibles, pues constituyen una fuente importante para la educación y la investigación histórica, sobre todo porque son fácilmente accesibles al público y son generalmente gratuitos.

Ahora bien, la función que cumple la prensa en una sociedad democrática cuando informa sobre sucesos actuales y cuando ofrece al público sus hemerotecas es distinta y debe tratarse de modo diferente. Así lo ha hecho el TEDH, que ha considerado que mientras que la actividad de los medios de comunicación cuando transmiten noticias de actualidad es la función principal de la prensa en una democracia (la de actuar como un "perro guardián", en palabras de ese tribunal), el mantenimiento y puesta a disposición del público de las hemerotecas digitales, con archivos que contienen noticias que ya se han publicado, ha de considerarse como una función secundaria, en la que el margen de apreciación de que disponen los Estados para lograr el equilibrio entre derechos es mayor puesto que el ejercicio de la libertad de información puede considerarse menos intenso.

Internet es una herramienta de información y de comunicación que se distingue particularmente de la prensa escrita, principalmente en cuanto a su capacidad para almacenar y difundir información. Esta red electrónica, que comunica a millones de usuarios por todo el mundo, no está y posiblemente nunca estará sometida a las mismas reglas ni al mismo control que la prensa escrita, pues hace posible que la información sea accesible a millones de usuarios durante un tiempo indefinido. El riesgo de provocar daños en el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades, particularmente el derecho al respeto de la vida privada, que representa el contenido y las comunicaciones en Internet, es sin duda mayor que el que supone la prensa escrita. Así lo ha entendido el TEDH en sus sentencias de 16 de julio de 2003, caso *Wegrzynowski y Smolczewski contra Polonia*, párrafo 58, y 5 de mayo de 2011, caso *Equipo Editorial de Pravoye Delo y Shtekel contra Ucrania*, párrafo 63.

6.- Por tanto, hay que ponderar el ejercicio de la libertad de información que supone la edición y puesta a disposición del público de hemerotecas digitales en Internet, que otorga un ámbito de protección menos intenso que la publicación de noticias de actualidad, y el respeto a los derechos de la personalidad, fundamentalmente el derecho a la intimidad personal y familiar pero también el derecho al honor cuando la información contenida en la hemeroteca digital afecta negativamente a la reputación del afectado.

Los elementos para realizar esta ponderación son el potencial ofensivo que para los derechos de la personalidad tenga la información publicada y el interés público que pueda suponer que esa información aparezca vinculada a los datos personales del afectado.

Este interés no puede confundirse con el gusto por el cotilleo o la maledicencia. Como ha dicho algún autor, lo relevante no es tanto el "interés del público" (si se considerara que es amplio el sector de la población que quiera conocer las miserias de sus conciudadanos, aun las sucedidas mucho tiempo antes), sino el "interés público", esto es, el interés en formarse una opinión fundada sobre asuntos con trascendencia para el funcionamiento de una sociedad democrática. Este interés puede justificar que, cuando se trata de personas de relevancia

pública, una información sobre hechos que afectan a su privacidad o a su reputación, aun sucedidos mucho tiempo atrás, esté vinculada a sus datos personales en un tratamiento automatizado como el que suponen las consultas a través de motores de búsqueda en Internet que indexan los datos personales existentes en las hemerotecas digitales. Las relaciones sociales se basan en buena medida en la información que tenemos de los demás, y el capital moral con que cuenta cada persona depende, en parte, del grado de confianza que inspire su trayectoria vital. Por eso, cuando concurra este interés en la información, está justificado que puedan ser objeto de tratamiento automatizado informaciones lesivas para la privacidad y la reputación, vinculadas a los datos personales, siempre que sean veraces, cuando se trata de personas de relevancia pública, aunque los hechos hayan sucedido hace mucho tiempo.

De ahí que la STJUE del caso *Google,* en su párrafo 97, afirme que los derechos al respeto a la vida privada y familiar y el derecho a la protección de datos de carácter personal «*prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en encontrar la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el mencionado interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate*».

A estos efectos, puede servirnos para conceptuar qué es un personaje público la Resolución 1165, de 1998, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el derecho a la vida privada, cuando afirma que los personajes públicos son las personas que desempeñan un oficio público y/o utilizan recursos públicos, y, en un sentido más amplio, todos aquellos que desempeñan un papel en la vida pública, ya sea en la política, en la economía, en el arte, en la esfera social, en el deporte y en cualquier otro campo.

También puede considerarse justificado este tratamiento de datos personales cuando los hechos concernidos y su vinculación con esas concretas personas presenten un interés histórico.

7.- En este caso, las personas demandantes carecen de cualquier relevancia pública, y los hechos objeto de la información carecen de interés histórico en tanto que vinculados a esas personas.

Ciertamente, los sucesos delictivos son noticiables por su propia naturaleza, con independencia de la condición de sujeto privado de la persona o personas afectadas por la noticia (SSTC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 4; 320/1994, de 28 de noviembre, FJ 5; 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 4). En general, reviste interés público la información tanto sobre los resultados de las investigaciones policiales, el desarrollo del proceso y el contenido de la sentencia, como sobre todos aquellos datos, aun no directamente vinculados con el ejercicio del “ius puniendi” [facultad sancionadora] del Estado, «*que permiten una mejor comprensión de su perfil humano o, más sencillamente, de su contexto vital*» de la persona que participa en el hecho delictivo (STC 154/1999). Asimismo, esta Sala, en sus sentencias núm. 946/2008, de 24 de octubre, y 547/2011, de 20 de julio, ha considerado justificada la publicación de datos de identidad de los implicados en hechos delictivos.

Pero una vez publicada la noticia en los medios de prensa por el interés que supone su carácter actual, el tratamiento automatizado de los datos personales de los implicados en ella, vinculado a la información de manera que una consulta a través de los motores de búsqueda de Internet en la que se utilice como palabras clave esos datos personales (particularmente el nombre y apellidos) arroje como resultados destacados los vínculos a las páginas de la

hemeroteca digital en las que aparezca tal información, va perdiendo su justificación a medida que transcurre el tiempo si las personas concernidas carecen de relevancia pública y los hechos, vinculados a esas personas, carecen de interés histórico.

