

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 80

Por María Luisa Sánchez Paredes, profesora doctora de Derecho mercantil de la Universidad CEU San Pablo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL [Recurso 2096/2016] DE 4 DE JUNIO DE 2018 [Ponente: María Luisa Balaguer Callejón]

El «derecho al olvido» o «derecho al olvido digital» como posible proyección del derecho al honor, a la intimidad o a la protección de datos de carácter personal, en relación con las hemerotecas digitales y su eventual consideración como uno de los ámbitos a través de los cuales se puede manifestar el ejercicio de las libertades informativas: la repercusión en la reputación de las personas de la publicidad de ciertos hechos sucedidos en el pasado.

El derecho al olvido es un derecho a la supresión de los datos personales, existente por obra de la Directiva 95/46/CE, estrechamente vinculado con la salvaguardia del derecho fundamental a la protección de datos personales frente al uso de la informática, que goza de la protección de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (art. 8) y del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. El reconocimiento expreso del derecho al olvido, como facultad inherente al derecho a la protección de datos personales, y por tanto como derecho fundamental, supone la automática aplicación al mismo de la jurisprudencia relativa a los límites de los derechos fundamentales. En esta medida la libertad de información puede llegar a ser considerada prevalente sobre los derechos de la personalidad, no con carácter absoluto sino caso por caso, en tanto la información se estime veraz y relevante para la formación de la opinión pública, sobre asuntos de interés general, y mientras su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere.

En el presente caso, el conflicto se circunscribe al uso de nombres propios como criterio de búsqueda y localización de noticias en el entorno de una

hemeroteca digitalizada: los derechos que colisionan son, de un lado, el derecho a la supresión de datos de una base informatizada (art. 18.4 CE), en relación mediata e instrumental con la garantía del derecho al honor y la intimidad de las personas a las que conciernen los datos (art. 18.1 CE) y las libertades informativas (ex art. 20.1-d CE). Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es preciso reconocer que la prensa, al poner a disposición del gran público sus bases de datos de noticias, desarrolla una doble función. Por un lado, la de garante de la pluralidad informativa que sustenta la construcción de sociedades democráticas, y, por otro, la de crear archivos a partir de informaciones publicadas previamente, que resulta sumamente útil para la investigación histórica. Y, si bien ambas funciones son importantes para la formación de la opinión pública libre, no merecen un nivel de protección equivalente al amparo de la protección de las libertades informativas, por cuanto la primera de las funciones es principal y la segunda, secundaria. De otro lado, la universalización del acceso a las hemerotecas, como la universalización del acceso a la información a través de los motores de búsqueda, multiplica la injerencia en los derechos a la autodeterminación informativa y a la intimidad de los ciudadanos. En la necesidad de equilibrio entre las libertades informativas y el derecho a la autodeterminación informativa es donde hay que tener en cuenta el efecto del paso del tiempo sobre la función que desempeñan los medios de comunicación, y sobre la doble dimensión —estrictamente informativa o fundamentalmente investigadora— de esa función. En el caso concreto, la retransmisión de la noticia en cuestión, transcurridos más de treinta años desde que los hechos ocurrieron, carece a día de hoy de toda relevancia para la formación de la opinión pública libre, más allá de la derivada de la publicación en la hemeroteca digital. Ahora bien, a la hora de valorar el sacrificio requerido a la libertad de información para asegurar el disfrute adecuado del derecho a la intimidad de las personas en conexión con el derecho a la autodeterminación informativa, es necesario recordar la importancia de las hemerotecas digitales

en el contexto de las actuales sociedades de la información. Esto significa que serán conducentes al restablecimiento del derecho al honor, a la intimidad y a la protección de los datos personales las medidas tecnológicas tendentes a limitar adecuadamente la difusión de la noticia, que garanticen, en lo que sea conciliable con dicha regla, la integridad de la hemeroteca y su accesibilidad en general: de ahí que se impida el acceso a la noticia a través de la desindexación basada en el nombre propio de las personas recurrentes, pero no se admita la medida consistente en la supresión de los nombres y apellidos o la sustitución de éstos por sus iniciales en el código fuente de la página web que contiene la noticia, medida que, además, resultaría innecesaria.

«Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del recurso, son los siguientes:

a) El 6 de septiembre de 2011 las personas ahora recurrentes interpusieron demanda de juicio ordinario contra Ediciones El País, S.L., por vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal (art. 18.1 y 4 CE).

Según el escrito, el citado diario publicó, en los años ochenta, y en su edición impresa, el desmantelamiento de una red de tráfico de estupefacientes, en la que se hallaba implicado el familiar de un destacado cargo público y otros miembros de la clase alta de una localidad determinada. Entre ellos se encontraban las personas demandantes de amparo. La noticia –que identificaba a éstas por su nombre, apellidos y profesión– describía el modus operandi de la red, el ingreso en prisión de los partícipes, así como la condición de toxicómanas de las personas recurrentes que habrían sufrido, según la noticia, el síndrome de abstinencia durante su estancia en prisión.

Veinte años más tarde, en 2007, «El País» estableció el acceso gratuito a su hemeroteca digital, contenida en el sitio web www.elpais.com. A partir de ese momento, al introducir los nombres y apellidos de quienes son recurrentes en amparo, en el principal proveedor de servicios de intermediación de búsqueda en Internet (www.google.com o www.google.es, en adelante Google), aparecía como primer resultado aquella noticia, y un extracto de la misma.

Cuando D.F.C. y M.F.C. tomaron conocimiento de ello, ante la advertencia de un tercero, solicitaron de «El

País» que cesara en el tratamiento de sus datos personales o, subsidiariamente, que sustituyera en la noticia digital sus nombres y apellidos por las iniciales de estos, adoptando, en todo caso, las medidas tecnológicas necesarias para que la página web, donde se había publicado la noticia, no fuera indexada como resultado de la búsqueda en la red de información sobre las personas demandantes. El diario, basándose en su derecho fundamental a la libertad de información y en la imposibilidad de evitar la indexación por los buscadores, no accedió a la solicitud, propiciando la apertura de la vía judicial.

b) En la demanda ante el juzgado, se alegaba que la publicación de la noticia a través del sitio web debía entenderse como una nueva publicación, en nuevo soporte y canal de difusión, así como un nuevo tratamiento de datos, derivado de la digitalización de la noticia mediante la conversión de ésta en un fichero electrónico y su almacenamiento en una carpeta electrónica. Nuevos tratamiento y publicación que entrañaban, en primer lugar, la vulneración del derecho fundamental al honor y a la intimidad (art. 18.1 CE) de quien incoaba el proceso, al referirse a hechos relativos a su salud y a su pasado judicial que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, suponían un menoscabo de su reputación en el ámbito personal, familiar y profesional (con cita de las SSTC 144/1999, 46/2002 y 52/2002). Se argumentaba, asimismo, que la intromisión ilegítima en los citados derechos no quedaba amparada por la libertad de información del editor, toda vez que los hechos, dado el tiempo transcurrido desde su primera divulgación, carecían ya de interés general para la formación de la opinión pública. En efecto, según la demanda, las personas recurrentes nunca fueron personajes públicos, suscitando la noticia aquel inicial interés, simplemente, por la implicación en el delito del familiar de un alto cargo. También el paso del tiempo había causado que la noticia careciese de veracidad a la fecha de su divulgación en Internet, porque quien protagonizaba la noticia había superado hacía años su adicción y sus antecedentes penales habían sido cancelados. Pese a todo ello, la difusión de la noticia impresa a través de Internet, les condenaba a ser juzgados y valorados ad aeternum por lo ocurrido en aquel entonces, frustrando así, injustificadamente, su derecho a la reinserción social.

En segundo lugar –continuaba diciendo la demanda– la digitalización de la noticia, con mención expresa de sus nombres y apellidos, y haciendo referencia a la

detención y al síndrome de abstinencia sufridos, entrañó la vulneración de su derecho a la protección de sus datos personales ex artículo 18.4 CE, en la medida en que infringía los principios más básicos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), relativos a la calidad de los datos, la información y el consentimiento del afectado por su tratamiento. Infringía asimismo su derecho al olvido, recientemente recogido en Sentencias de la Audiencia Nacional (de 17 de marzo de 2006 y de 10 de febrero de 2010) y en resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos. Se argumentaba en el escrito a este respecto que la noticia, por el tiempo transcurrido, había perdido su finalidad e interés periodísticos, de ahí que la inclusión de los datos de las personas recurrentes en la nueva publicación no resultaba ya ni adecuada, ni pertinente, sino excesiva con relación a dicho fin (art. 4.1 LOPD). Por otro lado, de las circunstancias concurrentes se deducía que la divulgación en Internet tampoco obedecía a fines estadísticos, científicos, o históricos, lo cual habría permitido que el tratamiento de datos no se ajustase a los anteriores requisitos de calidad. En concreto, el artículo 48.4 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español, a la que remite el artículo 9 RLOPD, exigía para que el documento en el que constase el dato pudiese ser considerado histórico que aquél gozase de una antigüedad –no concurrente en el supuesto– superior a los cien años. En cualquier caso, además, la Ley de patrimonio histórico proscibía que los datos de carácter policial, procesal y clínico pudieran ser públicamente consultados sin el consentimiento expreso de los afectados, el cual no había sido concedido.

En suma, sólo cabía concluir que «El País» había usado sus datos a efectos exclusivamente publicitarios; de hecho, la apertura de la hemeroteca se presentó por la propia página, en noticia de 23 de noviembre de 2007, como medio de «impulsar los ingresos publicitarios derivados de una mayor audiencia en la red». Sin embargo, el uso de sus datos personales, a este fin, no fue previamente comunicado por la editorial, ni esta recabó el consentimiento de las personas interesadas, en contra de lo exigido por el artículo 30 LOPD. Por todo ello, en el suplico de la demanda, se solicitó la declaración de la vulneración de los derechos fundamentales de los actores al honor, la intimidad y la protección de sus datos personales provocada por la difusión de la noticia de los años ochenta, realizada por Ediciones El País, S.L., a través del sitio web www.elpais.com; por el uso de sus

nombres y apellidos en el código fuente de la página web que contenía aquella noticia; y, por último, por la programación de la página web, que permitía a los proveedores de servicios de intermediación de búsqueda, que indexasen su contenido por el nombre y apellidos de los actores. Para la reparación de los derechos y el restablecimiento en su ejercicio, solicitaban: que se condenase a «El País» al cese inmediato en la difusión de la noticia a través de Internet; al cese inmediato en el uso de sus datos personales contenidos en la página web y en el código fuente de la misma o, subsidiariamente, a sustituir los nombres y apellidos de las personas demandantes por las iniciales de los mismos; a implantar las medidas tecnológicas necesarias para impedir que la página web que contenía la información fuera indexada por los proveedores de servicios de intermediación de búsqueda, y por el propio buscador interno del sitio cuando se buscara información por el nombre y apellidos de las personas demandantes; al pago de una indemnización y de las costas; y, finalmente, a no publicar en ninguna noticia referida al presente procedimiento los datos identificativos de las personas demandantes.

c) En la contestación a la demanda, «El País» opuso, en primer lugar, que la acción derivada de la intromisión ilegítima en el honor e intimidad de las personas demandantes había caducado, al haber transcurrido, al momento de su ejercicio, más de cuatro años desde la publicación de la noticia en el diario impreso y en internet (art. 9.5 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).

Respecto al fondo de la cuestión «El País» alegó que aquella publicación no había vulnerado el derecho al honor de ninguna personas, dado que la noticia, por el paso del tiempo, no devenía inveraz ni perdía el interés público derivado de su contenido. Los datos revelados en ella, por otra parte, difícilmente podían ser calificados de íntimos y, aun gozando de esta naturaleza, su protección debía ceder ante el ejercicio legítimo de la libertad de información que entrañaba la divulgación de la noticia objeto de la demanda.

Por último, en cuanto a la invocada vulneración del derecho a la protección de datos personales, el periódico sostuvo que no había incurrido en infracción alguna de la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal, mediante la difusión de la noticia a través de la hemeroteca digital. Antes bien, incumbía a los buscadores la adopción de las medidas precisas

para impedir el acceso indiscriminado a los datos publicados en la red, según la Agencia Española de Protección de Datos, organismo éste que no cuestionaba en sus resoluciones que los medios de comunicación no pueden proceder al borrado o bloqueo de sus propios archivos, en tanto constituyen históricos que forman parte del acervo informativo.

d) El Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Barcelona dictó sentencia, en fecha de 4 de octubre de 2012, que estimó íntegramente la demanda. La resolución consideró probado que «El País» no había adoptado mecanismos de control para evitar la indiscriminada difusión de la noticia, sino que por el contrario, y a fin de aumentar el beneficio económico derivado de la publicidad que se efectuaba en la página web, había introducido en aquélla las instrucciones precisas para incentivar que los robots de búsqueda la localizasen a través de datos identificativos como los nombres propios y la situasen en los primeros puestos de cualquier indagación efectuada a través de Google. Los hechos que se publicaban en la crónica relativos a las personas demandantes –drogadicción y antecedentes penales– afectaban a su derecho a la protección de sus datos personales, y también a su intimidad y honor, al entrañar el menoscabo de su reputación, por lo que la Sentencia concluyó que la mayor difusión que «El País» había hecho de aquellos datos en su página, del modo expuesto en el párrafo anterior, había entrañado la vulneración de los citados derechos fundamentales, vulneración no justificada por la libertad de información del editor. Así, al momento de su publicación en internet, la noticia ya no resultaba veraz: las personas demandantes fueron condenadas, no por tráfico de drogas, sino por contrabando, habían superado su adicción y los antecedentes penales correspondientes a la condena habían sido cancelados. Igualmente, el interés público de la noticia, debido al trascurso de más de veinte años y a la falta de relevancia pública quienes interpusieran la demanda, también había desaparecido, divulgándose aquélla de nuevo sólo por el interés económico del editor.

A consecuencia de todo ello, la Sentencia condenó a la editorial, al abono de una indemnización, al cese inmediato en la difusión de la noticia y a la implantación de las medidas tecnológicas solicitadas en la demanda, adecuadas para evitar que la información fuera hallada cuando se insertaban en Google los nombres y apellidos de las personas actoras.

e) Ediciones El País interpuso recurso de apelación contra la Sentencia de 4 de octubre de 2012, del Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Barcelona. Se sostenían en la alzada motivos casi idénticos a los que mantuvo la mercantil apelante en la contestación a la demanda de instancia y, adicionalmente, improcedencia de la cuantía de la indemnización acordada. D.F.C. y M.F.C por su parte, se opusieron al recurso de apelación y, simultáneamente, impugnaron la Sentencia de primera instancia, al considerar que la misma había incurrido en incongruencia omisiva respecto de las pretensiones de la demanda relativas al cese en el tratamiento de sus datos personales por la editorial o, subsidiariamente, la sustitución en la noticia y en el código fuente de la página web de sus nombres y apellidos por las iniciales de éstos, como respecto de la pretensión de que cualquier noticia que el diario «El País» publicase sobre el proceso omitiese los datos identificativos de las personas demandantes.

f) La Sentencia de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de octubre de 2013, desestimó el recurso de apelación de Ediciones El País y estimó la impugnación de las personas demandantes. Tras recordar la doctrina de este Tribunal en torno a los derechos fundamentales en conflicto, la Sala destacaba que el pernicioso efecto del antecedente penal sobre la reputación y la reinsertión en la sociedad del ciudadano, había llevado a consagrar en el Código penal el derecho a su cancelación una vez transcurrido el lapso de tiempo determinado en la norma, a fin de extinguir de modo definitivo todos los efectos de la pena, un derecho completado en la actualidad por el «derecho al olvido» del historial judicial. Sobre esta base la Sentencia realiza la ponderación de los derechos en conflicto, atendiendo, fundamentalmente, a los siguientes factores: primero, que las personas demandantes no eran personajes públicos ni ejercieron nunca cargo público alguno, por lo que –entendía– la noticia publicada en Internet carecía de interés público o histórico; segundo, que el paso del tiempo había supuesto la pérdida de la veracidad inicial de la información difundida y, tercero, que la publicación en Internet de la antigua noticia la había dotado de un grado de difusión mucho mayor que la que obtuvo la edición impresa, más restringida en términos geográficos y de tiraje. Todo ello justificaba que prevaleciesen los derechos fundamentales a la intimidad personal y el honor y a la protección de los datos personales, sobre la libertad de información del editor.

Respecto a las medidas adecuadas para restablecer el derecho, la Audiencia Provincial añadió, a las acordadas por la Sentencia del Juzgado, la condena a Ediciones El País a cesar en el uso de los datos personales en el código fuente de la página que contenía la noticia, no pudiendo constar en ella ni los nombres ni apellidos de las personas recurrentes, ni sus iniciales, como tampoco debían constar éstos en las noticias que el diario pudiera publicar sobre el proceso. Esto se consideraba una consecuencia necesaria para poner fin a la situación de vulneración de los derechos que se declaraba en la Sentencia de instancia.

g) Contra esta última Sentencia, Ediciones El País interpuso recurso de casación, alegando de nuevo la caducidad de la acción ejercitada por las personas recurrentes y la inexistencia de vulneración alguna de los derechos al honor, la intimidad y a la protección de datos personales.

El recurso fue parcialmente estimado por Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 2015. En su resolución, la Sala comenzó descartando que la acción hubiera caducado. Esta acción tenía por objeto, no la noticia de los años ochenta en su edición impresa, sino el tratamiento de sus datos personales consecuencia de la difusión de aquélla en internet, tratamiento que era el reputado como ilícito. En este sentido el propio Tribunal, en Sentencias anteriores, había calificado los daños causados por el tratamiento automatizado de datos personales, contrario a su régimen jurídico, como daños continuados, respecto de los que el plazo para su reclamación se iniciaba una vez que el perjudicado tuviese conocimiento del cese del tratamiento. En el caso de autos, puesto que al momento de interposición de la demanda los datos cuya publicación se estimaba lesiva seguían difundidos en la página web, el plazo para el ejercicio de la referida acción aún no había transcurrido. Sabido ello, y en lógica consecuencia, la Sala excluyó del enjuiciamiento que se proponía hacer la licitud y constitucionalidad de la noticia impresa, ciñendo su análisis al del referido tratamiento de los datos personales de las personas demandantes llevado a cabo por «El País» a través de la hemeroteca digital.

En relación con esto, se sostenía en la Sentencia del Tribunal Supremo, como premisa, que todo editor de una página web en la que se incluyen datos personales realiza un tratamiento automatizado de dichos datos y, como tal, es responsable de que éste respete las exigencias de la normativa que lo regula, en concreto

las derivadas del principio de calidad de los datos recogido en el artículo 6 de la Directiva 95/46/CE, de 24 de 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 y el artículo 4 LOPD (SSTJUE, asunto Lindqvist, asunto C-101/01, apartado vigésimo quinto y asunto Google Spain S.L c. Agencia Española de Protección de Datos, asunto C-131/12, párrafo 26). Con arreglo a dichos principios, los datos personales objeto de tratamiento automatizado debían ser exactos, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades para las que se hubiesen obtenido. Ahora bien, a diferencia de lo sostenido en las Sentencias de primera y segunda instancia, el Tribunal Supremo no consideraba que en el caso de autos «El País» hubiera vulnerado la exigencia de veracidad en la publicación de aquéllos. Pese a que las personas afectadas habían obtenido la cancelación de los antecedentes penales, derivados de la condena impuesta por los hechos referidos en el artículo y, pese a que habían superado su adicción, éste se consideraba verídico en tanto resultaba accesible en la hemeroteca digital tal y como había sido publicado en la versión impresa, con indicación de su fecha. El problema –consideraba la Sala– no residía en que el tratamiento de los datos fuese inveraz, sino inadecuado a la finalidad con la que aquéllos fueron recogidos y tratados inicialmente. El factor tiempo revestía una importancia fundamental en la cuestión, puesto que, con arreglo a la ley, el tratamiento debía cumplir con los principios de calidad no solo en el momento en que los datos eran recogidos, sino durante todo el tiempo en que se desarrollaba. Un tratamiento que inicialmente podía ser adecuado a la finalidad que lo justificaba, con el transcurso del tiempo podía devenir inadecuado o excesivo para aquella finalidad, causando un daño desproporcionado –por relación al derecho que amparaba el tratamiento– en los derechos de la personalidad del afectado como el honor y la intimidad.