En el caso objeto del recurso, los hechos habían tenido lugar más de veinte años antes de que las personas demandantes hicieran uso frente a Ediciones El País de su derecho a la cancelación del tratamiento de sus datos personales, estas personas carecen de relevancia pública y su implicación en los hechos carece también de cualquier interés histórico.

La publicidad general y permanente de su implicación en aquellos hechos (posibilitada porque el tratamiento automatizado de sus datos personales realizado por Ediciones El País en su hemeroteca digital permitía su indexado y archivo en las bases de datos de los motores de búsqueda, al no usar el código *robots.txt* ni la instrucción *noindex* o *noarchive*, e incluso lo potenciaba al utilizar los datos personales en la cabecera del código fuente y al emplear las instrucciones *index* y *follow)* supuso un daño desproporcionado para el honor de las personas demandantes, al vincular sus datos personales con unos hechos que afectaban seriamente a su reputación, y para su intimidad, al hacer pública su drogodependencia en aquellas fechas, con tan solo introducir su nombre y apellidos en los motores de búsqueda de Internet utilizados con más frecuencia.

Ciertamente eran hechos veraces. Pero la licitud del tratamiento de los datos personales no exige solamente su veracidad y exactitud, sino también su adecuación, pertinencia y carácter no excesivo en relación con el ámbito y las finalidades para las que se haya realizado el tratamiento (art. 6.1.d de la Directiva y 4.1 LOPD). Y esos requisitos no concurren en un tratamiento de estos datos personales en que una consulta en un motor de búsqueda de Internet que utilice sus nombres y apellidos permita el acceso indiscriminado a la información más de veinte años después de sucedidos los hechos, y cause un daño desproporcionado a los afectados.

El tratamiento de esos datos personales pudo cumplir estos requisitos de calidad de los datos en las fechas cercanas al momento en que los hechos se produjeron y conocieron, pero el paso del tiempo ha supuesto que el tratamiento de estos datos vinculados a hechos pretéritos sea inadecuado, no pertinente y excesivo para la finalidad del tratamiento (en este sentido, STJUE del caso *Google*, párrafos 92 y 93).

No puede exigirse al editor de la página web que por su propia iniciativa depure estos datos, porque ello supondría un sacrificio desproporcionado para la libertad de información, a la vista de las múltiples variables que debería tomar en consideración y de la ingente cantidad de información objeto de procesamiento y tratamiento en las hemerotecas digitales. Pero sí puede exigírsele que dé una respuesta adecuada a los afectados que ejerciten sus derechos de cancelación y oposición al tratamiento de datos, y que cancele el tratamiento de sus datos personales cuando haya transcurrido un periodo de tiempo que haga inadecuado el tratamiento, por carecer las personas afectadas de relevancia pública, y no tener interés histórico la vinculación de la información con sus datos personales.

8.- El llamado “derecho al olvido digital”, que es una concreción en este campo de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos.

Tampoco justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículo a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de Internet las informaciones negativas, "posicionando" a su antojo los resultados de las

búsquedas en Internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones. De admitirse esta tesis, se perturbarían gravemente los mecanismos de información necesarios para que los ciudadanos adopten sus decisiones en la vida democrática de un país.

Pero dicho derecho sí ampara que el afectado, cuando no tenga la consideración de personaje público, pueda oponerse al tratamiento de sus datos personales que permita que una simple consulta en un buscador generalista de Internet, utilizando como palabras clave sus datos personales tales como el nombre y apellidos, haga permanentemente presentes y de conocimiento general informaciones gravemente dañosas para su honor o su intimidad sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás, de modo que se distorsione gravemente la percepción que los demás ciudadanos tengan de su persona, provocando un efecto estigmatizador e impidiendo su plena inserción en la sociedad, inserción que se vería obstaculizada por el rechazo que determinadas informaciones pueden causar en sus conciudadanos.

9.- La consecuencia de lo expuesto es que la denegación por Ediciones El País de la cancelación del tratamiento de sus datos personales ante la solicitud hecha por las personas demandantes supuso una vulneración del derecho de protección de datos personales de las personas demandantes que trajo consigo la intromisión ilegítima en sus derechos al honor y a la intimidad. Tratándose de personas sin relevancia pública y careciendo de interés histórico que la información aparezca vinculada a dichas personas cuando se hace una búsqueda general en Internet utilizando como palabras clave sus nombres y apellidos, el daño es tan desproporcionado que no resulta amparado por el ejercicio de la libertad de información que supone la hemeroteca digital del diario (y el tratamiento en ella de datos personales que permita su indexación por los motores de búsqueda de Internet), que, como se ha dicho, tiene una importancia secundaria respecto de la publicación actual en el diario de las noticias que van sucediendo o que se van conociendo.

**Consecuencias de la vulneración de tales derechos. Improcedencia de modificar la información tal como aparece en la hemeroteca y de excluir el tratamiento de datos en el buscador interno de la web del diario digital.**

(…) El llamado “derecho al olvido digital” no puede suponer una censura retrospectiva de las informaciones correctamente publicadas en su día.

Las hemerotecas digitales gozan de la protección de la libertad de información, al satisfacer un interés público en el acceso a la información. Por ello, las noticias pasadas no pueden ser objeto de cancelación o alteración. El TEDH ha considerado que la protección de las hemerotecas digitales por el artículo 10 del Convenio implica que las noticias pasadas contenidas en ellas, a pesar de que su contenido pueda afectar a los derechos de las personas, no pueden ser eliminadas. La libertad de expresión protege el interés legítimo del público en acceder a los archivos digitales de la prensa, de modo que «*no corresponde a las autoridades judiciales participar en reescribir la historia*» (STEDH de 16 de julio de 2013, caso *Wergrzynowski y Smolczewski c. Polonia*, párrafo 65, con cita de la anterior sentencia de 10 de marzo de 2009, caso *Times Newpapers Ltd -núms. 1 y 2- contra Reino Unido*). Por tanto, la integridad de los archivos digitales es un bien jurídico protegido por la libertad de expresión (en el sentido amplio del art. 10 del Convenio de Roma, que engloba la libertad de información), que excluye las medidas que alteren su contenido eliminando o borrando datos contenidos en ellos, como puede ser la eliminación de los nombres de las personas que aparecen en tales informaciones o su sustitución por las iniciales.

4.- Tampoco puede admitirse la condena consistente en la adopción de medidas técnicas que impidan la indexación de los datos personales a efectos de su consulta por el motor de

búsqueda interna de la web. Estos motores de búsqueda internos de las hemerotecas digitales solo sirven para localizar la información contenida en el propio sitio web una vez que el usuario ha accedido a dicho sitio web. No son por tanto asimilables a los motores de búsqueda de Internet tales como Google, Yahoo, Bing, etc.

La Sala considera que una medida como la acordada en la sentencia supone un sacrificio desproporcionado de la libertad de información protegida en el art. 20.1.d de la Constitución.

El riesgo para los derechos de la personalidad de las personas afectadas por la información guardada en la hemeroteca digital no radica tanto en que la información sea accesible a través del motor de búsqueda interno del sitio web en que se encuentra alojada, pues se trata de una búsqueda comparable a la que efectuaban quienes acudían a las viejas hemerotecas en papel, como en la multiplicación de la publicidad que generan los motores de búsqueda de Internet, y en la posibilidad de que mediante una simple consulta utilizando los datos personales, cualquier internauta pueda obtener un perfil completo de la persona afectada en el que aparezcan informaciones obsoletas sobre hechos ya remotos en la trayectoria vital del afectado, con un grave potencial dañoso para su honor y su intimidad, que tengan un efecto distorsionador de la percepción que de esta persona tengan los demás conciudadanos y le estigmatice. Es por eso que esa información debe resultar invisible para la audiencia general de los usuarios de los motores de búsqueda, pero no para la audiencia más activa en la búsqueda de información, que debe tener la posibilidad de acceder a las noticias en su integridad a través del sitio web de la hemeroteca digital.

Hay una enorme diferencia entre la búsqueda que quien desee tener información específica pueda realizar acudiendo a las diversas hemerotecas, que el perfil completo que cualquiera pueda obtener en un buscador de Internet con tan solo introducir el nombre de una persona en Internet. La supresión de la primera posibilidad (la búsqueda específica en el buscador de la hemeroteca digital) supone un daño desproporcionado para la libertad de información que ampara a las hemerotecas digitales.

5.- Cuando la persona afectada no tiene el carácter de personaje público y no existe un interés histórico en vincular la información a los datos personales de las personas implicadas, lo que permite el derecho al olvido digital, cuando los derechos de la personalidad del afectado entran en colisión con el derecho a la libertad de información que ampara a las hemerotecas digitales, es, en expresión utilizada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (caso *U.S. Department of Justice v. Reporters Committee* [109 S.Ct. 1468 (1989)]), la “oscuridad práctica” que supone evitar que con una simple búsqueda en Internet pueda accederse al perfil completo de la persona concernida, incluyendo informaciones obsoletas y gravemente perjudiciales para su reputación y su vida privada. Pero no permite reescribir las noticias ni impedir de modo absoluto que en una búsqueda específica en la propia hemeroteca digital pueda obtenerse tal información vinculada a las personas en ella implicadas.

## 3.23. Sentencia núm. 292/2015, de 20 de mayo. Casación 1913/2013

*Derecho de asociación: acuerdo de expulsión y libertad de expresión del socio. Ámbito de la potestad judicial para enjuiciar dichos acuerdos. La base de razonabilidad como control de legalidad. Doctrina jurisprudencial aplicable*.

Contexto doctrinal. Ámbito de la potestad judicial. Razonabilidad del acuerdo de expulsión como control de legalidad y tutela de derechos fundamentales.

En primer lugar, en relación al contexto general de la doctrina jurisprudencial aplicable al presente caso, debe señalarse, tal y como alega la parte recurrida, que el contenido esencial del derecho de asociación comprende, desde el prisma nuclear de la libertad de creación de asociaciones, así como su necesario correlato de no asociarse o dejar de pertenecer a la misma, tanto la potestad de la asociación de poder establecer su propia organización y funcionamiento interno, sin injerencias públicas, como la recíproca tutela o protección de los derechos de los asociados individualmente considerados frente a la anterior potestad (SSTC de 27 de abril de 2006, núms. 133 y 135). Destacándose, en el primer aspecto indicado, el derecho de la asociación a regular en los estatutos las respectivas causas y procedimientos que comporten la expulsión de los socios, extensiva a las conductas que se valoren como inapropiadas, bien por resultar lesivas a los intereses sociales, o bien obstativas al normal funcionamiento de las mismas; como, en el segundo aspecto señalado, la necesidad de que dichos procedimientos se ajusten a derecho, especialmente en materia de los derechos fundamentales que puedan asistir a los socios (STS de 26 de julio de 1983).

En segundo lugar, en el aspecto señalado de la recíproca o mutua inter relación de los derechos en liza, debe precisarse, conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional que expresamente destaca la parte recurrente (STC de 22 de noviembre de 1988, núm. 218), que si bien el control judicial de la actividad de la asociación no permite una valoración, propiamente dicha, de la conducta del socio que "revise" o "sustituya" a la realizada reglamentariamente por la asociación en el ejercicio de su potestad de organización; no obstante, su proyección se concreta en el correspondiente juicio de razonabilidad que necesariamente debe sustentar la decisión de expulsión acordada por el órgano de la asociación, a los efectos de impedir espacios de impunidad o arbitrariedad en el ejercicio de la actividad asociativa que pudiese dejar indefenso o lesionar , injustificadamente, los derechos de los socios.