Se imponía, por ende, realizar una ponderación entre los derechos y bienes jurídicos en juego para decidir sobre la licitud del tratamiento de los datos personales llevado a cabo en el caso por «El País». Para efectuar la ponderación el Tribunal consideraba preciso tener en cuenta los siguientes elementos:

i) En primer lugar, la importancia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había atribuido a las hemerotecas digitales para la libertad de información

en sus Sentencias de 10 de marzo de 2009 (asunto Times Newspapers Ltd –núms. 1 y 2– c. Reino Unido, párrafo 45) y de 16 de julio de 2003 (asunto Wegrzynowski y Smolczewski c. Polonia, párrafo 59), en cuanto instrumento de conservación y mantenimiento de las noticias, que las hacía accesibles al público de forma fácil y generalmente gratuita, constituyendo así una fuente relevante para la educación y la investigación histórica. Esta función, no obstante, revestía una importancia secundaria con relación a la que cumple la prensa en una sociedad democrática cuando informa sobre sucesos actuales, momento en que actúa –en palabras de dicho Tribunal– como public watchdog o guardián de la democracia.

ii) A la inversa, el hecho de que la hemeroteca se ponga a disposición del público en Internet, red electrónica que hace posible que la información sea accesible a millones de usuarios durante un tiempo indefinido, conllevaba un riesgo mayor de provocar daños en el ejercicio y goce de los derechos humanos, particularmente en el derecho al respeto de la vida privada, que el que suponía la prensa escrita (SSTEDH de 16 de julio de 2003, caso Wegrzynowski y Smolczewski c. Polonia, párrafo 58, y 5 de mayo de 2011, caso Equipo Editorial de Pravoye Delo y Shtekel c. Ucrania, párrafo 63).

iii) En consecuencia, como contrapesos en la ponderación, la Sala señalaba, de un lado, el potencial ofensivo que para los derechos de la personalidad tuviese la información publicada y, de otro lado, el interés público en que esa información apareciese vinculada a los datos personales del afectado, interés en cuya valoración debían ser coherentes, a su vez, la naturaleza pública o privada de la persona concernida y el paso del tiempo: según la Sentencia, cuando se trata de personas de relevancia pública –«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», de acuerdo con la resolución 1165 (1998), de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el derecho a la vida privada– el interés público puede justificar que 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. «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 concorra 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.» (STJUE asunto Google, párrafo 97). «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» (STS de 15 de octubre de 2015).

Trasladando la anterior doctrina a las circunstancias fácticas del caso, el Tribunal destacaba que las personas demandantes carecían de toda relevancia pública, así como los hechos objeto de la información carecían de interés histórico, en tanto que vinculados a esas personas. Pese a que el Tribunal Constitucional y la propia Sala siempre habían considerado de interés público los sucesos delictivos, por su propia naturaleza y con independencia de la condición de sujeto privado de la persona o personas implicados en ellos (con cita de las SSTC 178/1993, FJ 4; 320/1994, FJ 5, y 54/1999, FJ 4), en este supuesto habían transcurrido ya más de veinte años desde su inicial divulgación. Así, «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». El Tribunal Supremo reconoce que se trataba, ciertamente de hechos veraces pero que el paso del tiempo habría 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, cita la STJUE asunto Google, párrafos 92 y 93).

A juicio de la Sentencia que resuelve el recurso de casación «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 currículum 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» (FJ 6, apartado octavo de la STS de 15 de octubre de 2015). Y continúa en el fundamento jurídico 6 apartado noveno, «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».

No obstante lo anterior, en cuanto a las medidas para restablecer a las personas recurrentes en el disfrute de los derechos vulnerados, el Tribunal Supremo consideró improcedente modificar la información que aparecía en la hemeroteca. Se consideraba correcto impedir que los buscadores generales (Google, Yahoo) pudieran acceder a la noticia a través del nombre y apellidos de las personas demandantes, puesto que ello suponía dar satisfacción al derecho de cancelación de sus datos que les asistía. Sin embargo, la eliminación de sus nombres y apellidos –incluso de sus iniciales– del código fuente de la página web suponía, según el Tribunal Supremo, un sacrificio desproporcionado, por excesivo, del derecho a la libertad de información, porque «el llamado ‘derecho al olvido digital’ no puede suponer una censura retrospectiva de las informaciones correctamente publicadas en su día» (FJ 7 apartado tercero). Entiende el Tribunal Supremo que «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, asunto Wegrzynowski y Smolczewski c. Polonia, párrafo 65, con cita de la anterior Sentencia de 10 de marzo de 2009, asunto Times Newspapers Ltd –núms. 1 y 2– c. 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 artículo 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» (FJ 7, apartado tercero de la STS de 15 de octubre de 2015).

Por último la Sentencia del Tribunal Supremo, parcialmente estimatoria del recurso de casación, también casaba la resolución de la Audiencia Provincial, de prohibir la indexación de los datos personales de las personas recurrentes, a efectos de su consulta por el motor de búsqueda interno de la web, por suponer un sacrificio desproporcionado de la libertad de información protegida en el artículo 20.1 d) CE. Entiende el Tribunal Supremo que «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, ... 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 estigmaticen. 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» (FJ 7, apartado cuarto de la STS de 15 de octubre de 2015).

De acuerdo con lo expuesto, el fallo de la Sentencia estimaba en parte el recurso y casaba la Sentencia de la Audiencia Provincial, declarándola sin valor ni efecto alguno «en los pronunciamientos relativos a la supresión de los datos personales de las personas demandantes en el código fuente de la página web que contenía la información y de su nombre, apellidos o incluso iniciales y a la prohibición de indexar los datos personales para su uso por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital gestionada por la demandada», manteniendo el resto de los pronunciamientos de aquella.

h) Contra esta Sentencia se interpuso incidente de nulidad de actuaciones, al considerarse que la revocación de la condena a la supresión de datos personales en el código fuente de la página web de «El

País» que contenía la información y del nombre, apellidos o incluso iniciales de las personas que interponían el incidente, y a la prohibición de indexar sus datos personales para su uso por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital gestionada por el diario, vulneraba sus derechos al honor, intimidad y protección de los datos personales, al tratarse todas ellas de medidas proporcionadas para el restablecimiento de los citados derechos. En cambio, la desindexación con relación sólo a los buscadores generales se revelaba insuficiente para la protección de éstos frente a las nuevas tecnologías como el Big Data.

El incidente de nulidad fue inadmitido a trámite por providencia del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 2016, según la cual el promovido «sólo constituye la expresión de la discrepancia de las demandantes con el criterio jurídico aplicado por esta Sala en la Sentencia cuya nulidad se insta al resolver una de las cuestiones objeto de controversia. Este incidente, dada su naturaleza y configuración no permite replantear el tema jurídico ya resuelto».

3. En la fundamentación jurídica de la demanda de amparo, las personas recurrentes sostienen que tanto la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 2015, como la providencia del mismo Tribunal, de 17 de febrero de 2016, vulneraron sus derechos al honor y a la intimidad (art. 18.1 CE), pues, pese a que la primera sostenía que éstos habían sido lesionados debido a la difusión en Internet de la antigua noticia, sin embargo, la resolución había casado las medidas de reparación acordadas en apelación, medidas consideradas por las recurrentes idóneas, necesarias y proporcionadas al fin de proteger los derechos del artículo 18.1 CE.

Tras recordar que no se suplicaba la eliminación de la noticia de la hemeroteca digital, ni de la escrita, sino la evitación de su difusión por Internet, en el recurso se argumenta que la medida relativa a la eliminación de los datos de carácter personal de las personas recurrentes en la noticia divulgada en la red aparecía justificada, en tanto la localización de la misma se debía al uso por la página, en el texto y en el código fuente, de sus nombres y apellidos. La medida, por ello, debía tenerse por idónea, dado que servía al fin de evitar que la noticia fuese localizada en la red. Su adopción era, además, necesaria, porque las medidas ordenadas en la Sentencia respecto a los buscadores generales se habían revelado ya insuficientes (como había sucedido, por ejemplo, en el caso resuelto por la

STS 210/2016, de 5 de abril de 2016, o frente a tecnologías, como las inherentes al Big Data) y podían serlo igualmente en el futuro, si apareciesen otros proveedores de servicios que permitiesen acceder a la información desindexada por otros buscadores. Ello obligaba a las personas recurrentes a permanecer vigilantes por tiempo indefinido, imponiéndoles así para la defensa de sus derechos una carga irrazonable. Por último, la demanda de amparo expone que las medidas anuladas por la Sentencia del Tribunal Supremo, eran proporcionadas en sentido estricto, porque la libertad de información se mantenía incólume, pese a la supresión de los datos personales del texto de la noticia. En este sentido, pese a que el Tribunal Supremo había considerado que las hemerotecas eran inalterables al estar protegidas por el artículo 10 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, lo cierto es que tal apreciación procedería, según esta parte, de una inadecuada interpretación de las Sentencias asunto *Wegrzynowski y Smolczweski c. Polonia y Times Newspaper Ltd c. Reino Unido*, ya que ninguna de las dos Sentencias hacía referencia expresa a las hemerotecas como tales, ni a noticias que habían sido publicadas en la versión impresa y la digital. Por último, aun siendo cierto que para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la prensa no sólo cumple la función principal de actuar como public watchdog o «perro guardián», de las democracias, sino también la de mantener sus archivos y hacerlos accesibles, el grado de protección que merece esta segunda función no es equivalente al de la primera, porque el interés público de la información decrece con el paso del tiempo, no afectando en la misma medida a la formación de una opinión pública libre.

Para el Tribunal Supremo, una vez que la noticia accede a la hemeroteca, su difusión debe prevalecer sobre cualquier otro derecho fundamental. Según la demanda de amparo, por el contrario, tanto las primeras publicaciones de una noticia, como las sucesivas, cuando coliden con los derechos del artículo 18 CE, merecen el mismo canon de resolución del conflicto, teniendo en cuenta la veracidad de la noticia y el interés general en su publicación. En este sentido, en el caso de autos, frente a la integridad de la hemeroteca digital debía prevalecer el derecho fundamental de las personas demandantes, dado que su identificación en el texto de la noticia digital era prescindible al no aportar mayor información sobre la actuación policial y sus resultados, a que ambas personas carecían de relevancia pública y, finalmente,

a que la noticia se mantenía inalterada en su edición impresa. Con base en estos mismos argumentos, la demanda de amparo defendía que la adopción de las medidas tecnológicas que impidiesen que la noticia fuera indexada por el buscador interno de «El País», a través del nombre y apellidos de las personas recurrentes, se encontraba justificada y respondía a las condiciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto para la reparación de la vulneración. La única diferencia con la medida que fue calificada así por el Tribunal Supremo, y por tanto mantenida, es que el buscador interno de la página alcanza menor difusión que Google, debiendo protegerse de este modo a las personas más activas en la búsqueda de información. Ahora bien, la demanda de amparo sostiene que cuando el dato es irrelevante en la noticia, a quien se satisface es al curioso con los detalles de la vida ajena, en contra de lo que ha declarado en la materia recientes sentencias de este Tribunal Constitucional (con cita de la STC 18/2015).

En segundo lugar se denuncia en el recurso de amparo que, al anular las medidas tuitivas acordadas en apelación, las resoluciones judiciales del Tribunal Supremo recurridas habrían vulnerado el derecho a la protección de datos de carácter personal de quienes interponen la demanda (art. 18.4 CE). Según el escrito, permitir que la página web continúe haciendo uso del nombre y apellidos de las personas recurrentes en el código fuente, y que éstos sean indexados para su uso por el motor de búsqueda de la página, no sólo perpetúa la vulneración al honor y a la intimidad, sino que constituye, en sí misma una vulneración del derecho a la protección de los datos de carácter personal, cuyo contenido describió la STC 199/2013, FJ 12, al impedir el ejercicio del poder de disposición individual de un titular sobre sus propios datos. Partiendo de esto la demanda reiteraba que las medidas que habían sido anuladas por el Tribunal Supremo parecían justificadas, idóneas, necesarias y proporcionadas en sentido estricto para preservar el derecho mencionado, en tanto que, como se dijo respecto los derechos del artículo 18.1 CE, los datos personales identificativos de personas anónimas o no públicas, eran innecesarios para la noticia que se recogía.

Por último, se eleva la queja de que la Sentencia del Tribunal Supremo quebrantó el principio de proporcionalidad, por falta de motivación, vulnerándose así el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). La Sala juzgó excesivo el sacrificio del

derecho a la libertad de información que suponían las medidas acordadas por la Audiencia Provincial, pero sin realizar el juicio de proporcionalidad que exige el Tribunal Constitucional para que un órgano del Estado pueda restringir o limitar un derecho fundamental (con cita de las SSTC 55/1996 y 96/2012, entre otras muchas). El órgano judicial hizo prevalecer el interés público que subyace en la libertad de información (pese a que por sí mismo no basta: STC 37/1989, FJ 7), sin expresar en modo alguno en su resolución la valoración sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de las medidas solicitadas, que el mencionado juicio conlleva.

Por otrosí, quienes interponen el recurso de amparo solicitaron que se declarasen secretas las actuaciones relativas a este recurso de amparo, celebrándose en su caso a puerta cerrada aquéllas que se debieran llevar a cabo en forma oral. Asimismo, al amparo del acuerdo del Pleno de este Tribunal de 23 de julio de 2015, solicitaban que en la sentencia que en su día se dictase se excluyese cualquier dato de carácter personal relativo a las mismas que permitiese su identificación.

4. Por providencia de 28 de noviembre de 2016, la Sala Primera del Tribunal Constitucional resolvió admitir a trámite el presente recurso de amparo, apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC), porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)]. Asimismo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 LOTC, acordó dirigir atenta comunicación a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y a la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiesen certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 2772-2013 y al rollo de apelación núm. 50-2013, respectivamente. Igual comunicación se resolvió dirigir al Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Barcelona, a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al juicio ordinario núm. 1256-2011, debiendo al propio tiempo emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción de quienes son demandantes de amparo, para que, si lo deseaban, pudieran comparecer en el proceso en el plazo de diez días.

5. Mediante escrito presentado con fecha 4 de enero de 2017, la Procuradora de los Tribunales doña Francisca Amores Zambrano se personó en el recurso de amparo en nombre y representación de Ediciones El País, S.L. Una vez recibidos los testimonios de las actuaciones, por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Primera de este Tribunal de 26 de enero de 2017, se tuvo por personada y parte a la Procuradora de los Tribunales doña Francisca Amores Zambrano en nombre y representación de Ediciones El País, S.L., y se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, a fin de que pudieran formular las alegaciones que tuvieran por conveniente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.1 LOTC.

6. Ediciones El País, S.L., evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 28 de febrero de 2017, en el que suplicaba la desestimación del recurso de amparo por considerar que la Sentencia del Tribunal Supremo no había vulnerado los derechos al honor, la intimidad y a la protección de los datos personales de las recurrentes.

En su opinión, el denominado derecho al olvido, tal y como había sido configurado en la STJUE, de 13 de mayo de 2014 (asunto C-131/12), no concedía a las personas recurrentes en amparo, como éstas pretendían, la facultad de borrar todo rastro sobre su pasado, sino que permitía, estrictamente, limitar la difusión universal e indiscriminada de dicha información, siempre que se considerase ésta potencialmente estigmatizadora por razón de su contenido y hubiera perdido ya interés público. De acuerdo con ello, el Tribunal Supremo, al resolver el conflicto entre los derechos fundamentales invocados y la importante función que en el ámbito de la libertad de información cumplen las hemerotecas –al contribuir a la conservación de ésta y con ello, también a la educación y a la investigación–, concluyó que la antigua noticia debía permanecer inalterada, íntegra, en la hemeroteca digital, si bien inaccesible a través de los buscadores generales. La resolución, por lo tanto, lejos de adolecer de falta de motivación, se habría adoptado fundadamente y con pleno respeto al principio de proporcionalidad.

7. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha de 3 de marzo de 2017. En él comienza descartando que la demanda de amparo incurra en óbice de admisibilidad. En concreto señala que, puesto que las

quejas de las personas demandantes se dirigían contra concretos pronunciamientos de la Sentencia del Tribunal Supremo, la interposición del incidente de nulidad de actuaciones frente a ésta era necesaria para agotar correctamente la vía judicial previa al recurso constitucional.

A renglón seguido el Ministerio público, atendiendo a los antecedentes del caso, consideraba que el objeto del debate debía ceñirse estrictamente al enjuiciamiento de si las medidas consistentes en (i) la prohibición de indexar los datos personales de las personas demandantes –nombre, apellidos e iniciales– para su uso por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital y (ii) la supresión de tales datos en el código fuente de la página web de «El País» que contenía la información eran medidas necesarias y proporcionadas para proteger los derechos fundamentales a la intimidad, honor (art. 18.1 CE) y a la protección de los datos (art. 18.4 CE) o, por el contrario, suponían una injerencia excesiva y desproporcionada en el derecho a la libertad de información del diario. Extramuros de la Sentencia debía quedar el examen del contenido de la noticia que en su día fue publicada en el diario impreso, puesto que no fue cuestionado en el momento procesal oportuno, no pudiendo pretenderse ahora, bajo el pretexto de su difusión en internet, su censura extemporánea.

Respecto de la primera de las medidas anteriores, el Ministerio Fiscal recuerda que el debate se desarrolla en el singular contexto de las hemerotecas digitales, siendo la cuestión central determinar si la incorporación a la hemeroteca digital de un periódico on line de una noticia relativa a la detención y drogadicción de varias personas, publicada muchos años atrás, y la indexación de aquélla incorporando como criterio de búsqueda el nombre y apellidos de las personas demandantes de amparo, conllevaba una vulneración de los derechos antes citados. En este punto el Ministerio Fiscal se mostraba conforme con las conclusiones de la Sentencia recurrida, respecto a que dicho proceder constituía un tratamiento automatizado de datos personales [artículo 3 a) LOPD], en el sentido de las SSTJUE de los asuntos Lindqvist, Tietosuojavaltuutettu c. Satakunnan Markkinapörsi Oy y Satamedia Oy y Google contra España, cuyo responsable era el editor de la página web. Tratamiento automatizado que supuso cuando la noticia carecía, no ya de veracidad sino de actualidad, la publicidad general y permanente, vinculada al nombre y apellidos de las demandantes, de la

implicación de éstas en unos hechos que afectaban seriamente a su honor y a su intimidad, por lo que causó en estos derechos un daño desproporcionado, impidiendo, además, la integración social de aquéllas. En este sentido el Ministerio Fiscal se muestra de acuerdo con la conclusión de la Sentencia del Tribunal Supremo que entendía correcta la condena impuesta a Ediciones El País, consistente en adoptar las medidas tecnológicas adecuadas para que la página web que contenía la noticia no pudiera ser indexada por los proveedores de servicios de internet a través del nombre y apellidos de las personas recurrentes.

No obstante, a juicio del Ministerio público, estos mismos razonamientos debieron conducir a la Sala a considerar proporcionada la medida consistente en impedir la indexación de los datos personales de las recurrentes por el motor de búsqueda interno de «El País». Según la STJUE del caso Google c. España, § 41, la actividad que los proveedores de servicios llevan a cabo consistente en hallar información, indexarla, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de terceros y, en términos jurídicos, también constituyen tratamiento automatizado de datos la actividad que desarrollan los buscadores internos de una página web. A juicio del Ministerio Fiscal, en ambos casos, el tratamiento de los datos de las personas recurrentes, lo efectúe el buscador general o lo efectúe el propio de la página web, ha devenido inadecuado, impertinente y excesivo en relación con el interés público que amparaba la difusión. En consecuencia, la respuesta judicial debió ser la misma frente a ambas medidas.

El Tribunal Supremo, sin embargo, fundamentó la diferenciación en criterios que –según el Ministerio público– no se ajustan al canon de razonabilidad constitucionalmente exigible, a saber: 1) que los motores de búsqueda internos sólo permiten acceder a la información contenida en la página web, esto es, proporcionan menor accesibilidad a la información, careciendo del impacto invasivo de los buscadores generales; 2) que con la salvaguarda del buscador interno se protege al «colectivo más activo» en la búsqueda de información. Ahora bien, esta finalidad de protección de un cierto colectivo no parece que sea en sí misma un fin digno de protección, absoluto e incondicionado, para seguir autorizando un tratamiento de datos que no reúne los requisitos de calidad. Para ello deben concurrir razones concretas que avalen y justifiquen dicha protección, razones que en el caso no se pusieron de manifiesto. Sin estas razones, la Sentencia de casación termina amparando

el interés «de un sector del público» –que no es lo mismo que el «interés público»–, la mera «curiosidad ajena», la cual no goza de la protección que merece la información que contribuye al debate de interés general (STC 18/2015, FJ 5; STEDH, asunto Von Hannover c. Alemania, de 24 de junio de 2004). Además, la Sala olvida que este tipo de búsquedas puede ser llevado a cabo, con distintos fines, por empresas públicas o privadas dedicadas a la investigación de perfiles digitales, creación de perfiles que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia del asunto Google c. España, proscribió.

En definitiva, la Sentencia del Tribunal Supremo, al permitir la indexación de la noticia por el buscador interno de «El País», hace que la vulneración de los derechos de la personalidad y a la protección de los datos personales de las personas demandantes persista. Cierto que la menor accesibilidad a la información hace que la lesión revista menor intensidad, pero ésta, que se produce únicamente por el uso del nombre y apellidos de la persona como criterios de búsqueda a los que se asocia permanentemente la información, no desaparece.