Valoración, cuyo desarrollo presenta un recorrido mayor en aquellos supuestos, como el del presente caso, en donde las causas de expulsión resultan marcadamente genéricas o abiertas y pueden afectar al ejercicio de derechos fundamentales del socio, con la inclusión del correspondiente juicio de ponderación de los derechos fundamentales en liza.

## 3.24. Sentencia núm. 220/2014, de 7 de mayo. Casación e infracción procesal 1978/2011

*Protección del derecho a la propia imagen contenida en unas fotografías incorporadas a un libro relacionado con la vida del hermano de los demandantes. Límites al derecho a la propia imagen.*

Conviene partir de la consideración de que la intromisión denunciada y apreciada por los tribunales de instancia lo es exclusivamente del derecho a la propia imagen en su esfera moral, mediante la publicación de una serie de fotografías en las que aparece la imagen de los demandantes, y de otros parientes ya fallecidos, en lugares y momentos de su vida privada, sin que hayan prestado su consentimiento y sin que concurra causa alguna de justificación. Se ha invocado y concedido una protección frente a reproducciones de la propia imagen que afectan a la esfera personal de los demandantes, pero no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima (STC 81/2001, de 26 de marzo).

El derecho a la propia imagen se halla protegido en el art. 18.1 CE y desarrollado en la LPDH, cuyo art. 7.5 considera intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2 LPDH.

El Tribunal Constitucional caracteriza el derecho a la propia imagen como «un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública» y a «impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad -informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde» (entre otras, SSTC 231/1988; 99/1994; 117/1994; 81/2001; 139/2001; 156/2001; 83/2002; 14/2003; 72/2007).

En cualquier caso, ya ha advertido en alguna ocasión esta Sala, después de hacerse eco de la reseñada jurisprudencia constitucional, que "el derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto, y se encuentra sujeto a las limitaciones derivadas: de los otros derechos fundamentales -en relación con un juicio de proporcionalidad-, de las leyes -artículos 2.1 y 8 (cuyos supuestos tienen carácter enumerativo) LPDH-, los usos sociales -artículo 2.1 LPDH-, o cuando concurran singulares circunstancias, diversas y casuísticas, de variada índole subjetiva u objetiva, que, en un juicio de ponderación y proporcionalidad, excluyen la apreciación de la ilicitud o ilegitimidad de la intromisión" (por ejemplo, en la Sentencia 748/2011, de 17 de octubre).

Como afirma la STC 72/2007, de 16 de abril, el derecho a la propia imagen "no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales (...). La determinación de estos límites debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho a la propia imagen, y por esta razón hemos considerado que debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión (...).

Resulta, por tanto, que el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero. No obstante, como ya se ha señalado, existen circunstancias que pueden conllevar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en los que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen. Por ello, cuando este derecho

fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento o el interés público en la captación o difusión de su imagen (STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6)".

**10.** Además de la incidencia que en la propia delimitación del contenido del derecho a la propia imagen pueden tener, en cada caso, los usos sociales (art. 2.1 LPDH), el art. 8 LPDH establece unos límites específicos para el derecho a la propia imagen, en el apartado 2, y otros comunes al derecho a la honor y a la intimidad personal y familiar, en el apartado 1.

Conforme al art. 8.2 LPDH, el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público; b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social; c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

Propiamente, no nos hallamos ante alguno de estos límites, a pesar de que los demandados hayan insistido en el carácter accesorio de las imágenes, pues esto va ligado a la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público, que no es el caso.

Es cierto que hay abundante doctrina de esta Sala que toma en cuenta el carácter accesorio de la imagen de una persona, respecto del texto escrito o el contexto de la fotografía o fotograma y que declara que existe tal carácter cuando la imagen no es elemento principal, porque no es necesaria la presencia, ni tiene especial relación con el objeto de la captación o proyección, y no hay nada desmerecedor o de desdoro para el afectado, esta doctrina está ligada siempre a un acontecimiento público [SSTS, entre otras, 19 de octubre de 1.992, (RC n.º 1449/1990); 851/1996, de 24 de octubre; 1151/1996, de 28 de diciembre; 707/1998, de 7 de julio; 851/1998, de 25 de septiembre; 256/1999, de 27 de marzo; 241/2003, de 14 de marzo; 218/2004, de 17 de marzo; 619/2005, de 15 de julio; y 196/2007, de 22 de febrero].

Pero, como ya hemos adelantado, no nos hallamos en este caso. Ha quedado acreditado que los demandados publicaron el libro titulado "*Joaquín y Loli. Un encuentro de cine*", en el que se incluían, junto a otras muchas fotografías (cerca de un centenar), trece en las que aparecían los demandantes, sus padres y su abuelo materno, estos tres últimos ya fallecidos, en un ámbito privado. La publicación de estas fotografías se hizo para ilustrar con imágenes el libro. Es un libro de memorias y consideraciones sobre este personaje que, especialmente en el capítulo principal escrito por su mujer, puede encontrarse a caballo entre la información sobre acontecimientos de su vida privada, en conexión con algunos públicos, y la manifestación de consideraciones, opiniones y sentimientos de quien las escribe, testigo de aquellos momentos. En sí, el texto del libro no entra en conflicto con los derechos de los demandantes, hermanos de [XX], sino el uso de aquellas imágenes reflejadas en varias fotografías, que aparecen incluidas en el libro para ilustrar lo que se cuenta.

Esta función de ilustrar con imágenes de la época y del entorno familiar los recuerdos de una época, muestra que la inclusión de las fotografías no era absurda, pero esta finalidad no constituye una justificación frente a la ineludible limitación del derecho a la propia imagen de quienes aparecen en dichas fotografías y no han mostrado su consentimiento para que se unieran al libro.

Si bien la inclusión de las fotografías tiene carácter accesorio, no se ve justificada por el escaso interés informativo de lo narrado en esta obra de recuerdos vinculados a una persona. Dicho de otro modo, completar la ilustración del libro de la demandada sobre su marido, hermano de los demandantes, no justifica la intromisión del derecho de estos sobre su propia imagen.