Respecto de la segunda medida objeto del recurso, la supresión de los datos personales de las personas demandantes en el código fuente de la página web de «El País» –o «anonimización» de la noticia–, el Ministerio Fiscal considera por el contrario que, aun siendo idónea para la protección de los derechos fundamentales de quienes recurren en amparo, no reviste las condiciones de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, en tanto que ya no pretende impedir que la información se asocie a sus nombres y apellidos, sino alterar, modificar y mutilar el contenido original de la información, bien jurídico cuya integridad está protegido como manifestación secundaria de la libertad de información (SSTEDH asuntos Times Newspaper Ltd – num. 1 y 2– c. Reino Unido, de 10 de marzo de 2009 y Węgrzynowski y Smolczewski c. Polonia, de 16 de julio de 2013). Dado que a través de las medidas de oscurecimiento digital ya se impedía el acceso indiscriminado a la noticia, la afectación de la crónica publicada se reputaba un sacrificio excesivo de la libertad de información.

Por razón de todo lo expuesto, el Ministerio Fiscal interesa que por este Tribunal se dicte Sentencia por la que se otorgue parcialmente el amparo a las personas demandantes por vulneración del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE), en relación con

los derechos al honor y a la intimidad (art. 18.1 CE), y se declare la nulidad de la Sentencia del Tribunal Supremo aquí recurrida, únicamente en lo relativo a la revocación del pronunciamiento consistente en prohibir la indexación de los datos personales de las personas demandantes de amparo para su uso por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital gestionada por Ediciones El País, S.L., y, como consecuencia, la nulidad de la providencia de fecha 17 de febrero de 2016, que inadmitió el incidente de nulidad actuaciones interpuesto por aquéllas.

Por otrosí, y de conformidad con el acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 23 de julio de 2015, el Ministerio Fiscal solicitó la exclusión en la presente Sentencia de los datos que permitan la identificación de quienes han sido recurrentes en amparo.

8. Por providencia de 31 de mayo de 2018, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 4 de junio del mismo año.

II. Fundamentos jurídicos.

1. El presente recurso de amparo se interpone contra la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 2015, y la providencia del mismo Tribunal, de 17 de febrero de 2016, por la que se inadmitió a trámite el incidente de nulidad interpuesto contra la primera. El fallo de la Sentencia impugnada decretaba la casación parcial de la Sentencia de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 486/2013, de 11 de octubre de 2013, declarándola «sin valor ni efecto alguno en los pronunciamientos relativos a la supresión de los datos personales de las personas demandantes en el código fuente de la página web que contenía la información y de su nombre, apellidos o incluso iniciales, y a la prohibición de indexar los datos personales para su uso por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital gestionada por la demandada».

La demanda de amparo, como se ha expuesto con detalle en los antecedentes, impugna este pronunciamiento por considerar que el mismo, al suprimir medidas tuitivas acordadas por la Audiencia Provincial, vulnera los derechos que aquellas medidas protegían, es decir el derecho al honor, a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la protección de datos (art. 18.4 CE), de las personas recurrentes en amparo, así como su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a la motivación y proporcionalidad de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE). En síntesis, la demanda expone que la posibilidad de localizar en la

hemeroteca digital del diario «El País», por los datos personales de las personas recurrentes, esto es, sus nombres y sus apellidos, una determinada noticia que hacía referencia a ellas, publicada en papel en los años 80, suprimida por la Audiencia Provincial y recuperada tras el fallo del Tribunal Supremo, supone una lesión de los derechos invocados por las razones que se detallan en los antecedentes. Y ello, sin perjuicio de la protección de esos derechos derivada del mandato de desindexación de la noticia en los buscadores externos, como, por ejemplo, en Google, medida esta adoptada en instancia y confirmada por el Tribunal Supremo, pero que las personas recurrentes consideran abiertamente insuficiente en orden a la plena garantía del disfrute de sus derechos fundamentales.

Ediciones El País, S.L., que también ha sido parte en el recurso de amparo, ha solicitado la desestimación íntegra del mismo, al considerar correcta la ponderación de los derechos fundamentales concernidos llevada a cabo en la Sentencia de casación. Y el Ministerio Fiscal ha interesado su estimación parcial, por entender que la revocación por el Tribunal Supremo de la medida consistente en la desindexación de la noticia del buscador interno de la hemeroteca digital, conllevaba la persistencia de la vulneración, producida por la asociación de la información al nombre y apellidos de las personas demandantes. Por el contrario, respecto a la medida relativa a la supresión del nombre y apellidos de las recurrentes del código fuente de la página en que se contiene la noticia, el Ministerio Fiscal considera que dicha supresión produce un daño desproporcionado en la libertad de prensa, por conllevar la alteración del contenido del artículo periodístico, cuya integridad forma parte, aunque secundaria, de este último derecho según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2. Según se ha expuesto en los antecedentes de esta Sentencia, quienes interponen el recurso de amparo han solicitado la exclusión en ella de cualquier dato de carácter personal que permitiese su identificación. Pues bien, de acuerdo con lo solicitado, en la presente resolución se han sustituido las menciones de su identidad por las iniciales correspondientes y se han omitido, tanto en el relato fáctico, como en la fundamentación jurídica, cuantos datos ha considerado la Sala que permitirían su identificación, de acuerdo con las potestades atribuidas a este Tribunal por el artículo 86.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y los artículos 2 y 3 del

acuerdo del Pleno de 23 de julio de 2015, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales.

Este Tribunal sostiene habitualmente, al aplicar lo dispuesto en el artículo 164 CE y concordantes relativo a la publicidad de las resoluciones de la jurisdicción constitucional, que la exigencia constitucional de máxima difusión y publicidad de las mismas se refiere a las resoluciones íntegras (STC 114/2006, de 5 de abril, FFJJ 6 y 7), y, por tanto, a la completa identificación de quienes hayan sido parte en el proceso constitucional respectivo. Esta difusión íntegra «permite asegurar intereses de indudable relevancia constitucional, como son, ante todo, la constancia del imparcial ejercicio de la jurisdicción constitucional y el derecho de todos a ser informados de las circunstancias, también las personales, de los casos que por su trascendencia acceden, precisamente, a esta jurisdicción; y ello sin olvidar que, en no pocos supuestos, el conocimiento de tales circunstancias será necesario para la correcta intelección de la aplicación, en el caso, de la propia doctrina constitucional.» (STC 114/2006, FJ 6).

No obstante, la especificidad del supuesto que nos ocupa exige formular una excepción a esta regla general. En el presente recurso de amparo, se debate sobre la repercusión en la reputación de las personas recurrentes de la publicidad de ciertos hechos sucedidos hace tres décadas. Si se publicara la presente resolución, no ya en el «Boletín Oficial del Estado», sino, eventualmente, en los medios de comunicación que podrían replicarla, sin «oscurecer» tanto los datos personales de las personas recurrentes, como el supuesto fáctico de origen, de modo tal que se permitiera su identificación, el efecto inmediato de la sentencia, independientemente del sentido, estimatorio o desestimatorio, del fallo de la misma, sería la recuperación y actualización de los datos referidos, para hacerlos de nuevo noticiables. Y de este modo el efecto querido por el recurso, y el efecto automático alcanzado serían abiertamente incompatibles, por lo que el otorgamiento del amparo, de producirse, no provocaría una real reparación de los derechos fundamentales cuya vulneración se alega.

La Sala, teniendo en cuenta tales circunstancias y que las personas demandantes de amparo no tienen relevancia pública alguna, ni por sus profesiones, ni por su presencia en el espacio público, ni por ninguna otra circunstancia, considera prevalente su derecho fundamental a la intimidad sobre la exigencia

constitucional de publicidad de las resoluciones del Tribunal y, por tanto, entiende justificada la exclusión de sus datos de identidad en la Sentencia.

3. Aclarado lo anterior, con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo, es preciso delimitar adecuadamente el objeto del recurso de amparo. La razón de tal necesidad es que la tercera vulneración que se denuncia en la demanda de amparo alude a la infracción, por parte de la Sentencia del Tribunal Supremo, del principio de proporcionalidad, por falta de motivación sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de cada una de las medidas revocadas. Sobre esta pretendida falta de motivación, que se vincula implícitamente a una lesión del artículo 24.1 CE, sin embargo, no se dirigió ningún reproche a la resolución en el escrito de interposición del incidente de nulidad de actuaciones que se centró en que el juicio de proporcionalidad llevado a cabo por la Sala era irrazonable en términos constitucionales, pero no insuficiente. La queja, en consecuencia, se considera incurso en falta de invocación formal [artículo 44.1 c) LOTC], requisito éste del recurso de amparo que exige que una vez conocida la violación, tan pronto como hubiere lugar para ello, se ponga en conocimiento del órgano judicial al menos en su fundamentación fáctica, de modo que la pretensión deducida en amparo no tenga un contenido distinto al que se hizo valer ante los órganos judiciales (por todas, STC 211/2007, de 8 de octubre, FJ 3). Así pues, esta queja debe ser inadmitida, al haber estado ausente del procedimiento, tal y como se ha desarrollado, la invocación previa del derecho cuya vulneración se denuncia.

4. Despejados los óbices procesales, debemos todavía hacer referencia a la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo. Aunque ninguna de las partes comparecidas en este proceso ha puesto en duda la concurrencia de dicho presupuesto, en la medida en que se trata de un requisito para su admisión según los artículos 49.1 y 50.1 b) LOTC, y por lo tanto de una cuestión de orden público procesal (entre otras, STC 222/2016, de 19 de diciembre, FJ 2), las exigencias de certeza y buena administración de justicia (STEDH de 20 de enero de 2015, asunto Arribas Antón c. España, § 46) obligan a explicitar el cumplimiento del mismo a fin de hacer así reconocibles los criterios empleados al efecto por este Tribunal. Como se ha declarado, entre otras muchas, en las SSTC 172/2016, de 17 de octubre, FJ 2, y 14/2017, de 30 de enero, FJ 3, corresponde únicamente a este Tribunal apreciar en cada caso si

concorre tal «especial trascendencia constitucional», o lo que es lo mismo, si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo, atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales [artículo 50.1 b) LOTC].

En este caso, el Tribunal ha apreciado, en la providencia de admisión a trámite del recurso, que éste plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)]. En efecto, aún no hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre el «derecho al olvido» o «derecho al olvido digital» como posible proyección del derecho al honor, a la intimidad (art. 18.1 CE) o a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE), en relación con las hemerotecas digitales y su eventual consideración como uno de los ámbitos a través de los cuales se puede manifestar el ejercicio de las libertades informativas. Los avances tecnológicos y el fenómeno de la globalización a través de internet y de otras vías dan lugar a nuevas realidades que, de una u otra forma, pueden incidir sobre el ejercicio de los derechos fundamentales, su delimitación y su protección, lo que obliga a este Tribunal a una constante labor de actualización de su doctrina para adecuarla a la cambiante realidad social, con el fin de dar una respuesta constitucional a esas nuevas situaciones, que, por otro lado, es algo inherente al propio fundamento de la reforma del recurso de amparo introducida en nuestra Ley reguladora por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

5. Aclaradas las anteriores cuestiones, podemos examinar el fondo de las quejas formuladas en la demanda de amparo.

A través de ellas se plantea en esta sede un conflicto entre, de un lado, los derechos al honor y a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la protección de datos personales (art. 18.4 CE) y, de otro, el derecho a la libertad de información [art. 20.1 d) CE]. Pero este conflicto adopta, en este caso, matices singulares que tienen que ver con el modo en que la intimidad de las personas titulares de este derecho se ve expuesta con el uso de las tecnologías de la información, en particular con el uso de internet; con la forma en que las herramientas informáticas desarrolladas para facilitar el acceso a la información, como los buscadores, afectan singularmente a los datos personales de la ciudadanía; con el modo en que el

transcurso del tiempo puede llegar a influir en los equilibrios entre derecho al honor y la intimidad (art. 18.1 CE) y las libertades informativas [art. 20.1. d) CE], haciendo nacer un «derecho al olvido» y con la intervención de los medios de comunicación, que también se sirven de las herramientas informáticas hoy disponibles, en el contexto de la garantía de las libertades informativas que, con el uso de aquellas herramientas, se transforman en libertades de alcance global, y que expanden su eficacia hacia atrás en el tiempo de un modo complejo. Hoy, la información periodística ya no es sólo la actualidad publicada en la prensa escrita o audiovisual, sino un flujo de datos sobre hechos y personas que circula por cauces no siempre sujetos al control de los propios medios de comunicación, y que nos permite ir hacia atrás en el tiempo haciendo noticiables sucesos que no son actuales. Las anteriores circunstancias exigen ajustar nuestra jurisprudencia sobre la ponderación de los derechos en conflicto.

Lo que plantean las personas recurrentes en amparo, a través de la invocación del artículo 18.1 y 4 CE, es el ejercicio del denominado jurisprudencialmente «derecho al olvido» (conclusiones del Abogado General asunto Niilo Jääskinen, de 25 de junio de 2013, en el asunto Google Spain, S.L. y Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González y Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2014, en el asunto C131/12 –asunto Google).

Este es definido, exactamente bajo esta denominación, sólo en el artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de protección de datos), norma europea que entró en vigor el 25 de mayo de 2018. Se concreta como el derecho a obtener, sin dilación indebida, del responsable del tratamiento de los datos personales relativos a una persona, la supresión de esos datos, cuando ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados; cuando se retire el consentimiento en que se basó el tratamiento; cuando la persona interesada se oponga al tratamiento; cuando los datos se hayan tratado de forma ilícita; cuando se deba dar cumplimiento a una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros; o cuando los datos se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios

de la sociedad de la información. En suma, en el Reglamento se viene a legislar de forma más clara el derecho a la supresión de los datos personales de una determinada base que los contuviera. Eso, y no otra cosa, es el derecho al olvido. Un derecho a la supresión de los datos personales, existente ya por obra de la Directiva 95/46/CE, estrechamente vinculado con la salvaguardia del derecho fundamental a la protección de datos personales frente al uso de la informática (art. 18.4 CE), y con la protección del artículo 8 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

Así considerado, el derecho al olvido es una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática (art. 18.4 CE), y es también un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor, con los que está íntimamente relacionado, aunque se trate de un derecho autónomo.

El honor, vinculado a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), la protege, «frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas» (SSTC 14/2003, de 28 de enero, FJ 12; 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 5, y 65/2015, de 13 de abril, FJ 3). Por su parte, el derecho a la intimidad, tiene por objeto «garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida» (por todas, STC 176/2013, de 21 de octubre, FJ 7). El vínculo entre los apartados primero y cuarto del artículo 18 CE, se pone de manifiesto en la STC 290/2000, de 30 de noviembre, que resolvía los recursos de inconstitucionalidad planteados por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña, el Defensor del Pueblo, el Parlamento de Cataluña y por diputados del Grupo Parlamentario Popular, contra la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD). En este pronunciamiento el

Tribunal recordó, citando jurisprudencia consolidada, que el artículo 18.4 CE, contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos sin que, por ello, deje de ser un derecho fundamental, «el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos» (STC 290/2000, FJ 7).

En la misma línea la STC 292/2000, también de 30 de noviembre, respondiendo al recurso planteado por el Defensor del Pueblo, contra algunos preceptos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, refuerza ese mismo vínculo, pero distinguiendo ambas dimensiones del artículo 18 CE. El Tribunal afirma que el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) no aporta por sí sólo una protección suficiente frente a las realidades nuevas derivadas del progreso tecnológico, y que el constituyente, en el apartado 4 del precepto, pone de manifiesto la existencia de los riesgos asociados a ese progreso, encomendando al legislador el desarrollo de un «instituto de garantía como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, pero que es también, ‘en sí mismo, un derecho o libertad fundamental’ (STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6)» (FJ 4).

Por tanto, el artículo 18.4 CE garantiza un ámbito de protección específico pero también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado primero del precepto (STC 292/2000, FJ 4), de modo que «la garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada ‘libertad informática’ es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención» (STC 292/2000, FJ 5, y jurisprudencia allí citada).

Por tanto, si las libertades informáticas pueden definirse como derecho fundamental, también lo es, porque se integra entre ellas, el derecho al olvido. Esta conclusión puede extraerse sin dificultad de la

configuración que hace nuestra jurisprudencia del artículo 18.4 CE, al definirlo como un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer «frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales» (STC 290/2000, FJ 7), y establecer que tales derechos son, entendidos como haz de facultades de su titular, el derecho a consentir la recogida y el uso de sus datos personales y a conocer los mismos, el derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad, y el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos, esto es el derecho de supresión (en este sentido, STC 290/2000, FJ 7).

6. Este reconocimiento expreso del derecho al olvido, como facultad inherente al derecho a la protección de datos personales, y por tanto como derecho fundamental, supone la automática aplicación al mismo de la jurisprudencia relativa a los límites de los derechos fundamentales. En el fundamento jurídico 11 de la STC 292/2000, reiterado después en el fundamento jurídico 4 de la STC 17/2013, de 31 de enero, se estableció que: «[E]l derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución».

En este caso, se identifica la libertad de información [art. 20.1 d) CE] como el derecho fundamental que podría actuar como límite del derecho de autodeterminación sobre los propios datos personales. Los datos personales cuya supresión se solicita por las personas recurrentes están contenidos en una noticia digitalizada, contenida en una hemeroteca digital, y la misma narra, respecto de las personas recurrentes, que habían sido detenidas por su participación en un presunto delito de tráfico de drogas y que se había decretado su ingreso en prisión donde fueron médicamente atendidas por padecer el síndrome de abstinencia. El artículo, en el que no se encuentra ningún juicio de valor ni opinión, sino la mera exposición fáctica recién detallada, se incardina por lo tanto en el marco del derecho a comunicar libremente información veraz [art. 20.1 d) CE], que protege la difusión de hechos que merecen ser considerados noticiables por venir referidos a asuntos de relevancia pública que son de interés

general por las materias a que se refieren o por las personas que en ellos intervienen. (STC 41/2011, de 11 de abril, FJ 2).

Una vez digitalizada la noticia, y vinculada a la hemeroteca digital de «El País», pudo ser enlazada a motores de búsqueda generales de internet, porque el editor del sitio de internet, esto es, Ediciones El País, no utilizó protocolos informáticos de exclusión aptos para excluir la información contenida en el sitio de los índices automáticos de los motores.

Las Sentencias de 4 de octubre de 2012, del Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Barcelona, y de 11 de octubre de 2013, de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, resolvieron esa cuestión, en la línea de lo resuelto por la STJUE en el asunto Google. El razonamiento de ambos pronunciamientos, como se ha expuesto en los antecedentes, parte del presupuesto –fijado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea–, de que la actividad de los buscadores se califica como tratamiento automatizado de datos, aunque «se refieran únicamente a información ya publicada tal cual en los medios de comunicación» (STJUE en el asunto Google, § 28). Esta calificación sujeta a los motores de búsqueda y a los editores de sitios de internet, a las obligaciones derivadas en su día de la Directiva 95/46/CE, y posteriormente del Reglamento (UE) 2016/679. Y entre esas obligaciones están las vinculadas a la garantía de los derechos fundamentales, en particular la intimidad (art. 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: CDFUE) y la protección de datos personales (art. 8 CDFUE), lo que se traduce en calificar de excesiva la injerencia en esos derechos de la actividad realizada por los buscadores cuando se permite rastrear información sobre una persona introduciendo su nombre, porque ese «tratamiento permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate» (STJUE en el asunto Google, §80).

A partir de ahí, las Sentencias de instancia fallan favorablemente a la desindexación de la noticia de los motores de búsqueda. Y esta cuestión no se controvierte en el presente recurso de amparo,

porque la Sentencia del Tribunal Supremo no revoca esta medida protectora de los derechos de las personas recurrentes. El objeto de este recurso se limita, por tanto, al asunto referido a la indexación de la noticia en la hemeroteca digital de Ediciones El País, y al rechazo a ocultar los nombres de las personas recurrentes en amparo, u «oscurecerlos» a través del recurso al uso de sus iniciales. No estamos, por tanto, ante un nuevo conflicto con los motores de búsqueda de los que han ocupado al Tribunal Supremo (por todas, SSTS 1917/2016, de 21 de julio, 1618/2016, de 4 de julio, 210/2016, de 16 de marzo), sino ante un conflicto circunscrito al uso de nombres propios como criterio de búsqueda y localización de noticias en el entorno de una hemeroteca digitalizada. En este contexto, los derechos que colisionan son, de un lado, el derecho a la supresión de datos de una base informatizada (art. 18.4 CE), en relación mediata e instrumental con la garantía del derecho al honor y la intimidad de las personas a las que conciernen los datos (art. 18.1 CE) y las libertades informativas ex artículo 20.1 d) CE.