**11.** La relación de límites a la protección del derecho a la propia imagen contenidos en el art. 8.2 LPDH tiene un carácter enunciativo, y, en todo caso, cabría apreciar los previstos en el art. 8.1 LPDH, conforme al cual "*no se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las*

*actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante*". En nuestro caso, sin negar un mínimo interés histórico o cultural al libro, aunque circunscrito a quienes estuvieron vinculados a [XX], por parentesco, trabajo, amistad o paisanaje, este interés que ya en sí es muy poco relevante, todavía es menor respecto de las fotografías que incorporan las imágenes de los demandantes, que además no son esenciales para ilustrar lo que se narra.

Por otra parte, el art. 20.4 CE configura los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen como límites externos al derecho a la creación literaria. Para que este derecho a la creación literaria pudiera prevalecer, como pretende la recurrente, frente al derecho a la propia imagen de un tercero, sería necesario que la afectación de este derecho a la propia imagen fuera adecuada y proporcionada para la realización constitucional del derecho a la libre creación literaria. Al ponderar el escaso interés histórico y cultural del libro y, sobre todo, de la inclusión de las fotografías, y su protección constitucional bajo el derecho a la creación literaria, artística, científica y técnica del art. 20.1.b) CE, en relación con el derecho de los demandantes a decidir sobre la publicación de sus respectivas imágenes en momentos y lugares de su vida privada, prevalece claramente este último, y por lo tanto el derecho de los demandantes a impedir que se publiquen aquellas fotografías que contienen sus propias imágenes.

Este juicio de ponderación no queda alterado por el uso social que supone unir en los libros de memorias de una persona, fotografías suyas y de quienes coincidieron con él, si la aparición de la imagen de éstos no es esencial para ilustrar lo que se narra ni se justifica por un interés histórico o cultural relevante.

El reseñado uso social puede condicionar el juicio de ponderación a favor de la justificación de la difusión de las imágenes sin recabar el consentimiento de quienes aparecen en ellas, en los casos en que exista un interés histórico o cultural relevante, derivado, por ejemplo, del carácter público del personaje o de la importancia del acontecimiento que se pretende ilustrar con las imágenes. También cuando, siendo poco relevante este interés, se hubiera restringido la difusión a los familiares y allegados. En nuestro caso, no concurre ninguna de estas circunstancias. Aparte de la falta de interés relevante, la difusión no se restringió, pues tal y como ha quedado probado en la instancia, el libro salió a la venta pública.

## 3.25. Sentencia 518/2012, de 24 de julio. Casación e infracción procesal 280/2010

*Carga de la prueba en materia de derechos fundamentales y valoración de la prueba.*

*A)* El principio sobre reparto de la carga de la prueba regulado en el artículo 217 de la LEC es aplicable en aquellos casos en los cuales el tribunal, no obstante llegar, explícita o implícitamente, a la conclusión de la inexistencia de prueba sobre los hechos, hace recaer las consecuencias de dicha falta sobre la parte a quien no correspondía efectuar dicha prueba (SSTS 31 de enero de 2007, RC n.º 937/2000, 29 de abril de 2009, RC n.º 1259/2006, 8 de julio de 2009, RC n.º 13/2004).

En materia de derechos fundamentales, cuando existen indicios de la vulneración de un derecho fundamental, la carga de la prueba se desplaza hacia la parte demandada. Así, el Tribunal Constitucional desde la doctrina fijada en su STC 38/1981, de 23 de noviembre, señala en STC 17/2003 de 30 de enero, en el ámbito laboral, que « […] el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse (SSTC 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero, y 30/2002, de 11 de febrero). Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental del trabajador».

El desplazamiento de la prueba hacia la parte demandada ha sido corroborado también por el TEDH en materia de Derechos Fundamentales en la Sentencia de 7 de mayo de 2002 (caso McVicar contra Reino Unido) al señalar que «[…] el Tribunal considera que el requisito de que el demandante [ante el TEDH, demandado en el procedimiento de origen] probase que las afirmaciones expuestas en el artículo fuesen sustancialmente verdaderas con la mayor probabilidad, constituye una restricción justificada de la libertad de expresión conforme al artículo 10.2 del Convenio con el fin de proteger la reputación y los derechos del señor C».

Del mismo modo, este Tribunal, en STS de 5 de marzo de 2002 (RC núm. 2196/2008) señaló en un proceso cuyo objeto era la protección civil del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito del propio domicilio, que «la interpretación del art. 217 LEC debe acomodarse, conforme al art. 10.2 de la Constitución, al Convenio de Roma de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales según viene siendo interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) [...]» y que si « conforme al apdo. 7 del art. 217 LEC no puede exigirse a ningún litigante una prueba que vaya más allá de cualquier posibilidad razonable, menos aún podrá exigírsele cuando con ello se menoscabe o dificulte la tutela de un derecho fundamental hasta el punto de dejarle indefenso [...]».

*B)* La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal cuando por ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, esta no supera el test de la racionabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE y en tal caso habrá de plantearse a través del artículo 469.1.4.º LEC, como vulneración del artículo 24.1 CE, por incurrirse en error de hecho manifiesto, irracionalidad o arbitrariedad (SSTS de 18 de junio de 2006, RC n.º 2506/2004, 8 de julio de 2009, RC n.º 693/2005, 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006, 17 de diciembre de 2009, RC n.º 1960/2005 y 7 de junio de 2010, RIP n.º 782/2006). En defecto de todo ello la valoración de la prueba es función de la instancia (SSTS

de 27 de mayo de 2007, RC n. º 2613/2000, 24 de septiembre de 2007, RC n. º 4030/2000, 15 de abril de 2008, RC n. º 424/2001 y 29 de enero de 2010, RC n. º 2318/2005).