7. La libertad de información constituye, y así se viene sosteniendo desde la STC 6/1981, de 16 de marzo, no sólo un derecho fundamental de cada persona, sino también una garantía de la formación y existencia de la opinión pública libre que, al ser condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se yergue en uno de los pilares de una sociedad libre y plural. También es jurisprudencia constante que la garantía de las libertades informativas se vincula a la actividad de los medios de comunicación, debiendo integrarse en esta denominación tanto la prensa escrita, radio y televisión, sea cual sea el soporte a través del cual se difunda su actividad periodística, como los medios de comunicación exclusivamente digitales. Todos ellos desempeñan un papel innegable, en orden a garantizar la plena eficacia del pluralismo, como valor superior del ordenamiento reconocido en el artículo 1.1 CE.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos insiste en que la prensa juega un papel esencial en una sociedad democrática, en la medida en que le incumbe comunicar, en cumplimiento de sus deberes y de sus responsabilidades, informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general (asunto Jiménez Losantos c. España, Sentencia de 14 de junio de 2016; asunto Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. Francia, Sentencia de 10 de noviembre de 2015; y

asunto Von Hannover c. Alemania, Sentencia de 7 de febrero de 2012). Ideas e informaciones que, igualmente, nuestro Tribunal ha considerado fundamentales para conformar una opinión pública libre y plural, capaz de adoptar decisiones políticas a través del ejercicio de los derechos de participación contenidos, principalmente, en el artículo 23 CE (por todas, SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 30/1982, de 1 de junio).

En esta medida la libertad de información puede llegar a ser considerada prevalente sobre los derechos de la personalidad garantizados por el artículo 18.1 CE, no con carácter absoluto sino caso por caso, en tanto la información se estime veraz y relevante para la formación de la opinión pública, sobre asuntos de interés general, y mientras su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere. Del mismo modo, y por la conexión que existe entre los apartados primero y cuarto del artículo 18 CE, se puede decir que también el derecho a la autodeterminación de datos personales, el derecho a la supresión de esos datos de una base informatizada gestionada por un medio de comunicación, el derecho al olvido respecto de las hemerotecas en suma, puede ceder frente a la libertad de información en determinados supuestos.

La identificación de tales supuestos debe partir del recurso al canon habitual que emplea nuestra jurisprudencia para dirimir la colisión entre el derecho a la información y los derechos de la personalidad, doctrina por lo demás coincidente en lo sustancial con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10.1 CEDH (por todas, SSTC 138/1996, de 16 de septiembre, FJ 3; 144/1998, de 30 de julio, FJ 2; 21/2000, de 31 de enero, FJ 4; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 76/2002, de 8 de abril, FJ 3, y 61/2004, de 19 de abril). Pero deben ser añadidas al canon dos variables determinantes en supuestos como el que nos ocupa, porque estamos ante el apartado cuarto del artículo 18 CE con carácter prevalente: el valor del paso del tiempo a la hora de calibrar el impacto de la difusión de una noticia sobre el derecho a la intimidad del titular de dicho derecho, y la importancia de la digitalización de los documentos informativos, para facilitar la democratización del acceso a la información de todos los usuarios de internet.

a) En primer término, la información transmitida debe ser veraz. El requisito de veracidad, cuya ponderación reviste especial interés cuando la libertad de

información colisiona con el derecho al honor, no insta a que los hechos sean rigurosamente verdaderos, sino que se entiende cumplido en los casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de aquéllos con la diligencia exigible a un profesional de la información (por todas, STC 129/2009, de 1 de junio, FJ 2). Así, queda protegida por el derecho fundamental incluso la noticia errónea, siempre que haya precedido dicha indagación y que el error no afecte a la esencia de lo informado. Cuando la libertad de información colisiona con el derecho a la intimidad, la veracidad «no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión» (SSTC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4, y 127/2003, de 30 de junio, FJ 8). Ello significa que, en términos generales, si la información carece de interés público prevalente, no cabrá excluir la vulneración del derecho a la intimidad porque los hechos íntimos desvelados sean ciertos.

b) Y, junto a la veracidad, la protección constitucional de la libertad de información, y su eventual prevalencia sobre los derechos de la personalidad, exige que la información se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de sean noticiables.

La relevancia pública de la información viene determinada tanto por la materia u objeto de la misma, como por razón de la condición pública o privada de la persona a que atañe. Como hemos dicho en reiteradas ocasiones, las autoridades y funcionarios públicos, así como los personajes públicos o dedicados a actividades que conllevan 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 moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de 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 referidos a personajes públicos» (por todas, STC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 2). En este sentido se ha dicho que, tratándose de personas privadas, incluso cuando la noticia por la materia a que se refiere concierne al interés público, no queda protegido por la libertad de información todo su

contenido, sino que cabe reputar desproporcionada la transmisión de aquellos hechos que, dentro de la noticia, afectan al honor o a la intimidad de la persona concernida y que se revelen como «manifiestamente innecesarios e irrelevantes para el interés público de la información» (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 8, y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 5).

Y, por lo que hace al contenido de la información, también es doctrina consolidada de este Tribunal que la información sobre sucesos con relevancia penal es de interés general y tiene relevancia pública (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; 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4, y 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4). Más concretamente, en la última resolución citada, este Tribunal ha declarado que «reviste relevancia o interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcancen en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose, por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 4; 232/1993, de 12 de julio, FJ 4; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8, y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4)».

Es en este punto donde resulta imprescindible introducir algunos matices a nuestra doctrina previa. Tal y como se viene afirmando, la relevancia pública de la información viene determinada tanto por la materia de la misma como por la condición de la persona a que se refiere. Pero el carácter noticiable también puede tener que ver con la «actualidad» de la noticia, es decir con su conexión, más o menos inmediata, con el tiempo presente. La materia u objeto de una noticia puede ser relevante en sentido abstracto, pero si se refiere a un hecho sucedido hace años, sin ninguna conexión con un hecho actual, puede haber perdido parte de su interés público o de su interés informativo para adquirir, o no, un interés histórico, estadístico o científico. No obstante su importancia indudable, ese tipo de intereses no guarda una relación directa con la formación de una opinión pública informada, libre y plural, sino con el desarrollo general de la cultura que, obviamente, actúa como sustrato de la construcción de las opiniones. Por esa razón podría ponerse en duda, en

estos casos, la prevalencia del derecho a la información [art. 20.1 d) CE] sobre el derecho a la intimidad de una persona (art. 18.1 CE) que, pasado un lapso de tiempo, opta por solicitar que estos datos e información, que pudieron tener relevancia pública en su día, sean olvidados. Por supuesto, cuando la noticia en cuestión ha sido digitalizada y se contiene en una hemeroteca, la afectación del derecho a la intimidad viene acompañada del menoscabo del derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE).

Respecto de esto la STEDH de 10 de marzo de 2009, asunto Times Newspapers Ltd (núm. 1 y 2) c. Reino Unido, § 45, sostuvo que los archivos periodísticos que se publican en internet contribuyen de forma sustancial a la preservación y accesibilidad de las noticias y la información, constituyendo una fuente importante para la educación y la investigación histórica, particularmente en la medida en que la prensa proporciona dicha accesibilidad en la red de forma fácil y, generalmente, gratuita. En consecuencia –destacó la Corte– aunque la función principal de la prensa en una sociedad democrática es actuar como un vigilante de lo público –acudiendo a la conocida expresión «public watchdog»–, cumple igualmente una valiosa función secundaria al mantener y poner a disposición de los lectores los archivos que contienen noticias publicadas tiempo atrás. Sin embargo –terminó diciendo la Sentencia– el margen de apreciación reconocido a los Estados para ponderar los derechos fundamentales en conflicto es mayor respecto de los archivos de hechos pasados, que cuando la información concierne a hechos recientes. Especialmente, en el primer caso, el deber de la prensa de actuar conforme a los principios del periodismo responsable, asegurándose de la exactitud de la información histórica, debería ser más riguroso, dada la ausencia de la urgencia en divulgar el material a la comunidad de destinatarios. Por tanto, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es preciso reconocer que la prensa, al poner a disposición del gran público sus bases de datos de noticias, desarrolla una doble función. Por un lado, la de garante de la pluralidad informativa que sustenta la construcción de sociedades democráticas, y, por otro, la de crear archivos a partir de informaciones publicadas previamente, que resulta sumamente útil para la investigación histórica. Y podríamos concluir que, si bien ambas desempeñan una función notable en la formación de la opinión pública libre, no merecen un nivel de protección equivalente al amparo de la

protección de las libertades informativas, por cuanto una de las funciones es principal y la otra secundaria. Y estas consideraciones deben tener un efecto inmediato en el razonamiento, que nos lleve a buscar el equilibrio entre los derechos reconocidos en el artículo 20.1 d) CE y en el apartado cuarto del artículo 18 CE.

c) Por último, es preciso reconocer que la universalización de acceso a las hemerotecas, facilitado por su digitalización, es decir por su transformación en bases de datos de noticias, tiene un efecto expansivo sobre la capacidad de los medios de comunicación para garantizar la formación de una opinión pública libre. Poner a disposición del público un histórico de noticias como el que se contiene en las hemerotecas digitales, facilita que actores del tercer sector, organizaciones civiles, o ciudadanos individuales puedan actuar, trayendo de nuevo aquí la expresión utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como «perros de guarda» de la sociedad (por todas, STEDH de 8 de noviembre de 2016, asunto Magyar Helsinki Bizottsag c. Hungría). Pero también garantiza que los medios de comunicación, la prensa, pueda jugar ese mismo papel, que Estrasburgo califica como indispensable (por todas, STEDH de 20 de mayo de 1999, asunto Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega, §§ 59 y 62, STEDH de 17 de diciembre de 2004, asunto Pedersen y Baadsgaard, § 71; STEDH de 7 de febrero de 2012, asunto Axel Springer AG c. Alemania, § 79), trayendo al presente hechos o declaraciones del pasado que puedan tener un impacto en el momento presente, y contribuyendo así a efectuar un control político difuso a través de la opinión publicada que impacta en la opinión pública.

No obstante, este efecto expansivo también supone un incremento del impacto sobre los derechos fundamentales de las personas que protagonizan las noticias incluidas en hemerotecas. Esta consideración conduce a la cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de mayo de 2014, Google Spain S.L contra Agencia Española de Protección de Datos, asunto C-131/12» que, en su parágrafo 80, recuerda que «un tratamiento de datos personales como el controvertido en el litigio principal, efectuado por el gestor de un motor de búsqueda, puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales cuando la búsqueda realizada sirviéndose de ese motor de búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una

persona física, toda vez que dicho tratamiento permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate». Por tanto la universalización del acceso a las hemerotecas, como la universalización del acceso a la información a través de los motores de búsqueda, multiplica la injerencia en los derechos a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE) de los ciudadanos.

Tal y como argumenta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los derechos de la persona citada en la noticia de prensa indexada, protegidos con arreglo a los artículos 7 y 8 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, pueden entrar en conflicto con el derecho de los internautas a acceder a la información disponible en la red o, en el caso que nos ocupa, con el derecho de los medios de comunicación a facilitar dicha información. Y el equilibrio de derechos, en la resolución de ese conflicto, puede depender «en supuestos específicos, de la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública» (asunto Google Spain S.L contra Agencia Española de Protección de Datos § 81). En esta necesidad de equilibrio entre las libertades informativas y el derecho a la autodeterminación informativa, es en la que hay que tener en cuenta el efecto del paso del tiempo sobre la función que desempeñan los medios de comunicación, y sobre la doble dimensión –estrictamente informativa o fundamentalmente investigadora– de esa función.

8. La aplicación de la doctrina expuesta a la presente demanda de amparo debe conducir a la estimación parcial del recurso, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, y absolutamente circunscritas a este caso concreto, que han sido expuestas con detalle en los antecedentes.

a) Las personas recurrentes en amparo pretenden ejercitar el derecho al olvido respecto de una noticia que relata hechos veraces. No se ha discutido en todo el procedimiento que, efectivamente, en los años 80,

fueron detenidas en el marco de una investigación policial por tráfico de drogas, por el que finalmente fueron condenadas (si bien como autoras del delito menos grave, entonces existente, de contrabando).

b) Sin embargo, la relevancia pública de la información, considerada desde la perspectiva de que es una noticia antigua, traída al momento presente por medio de la puesta a disposición en la hemeroteca digital de la misma, puede ser cuestionada. Es cierto que la materia de la noticia fue, y sigue siendo en buena medida, de gran interés público, al abordar el tema de la drogadicción y el tráfico de estupefacientes, y eso confiere un interés objetivo a dicha información. Pero no lo es menos que las personas recurrentes en amparo ni eran entonces, ni son ahora personajes públicos. Y tampoco resulta indiferente que se revelen sobre ellas datos que inciden muy directamente sobre su honor y su intimidad.

Numerosas Sentencias de este Tribunal reconocen que las noticias relativas a la implicación de la persona en la comisión de un delito, como la del presente recurso, afectan tanto a su reputación como a su intimidad (SSTC 14/2003, de 28 de enero, 52/2002, de 25 de febrero, FJ 4, y 144/1999, de 22 de julio, FJ 8). Del mismo modo las referencias a la adicción han sido consideradas atinentes al honor (en este sentido, STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 2) y a la intimidad, en la medida en que «pertenece a la esfera privada de la persona el hecho de haber consumido algún género de drogas» (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3, y 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 5).

La noticia relata hechos pasados sin ninguna incidencia en el presente. No se trata de una noticia nueva sobre hechos actuales, ni de una nueva noticia sobre hechos pasados, que pueden merecer una respuesta constitucional distinta. Su difusión actual en poco contribuye al debate público. Por tanto, la retransmisión de la noticia en cuestión, transcurridos más de treinta años desde que los hechos ocurrieron, carece a día de hoy de toda relevancia para la formación de la opinión pública libre, más allá de la derivada de la publicación en la hemeroteca digital. De un lado, las personas recurrentes eran y son personas privadas, cuya relevancia pública sólo se derivó de su participación en los hechos noticiables. De otro lado, la noticia relata un suceso penal, sobre los que este Tribunal ha reiterado que revisten interés público, especialmente si entrañan una cierta gravedad o causan un impacto considerable en la opinión pública

(por todas, STC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4). Sin embargo, en el caso de autos el delito relatado en la noticia ni fue particularmente grave ni ocasionó especial impacto en la sociedad de la época. En consecuencia, el transcurso de tan amplio margen de tiempo ha provocado que el inicial interés que el asunto suscitó haya desaparecido por completo. A la inversa, el daño que la difusión actual de la noticia produce en los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales de las personas recurrentes reviste particular gravedad, por el fuerte descrédito que en su vida personal y profesional origina la naturaleza de los datos difundidos (participación en un delito, drogadicción). Este daño, por consiguiente, se estima desproporcionado frente al escaso interés actual que la noticia suscita, y que se limita a su condición de archivo periodístico.

c) Es esta condición de la noticia, y su inclusión en una hemeroteca, con la relevancia que este instrumento posee y que ha sido ya expuesta, la que conduce a la conclusión siguiente, referida al alcance de la estimación del amparo solicitado.

A este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo aquí impugnada desestimó, por desproporcionadas en relación con la libertad de prensa, las medidas siguientes: en primer lugar, la medida consistente en impedir la indexación de la noticia a través de los nombres y apellidos de las demandantes de amparo por el buscador interno de la página, porque, una vez conjurado el riesgo de acceso masivo a la información lesiva a través de la inutilización de los buscadores generales, la Sala estimó que permitía la protección de la audiencia más activa en la búsqueda de la información; en segundo lugar, la supresión de los nombres y apellidos de éstas, o la sustitución por las respectivas iniciales, en el código fuente de aquélla, en tanto las consideró desproporcionadas por alterar el contenido del archivo periodístico.

En línea de principio, debe recordarse que cuando, como resultado de la ponderación entre ellos, uno de los derechos fundamentales es considerado prevalente, el preterido no queda vacío de contenido, sino que debe ser sacrificado sólo en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar la efectividad del primero (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5; 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4; SSTJUE asuntos Tietosuojavaltuutettu contra Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy (C-73/07), de 16 de diciembre de 2008, § 56; y Volker Und Markus Scheke y Eifert (C-92/09 y C-93/09), de 9

de noviembre de 2010, §77 y STEDH asunto *Mouvement raëlien Suisse c. Suiza* [GC], de 13 de julio de 2012, §75).

A la hora de valorar el sacrificio requerido a la libertad de información [art. 20.1 d) CE], para asegurar el disfrute adecuado del derecho a la intimidad de las personas recurrentes en conexión con el derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.1 y 4 CE), es necesario recordar la importancia de las hemerotecas digitales en el contexto de las actuales sociedades de la información. Esto significa que serán conducentes al restablecimiento del derecho al honor, a la intimidad y a la protección de los datos personales las medidas tecnológicas tendentes a limitar adecuadamente la difusión de la noticia, que garanticen, en lo que sea conciliable con dicha regla, la integridad de la hemeroteca y su accesibilidad en general.

Pues bien, la prohibición de indexar los datos personales, en concreto los nombres y los apellidos de las personas recurrentes, para su uso por el motor de búsqueda interno de «El País» debe ser considerada una medida limitativa de la libertad de información idónea, necesaria y proporcionada al fin de evitar una difusión de la noticia lesiva de los derechos invocados. La medida requerida es necesaria porque su adopción, y solo ella, limitará la búsqueda y localización de la noticia en la hemeroteca digital sobre la base de datos personales inequívocamente identificativos de las personas recurrentes. A este respecto debe tenerse en cuenta que los motores de búsqueda internos de los sitios web cumplen la función de permitir el hallazgo y la divulgación de la noticia, y que esa función queda garantizada aunque se suprima la posibilidad de efectuar la búsqueda acudiendo al nombre y apellidos de las personas en cuestión, que no tienen relevancia pública alguna. Siempre será posible, si existe una finalidad investigadora en la búsqueda de información alejada del mero interés periodístico en la persona «investigada», localizar la noticia mediante una búsqueda temática, temporal, geográfica o de cualquier otro tipo. Una persona integrante de lo que el Tribunal Supremo llama en su sentencia «audiencia más activa», puede acceder a la noticia por múltiples vías, si lo que le mueve es el interés público que pudiera tener dicha información en un contexto determinado. Ello da prueba de la idoneidad de la medida. Sin embargo, la disposición solicitada por las personas recurrentes impide que se pueda realizar un seguimiento ad personam del pasado de un determinado individuo, insistimos en ello, sin ninguna proyección pública, a través de una herramienta cuya

finalidad es otra, y va dirigida a garantizar la formación de una opinión pública plural, no a satisfacer la curiosidad individual y focalizada. En este mismo sentido, la STEDH de 22 de abril de 2013, asunto *Animal Defenders International c. Reino Unido* [GC], § 124, establece que la disponibilidad de la información en otro medio de comunicación alternativo es clave en la valoración de la proporcionalidad de la injerencia. Y, en este caso, mutatis mutandis la noticia seguiría estando disponible en soporte papel, y en soporte digital, limitándose exclusivamente una modalidad muy concreta de acceso a la misma, por lo que seguirá sirviendo a la formación de la opinión pública libre, lo que asegura la proporcionalidad de la medida.

No merece la misma valoración la medida consistente en la supresión del nombre y apellidos o a la sustitución de éstos por sus iniciales en el código fuente de la página web que contiene la noticia. Una vez impedido el acceso a la noticia a través de la desindexación basada en el nombre propio de las personas recurrentes, la alteración de su contenido ya no resulta necesaria para satisfacer los derechos invocados por las personas recurrentes, pues la difusión de la noticia potencialmente vulneradora de éstos ha quedado reducida cuantitativa y cualitativamente, al desvincularla de las menciones de identidad de aquéllas. Esta limitación en la difusión de la noticia, que es lo que implica la protección de dichos derechos, se puede lograr sin necesidad de acordar su anonimización. Esta opción, que supondría una injerencia más intensa en la libertad de prensa que la simple limitación en la difusión, resulta por tanto innecesaria. Y, descartada la necesidad de la medida, huelga toda consideración en torno a la proporcionalidad en sentido estricto de la misma.

9. Procede, en consecuencia, estimar parcialmente el recurso de amparo, declarando la nulidad parcial de la Sentencia recurrida en el sentido expuesto en el fundamento jurídico anterior».

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1265/2015] DE 3 DE JULIO DE 2018 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Contrato de suministro de mercancías: mercantilidad. Con fundamento en el tradicional principio mutualista que informa la legislación sobre cooperativas tanto estatal como autonómica, cuando la cooperativa

realiza una prestación de servicios en favor de sus socios, caso del suministro de diversos géneros (plantas, herbicidas, abonos, plásticos, etc.), no interviene en la condición de mercader o comerciante, por lo que el plazo de prescripción de la acción para reclamar el pago de los suministros no resulta encuadrable en el artículo 1967.4 del Código Civil.

«El presente caso, con relación a una reclamación de cantidad efectuada por una cooperativa por el suministro de productos realizado a un agricultor, plantea como cuestión de fondo la aplicación del art. 1967.4 del Código Civil a los efectos de la prescripción de la acción ejercitada.

2. En síntesis, la cooperativa Los Pozos, Sociedad Cooperativa de Castilla La Mancha, demandante y aquí parte recurrida, presentó una demanda de reclamación de cantidad por importe de 16.007,04 euros contra D. Luis Andrés. Dicha demanda traía causa del suministro de mercancías entregadas al demandado para su actividad agrícola (plantas, herbicidas, abonos, plásticos, etc). El demandado se opuso a la demanda y negó la existencia de la deuda.

3. En el procedimiento, entre otros extremos, quedó acreditado que la primera reclamación de la deuda, tras los impagos de la misma en los años 2000 y 2001, se realizó el 1 de octubre de 2012. Que el demandado tenía la condición de pequeño agricultor y vendía sus productos a través de la propia cooperativa, así como la existencia y legitimidad de la deuda reclamada.

4. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda. Tras centrar la cuestión litigiosa en la naturaleza civil o mercantil de las ventas realizadas, consideró que en el presente caso la adquisición de dichas mercancías no fue realizada con ánimo de reventa para lucrarse (art. 325 del Código de Comercio), sino para su propio consumo. Por lo que producidos los impagos en los años 2000 y 2001, cuando se presentó la demanda la acción estaba prescrita con arreglo al plazo establecido en el art. 1967.4 del Código Civil.

5. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la audiencia lo estimó y revocó la sentencia del juzgado de primera instancia. En la línea del debate seguido en la primera instancia, consideró lo siguiente:

«[...] Esta audiencia también ha abordado esta polémica y nuestra conclusión ha sido considerar mercantil la compraventa cuando las mercancías

adquiridas se incorporan a un proceso productivo, supongan o no transformación dentro de ese proceso, del que resultan productos para su venta a terceros. Entendemos que esta es una interpretación acorde con los tiempos actuales (art. 3 del Código Civil, en cuanto señala que las normas deben ser interpretadas según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas) tanto de lo señalado en el art. 1967.4 del Código Civil como lo establecido en el art. 325 del Código de Comercio, al señalar éste que será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderla, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa.

»[...] Desde esta caracterización de las compraventas, resulta evidente para este Tribunal que las que constituyen el objeto de este procedimiento tienen una evidente naturaleza mercantil, pues no son sino adquisiciones de productos para la producción agrícola del demandado, compraventas que hoy no pueden excluirse de esa consideración, pues comprendidas dentro de la definición del art. 325 del Código de Comercio no se ven excluidas por lo dispuesto en el art. 326 del mismo texto, pues ni se pueden incluir dentro de su apartado segundo, que sólo hace referencia a los productos vendidos por agricultores y ganaderos no a las compras que es de lo que aquí se trata, ni hoy la producción agrícola puede entenderse como la pequeña producción de mera subsistencia a la que cierta jurisprudencia se acogió para desvincular tal actividad del ámbito mercantil.

»Así pues siendo hoy la actividad de las Cooperativas considerada como mercantil y habiendo vendido los productos para la producción agrícola del demandado, que a su vez vende a través de la propia cooperativa, tal como él mismo declara, y que por el volumen de tales productos, tal como se desprende de las facturas, en ningún caso pueden considerarse destinados al propio consumo, la conclusión es que estamos ante una actividad mercantil que tiene como plazo prescriptivo el de 15 años, lo que hace que la excepción de prescripción no pueda triunfar, estimándose, por tanto, el recurso en este extremo».

6. Frente a la sentencia de apelación, el demandado interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- 1. El demandado interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en dos motivos.

2. En el primer motivo, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, el recurrente denuncia tres infracciones que desarrolla, a su vez, en tres submotivos.

2.1 En el primer submotivo denuncia la infracción del art. 216 LEC. Argumenta que la sentencia recurrida infringe el principio de justicia rogada (principio de dispositivo), pues resuelve el recurso de apelación en torno a una cuestión jurídica distinta a la inicialmente planteada por la demandante, esto es, respecto de la naturaleza mercantil de la compraventa realizada, cuando en la demanda se alega el carácter civil de la misma.

2.2 En el submotivo segundo se denuncia la infracción del art. 218.1 y 2 LEC con relación a los requisitos de congruencia y motivación de las sentencias. Argumenta, en primer término, que la sentencia recurrida no se ha pronunciado sobre la falta de legitimación activa alegada con relación al albarán expedido por la entidad Ceresco correspondiente a una de las facturas objeto del presente procedimiento. En segundo término, alega que la sentencia recurrida no ha motivado la apreciación y valoración de la prueba practicada.

2.3 Por último, en el submotivo tercero el recurrente denuncia la infracción del art. 217 LEC relativo a la carga de la prueba. Argumenta que, al haber sido impugnadas las facturas, la sentencia recurrida debió haber tenido en cuenta las reglas del citado artículo.

3. El motivo debe ser desestimado.

Con carácter previo hay que resaltar que la formulación del motivo se realiza de forma incorrecta, pues en el mismo se denuncian infracciones de distinta índole y contenido (falta de congruencia y motivación e inaplicación de las reglas de la carga de la prueba).

3.1 Con relación al primer submotivo, no cabe apreciar la mutatio libelli alegada. Que la Audiencia Provincial disienta de las tesis de la demandante y considere la naturaleza mercantil de la compra efectuada no supone que incurra en incongruencia, sino que no acepta la tesis de la demandante. Al haberse opuesto la excepción de prescripción, la Audiencia Provincial tenía que pronunciarse sobre la naturaleza civil o mercantil de la referida compraventa, cuestión que era determinante para la estimación o desestimación de la excepción planteada.

El recurrente con el planeamiento de este submotivo confunde que la Audiencia Provincial no acepte sus argumentos con la incongruencia de la sentencia.

3.2 El submotivo segundo carece de fundamento. En primer término, la sentencia recurrida, fundamento de derecho tercero, expresamente responde a la falta de legitimación alegada cuando considera acreditado que los productos objeto de la factura cuestionada, aunque suministrados por una tercera entidad, fueron satisfechos a cargo de la cooperativa demandante. En todo caso, al tratarse de una excepción, el recurrente debió solicitar el correspondiente complemento de la sentencia (art. 215 LEC). En segundo término, la sentencia recurrida dedica el citado fundamento de derecho al análisis y valoración de la prueba practicada.

3.3 El submotivo tercero tampoco puede prosperar, pues la sentencia recurrida considera probada la existencia y exigibilidad de la deuda reclamada, por lo que no cabe dar entrada a la normativa sobre la carga de la prueba.

4. En el motivo segundo el recurrente, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, denuncia la infracción del art. 24 CE y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Argumenta que la sentencia recurrida, al no dar respuesta a la excepción de falta de legitimación activa alegada, ha provocado la indefensión del demandado.

5. El motivo debe ser desestimado por los mismos fundamentos ya expuestos en el submotivo segundo. Además, el recurrente pretende una revisión íntegra de la prueba practicada, extremo improcedente en el presente recurso.

Recurso de casación.

TERCERO.-Reclamación de cantidad de una cooperativa a un agricultor. Prescripción de la acción. Naturaleza y alcance del art. 1967.4 del Código Civil. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. El demandado, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo, el recurrente denuncia la infracción de los arts. 325 del Código de Comercio y 1964 del Código Civil por aplicación indebida y, a su vez, la infracción de los arts. 326.2 del Código de Comercio y 1967.4 del Código civil por inaplicación de los mismos.

Argumenta, conforme al debate planteado en ambas instancias, que la naturaleza jurídica de las compraventas objeto de esta litis responde a su carácter civil; con lo que el plazo de prescripción, de acuerdo con el art. 1967.4 del Código Civil, sería el de 3 años. Cita en apoyo de su tesis la doctrina jurisprudencial de esta sala contenida en las SSTs de 30 de noviembre de 1988 y 10 de noviembre de 2000.

2. El motivo debe ser desestimado.

La *ratio decidendi* de la desestimación del motivo no descansa en la cuestión de la naturaleza jurídica de las compraventas realizadas en atención a su carácter civil o mercantil, sino en la previa interpretación y alcance del art. 1967.4 del Código Civil con relación al específico plazo de prescripción respecto del abono del precio a «los mercaderes por los géneros vendidos a otros que no lo sean, o que siéndolo se dediquen a distinto tráfico».

En este sentido, hay que señalar, conforme a la interpretación que realiza la doctrina científica de este apartado del precepto, con base en sus antecedentes históricos, que la aplicación de esta regla escapa a la dialéctica indicada. Por el contrario dicha regla comporta la exigencia de un presupuesto que restringe su ámbito de aplicación, esto es, que el acreedor deba tener la condición de mercader o comerciante.

En el presente caso, debe concluirse, con fundamento en el tradicional principio mutualista que informa nuestra legislación sobre cooperativas tanto estatal como autonómica, que cuando la cooperativa realiza una prestación de servicios en favor de sus socios, caso del suministro de diversos géneros (plantas, herbicidas, abonos, plásticos, etc.) no interviene en la condición de mercader o comerciante, por lo que dicho suministro no resulta encuadrable en el art. 1967.4 del Código Civil.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2620/2015] DE 11 DE JULIO DE 2018 [Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán]

Contrato de préstamo: naturaleza y ejercicio de la facultad resolutoria por incumplimiento. El simple hecho de que el contrato de préstamo devengue intereses es un indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento, con independencia de que tal acuerdo se documente con posterioridad. De este modo, quien asume el compromiso de entregar el

dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su obligación puede resolver el contrato conforme al artículo 1124 del Código Civil si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses. Pero, aun en los casos en los que, en atención a las circunstancias, pudiera entenderse que el contrato no se perfeccionó hasta la entrega, de modo que no hubiera podido el prestatario exigir la prestación de entrega del dinero es presupuesto de la de restituirlo, y hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario. Producida la entrega de dinero a cambio de una restitución fraccionada más el pago de intereses retributivos, el incumplimiento esencial del prestatario permite liberar al prestamista de permanecer vinculado por el contrato, puesto que la subsistencia del préstamo depende del pago de una retribución que nace del propio contrato.

«D. Eleuterio y D.ª Brigida interpusieron una demanda contra Grupo Previndal Salud S.L. (en adelante Previndal) en la que solicitaron la condena a la demandada al pago de 56.121,23 euros a cada uno de ellos más los intereses legales que se devengarán del importe de 50.000 euros desde la fecha de presentación de la demanda hasta el pago.

Basaron su reclamación en la existencia de un contrato por el que cada uno de los actores prestó 50.000 euros a Previndal. El préstamo se documentó con fecha 6 de octubre de 2010 en escritura pública en la que se hacía constar que el dinero había sido entregado con anterioridad y que su destino era cubrir en parte las necesidades de financiación de Previndal para la construcción de una residencia de mayores.

En la escritura se fijó la obligación de Previndal de devolución del capital y los intereses (interés remuneratorio fijo del 4'5%) en cuotas semestrales en un plazo máximo de 10 años. La primera cuota era exclusivamente de intereses y el resto de capital e intereses. En el clausulado del préstamo se estableció que, transcurrido el período de carencia de seis meses, la prestataria podía devolver íntegramente el capital prestado en un solo pago o, si lo solicitan los prestamistas, proceder a una ampliación del capital social del 2 por ciento para cada uno de los prestamistas.

Sin haber realizado ningún pago, el 8 de febrero de 2013 Previndal envió a los actores un burofax en el que les comunicó que no iba a hacer frente al pago y que, transcurrido el período de carencia, debían haber comunicado de forma fehaciente que no iban a solicitar la conversión del préstamo en capital social.

Los actores contestaron mediante otro burofax de fecha 12 de febrero de 2013, en el que manifestaron que nunca habían solicitado la ampliación del capital social para el pago de la deuda y que se oponían expresamente a ello, por lo que solicitaban la devolución de los 100.000 euros más el importe del interés estipulado. El 25 de junio de 2013 interpusieron la demanda contra Previdal.

2.-La sentencia de primera instancia estimó la demanda.

Aunque en el petitum de la demanda no se mencionó la resolución del contrato sino solo la condena al pago de las cantidades prestadas con sus intereses, el error se subsanó en la audiencia previa. El juzgado rechazó la oposición de la demandada que alegaba ejercicio extemporáneo de la acción, por no darse tal, puesto que en la papeleta de conciliación la parte demandante interesó la resolución del contrato de préstamo, cosa que igualmente solicitó a lo largo de la demanda, además de considerar que no podía ser otro el fundamento de la devolución de las cantidades prestadas con sus intereses, a lo que la propia demandada se opuso en su contestación a la demanda.

Respecto de la cláusula de capitalización, el juzgado consideró que no había quedado acreditado que los demandantes hubieran realizado acto alguno que evidenciara su voluntad de convertirse en socios, por lo que procedía la devolución del préstamo.

En cuanto a la pretensión resolutoria, consideró el juzgado que, pese a no haberse estipulado en el contrato la cláusula de vencimiento anticipado, debía admitirse y estimarse la posibilidad de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de pago de las cuotas pactadas que correspondía a la sociedad demandada, que no había efectuado ningún pago. El juzgado razonó que, en caso contrario, si solo se permitiera la reclamación de las cuotas que fueran venciendo, el prestamista que hubiera permitido la devolución del préstamo en plazos se vería condenado a esperar a que se fueran produciendo los sucesivos vencimientos para ver materializado su derecho a la efectiva restitución.

3.-La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de Previdal y confirmó la sentencia recurrida en su integridad.

Tras rechazar la alegación de la apelante de indebida y tardía acumulación de acciones, la Audiencia confirmó la interpretación del contrato realizada por el juzgado, la falta de ejercicio por los demandantes de la opción de convertirse en socios y la pertinencia de la exigencia de cumplimiento del contrato de préstamo. Añadió que, aunque la concepción del préstamo como

contrato unilateral que se perfecciona por la entrega permite rechazar la aplicación del art. 1124 CC, también es admisible un préstamo consensual y permitir su resolución cuando exista un incumplimiento grave, consecuencia de una voluntad inequívoca y deliberadamente rebelde al cumplimiento cuando se produce un impago generalizado de cuotas.

4.-Previdal recurrió en casación, argumentando que el préstamo es un contrato real (que se perfecciona con la entrega del dinero por el prestatario, y así sucedió en el caso, en el que en la escritura se declaró que el dinero ya se había entregado) y unilateral (porque solo tiene obligación una de las partes: el prestatario, la de devolver el dinero, incluso aunque sea un préstamo a interés), por lo que no es aplicable el art. 1124 CC, que solo reconoce la facultad resolutoria por incumplimiento en los contratos con obligaciones recíprocas.

SEGUNDO.-Doctrina de la sala sobre la aplicación del art. 1124 CC a los contratos de préstamo

El art. 1124 CC se refiere a la facultad de resolver las obligaciones «recíprocas» para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. Este remedio legal frente al incumplimiento solo se reconoce, por tanto, en los contratos con prestaciones recíprocas, contratos de los que surgen vínculos recíprocamente interdependientes, en los que la obligación de una parte pueda considerarse causa de la de la otra (art. 1274 CC).

El art. 1124 CC refiere la facultad resolutoria como remedio frente al incumplimiento de una de las partes cuando medien entre ellas vínculos recíprocos. Cuando no es así y del contrato solo nace obligación para una de las partes, no hay posibilidad de resolver conforme al art. 1124 CC y el ordenamiento establece las condiciones en que se puede poner fin a la relación. Basta recordar los arts. 1733 y 1736 CC para el mandato, los arts. 1775 y 1776 CC para el depósito o los arts. 1749 y 1750 CC para el comodato. En ocasiones, la ley atribuye un derecho de retención como garantía del cumplimiento de obligaciones que nacen «ex post», que dan lugar a créditos que por no nacer necesariamente del contrato no son correspectivos y, como tales, no permitirían aplicar la resolución por incumplimiento (art. 1730 CC para el mandato, art. 1780 CC para el depósito; no así para el comodato, para el que, apartándose de los precedentes históricos, el art. 1747 CC niega al comodatario la facultad de retener la cosa prestada aunque el comodante le deba algo, incluso aunque lo debido sean gastos cuya satisfacción corresponda al comodante).

En estos contratos que se acaban de mencionar, salvo en el comodato, que es esencialmente gratuito, puede fijarse retribución y, entonces, nos encontramos ante dos obligaciones recíprocas, para las que podrá valorarse si el incumplimiento de una de las partes es esencial de modo que ya no resulte exigible a la otra seguir vinculada.

Por lo que se refiere al préstamo (mutuo), que es el contrato que aquí nos interesa, si el prestatario no asume otro compromiso diferente de la devolución de la cosa (señaladamente dinero), no es aplicable el art. 1124 CC. En todo caso, si se produce alguna de las circunstancias previstas en el art. 1129 CC, el prestatario (mutuario) pierde el derecho a utilizar el plazo, de modo que el crédito será ya exigible.

La situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos. En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos. Esto es así incluso en los casos de préstamos sin interés en los que el prestatario haya asumido algún compromiso relevante para las partes (como el de dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital, en ciertos plazos fijados). La afirmación de la posibilidad de que el prestamista pueda resolver el contrato, supone un reconocimiento de que se encuentra en la misma situación que tendría quien ya ha cumplido la obligación que le incumbe.

En particular, en el préstamo con interés cabe apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas y, por tanto, es posible admitir la posibilidad de aplicar, si se da un incumplimiento resolutorio, el art. 1124 CC, que abarca las obligaciones realizadas o prometidas. Este precepto no requiere que las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebra el contrato ni que sean exigibles simultáneamente.

El simple hecho de que el contrato de préstamo devengue intereses es un indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento, con independencia de que tal acuerdo se documente con posterioridad, como sucede en el caso litigioso que da lugar al presente recurso de casación. De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su obligación puede resolver el contrato conforme al art. 1124 CC si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses.

Pero, aun en los casos en los que, en atención a las circunstancias, pudiera entenderse que el contrato no se perfeccionó hasta la entrega, de modo que no hubiera podido el prestatario exigirla, la prestación de entrega del dinero es presupuesto de la de restituirlo y hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario.

TERCERO.-Desestimación del recurso de casación

El recurso de casación contiene un único motivo en el que denuncia infracción de los arts. 1740 y 1753 CC (sobre el carácter real del préstamo) e indebida aplicación del art. 1124 CC. Para justificar el interés casacional cita las sentencias de esta sala de 22 de diciembre de 1997 y 13 de mayo de 2004.

1.-Hay que descartar, en primer lugar, que la sentencia recurrida, al admitir la resolución del contrato de préstamo, infrinja los arts. 1740 y 1753 CC.

Al amparo de la autonomía privada (art. 1255 CC), es admisible la validez de un contrato de préstamo consensual dirigido a crear la obligación de prestar. Así lo reconoció esta sala, aceptando lo que actualmente es opinión doctrinal común, en la sentencia 371/2007, de 26 de marzo.

La «promesa» de préstamo es verdadero préstamo si se llega a manifestar el consentimiento con intención de vincularse jurídicamente, lo que dependerá de las circunstancias del caso. Así, en el caso de la sentencia 385/2001, de 20 de abril, no llegó a haber consentimiento eficaz, al supeditarse el préstamo de refinanciación al cumplimiento de una condición que no se cumplió y a la aprobación de los órganos superiores del director del banco, que no se produjo.

Por lo demás, negar la validez de un contrato consensual de préstamo, conduciría a excluir el ejercicio de una acción de cumplimiento dirigida a hacer efectiva la promesa de préstamo (o a negar la indemnización por incumplimiento de la promesa), pero no permitiría negar los efectos que se producen entre las partes cuando, como ha sucedido en el caso litigioso, el dinero se ha entregado y se incumple la obligación de restituir intereses y capital en los plazos pactados.

A ello hay que añadir que, por lo dicho en el anterior fundamento de esta sentencia, la entrega del dinero es en la mayor parte de los casos cumplimiento de un acuerdo antecedente de las partes que, al entregar, no necesitan reiterar su consentimiento. Si, como sucedió en el caso litigioso, con posterioridad se otorga escritura pública, lo único que hacen las partes es documentar su acuerdo.

2.-Partiendo de los hechos probados y del incumplimiento esencial de Previndal, el debate se

centra en la aplicación del art. 1124 CC al contrato de préstamo.

Por lo expuesto en el anterior fundamento de esta sentencia, es criterio de la sala que, producida la entrega de dinero a cambio de una restitución fraccionada más el pago de intereses retributivos, el incumplimiento esencial del prestatario permite liberar al prestamista de permanecer vinculado por el contrato, puesto que la subsistencia del préstamo, por lo dicho, depende del pago de una retribución que nace del propio contrato.

Es por tanto correcta la resolución del contrato celebrado entre las partes por el incumplimiento de Previndal, por lo que procede desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia recurrida.

3.-Hay que observar, finalmente, que ninguno de los pronunciamientos anteriores de esta sala a los que se refiere la demandada ahora recurrente apoya su postura.

Así, la sentencia 1192/1997, de 22 de diciembre, es verdad que niega que el art. 1124 CC fuera aplicable, pero como el recurrente recibió una suma de dinero con el compromiso de constituir hipoteca que no cumplió, considera aplicable el art. 1129 CC y confirma la sentencia que estimó la demanda de resolución. Y la sentencia 416/2004, de 13 de mayo, tras declarar que el art. 1124 CC no era aplicable al préstamo, recalificó la acción como de cumplimiento anticipado y, acreditado el incumplimiento contractual al no haberse abonado cantidad alguna de los plazos pactados, confirmó la sentencia que estimó la demanda de resolución del contrato de préstamo.