En todo caso, esta doctrina se matiza cuando de derechos fundamentales se trata, pues también es doctrina de esta Sala que cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, como ocurre en el caso examinado, esta Sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados (SSTS, entre otras, de 7 de diciembre de 2005, 27 de febrero de 2007, 18 de julio de 2007, RC n.º 5623/2000, 25 de febrero de 2008, RC n.º 395/2001, 2 de junio de 2009, RC n.º 2622/2005, 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006 y 15 de noviembre de 2010, RC n.º 194/2008).

Sin embargo, este principio no puede llevar a desvirtuar la naturaleza del recurso de casación, solicitando del Tribunal Supremo que corrija la concreta fijación de los hechos efectuada en la sentencia recurrida o que realice una nueva valoración de la prueba en su conjunto, o proponiendo una calificación que hace supuesto de dicha revisión. En consecuencia, al examinar el recurso de casación interpuesto debemos verificar las valoraciones realizadas por la sentencia recurrida para la apreciación de la posible existencia de una vulneración del derecho fundamental alegado por la recurrente, pero no podemos prescindir de los hechos concretos de carácter objetivo que aquélla considera probados.

## 3.26. Sentencia 96/2013, de 18 de febrero. Casación 438/2011

*La ponderación entre la libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen. Especial referencia a los menores.*

En los casos en los que los intereses de los menores están afectados, la normativa tanto interna (artículo 4.3 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que establece que constituye intromisión ilegítima la utilización de imágenes de los menores en los medios de comunicación que sea contraria a sus intereses), como la internacional (artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966; artículo 6 del Convenio Europeo hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; artículo 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores de 29 de noviembre de 1985 -Reglas de Beijing-; y artículo 3 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 20 de noviembre de 1989) otorgan una especial protección al interés del menor. La Carta Europea de derechos del niño de 21 de septiembre de 1992 reconoce que todo niño tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad.

Esta especial protección legislativa ha sido reconocida en la jurisprudencia constitucional y de esta Sala. Así, la STC 158/2009 de 29 de junio establece que en «*la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta,…, que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor*». También ha señalado que «*ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores, pues este derecho fundamental del menor «viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el art. 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz» (SSTC 134/1999, de 24 de mayo; y 127/2003, de 30 de junio).*

(…)

La doctrina del TC en esta materia, así como la de esta Sala, en consonancia con la normativa interna e internacional establece que prima el interés del menor, interés que se superpone al derecho a la información, sin que el examen de los requisitos que permitirían un ejercicio legítimo del derecho a la información (interés informativo, veracidad y proporcionalidad) sea razón suficiente para franquear el límite que el interés del menor impone en este tipo de casos.

(…)

El derecho a la propia imagen e intimidad de los menores prevalece en este caso sobre el derecho a difundir libremente información veraz toda vez que han sido captadas y difundidas las fotografías de los menores sin que medie ninguna causa que excluya la protección que brinda el art.18 de la CE y la LO 1/1982, esencialmente porque ni existe consentimiento (art. 2.2 y 3 de la LO 1/1982) ni exclusión legal (art. 8.2 de la LO 1/1982 que comprende la accesoriedad) y la utilización de la imagen de los menores resulta contraria a sus intereses, relativas a un encuentro en el ámbito de desarrollo de las relaciones paterno-filiales que no justifica en modo alguno su utilización y sin que resulte excluyente que la imagen resultara parcialmente *pixelada* (es decir, enmascarada mediante la disminución del número de píxeles de la imagen y el aumento de sus tamaño) porque en el caso examinado la Audiencia Provincial declara que esta técnica se aplicó de manera ineficaz e insuficiente para hacer irreconocibles sus rasgos.

## 3.27. Sentencia núm. 61/2013, de 5 de febrero. Casación 1407/2010

*Derecho de asociación.*

*A)* El Tribunal Constitucional ha definido el contenido del derecho de asociación reconocido en el artículo 22 CE en tres aspectos: 1) la libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; 2) la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas y 3) la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas (STC 42/2011 de 11 de abril) Desde la STC 56/1995, de 6 de marzo, el TC también ha definido una cuarta dimensión *inter privatos* [entre particulares] del derecho de asociación, como «haz de facultades» de los asociados, considerados individualmente, frente a las asociaciones a las que pertenezcan. En esta sentencia se señala que estos derechos de carácter estatutario «encuentran siempre un límite o contrapunto en los derechos, esos sí constitucionales, de los demás asociados y de la propia asociación, especialmente el derecho de auto organización, cuyo objetivo fundamental reside, […], en evitar interferencias de los poderes públicos, incluido el judicial, en la organización y funcionamiento de las asociaciones»**.**
*B)* Esta Sala, en STS de 13 de julio de 2007 RC núm. 2940/2002 se refirió a la eficacia *inter privatos* [entre particulares] de algunos derechos fundamentales, o la protección horizontal de ciertos derechos fundamentales -"Drittwirkung der Grundrechte"-, que puede ocasionar un conflicto de intereses por la colisión de derechos fundamentales, lo que exige la intervención judicial. En esta sentencia se señala que «[...] el control judicial debe actuar cuando la dirección de la persona jurídica se aparta de su propia normativa o contraviene normas imperativas del ordenamiento jurídico o bien atenta a principios de derechos constitucionales, resaltando, además, [...] que en ningún caso el órgano judicial puede sustituir la voluntad de la persona jurídica manifestada a través de sus órganos de gobierno».
*C)* La LO 1/2002 de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, reconoce en su artículo 21 a), entre los derechos de los asociados, el derecho «a participar en las actividades de la asociación y en los órganos de gobierno y representación, a ejercer el derecho de voto, así como a asistir a la Asamblea General, de acuerdo con los Estatutos».
La LODA configura, por tanto, el derecho de voto como un derecho de carácter estatutario, cuyo contenido ha de ser definido por los estatutos de la asociación. Este derecho del asociado encuentra su límite con el derecho constitucional de asociación, en su modalidad de libertad de organización y funcionamiento interno de las asociaciones sin injerencias públicas. En el control judicial de la colisión de estos derechos hay que partir de la prevalencia constitucional del derecho de auto organización de la asociación que debe basarse en los principios de democracia y pluralismo conforme al artículo 2.5 de la LODA.
La cuestión que se plantea a través de este recurso de casación no es, pues, sobre la vulneración del derecho fundamental de asociación, sino que versa sobre la interpretación de los estatutos de la asociación ACSUR en cuanto al derecho de voto.

## 3.28. Sentencia núm. 551/2010, de 20 de diciembre. Casación e infracción procesal 439/2007

*Derecho de asociación*

El derecho de asociación como derecho fundamental recogido en la Constitución Española en el artículo 22, no es ilimitado al igual que los restantes derechos fundamentales, los limites internos y comunes a todos los derechos fundamentales, no son sino expresión de la vertiente social del ser humano y se concretan en el orden público, el bien común, la moral pública y el respeto a los derechos de los demás.

En materia de organización interna a excepción de los partidos políticos, sindicatos, asociaciones empresariales, colegios profesionales y organizaciones profesionales la Constitución no establece ningún requerimiento en lo que atañe a la organización interna de las asociaciones. el Tribunal Constitucional en esta materia ha declarado en sentencia 218/1998 de 22 de noviembre, que "la libertad de autoorganización forma parte del contenido propio del articulo 22 de la Constitución, de manera que las intromisiones indebidas de los poderes públicos en la vida interna de las asociaciones constituye una violación del derecho de asociación".

Centrando la cuestión al caso de autos, en materia de expulsión de asociados, el derecho de asociación como todo derecho se ve unido a una serie de deberes cuyo incumplimiento puede dar lugar en el ámbito asociativo a la expulsión, pues como declara el Tribunal Constitucional en sentencia de fecha 22 de noviembre de 1988 y que así ha reiterado entre otras sentencias posteriores de fecha 4 de julio de 1991 y de 21 de marzo de 1994 *" Nada impide que los estatutos establezcan que un socio puede perder la calidad de tal en virtud de un acuerdo de los órganos competentes de la asociación basado en que a juicio de estos órganos, el socio ha tenido una determinada conducta que vaya en contra del buen nombre de la asociación o que sea contraria a los fines que ésta persigue"*.

Aplicando estos criterios al caso presente, esta Sala comparte la interpretación de la sentencia recurrida, y así el acuerdo de expulsión cuya nulidad se postula no se sustenta en el ejercicio por los actores del derecho de reunión y manifestación, sino en que la Junta en la Asamblea celebrada consideró que la expulsión procedía por haber impedido los expulsados de forma coactiva la salida de la empresa al Sr. Presidente de la misma, así como del resto de miembros de la Junta Rectora.

## 3.29. Sentencia núm. 285/2009, de 29 de abril. Casación 325/2006

*Honor, caducidad y extinción de la acción: Acción penal y acción civil derivada de unos mismos hechos. La acción penal por delito privado se extingue por el ejercicio de la acción civil, pero no a la inversa; sin embargo la acción civil fundada en la LO 1/82 caduca a los cuatro años aunque haya actuaciones penales pendientes por los mismos hechos; si la sentencia penal acaba siendo condenatoria y el perjudicado se ha reservado la acción civil para ejercitarla por separado, ésta no será ya la de la LO 1/82 sino la derivada del delito o falta, aunque para fijar la indemnización se tengan en cuenta los criterios de dicha ley orgánica.*

De lo reseñado en el fundamento jurídico precedente se desprende que son muy pocas las sentencias de esta Sala cuyo fundamento único consista en que el ejercicio de la acción penal por un delito contra el honor extingue la acción civil de protección de este derecho fundamental regulada en la LO 1/82, pues como tales tan sólo cabría citar la de 18 de febrero de 2004 (rec. casación 5623/00), anulada por el Tribunal Constitucional y sustituida por la de 18 de julio de 2007, y tal vez la de 30 de junio de 2004 (rec. casación 1315/99), toda vez que, como ya se ha indicado, la de 28 de noviembre de 1998 (rec. casación 1808/94) se fundó también en el transcurso del plazo de caducidad, argumento conforme con la Constitución según la STC 77/02, y, por ejemplo, la de 30 de diciembre de 2004 (rec. 5035/00) se funda ante todo en que, si las actuaciones penales finalizan por sentencia condenatoria y el perjudicado se ha reservado las acciones civiles, la acción procedente no será ya la contemplada en la LO 1/82 sino la indemnizatoria por daños y perjuicios producidos por el delito o la falta, como anteriormente había declarado la sentencia de 14 de julio del mismo año (rec. 3070/99).
Como quiera, por tanto, que la materia de que se trata está necesitada de una cierta clarificación, la doctrina de esta Sala se fija en el siguiente sentido, siempre en relación con actuaciones penales previas al proceso civil por delitos perseguibles sólo a instancia de parte:
1º) El plazo de cuatro años establecido en el art. 9.5 de la LO 1/82 es de caducidad, como claramente expresa el propio precepto, y por tanto no se interrumpe por la incoación de actuaciones penales por los mismos hechos. Se reitera, en consecuencia, la jurisprudencia de esta Sala al respecto que en su momento fue declarada conforme con la Constitución por el Tribunal Constitucional.
2º) Si la acción civil fundada en la LO 1/82 se ejercita antes de transcurrir dicho plazo de cuatro años, no procederá apreciar su caducidad ni tampoco su extinción. Se rectifica, por tanto, el criterio aplicado por algunas sentencias de esta Sala, ya reseñadas, y se concide así con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia 236/2006, de 17 de julio.
3º) En cambio, si la demanda civil fundada en la LO 1/82 se interpone después de vencido el referido plazo de cuatro años, procederá apreciar su caducidad aunque todavía estén pendientes actuaciones penales por los mismos hechos.
4º) Por tanto, si dichas actuaciones penales finalizaran después de cuatro años sin sentencia condenatoria y, además, el ofendido no se hubiera reservado la acción civil expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, la acción civil fundada en la LO 1/82 habrá caducado.
5º) Finalmente, si hubiera mediado reserva expresa de la acción civil para ejercitarla después de terminado el juicio criminal y éste hubiera terminado por sentencia condenatoria, entonces la acción civil ejercitable por el perjudicado, haya transcurrido o no el plazo de cuatro años, no será ya la fundada en la LO 1/82, por más que sus criterios sean aplicables para fijar la indemnización (art. 1.2), sino la nacida del delito o falta declarada por la jurisdicción penal; es decir, la contemplada en el art. 1092 CC, que en la mayoría de las ocasiones estará sujeta al