La sala ha admitido expresamente que el impago de intereses remuneratorios puede ser causa de resolución (en la sentencia de 8 de junio de 1992, Rc. 540/1990, en un caso en el que consideró que no hubo incumplimiento resolutorio por la fundada creencia de haber aceptado la otra parte un compás de espera para discutir una renegociación de la deuda). Y cuando se ha hecho eco en el pasado de la tesis que excluye la aplicación del art. 1124 CC al préstamo por considerarlo real y unilateral, ha sido decisivo que, en el caso, no se hubiese incumplido ninguna de las obligaciones contractuales (sentencia 495/2001, de 22 de mayo)».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2027/2015] DE 11 DE JULIO DE 2018 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Competencia desleal: actos de engaño mediante publicidad engañosa. La Ley General de Publicidad no

contiene una tipificación expresa de la publicidad engañosa ni consiguientemente la define, sino que se remite a lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal. Por tanto, cuando la acción de competencia desleal se basa en una nota de prensa que constituye publicidad engañosa habrá que analizar si concurren los elementos del tipo desleal correspondiente a los actos de engaño. Y, con arreglo a esa tipificación legal, para calificar la información difundida es preciso que se cumplan dos requisitos: en primer lugar, que la información suministrada sea apta para inducir a error a sus destinatarios; y, en segundo lugar, que sea idónea para incidir en su comportamiento económico. Al objeto de determinar la aptitud de la información engañosa para incidir en el comportamiento económico de los destinatarios hay que tomar en consideración el parámetro del destinatario medio dentro del círculo de los destinatarios de la información. Además, en cualquier caso, la distorsión del comportamiento debe ser significativa.

«Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Egamaster, S.A. obtuvo los reconocimientos «Q de plata» en 2005 y «Q de oro» en 2009. Estos premios son otorgados por la Fundación Euskalit, entidad dependiente del Gobierno Vasco.

Bellota Herramientas S.A.U. (en adelante, Bellota) obtuvo los reconocimientos «Q de plata» en 2008 y «Q de oro» en 2012.

En noviembre de 2012, Bellota difundió una nota de prensa en la que, después de comunicar que había recibido el galardón «Q de oro», afirmaba: «La compañía, fabricante de herramienta manual y recambio agrícola, es la primera de su sector en recibir ese galardón (...)».

Esta nota de prensa tuvo la siguiente difusión:

i) En la propia web www.bellota.com <<http://www.bellota.com>>, noticia aparecida el 15 de noviembre de 2012: «BELLOTA recibe la Q de Oro concedida por parte de Euskalit de acuerdo al modelo EFQM de Excelencia en la Gestión. Reconoce el compromiso de Bellota con la calidad y la innovación en la gestión. Fabricante de herramienta manual y recambio agrícola, somos la primera empresa de nuestro sector en recibir este galardón».

ii) Revista núm. 30 Canal Ferretero Noviembre-Diciembre 2012: «BELLOTA reconocida con la Q de Oro por su gestión. »BELLOTA ha sido reconocida con la Q de Oro por parte de Euskalit de acuerdo, lo que certifica el de la firma con la calidad y la innovación en la gestión. La empresa, fabricante de herramienta

manual y recambio agrícola, es la primera empresa de su sector en recibir este galardón... »Más información: bellota.com <<http://bellota.com>>».

iii) Europapress.es <<http://Europapress.es>>, 15 de noviembre de 2012: «La empresa Bellota Herramientas y Agrisolutions recibe la Q de Oro por parte de Euskalit».

iv) San Sebastián, 15 de noviembre (Europa Press): «La empresa Bellota Herramientas y Agrisolutions ha recibido la Q de Oro de Euskalit por su "compromiso con la calidad y la innovación en la gestión". »La compañía, fabricante de herramienta manual y recambio agrícola, es la primera de su sector en recibir este galardón».

v) Europapress.es, <<http://Europapress.es>>17 de enero de 2013: «La empresa Bellota Herramientas y Agrisolutions recibe la Q de Oro por parte de Euskalit: "La empresa Bellota Herramientas y Agrisolutions ha recibido la Q de Oro por parte de Euskalit por su "compromiso con la calidad e innovación en la gestión". La compañía, fabricante de herramienta manual y recambio Agrícola, es la primera de su sector en recibir este galardón».

vi) 20 minutos.es <<http://minutos.es>>, 15 de noviembre de 2012: «La empresa Bellota Herramientas y Agrisolutions recibe la Q de Oro por parte de Euskalit: »La empresa Bellota Herramientas y Agrisolutions ha recibido la Q de Oro por parte de Euskalit por su "compromiso con la calidad e innovación en la gestión". »La compañía, fabricante de herramienta manual y recambio Agrícola, es la primera de su sector en recibir este galardón».

vii) Página web kursaal.com.es: [...] «El Gobierno Vasco y Euskalit -Fundación Vasca para la Excelencia, han organizado para el próximo día 18 en el Kursaal el acto de entrega de los premios Q-Premio Vasco a la Calidad de Gestión. »Como ya se hizo público, las divisiones Bellota Herramientas y Bellota Agri Solutions de la empresa legazpiarra Patricio Echeverría han recibido la de Oro de Euskalit por su "compromiso con la calidad y la innovación en la gestión". El fabricante de herramienta manual y recambio agrícola se convierte así en el primero de su sector en recibir este galardón».

viii) La Vanguardia.com <<http://Vanguardia.com>>, 15 de noviembre de 2012: «La empresa Bellota Herramientas y Agrisolutions recibe la Q de Oro por parte de Euskalit. »La empresa Bellota Herramientas y Agrisolutions ha recibido la Q de Oro por parte de Euskalit por su "compromiso con la calidad e innovación en la gestión". »La compañía, fabricante de herramienta manual y recambio Agrícola, es la primera de su sector en recibir este galardón».

ix) Página web www.panoramaindustrial.com <<http://www.panoramaindustrial.com>>, 22 de noviembre de 2012: «Bellota ha sido reconocida con la Q de Oro por parte de Euskalit, de acuerdo al modelo EFMQ de Excelencia en la Gestión. La Q de Oro reconoce el compromiso de Bellota con la calidad y la innovación en la gestión. La empresa, fabricante de herramienta manual y recambio agrícola, es la primera de su sector en recibir este galardón».

x) Página web de Iberferr, 6 de noviembre de 2012: «Euskalit (fundación vasca privada sin ánimo de lucro para la excelencia, que promociona la cultura de la Calidad Total EFQM), ha otorgado a Bellota la Q de Oro en reconocimiento al compromiso de la compañía de Legazpia (Guipúzcoa) con la calidad y la innovación en la gestión. La empresa, fabricante de herramientas manuales y recambios agrícolas, es la primera de su sector en recibir este galardón...».

xi) Página web finanzas.com <<http://finanzas.com>>, 15 de noviembre de 2012: «La empresa Bellota Herramientas y Agrisolutions ha recibido la Q de Oro de Euskalit por su "compromiso con la calidad y la innovación en la gestión". »La compañía, fabricante de herramienta manual y recambio agrícola, es la primera de su sector en recibir este galardón».

xii) Página web: <http://www.bh-editores.com/agrotecnica/noticias_eventos> <http://editores.com/agrotecnica/noticias_eventos>: «Euskalit, Fundación Vasca para la Excelencia, ha otorgado a Bellota la Q de Oro en reconocimiento a su compromiso con la calidad y la innovación en la gestión. La empresa, fabricante de herramienta manual y recambio agrícola, es la primera de su sector en recibir este galardón...».

Egamaster, S.A. es una empresa que, si bien no lleva a cabo todo el proceso completo de fabricación de herramienta manual, sí realiza trabajos de montaje y ensamblaje de piezas prefabricadas por otro, y pone su marca con láser en los productos terminados, de tal forma que de cara al público y a sus clientes figura como fabricante.

2. Egamaster interpuso una demanda en la que ejercitaba acciones de competencia desleal contra Bellota, basadas en que esta última había realizado mediante publicidad engañosa «actos de engaño» tipificados en el art. 5.1.g) de la Ley de Competencia Desleal, en relación con el art. 3.e) de la Ley General de Publicidad (LGP).

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda porque no se cumplían los requisitos previstos en el art. 5 LCD: a su juicio la publicidad no era falsa, pues Bellota es fabricante de herramienta de mano y Egamaster propiamente no lo es; además no

habría quedado acreditado que por su escasa difusión hubiera podido alterar el comportamiento económico de los destinatarios de la publicidad.

4. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia desestima el recurso. La sentencia de apelación entiende que la información era veraz, porque no había quedado acreditado que Egamaster realizara todo el proceso de fabricación, y sin embargo Bellota sí que lo realiza. Luego añade: «Tampoco se han acreditado los motivos por los que dicha información, que es veraz, puede inducir a error a los destinatarios sobre el proceso de fabricación de los productos ofrecidos por la actora o por la demandada ya que, de atenderse a la tesis de la demanda, el error se produciría en sentido contrario al alegado, al atribuirse Egamaster una condición que, en términos estrictos, no ostenta, aunque su actividad parcial en el proceso de fabricación no le haya impedido merecer la distinción por razones de calidad de sus productos».

5. Frente a la sentencia de apelación, Egamaster formuló recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de dos motivos, y recurso de casación, articulado en dos motivos.

SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal.

1. Formulación del motivo primero. El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, y denuncia la infracción de las normas reguladoras de la sentencia: «la sentencia recurrida vulnera los artículos 216 de la LEC, sobre principio de justicia rogada; 218.1 de la LEC sobre el deber de congruencia; 218.2 y 3 de la LEC y 120 de la Constitución, sobre motivación; y, en consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, reconocido en el artículo en el artículo 24.1 de la Constitución».

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

2. Desestimación del motivo primero. El encabezamiento del motivo mezcla dos cuestiones distintas, el defecto de incongruencia y la falta de motivación, lo que en su caso debería haber sido objeto de dos motivos distintos. Aunque luego en el desarrollo del motivo se centra propiamente en la incongruencia, pues entiende que la «cuestión nuclear planteada en su demanda» ha quedado imprejuizada por la sentencia de apelación.

No cabe apreciar incongruencia porque la sentencia recurrida es absolutoria y, por regla general, las sentencias absolutorias no pueden incurrir en esta clase incongruencia.

En la sentencia 722/2015, de 21 de diciembre, recordamos la jurisprudencia al respecto: «(...) es jurisprudencia que "las sentencias absolutorias no

pueden ser por lo general incongruentes, pues resuelven sobre todo lo pedido, salvo que la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el juzgador" (Sentencias 476/2012, de 20 de julio, y 365/2013, de 6 de junio). De tal forma que, como puntualiza esta última Sentencia 365/2013, de 6 de junio, "la sentencia desestimatoria de la demanda es congruente salvo que ignore injustificadamente un allanamiento, la desestimación de la demanda principal venga determinada por la estimación de una reconvencción o una excepción no formuladas (en este último caso, salvo cuando sea apreciable de oficio), o pase por alto una admisión de hechos, expresa o tácita, realizada por el demandado"».

De acuerdo con esta jurisprudencia, como no estamos ante una excepción a la reseñada regla general de que las sentencias absolutorias no pueden incurrir en incongruencia omisiva, no cabe apreciar esta infracción procesal. Cuestión distinta es que el recurrente no esté de acuerdo con las razones aducidas en la sentencia, lo que en su caso debería ser objeto del recurso de casación.

Del mismo modo tampoco es posible apreciar la falta de motivación, pues como hemos declarado en otras ocasiones, «deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquella» (sentencias 294/2012, de 18 de mayo, 95/2014, de 11 de marzo, y 759/2015, de 30 de diciembre). Y en nuestro caso las razones de la decisión son muy claras: el tribunal no entiende cumplidos los requisitos del art. 5.1 LCD, pues, a su juicio, la información era veraz y, en cualquier caso, no puede inducir a error a sus destinatarios sobre el proceso de fabricación de los productos ofrecidos por la actora o por la demandada. Se puede estar de acuerdo o no con esta motivación, pero no cabe negar que exista.

3. Formulación del motivo segundo. El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, y denuncia la vulneración de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24.1 de la Constitución, en concreto el derecho a la tutela judicial efectiva. Y añade que «la valoración de la prueba realizada en la sentencia recurrida es tan ilógica y arbitraria que no supera el "test de racionalidad constitucionalmente exigible" al que se

refiere la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo».

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

4. Desestimación del motivo. Como en otras ocasiones (sentencia 334/2016, de 20 de mayo), hemos de recordar que, aunque la jurisprudencia de esta sala ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, sentencias 326/2012, de 30 de mayo; y 58/2015, de 23 de febrero), se refiere exclusivamente a la valoración realizada para la determinación o fijación de los hechos y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados.

En nuestro caso, el supuesto error notorio o la arbitrariedad no se refieren propiamente a la valoración de una prueba en orden a la determinación de un hecho, pues no se discuten los que declara acreditados el juez de primera instancia y ratifica la Audiencia. Lo que se impugna es una valoración jurídica, el propio juicio sobre el carácter engañoso de la información. En concreto, la valoración sobre si el comunicado induce a error sobre cuál es la empresa del sector de herramienta de mano que fue distinguida por primera vez con la «Q de oro» y si tal información es apta para perjudicar a un competidor en la medida en que sea susceptible de alterar el comportamiento económico de sus destinatarios. Y esta valoración jurídica debe ser, en su caso, impugnada por el recurso de casación, pero no por el extraordinario por infracción procesal.

TERCERO. Recurso de casación.

1. Formulación del motivo primero. El motivo denuncia la infracción del art. 18 LCD, según el cual la publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad se reputará desleal.

En el desarrollo del motivo se argumenta que en la demanda se invocó tanto este precepto, el art. 18 LCD, como el art. 5 LCD, y la sentencia resuelve solo sobre este segundo, pero no sobre el primero.

El art. 18 LCD se remite al art. 3.e) LGP, que considera ilícita «la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal». De tal forma que, a juicio del recurrente: «si el legislador ha mantenido la diferenciación conceptual entre "publicidad engañosa", "publicidad desleal" y otras modalidades de "publicidad ilícita" contenida en la

regulación anterior a la modificación operada en 2009, es porque considera estos subtipos de "publicidad ilícita" que han de ser enjuiciados a la luz de la tipificación legal concreta aplicable a cada uno de ellos».

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

2. Desestimación del motivo primero. La denuncia de infracción del art. 18 LCD, por inaplicación, en este caso es artificiosa.

Al margen de que la demanda califique la información suministrada por la demandada de «publicidad ilícita», y por ello hace referencia al art. 18 LCD, en realidad, la justificación de esa calificación radica en el carácter engañoso de la información, lo que en el seno de la Ley de Competencia Desleal se encuentra tipificado en su art. 5.1.

Al respecto es muy significativo el fundamento de derecho cuarto de la demanda, que concluye lo siguiente: «De lo expuesto en el apartado precedente resulta evidente que en este caso nos encontramos con que la demandada, BELLOTA HERRAMIENTAS S.A.U. ha realizado actos que constituyen una conducta desleal de los recogidos en el artículo 3.e) de la Ley General de Publicidad en relación con el 5.1.g) de la Ley de Competencia Desleal».

En la demanda la controversia giraba en torno a si existieron actos de engaño, que venían representados por la que se denunciaba como publicidad engañosa y que consistía en el comunicado de prensa emitido por Bellota de que había sido la primera empresa del sector en obtener el reconocimiento «Q de oro». Esta cuestión conduce a la interpretación y aplicación del art. 5.1 LCD, que es lo que hizo la sentencia recurrida, sin que la mención contenida en la demanda al art. 18 LCD añadiera ninguna razón jurídica complementaria y distinta a la que se basaba en el reseñado art. 5.1 LCD. Lo cual está en consonancia con la actual regulación legal de la publicidad y la competencia desleal, tras la reforma operada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre. Si bien el actual art. 3.e) LGP se refiere a la publicidad engañosa dentro de la relación de modalidades de publicidad ilícita, la Ley General de Publicidad no contiene una tipificación expresa de la publicidad engañosa ni consiguientemente la define, sino que se remite a lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal. Esto es, a los actos de engaño del art. 5, las omisiones engañosas del art. 7 o las prácticas engañosas de los arts. 21 a 27 LCD.

En nuestro caso la acción de competencia desleal se basaba en que la nota de prensa constituía una publicidad engañosa que encajaba en los actos de engaño tipificados en el art. 5 LCD, por lo que para

analizar si prosperaba la acción había que analizar si concurrían los elementos de este tipo desleal, que fue lo que hizo el tribunal de instancia.

3. Formulación del motivo segundo. El motivo denuncia la infracción, por interpretación errónea, del art. 5.1 LCD. A juicio del recurrente, una correcta interpretación del precepto habría concluido que la información contenida en la nota informativa, por la forma en que se expresa, es engañosa por inexacta. Aun siendo veraz que Bellota es fabricante de herramientas de mano, no es cierto que sea la primera empresa del sector de herramientas de mano en obtener la «Q de oro» de Euskalit. Y añade que este comportamiento engañoso es susceptible de alterar el comportamiento económico de sus destinatarios, en la medida en que basta que sea potencialmente apto para ello.

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

4. Estimación del motivo segundo. El motivo nos lleva a revisar la correcta interpretación y aplicación del art. 5.1.g) LCD. Este precepto dispone lo siguiente:

«1. Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: [...]

»g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido».

Para calificar la información difundida por Bellota en su nota de prensa, de la que se hicieron eco algunos medios de comunicación, es preciso que se cumplan dos requisitos: en primer lugar, que la información suministrada sea apta para inducir a error a sus destinatarios; y, en segundo lugar, que sea idónea para incidir en su comportamiento económico.

5. Conforme a lo declarado probado en la instancia, la información suministrada podría considerarse formalmente veraz, si atendemos a que Bellota es fabricante de herramienta de mano y Egamaster, si bien monta y comercializa este tipo de herramienta con su propia marca, no lleva a cabo su entera fabricación. Pero el tipo desleal incluye también aquella información que, siendo formalmente veraz, induce a error a sus destinatarios, que es lo que ocurre en este caso.

Egamaster había obtenido con anterioridad la «Q de oro» y realiza trabajos de montaje y ensamblaje de piezas prefabricadas por otro, y pone su marca en los productos terminados, de tal forma que de cara al público y a sus clientes figura como fabricante. Por eso, la afirmación contenida en el comunicado de prensa de que Bellota es la primera empresa del sector en obtener la «Q de oro» induce a error, en cuanto que el público consumidor de esos productos puede entender que el sector incluye también a empresas como Egamaster, pues a fin de cuentas se comercializan herramientas de mano con su marca.

Es por ello que, en contra de lo apreciado por la sentencia recurrida, en este caso la información suministrada por Bellota era apta para inducir a error a sus destinatarios, con lo que se cumple el primero de los requisitos exigidos para calificar el comportamiento de la demandada de «actos de engaño» del art. 5.1 LCD.

6. El segundo requisito exige la aptitud de esta información engañosa para incidir en el comportamiento económico de los destinatarios. Para precisar qué debemos entender por «comportamiento económico del consumidor o usuario», hemos de acudir al art. 4.1. LCD, donde se encuentra una descripción aplicable a toda la Ley y no solo a las conductas tipificadas en dicho precepto: «toda decisión por la que éste -consumidor o usuario- opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:

- a) La selección de una oferta u oferente.
- b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.
- c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.
- d) La conservación del bien o servicio.
- e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios».

Para juzgarlo hay que acudir al parámetro del destinatario medio -normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz-, dentro del círculo de los destinatarios de la información. En este caso son los adquirentes y usuarios de este tipo de herramienta, principalmente en el País Vasco.

En cualquier caso, la distorsión del comportamiento debería ser significativa. Esta exigencia si bien no se encuentra en la dicción del art. 5 LCD, es razonable y se extrae del párrafo segundo del art. 4.1 LCD.

La doctrina entiende, con buen criterio, que la relevancia de la conducta viene en parte dada por la propia tipificación en el art. 5.1 LCD. En esos casos, hay que partir de qué es relevante, sin perjuicio de

que pueda acreditarse o ponerse en evidencia lo contrario, a la vista del propio contenido de la noticia, de su escasa o nula difusión, y de las circunstancias concurrentes.

De este modo, en nuestro caso, en principio, la información engañosa sobre los premios de excelencia puede tener una relevancia a la hora de incidir en el comportamiento económico de los usuarios.

Esta relevancia se confirma con la propia información que supone negar una determinada calidad -la que atribuye la «Q de oro»- a las otras empresas del sector. Y también por la difusión alcanzada, en cuanto que se hicieron eco de la información algunos medios de ese sector industrial del País Vasco (Revista Canal Ferretero; Panorama Industrial; www.kursaal.eus; lberferr.blogspot; www.bh.editores.com/agrotecnica), junto con algún otro de información general (Europa Press; 20 Minutos; La Vanguardia; www.finanzas.com). Cuando Bellota informa que es fabricante de herramienta manual y recambio agrícola, y la primera empresa de ese sector en recibir el galardón de la «Q de oro», está negando que otra empresa del sector, Egamaster, hubiera alcanzado antes este reconocimiento. Lo que equivale a negarle este reconocimiento público de calidad empresarial.

De tal forma que esta publicidad no sólo es apta para generar error en sus destinatarios acerca de la calidad empresarial de la demandante, sino que además es idónea para influir en el comportamiento económico de sus destinatarios, pues transmite una información, por comparación, peyorativa de la demandante en relación con la demandada (no tiene el reconocimiento de calidad empresarial que tiene esta última).

Si la obtención de estos premios no tuviera esta relevancia y aptitud para incidir en el comportamiento económico de los consumidores y usuarios del sector empresarial correspondiente, las empresas no se esforzarían por cumplir con los estándares de calidad exigidos ni estarían interesados en alcanzar estos reconocimientos.

7. La estimación del motivo lleva a casar la sentencia y, al asumir la instancia, estimar la apelación, de acuerdo con todo lo argumentado hasta ahora. Lo cual nos lleva a estimar la demanda.

Eso supone, en primer lugar, estimar la acción declarativa y declarar que Bellota ha incurrido en un acto de engaño tipificado como de competencia desleal por el art. 5.1 LCD, al difundir una nota de prensa en la que además de comunicar que había recibido el galardón de la «Q de oro», afirmaba que era la primera empresa del sector de herramientas de mano y recambio agrícola en recibir este premio.

También procede estimar la acción de cesación, lo que conlleva ordenar el cese en la difusión de esta nota de prensa y, en general, en la emisión de esta información engañosa.

Además, procede estimar la acción de remoción de efectos, para lo cual es un medio adecuado ordenar la publicación de una nota rectificativa en los mismos medios en que se difundió la información engañosa, conforme a lo reseñado en el apartado 1 del fundamento jurídico primero de esta sentencia. El contenido de esta rectificación debe ser del siguiente tenor:

«Aunque Bellota Herramientas S.A.U., empresa fabricante de herramienta de mano y recambio agrícola, obtuvo el reconocimiento "Q de oro" en 2012, la información emitida entonces de que era la primera empresa de ese sector en recibir este galardón era engañosa, pues había otra empresa del sector que lo había recibido antes».

La publicación de la sentencia solicitada resulta innecesaria, en la medida en que, en este caso, la legítima finalidad que justificaría esta pretensión se satisface con la publicación de la nota de rectificación anterior».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1344/2015] DE 12 DE JULIO DE 2018 [Ponente: Eduardo Baena Ruiz]

Contrato de arrendamiento que tiene por objeto la explotación de un servicio de aparcamiento de un espacio propiedad de una Administración pública: naturaleza pública o privada del contrato. No estamos en presencia de un contrato de arrendamiento de un inmueble para que el arrendatario preste al público un servicio de aparcamiento sino ante el arrendamiento de un servicio público de aparcamiento, en el que se recoge, dentro de la teoría de los actos separables, no solo lo relativo a los actos de preparación y adjudicación sino también lo relativo a sus efectos y extinción.

«Por el Cabildo Insular de Gran Canaria se interpuso demanda de juicio verbal contra Delta Diez, S.L. en reclamación de 221.395,51 euros en concepto de rentas impagadas por esta última. Tal reclamación tiene su origen en un contrato de arrendamiento que tiene por objeto la explotación del servicio de aparcamiento del Centro Insular del Deportes y del que resultó adjudicatario, tras el oportuno concurso público, la demandada.

La parte demandada se opuso alegando en primer lugar la falta de jurisdicción por cuanto el contrato, en tanto que afecto a la prestación de su servicio público, tiene naturaleza administrativa y como tal su conocimiento le corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa y no a la jurisdicción civil. Igualmente se alega la existencia de litispendencia administrativa por cuanto esta misma reclamación se ejercitó ante los Juzgados de lo Contencioso administrativo. Añade que, para el caso de que se considerase que estamos ante un contrato civil el objeto sería no un contrato de arrendamiento de uso distinto al de vivienda sino de industria no susceptible de ser analizado en cauce tan limitado como el juicio verbal máxime cuando lo que se reclaman son no solo las rentas adeudadas sino también las cantidades a indemnizar por la posesión del objeto arrendado una vez declarada la extinción del contrato, planteando por tanto una inadecuación del procedimiento utilizado. Ya en cuanto al fondo reitera la naturaleza del contrato de arrendamiento como de industria, señalando la procedencia de la compensación de lo reclamado derivada del pago asumido por la arrendataria de la póliza de contrato mercantil de arrendamiento de maquinaria y de un abono de 18.000 euros, suponiendo un total de 63.994,62 euros.

2.-La sentencia de primera instancia estima íntegramente la demanda interpuesta. A tales efectos señala que el objeto del contrato es el arrendamiento de bienes patrimoniales propios de la administración que no implican ni comportan obra o gestión de un servicio público. A partir de tal dato concluye que el objeto del contrato es de naturaleza civil sin perjuicio de los actos de preparación y adjudicación que si se someten al derecho administrativo. Asimismo considera probado que la arrendataria demandada adeuda la cantidad reclamada sin que proceda la compensación por cuanto no han quedado probados los extremos reclamados en tal concepto.

3.-Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, Delta Diez, S.L, reiterando las excepciones y argumentos de la contestación a la demanda. Dicho recurso fue resuelto por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Quinta, de fecha 23 de febrero de 2015, la cual estima parcialmente el recurso, confirmando su pronunciamiento pero declarando la inadecuación del procedimiento para conocer de la compensación opuesta por la parte demandada, dejando imprejuzgada tal cuestión en lo que concierne a las cantidades que se han pretendido compensar y remitiendo a la parte al proceso ordinario para acreditar su procedencia.

Esta resolución rechaza la existencia de litispendencia de índole administrativa por cuanto el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 6 de Las Palmas se consideró incompetente por considerar que se trataba de un contrato civil y no de naturaleza administrativa añadiendo que si bien no consta la firmeza de la mentada resolución tampoco consta que haya sido objeto de recurso. A continuación señala la naturaleza civil y no administrativa del contrato, considerando que no se trata de un contrato de industria sino de local de uso distinto al de vivienda, siendo adecuado el cauce del juicio verbal utilizado. No obstante considera que si es inadecuado el cauce utilizado para oponer la compensación, remitiendo a la parte al proceso ordinario para acreditar su procedencia.

En lo ahora relevante, que es la naturaleza pública o privada del contrato, la audiencia afirma lo siguiente: «Naturaleza pública o privada del contrato. Se aceptan los razonamientos jurídicos vertidos por el juez de primera instancia en su fundamento jurídico segundo relativos a la naturaleza civil del pacto que une a las partes, que se dan por reproducidos en aras a evitar repeticiones innecesarias. Naturaleza civil que no se ve entorpecida por las especificidades que se aprecian en los contratos civiles en los que son parte una administración y que requieren de un sistema público y normado para conseguir el acuerdo de voluntades (anuncio, preparación y adjudicación) habida cuenta de que toda administración gestiona intereses generales. Mas esta particularidad no hace públicos todos los contratos en que sea parte la administración, como dispone el artículo 9 de la Ley de Contratos Públicos de aplicación. Y tampoco los convierte en públicos el que se pueda condicionar la actividad o la forma de desarrollo de la misma que vaya a desplegarse en un local arrendado, como ocurre en el supuesto analizado.

»No compartimos, por tanto, la tesis de que la explotación de un local destinado al estacionamiento de vehículos revista los caracteres de servicio público. Ciertamente es un servicio, de aparcamientos, el que se desenvuelve en el local. Pero el arrendamiento de servicios, como pacto de naturaleza privada, aparece expresamente contemplado en el artículo 1544 del Código Civil. Por lo tanto, el término "servicio" que se contiene en el contrato no transforma per se en públicos ni su objeto ni su naturaleza. Entendemos que no puede confundirse un servicio público con un servicio al público o destinado al público. Es evidente que el primero sólo puede ser desempeñado bien por la Administración directamente bien por terceros a través de contratos de naturaleza pública, por lo general mediante la figura de la concesión

administrativa. Pero la prestación de servicios destinados al público puede ofrecerse tanto por la Administración como por terceros procedentes del ámbito privado, como expresamente contempla la normativa del ramo de la contratación pública. Es por ello por lo que la Sala entiende que si en el presente caso la Administración contratante, en este caso el Cabildo, decidió conferir a un tercero la explotación de la actividad a desarrollar en un local de su titularidad mediante la figura del contrato de arrendamiento y no de la concesión administrativa es porque consideró que el objeto que habría de desarrollarse como actividad en el local no era un servicio público sino un servicio destinado al público».

4.-Contra dicha resolución se interpone recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por la parte demandada, Delta Diez, S.L.

El recurso de casación se articula en un motivo único, dividido en varios apartados, en el que tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 1 y 3 de la LAU de 1994 y el artículo 1542 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la distinción entre arrendamiento de industria y de uso distinto al de vivienda. También se alega la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales relativa a la inadecuación del juicio verbal para conocer sobre los arrendamientos de industria.

El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en cuatro motivos.

En el motivo primero, al amparo del ordinal 4.º del artículo 469.1 de la LEC, se alega la infracción del artículo 24 de la CE, denunciando la errónea valoración de la prueba al concluir que el objeto del contrato lo es de un local de negocio y no de industria.

En el motivo segundo, al amparo del ordinal 3.º, del artículo 469.1 de la LEC, se alega la infracción de los artículos 249.2 de la LEC, así como de los artículos 249.6 y 250.1.1 del mismo cuerpo legal, denunciando la inadecuación del juicio verbal.

En el motivo tercero, al amparo del ordinal 3.º del artículo 469.1 de la LEC, se alega la infracción de los artículos 249.2 de la LEC, así como de los artículos 249.6 y 250.1.1 del mismo cuerpo legal, denunciando nuevamente la inadecuación del juicio verbal.

Por último en el motivo cuarto, al amparo del ordinal 1.º del artículo 469.1 de la LEC, se alega la infracción del artículo 9 de la LOPJ y del artículo 37 de la LEC, denunciando la falta de jurisdicción de los tribunales de lo civil para conocer del presente asunto dada la naturaleza administrativa del contrato objeto de

autos, siendo competentes los juzgados de la jurisdicción contencioso administrativa.

Cita en apoyo de su tesis los arts. 5.2 y 7.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado.

En el desarrollo del motivo colige la naturaleza administrativa del contrato de la propia calificación que hace de él la administración, como «Arrendamiento de Servicio de aparcamiento del Centro Insular de Deportes», así como, entre otras, de la inclusión de las cláusulas 6ª y 8ª, que son de carácter administrativo.

5.-Con fecha 21 de mayo de 2015 se presentó escrito por la parte recurrente, aportando al amparo del artículo 271 de la LEC, copia de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso Administrativo, por la que se estima el recurso interpuesto, revocando la resolución dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 6 de Las Palmas declarando su falta de competencia, indicando que el contrato celebrado entre las partes es de naturaleza administrativa, acordando devolver las actuaciones a dicho juzgado para que se sustancie el proceso.

De dicho escrito se dio traslado a la contraparte para que hiciese alegaciones sobre su contenido, y ha transcurrido el plazo concedido sin presentar escrito alguno a tal fin.

La sentencia que se aporta del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso Administrativo está fechada el 27 de marzo de 2015, esto es, después de la sentencia de la Audiencia que se recurre y después de la interposición del recurso de casación y del extraordinario por infracción procesal.

La sentencia del Tribunal Superior contiene el siguiente razonamiento:

«Estamos ante un contrato administrativo, pues, como muy certeramente advierte la representación de "Delta Diez, SL", de la lectura del contrato resulta, de modo manifiesto, que el objeto si arrendamiento no es un bien inmueble, sino un servicio, concretado en la explotación de las plazas de aparcamiento del Centro Insular de Deportes.

Así resulta de la cláusula primera del contrato, a cuyo tenor el Cabildo de Gran Canaria CEDE en arrendamiento a DELTA DIEZ el servicio de aparcamientos del Centro Insular de Deportes de Gran Canaria", reiterándose tal consideración en la cláusula quinta, al imponer al adjudicatario la obligación de mantener abierto el servicio de aparcamientos, objeto de este contrato. O la 8.a, al decir que "procede la resolución del contrato por abandono de la adjudicataria del servicio".

»Así pues, el objeto del contrato es la prestación del servicio de aparcamiento, y en consecuencia, no puede considerarse un arrendamiento de bienes inmuebles».

6.-La sala dictó auto el 14 de junio de 2017 por el que acordó admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación y, previo el oportuno traslado, la parte recurrida presentó escrito de oposición a ambos recursos.

SEGUNDO.-En un ordenado análisis y decisión de ambos recursos, procede enjuiciar en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal y, dentro de él, el motivo cuarto sobre la falta de jurisdicción de los tribunales civiles, para conocer el asunto, pues de estimarse habría de anularse el proceso, como sostiene la parte recurrente. Así lo impone la Disposición Final Decimosexta, regla sexta, LEC, y art. 476.2 LEC.

Por tanto, para la adecuada resolución del motivo de recurso conviene tener a la vista el marco normativo con arreglo al cual ha de dilucidarse la cuestión sobre la que gira la controversia en este recurso y, por ende, en el proceso del que se trae causa, cual es la naturaleza administrativa o privada del contrato, y, a partir de ella, la determinación de la jurisdicción competente para conocer de un litigio que, como el presente, tiene por objeto las consecuencias derivadas de su incumplimiento

1.-Si se atiende a la fecha de celebración del contrato -30 de abril de 2005-, el marco jurídico en el que se incardina la contratación del Arrendamiento del Servicio de Aparcamiento del Centro Insular de Deportes es el Texto Refundido de la Ley de Contrato de Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Ley 2/2000, de 16 de junio.

Establece su art. 5 lo siguiente:

«1. Los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado. 2. Son contratos administrativos: a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos. b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma

directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley. 3. Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos».

2.-Una vez concretado el régimen legal aplicable, que no es objeto de debate, la cuestión jurídica se reduce a determinar la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre las partes.

La sala se ha detenido en el estudio de tal naturaleza en las sentencias 18/2007, de 24 de enero; 781/2007, de 25 de junio; y 392/2009, de 27 de mayo, entre otras, y ha fijado doctrina, aunque fuera diverso el objeto del contrato en cada una de ellas.

En concreto, en la más reciente, la 392/2009, de 27 de mayo, se afirma lo siguiente: «Tradicionalmente, la doctrina y la Jurisprudencia han dado respuesta desigual a la calificación de los contratos cuya naturaleza no está claramente atribuida al Orden Contencioso-administrativo. Al margen de aquellos considerados típicamente administrativos, se hallan aquellos denominados atípicos o especiales que tienen naturaleza administrativa y cuyo conocimiento compete asimismo a la Jurisdicción Contencioso-administrativa, pero que, en ocasiones, son de difícil identificación por sus semejanzas con los contratos privados otorgados por las Administraciones Públicas. Con carácter general, tanto la Jurisprudencia - Sentencia 24 de enero de 2007, entre otras- como la doctrina han considerado que, fundamentalmente, el elemento diferenciador de un contrato celebrado por una Administración Pública con un tercero es la finalidad del mismo, pues se anuda la naturaleza administrativa del negocio a la consecución de un interés público dentro del ámbito competencial de la Administración otorgante. El problema radica en la amplitud con la que quiera verse dicho elemento teleológico, puesto que, por el mero hecho de ser Administraciones Públicas, resulta coherente la búsqueda de un interés público en sus actos, siquiera de forma indirecta. Por ello, al margen de interpretaciones amplias de la visión finalista del negocio -sentencia de 9 de octubre de 1987-, la

Jurisprudencia más reciente ha exigido otros elementos adicionales del contrato celebrado por las Administraciones Públicas para dotarle de una naturaleza administrativa. En términos de la antedicha Sentencia de 24 de enero de 2007, «La visión de la evolución que ha experimentado el concepto legal de los contratos administrativos pone de manifiesto la voluntad del legislador de aquilatar su ámbito, en función de la directa vinculación de su objeto con la satisfacción del interés público, al que están ordenadas las potestades administrativas, y que son las que revisten de "imperium" la actuación de la Administración y justifican las facultades -interpretativas y modificativas- de que disfruta en las relaciones contractuales. Así, se aprecia que se ha pasado del desenvolvimiento regular de un servicio público o de la presencia de características intrínsecas que hagan necesaria la especial tutela del interés público en la ejecución del contrato -artículos 112 del Texto refundido de las disposiciones en materia de régimen local, y 4 de la Ley de Contratos del Estado-, a la vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante, y a la directa o inmediata satisfacción de una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, como elementos definitorios de la naturaleza administrativa del contrato que, si bien no son expresión por sí mismos de una reducción conceptual, sí permiten apreciar sin embargo un abandono de las posiciones basadas en un concepto amplio del servicio público, y así como de consideración de la vinculación a la satisfacción de un interés general, para atender al específico ámbito de actuación y de competencias de la Administración contratante y para exigir una más directa relación entre el objeto del contrato y el servicio o la finalidad pública». Por tanto, no basta con que, en última instancia, exista una finalidad pública, sino que es preciso que el objeto público sea el elemento esencial y principal del contrato para su consideración como administrativo».

3.-Si se aplica la anterior doctrina al contrato que se enjuicia, a partir de la interpretación del mismo, como interesa la parte recurrente, y como ha hecho la sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de las Palmas de Gran Canaria, sin que contra la decisión de éste haya hecho ninguna objeción la parte recurrida, la conclusión ha de ser la estimación del motivo del recurso.

En contra de lo que sostiene la sentencia recurrida no estamos en presencia de un contrato de arrendamiento de un inmueble para prestar el arrendatario al público un servicio de aparcamiento, sino del arrendamiento de un servicio público de

aparcamiento, en el que se recoge, dentro de la teoría de los actos separables, no solo lo relativo a los actos de preparación y adjudicación sino también lo relativo a sus efectos y extinción.

4.-Se colige la finalidad y naturaleza del contrato de lo siguiente:

(i) Al denominar el objeto del contrato, según la manifestación I y cláusula primera, lo que se cede en arrendamiento es «el servicio de aparcamiento del Centro Insular de Deportes de Gran Canaria...», con las instalaciones que detalla, y no el arrendamiento de un inmueble que el arrendatario destinara a aparcamiento.

(ii) En caso de incumplimiento -efectos y ejecución del contrato- prevé la cláusula segunda que pasados tres días desde su vencimiento, la Corporación Insular queda expresamente autorizada para posesionarse del aparcamiento e instalaciones, «con o sin ausencia del arrendatario».

(iii) Son significativas de la finalidad que se prevé con el servicio que se arrienda las condiciones que se imponen para su prestación: Se ha de prestar con regularidad y ha de mantener abierto y en funcionamiento durante un horario continuado de 24 horas, los 365 días del año (cláusula quinta d)). Ha de contratar personal suficiente a su cargo para una diligente y rápida atención al servicio (cláusula quinta g)).

(iv) Para que la explotación de las plazas de aparcamiento del Centro Insular de Deportes no perjudique a este por gestionarlo un tercero, se prevé la reserva de treinta plazas de aparcamiento de las personas que designe el Instituto Insular de Deportes así como la concreción de las plazas (cláusula quinta h)).

(v) Precisamente por tratarse de un servicio no ordenado finalísticamente a un mero lucro de las partes, sino a facilitar aparcamiento a los ciudadanos de modo ordenado y solidario, se impone que no se arriende, de forma permanente, más del 25% del total de las plazas de aparcamiento (cláusula quinta i)).

(vi) Es sumamente relevante de lo que mantenemos que, al preverse las causas de extinción del contrato, se incluya la de «suspensión del servicio» (cláusula séptima).

(vii) En abono de lo que mantenemos se prevé como causa de resolución el «abandono por la adjudicataria del servicio, entendiéndose por tal suspensión del mismo por plazo superior a cinco días, sin causa justificada a juicio de la Administración».

Los efectos de la resolución, y dentro de la teoría de los actos separables resulta llamativo, serán, según el contrato, los previstos en el art. 113 del Real Decreto

Legislativo 2/2000 de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

5.-Por todo lo expuesto el motivo merece ser estimado, sin que quepa enjuiciar el resto de ambos recursos».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2432/2015] DE 12 DE JULIO DE 2018 [Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas]

Contratos de permuta financiera de intereses: obligaciones de información de las entidades financieras. Se trata de productos complejos y de difícil comprensión tanto para los no empresarios como para los empresarios. La Ley de Mercado de Valores no excluye de su protección al empresario, pues la disyuntiva no es consumidor o profesional sino meramente la de inversor profesional o no. Antes de la incorporación al Derecho español 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. En este sentido, resulta preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y que la entidad se asegure de que los clientes tengan conocimientos financieros y los productos ofertados resulten adecuados a su perfil inversor. En el caso concreto del swap, no se trata de que el banco pueda adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofrezca 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.