plazo de prescripción de un año establecido en el art. 1968-2º del mismo Cuerpo legal para la acción de responsabilidad civil por injuria o calumnia. Se ratifica también, en consecuencia, la jurisprudencia de esta Sala contenida en las ya citadas sentencias de 14 de julio y 30 de diciembre de 2004 (recs. casación 3070/99 y 5035/00 respectivamente).

Los anteriores postulados responden a una interpretación conjunta y sistemática de los arts. 1.2 y 9.5 de la LO 1/82, 106 párrafo segundo, 110 párrafo primero, 111, 112, 114, 116 y 117 LECrim. y 1092 y 1968-2º CC, siendo clave, de entre todos ellos, el párrafo segundo del art. 112 de la LECrim., que introduce una excepción al régimen general de los arts. 111 y 114 porque para los llamados delitos privados, es decir los perseguibles sólo "en virtud de querella particular", impone la finalización del proceso penal por el ejercicio separado de la acción civil derivada de los mismos hechos, ya que este ejercicio sí extingue "desde luego", por ministerio de la ley, la acción penal. Al resultar, así, que por el ejercicio de la acción penal no se extingue la acción civil pero por el ejercicio de la civil sí se extingue la penal, una consecuencia lógica del ordenamiento jurídico será que, pendientes unas actuaciones penales por hechos encuadrables en la LO 1/82, la posibilidad de interponer una demanda civil fundada en esta ley orgánica no permanezca abierta indefinidamente, pues el perjudicado tiene siempre la posibilidad de presentarla antes de que transcurran cuatro años sin más que asumir la consecuencia de que se extinga la acción penal derivada de los mismos hechos.

## 3.30. Sentencia 754/2008, de 22 de julio. Casación 2047/2001

*Derecho a la imagen. Autonomía del derecho a la imagen. La lesión del contenido patrimonial no queda amparada por el art. 18.1. CE. Necesidad de distinguir entre el derecho fundamental a la imagen y los contratos de explotación comercial.*

La regulación conjunta de los derechos al honor, la intimidad y la imagen tanto en el artículo 18 CE, como en la posterior LO 1/82 ha provocado que los tribunales se pronuncien sobre la autonomía de cada uno de ellos respecto del otro.

1º En primer lugar, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han atribuido al derecho a la imagen una autonomía propia distinta de los otros dos derechos mencionados. Así la STC 14/2003, de 30 enero resume su doctrina diciendo que "lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima" (ver asimismo SSTS de 13 noviembre 1989, 17 julio 1993, 5 y 19 julio 2004, 22 febrero y 17 julio 2006).

2º Proclamada la autonomía del derecho a la imagen, debemos detenernos a continuación en delimitar su contenido, que será determinante para la resolución del presente recurso de casación. La STC 14/2003, de 30 enero dice que la finalidad de dicho derecho es "[s]alvaguardar un ámbito propio y reservado aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Este bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual […]". Así, "[s]e preserva el valor fundamental de la dignidad humana"; (asimismo STC 72/2007, de 16 abril y las allí citadas).

La jurisprudencia de esta Sala ha coincidido en atribuir al derecho a la imagen los caracteres de: a) representación gráfica de la figura humana reconocible; b) que se trata de un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, y c) que atribuye a la persona un derecho a determinar la información gráfica que va a tener dimensión publicitaria (STS de 22 abril 2002, así como las allí citadas y las de 24 abril 2000, 20 febrero y 13 julio 2006 y 22 febrero 2007).

CUARTO. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con los derechos al honor y la intimidad, el derecho a la imagen tiene, también, un contenido patrimonial, lo que se demuestra precisamente en el artículo 7.6 LO 1/1982, cuya infracción se denuncia en el presente recurso de casación. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en relación al contenido constitucional del derecho relativo a la explotación económica de la imagen. La STC 81/2001, de 26 marzo dijo que "[e]l derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de la propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial inconsentida –e incluso en determinadas circunstancias la consentida- de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen"; se añade que "la dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas", por lo que dicha sentencia llega a la conclusión de que el artículo 18.1 CE no ampara el aspecto patrimonial de la imagen. La STC 156/2001, de 2 julio confirma la anterior doctrina y dice que "[…] La protección constitucional de este derecho no alcanza su esfera patrimonial, ya que el conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de la imagen, aunque son dignos de protección y en nuestro ordenamiento se encuentran protegidos

–en especial en la LO 1/1982 […]-no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen que consagra el Art. 18.1 CE".

Esta Sala ha distinguido también entre el derecho moral, relacionado con la dignidad de la persona, con la explotación comercial de la imagen. Entre otras, en la sentencia de 20 abril 2001, en un reportaje de desnudo publicado en la revista Interviú, mediando consentimiento y precio, se declaró que una cosa era el derecho fundamental a la imagen y otra el incumplimiento del contrato sobre la explotación comercial de la misma. Entre otros argumentos se dice que cuando el derecho a la propia imagen, como ocurre en la vida ordinaria, "es frecuentemente objeto de tráfico en materia laboral y comercial, tráfico que está sometido para el último supuesto a la protección procesal común, ventilándose las reclamaciones en procedimientos declarativos ordinarios en razón a la cuantía económica, y no en este procedimiento especial por razón a la materia litigiosa, al que corresponde la protección judicial de los derechos fundamentales".