«La demanda se interpone por dos particulares contra el banco. Se solicitó:

-Como acción principal, la nulidad de un contrato marco y dos confirmaciones de permuta financiera (swap).

-Con carácter subsidiario se solicitó la declaración del derecho de los demandantes a la cancelación anticipada de los contratos sin coste alguno declarándose la no incorporación al contrato de las cláusulas cuarta y sexta sobre cancelación anticipada y coste de la misma, y subsidiariamente, se solicitó la nulidad de dichas cláusulas.

-Y, subsidiariamente la devolución de las cantidades satisfechas durante el primer año de vigencia por falta de causa.

2.-La sentencia de primera instancia estimó la demanda acogiendo su pretensión principal y declarando la nulidad de los contratos.

3.-La sentencia de segunda instancia estimó en parte el recurso de apelación del banco.

En esta sentencia se desestimó la pretensión principal de la demanda sobre nulidad por error vicio, pero se declaró el derecho de los demandantes a la cancelación sin coste desde la fecha de presentación de la demanda y a la devolución de las cantidades satisfechas durante el primer año de vigencia.

4.-Recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por los demandantes y desarrollado en seis motivos.

5.-Recurso de casación interpuesto por los demandantes con contenido expuesto en dos motivos. Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.-Motivo primero.

Motivo primero.- Por infracción del art. 218.1 LEC, por incongruencia y del art. 218.2 del mismo texto legal, por falta de motivación al no resolver ni fundar adecuadamente la sentencia sobre el hecho de que el contrato de permuta financiera se les ofreció a los demandantes como un seguro «para cubrirse del riesgo del tipo de interés, protegiéndose de una variación en el índice de referencia de sus financiaciones», tal y como se demuestra con la prueba obrante en autos.

Se desestima el motivo, pues el análisis de si estamos ante un seguro o un contrato marco de operaciones financieras es una cuestión jurídica que ha tenido respuesta en la sentencia, si bien no del agrado del recurrente (art. 218.1 LEC), por lo que no concurre incongruencia.

TERCERO.-Motivo segundo.

Motivo segundo.- Por infracción del art. 218.1 LEC, por incongruencia y del art. 218.2 del mismo texto legal, por falta de motivación al no resolver ni fundar adecuadamente la sentencia sobre el hecho de que se alegó en el escrito de demanda que la nulidad del coste de cancelación afecta a un elemento esencial del contrato.

Se desestima el motivo.

Debe desestimarse el motivo, dado que la Audiencia Provincial da relevancia al coste de la cancelación anticipada hasta el punto de que acuerda la cancelación sin coste para el demandante, si bien no le da trascendencia anulatoria del resto del contrato (art. 218.1 y 2 LEC).

CUARTO.-Motivo tercero.

Motivo tercero.- Por infracción de los arts. 217 y 218.2 LEC en relación con los arts. 316, 326 y 376 del mismo texto legal, por incorrecta valoración de la prueba por parte de la sala, valoración que resulta totalmente arbitraria e injustificada, con error notorio al contradecir las valoraciones del tribunal de apelación frontalmente lo manifestado en el acto de juicio y sobre todo la documental obrante en autos.

Se desestima el motivo.

No concurre error notorio en la valoración de la prueba, sino discordancia en las consecuencias jurídicas de los hechos declarados probados (arts. 217 y 218 de la LEC y art. 24 de la Constitución).

QUINTO.-Motivos cuarto y sexto.

Motivo cuarto.- Al amparo de los arts. 217 y 218.2 LEC en relación con los arts. 326 y 376 del mismo texto legal, por incorrecta valoración de la prueba por parte de la sala, valoración que resulta totalmente arbitraria e injustificada, con error notorio, al no considerar que la carga de la prueba sobre la información que se debe suministrar recae sobre la parte demandada y no tenerlo en consideración en su sentencia de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, en el que se establecía el código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el art. 5, así como en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Motivo sexto.- Al amparo del art. 217.7 por cuanto entendemos que la sentencia recurrida vulnera el principio de distribución de la carga de la prueba teniendo en cuenta la disponibilidad y facilidad de las mismas.

Se desestiman los dos motivos.

No se viola la carga de la prueba en la sentencia recurrida, dado que se declara que se facilitó al demandante información suficiente, pero otra cuestión es si la información ofrecida se ajusta a lo normativamente establecido, lo que tendrá respuesta en sede de casación (arts. 217, 218.2, 326 y 376 LEC).

SEXTO.-Motivo quinto.

Motivo quinto.- Al amparo de los arts. 217 y 218.2 LEC en relación con los arts. 326 y 376 del mismo texto legal, por incorrecta valoración de la prueba por parte de la sala, valoración que resulta totalmente arbitraria e injustificada, con error notorio. La sala no ha valorado correctamente la preparación académica y profesional de los demandantes como para haber detectado el error al que se le estaba induciendo por parte de la entidad financiera con la información verbal y los documentos que le fueron facilitados.

Se desestima el motivo.

Se pretende por el recurrente que se analicen en este motivo cuestiones propias del error en el consentimiento, tal y como la condición de inversor profesional, nivel de la información y naturaleza del contrato, lo que solo puede tener una respuesta adecuada al resolver el recurso de casación, al tratarse de cuestiones de trascendencia normativa de carácter sustantivo y no de mero valor probatorio (art. 217.7 LEC).

SÉPTIMO.-Hechos no controvertidos.

No se plantea controversia alguna entre las partes, en relación a que los actores, suscribieron el 18 de diciembre de 2006, con Caja Madrid los préstamos núm. 10.069.753/52 y núm. 10.069.772793, por importe de 445.000 euros el primero y 257.750 euros, el segundo, para la adquisición del mismo año de una instalación fotovoltaica o de aprovechamiento de energía solar (docs. 1 y 2 de demanda).

En los mencionados contratos de préstamo, se estableció un plazo de amortización de 120 meses. También se pactó que el tipo de interés anual aplicable sería del 3,75%, mientras que en los ejercicios restantes se revisaría semestralmente, en función de las variaciones del euribor a tres meses, más un diferencial de 0,25 puntos.

Precisamente para protegerse de las fluctuaciones del tipo de interés aplicable a este préstamo, las partes hoy litigantes, suscribieron el mismo día 18 de diciembre de 2006, los contratos marco de compensación contractual para operaciones de derivados, con sus respectivas confirmaciones (docs. 3 a 6 de demanda). Dichos contratos también se denominan contratos de maxiprotección a medida. La parte demandada expone que los demandantes contrataron ese producto con la finalidad de estabilizar sus costes financieros eliminando el riesgo de tipos de interés, pues dichos contratos de permuta financiera tienen como finalidad proteger al cliente ante los cambios de los tipos de interés, evitar incertidumbres y realizar una gestión eficiente de los riesgos financieros.

Recurso de casación.

OCTAVO.-Motivos primero y segundo.

1.-Motivo primero.- Por infracción de los arts. 1265 y 1266 del CC, en relación con el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, en el que se establecía el código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el art. 5 así como en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores al no considerarse que haya existido un error en el consentimiento prestado por mi representado para la suscripción del contrato de permuta financiera fundamentalmente por la

inexistente, defectuosa y tergiversada información suministrada por la entidad financiera y entender que con la mera información suministrada en el contrato marco y la confirmación se cumplimenta dicho deber.

2.-Motivo segundo.- Por infracción de los arts. 1265 y 1266 del CC, en relación con el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, en el que se establecía el código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el art. 5 así como en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores al no considerarse que haya existido un error en el consentimiento prestado por los demandantes para la suscripción del contrato de permuta financiera y que de haber existido el mismo no hubiera sido excusable.

NOVENO.-Decisión de la sala.

Se estiman los motivos, que se analizan conjuntamente.

De la redacción de las cláusulas se deduce la complejidad del producto y la difícil comprensión del mismo.

El hecho de ser empresario no faculta sin más para el conocimiento y comprensión de un clausulado tan opaco en su desarrollo.

Examinados los contratos no estamos ante un sistema de compensación de riesgos sino de un contrato aleatorio, que no pretende compensar sino abonar cantidades en función de circunstancias no previsibles, o inciertas, al menos para el prestatario.

La Ley de Mercado de Valores no excluye de su protección al empresario pues la disyuntiva no es consumidor o profesional, sino meramente la de inversor profesional o no.

DÉCIMO.-Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera anteriores a la incorporación al derecho español de la normativa MiFID.

1.-La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE.

2.-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. 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, y expresamente invocado en el recurso, 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».

UNDÉCIMO.-Jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Aplicación al caso litigioso.

1.-Son ya múltiples las sentencias de esta sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, y

a cuyo contenido nos atenderemos, 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 385/2014, 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; 510/2016, de 20 de julio; 580/2016, de 30 de julio; 562/2016, de 23 de septiembre; 595/2016, de 5 de octubre; 690/2016, de 23 de noviembre; y 727/2016, de 19 de diciembre).

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 de los contratos litigiosos; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala, en los términos expuestos.

Además, no repara 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 los clientes tuvieran conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

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 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.

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 1.ª, 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 el banco 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, lo 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 suministrarla 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.

5.-Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el recurso de casación, anularse la sentencia recurrida, (arts. 1300 y 1301 del C. Civil).

DUODÉCIMO.- En la sentencia recurrida se efectúa una valoración jurídica en torno a la no existencia de error que no puede ser aceptada dado que:

- 1.-No se valora adecuadamente el nivel de información ofrecida al cliente.
- 2.-Su experiencia no pasaba de depósitos y fondos de inversión.
- 3.-La profesión del demandante es encofrador, pese a que sea administrador de una empresa de construcción constituida como sociedad limitada.
- 4.-Que el préstamo fuese destinado a una instalación fotovoltaica, con venta de la energía producida, no supone la gestión de un proyecto cuya envergadura permita suponer que estamos ante un gestor que conoce los productos financieros complejos (Sentencia nº 362/2017 de 8 de junio).
- 5.-No se ofreció a los demandantes información objetiva suficiente.

DECIMOTERCERO.- En base a lo declarado procede estimar el recurso de casación, anular parcialmente la sentencia recurrida y confirmar íntegramente la sentencia dictada en fecha 5 de noviembre de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Pamplona, procedimiento ordinario 826/2013».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1029/2017] DE 13 DE JULIO DE 2018 [Ponente: Antonio Salas Carceller]

Contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: aplicación de la normativa de protección de consumidores. La adquisición por parte de una persona física de una, tres, seis o quince semanas, aún cuando se da la posibilidad de reventa con ánimo de lucro, no hace que se pierda la consideración de consumidor cuando no consta acreditado que desarrollen dicha

actividad de manera profesional. La persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro. El ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el caso de las personas jurídicas. No obstante, hay que considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en la que se desarrolle, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en los que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la condición legal de empresario.

«Doña Mari Trini y don Juan María formularon demanda, contra Silverpoint Vacations, S.L, en la que ejercitaban la acción de nulidad radical o resolución de los contratos suscritos entre las partes el 21 de junio de 1988 y el 6 de noviembre de 2008, con las consecuencias económicas correspondientes.

La demandada Silverpoint Vacations S.L. se opuso a la demanda y la sentencia de primera instancia desestimó la misma absolviendo a la parte demandada, con expresa condena en costas a la parte demandante. Se interpuso recurso de apelación por dicha parte, impugnándose también por la demandada la sentencia en cuanto no acogió su alegación sobre falta de legitimación pasiva. La sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 21 de diciembre de 2016, dictó sentencia por la cual desestimó la impugnación formulada por la demandada y estimó, en parte, el recurso interpuesto por los actores para dejar sin efecto la imposición de costas.

La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife concluye que: A) El recurso de apelación se dirige exclusivamente a impugnar el pronunciamiento referido al contrato de 2008; B) La Audiencia mantiene que la adquisición del producto vacacional no era para el propio uso de los demandantes sino que estaba dirigido a una inversión destinada a comerciar y obtener un rendimiento o ganancia, constandingo acreditado el convenio suscrito por las partes dirigido a ese fin. Por todo ello, no pueden considerarse consumidores y en consecuencia no resulta de aplicación la Ley 42/1998; C) El contrato debe ser

examinado desde la perspectiva de lo dispuesto para obligaciones y contratos en el CC y, para ser anulado, debe acreditarse la inexistencia de algún elemento esencial del mismo, ya sea consentimiento, objeto o causa. En el presente caso, parece ser que la ausencia de las ganancias es lo que se evidencia como verdadera causa de la interposición de la demanda, cuando la falta de obtención de los beneficios esperados no puede ser considerada como causa de nulidad contractual.

Se ha interpuesto recurso de casación por los demandantes, doña Mari Trini y don Juan María.

SEGUNDO.-El recurso tiene tres motivos. El primero se fundamenta en la infracción de la disposición adicional segunda y artículo 1 de la Ley 42/1998 y del artículo 6.4.º CC. Sostienen los recurrentes que esta sala ha establecido como doctrina jurisprudencial que estos productos, siempre que se trata de la división temporal del derecho de uso de un inmueble, se han de regular por la Ley 42/1998 y que fuera de esta alternativa se considera cometido fraude de Ley. Afirman que la sentencia recurrida se opone a lo resuelto por la sala en sentencia n.º 431/2015, de 16 de julio de 2015, rec. 2089/2013, que establece que es imperativa la aplicación de la Ley 42/1998 a todos los productos que tengan por objeto el disfrute de un período de tiempo cada año. Igualmente citan la sentencia de esta sala n.º 774/2014 de 15 de enero de 2015 rec. 961/2013. Entienden que el contrato de autos, dada la fecha de su celebración, debe regularse por lo dispuesto en la Ley 42/1998, pues se trata de un derecho a disfrutar de un apartamento en una semana concreta y en un complejo determinado.

El segundo motivo se fundamenta en la infracción del artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el texto refundido de la Ley LGDCU. Mediante el mismo se denuncia que la sentencia recurrida se opone a la reciente doctrina jurisprudencial de la sala, en concreto se cita la sentencia n.º 16/2017, de 16 de enero rec. 2718/2014, sentencia n.º 39/2017, de 20 de enero, rec. 3264/2014, sentencia n.º 38/2017, de 20 de enero, rec. 3238/2014, sentencia n.º 37/2017, de 20 de enero, rec. 2959/2014. En definitiva, los recurrentes mantienen, de acuerdo con la reciente doctrina de la sala, que la adquisición por parte de una persona física de una, tres, seis o quince semanas -aún cuando se da la posibilidad de reventa con ánimo de lucro- no hace que se pierda la consideración de consumidor cuando no consta acreditado que desarrollen dicha actividad de manera profesional. En

el presente caso, se adquieren tres semanas sin que se trate de profesionales del sector ni desarrollan con dicha adquisición una actividad profesional.

El tercer motivo se fundamenta en la infracción de los artículos 1, 2, 3, 8, 9, 10, 11, y 12 de la Ley 42/1998. Los recurrentes alegan que la aplicación de la Ley 42/1998, determina la nulidad de estos contratos por la infracción de los preceptos citados. Afirman que la sentencia recurrida se opone a la reciente doctrina de la sala que declara nulos los contratos que no respeten el articulado de la Ley 42/1998 y, por lo tanto, en base al artículo 477.3 LEC el recurso presenta interés casacional. Se citan las sentencias n.º 37/2017, de 20 de enero, rec. 2959/2014; sentencia n.º 19/2017, de 17 de enero, rec. 3064/2014; sentencia n.º 38/2017, de 20 de enero, rec. 3238/2014; sentencia n.º 192/2016, de 29 de marzo, rec. 793/2014, entre otras.

TERCERO.-La primera de las cuestiones que se ha de resolver es la de si la Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que es la que estaba en vigor en la fecha de celebración del contrato, resulta de aplicación al mismo. Sobre ello ya se ha pronunciado esta sala en asuntos similares al presente en que, dada la complejidad de la controversia suscitada, se reunió en pleno y dictó la sentencia n.º 16/2017, 16 de enero (rec. n.º 2718/2014), la cual contiene la doctrina que se ha considerado más adecuada al respecto, que ha sido seguida por otras sentencias posteriores que la aplican, como son las de 15 de febrero de 2017 (rec. 3261/2014) y la de 22 de febrero de 2017 (rec. 10/2015). El fundamento de derecho cuarto de la primera de dichas sentencias se expresa en los siguientes términos:

«En relación con la controversia litigiosa, partiendo del expuesto concepto de consumidor o usuario como persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, y dado que en el contrato se prevé la posibilidad de reventa, cabe preguntarse si es posible una actuación, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, que se realice con ánimo de lucro. La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo en la STJCE 10 abril 2008 (asunto Hamilton), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 octubre 2005 (asunto Schulte), sobre

un contrato de inversión. Además, la redacción del art. 3 TRLGCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente (interpretación reforzada por la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14). A su vez, la reforma del mencionado art. 3 TRLGCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede arrojar luz sobre la cuestión. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro. No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1.º CCom».

No se acredita dicha habitualidad en el caso, por lo que, como se consideró en aquella sentencia, procede declarar que resulta aplicable al contrato litigioso la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. Siendo así, se impone la estimación del recurso y ello conduce a que se haya de examinar si se cumplen los requisitos mínimos de validez exigidos por la mencionada Ley, en concreto sobre la duración del contrato (artículo 3), pues en caso de que tales exigencias legales no se hayan cumplido se impone la declaración de nulidad por aplicación del artículo 1.7.

CUARTO.-En relación con el fondo de la cuestión litigiosa, la citada sentencia n.º 16/2017, 16 de enero dice que: «estamos ante un contrato por el que se constituye un derecho, sin expresión de su carácter

real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, que, bajo la apariencia de apartarse de la figura del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, no cumple su regulación normativa en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. Materializándose así el presupuesto contemplado en el art. 1.7 de la propia Ley 42/1998, conforme al cual, son también objeto de la misma los contratos por virtud de los cuales se constituya o transmita cualquier otro derecho real o personal por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo determinado o determinable al año».

Si se examina el contrato celebrado entre las partes, pronto se advierte que nada dice sobre la extinción del régimen sobre el que se contrata y así se hizo constar en la demanda como determinante de la nulidad contractual.

La sentencia 192/2016, de 29 marzo (rec. 793/2014), seguida de otras en igual sentido (como la 627/2016, de 25 de octubre), hace las siguientes consideraciones:

«B) Duración. Al configurar el contrato con una duración indefinida, tampoco se cumple con las previsiones de la Ley 42/1998 que exige la fijación del tiempo por el que se establece el derecho o, al menos, de la duración del régimen (artículo 3). Esta sala ya ha resuelto al respecto en sentencia 774/2014, de 15 enero, que interpreta la disposición transitoria segunda de la Ley 42/1998, tras una conexión sistemática de sus apartados 2 y 3, en el sentido de que quien deseara "comercializar los turnos aún no transmitidos como derechos de aprovechamiento por turno (...) debería constituir el régimen respecto de los períodos disponibles con los requisitos establecidos en esta Ley, entre ellos, el relativo al tiempo, establecido en el artículo 3, apartado 1", de modo que el incumplimiento de dicha previsión da lugar a la nulidad de pleno derecho según lo dispuesto en el artículo 1.7. En este sentido, para comprobar cómo el legislador ha querido que desde la entrada en vigor de la ley el contrato tenga una duración determinada, que generalmente estará unida a la de duración del régimen, basta acudir a la norma contenida en su artículo 13 que, al regular el derecho de resolución del propietario por falta de pago de servicios, establece que "para llevar a cabo la resolución, el propietario deberá consignar, a favor del titular del derecho, la

parte proporcional del precio correspondiente al tiempo que le reste hasta su extinción"; norma para cuya aplicación resulta precisa la fijación de un tiempo de duración.....».

Al no quedar cumplida dicha exigencia de fijación de la duración en el contrato de que se trata, celebrado el 6 de noviembre de 2008, se impone la estimación del recurso de casación y la declaración de nulidad de conformidad con lo establecido en el artículo 1.7 de la Ley 42/1998, sin necesidad de examinar las demás cuestiones planteadas por los recurrentes; aplicando el criterio seguido por esta sala en orden a restar de la cantidad a devolver por la demandada la correspondiente a los años de vigencia del contrato. De ahí que proceda la devolución de las 9.915 libras esterlinas satisfechas, menos la cantidad proporcional correspondiente a los cuatro años de vigencia del contrato calculada sobre un total de cincuenta años de vigencia del régimen, más la cantidad de 1.000 libras en concepto de devolución duplicada de la cantidad exigida anticipadamente en contravención a lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 42/1998. Como esta sala ha reiterado en asuntos similares al presente, no procede la devolución de las cantidades satisfechas por mantenimiento.

Por último, no ha lugar a plantear cuestión prejudicial alguna, como solicita la parte recurrida, dada la claridad del desarrollo jurisprudencial del concepto de consumidor por el TJUE, en cuanto que en el presente caso los demandantes actúan al margen de una actividad profesional (STJUE de 3 de septiembre de 2015 (TJCE 2015, 330), asunto C- 110/14), teniendo en cuenta además lo resuelto por esta sala en sentencia n.º 16/2017, 16 de enero (rec. n.º 2718/2014)».