

CAPÍTULO II

ÓRGANOS CENTRALES DEL MINISTERIO FISCAL

1. FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1.1 Sección de lo Civil

La Sección de lo Civil de la Fiscalía del Tribunal Supremo emite dictámenes en los trascendentes ámbitos en los que el Ministerio Fiscal tiene intervención en el orden jurisdiccional civil. Entre ellos, puede destacarse la materia relativa al derecho al honor, la intimidad o la propia imagen, los procesos de divorcio, nulidad y modificación de medidas, filiación, la calificación de los concursos, la protección de menores, el consumo y los procesos de modificación de la capacidad.

También interviene la Sección en los procesos de revisión de sentencias firmes regulados en los arts. 509 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, y en los procesos de error judicial.

Un ámbito de actuación que ha preocupado especialmente a la Sección es el relativo a las cuestiones de competencia territorial. Se viene observando que un gran número de las planteadas versaban sobre cuestiones respecto de las que existía una doctrina muy asentada.

La Circular 1/2001, de 5 de abril, *relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del fiscal en los procesos civiles* trató de forma periférica la competencia territorial. Transcurridos más de 20 años de la publicación de la LEC, se hace necesario revisar sus postulados y completarlos, pues se han mostrado insuficientes para solventar las dudas interpretativas que la práctica ha puesto de manifiesto.

Otros documentos de la Fiscalía General del Estado se han ocupado del análisis de la competencia territorial en el orden civil, pudiendo destacarse la Instrucción 4/2008, de 30 de julio, *sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas*

discapaces; la Instrucción 1/2013, de 23 de julio, *sobre la intervención del Fiscal en el proceso concursal*; la Circular 9/2015, de 22 de diciembre, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria*, la Instrucción 2/2015, de 16 de octubre, *sobre directrices iniciales tras la entrada en vigor de la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria*; la Circular 6/2015, de 17 de noviembre, *sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*; la Circular 2/2018, de 1 de junio, *sobre nuevas directrices en materia de protección jurídica de los derechos de los consumidores y usuarios* y la Circular 2/2016, de 24 de junio, *sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos*. No obstante, todos estos documentos tratan esta materia en relación con ámbitos muy concretos de intervención del fiscal, por lo que sigue siendo precisa la elaboración de un documento que interprete la materia con metodología y perspectiva omnicompreensiva.

Desde la Sección de lo Civil se considera prioritaria la elaboración de un borrador de Circular concebido como ayuda a las fiscalías territoriales a la hora de dictaminar sobre competencia, teniendo en cuenta que deben intervenir en todos los procedimientos en los que el juez plantee de oficio la cuestión. Siendo conscientes de que la dispersión de criterios y la casuística hacen muy compleja la labor de encontrar la solución correcta a cada conflicto, se trataría de brindar a las secciones territoriales de lo civil un instrumento que exponga los ámbitos que generan mayores problemas y las soluciones claramente asentadas, sistematizando las materias, ordenando los criterios y facilitando un índice detallado, de forma que la consulta para los fiscales que deban dictaminar pueda ser lo más sencilla posible.

Las cifras de conflictos de competencia territorial que anualmente se alcanzan, de acuerdo con las estadísticas del CGPJ y de la Fiscalía General del Estado, son extraordinariamente altas, habiéndose calculado el promedio de duración añadida del proceso en estos casos en diez meses y medio, cuando deben ser resueltos por el TS.

Se quiere dejar constancia del reconocimiento a la gran labor desarrollada en la Sección por el Ilmo. Sr. D. Félix Herrero Abad, que este año ha causado baja por jubilación tras alcanzar la edad reglamentaria.

1.1.1 CIFRAS DE ACTIVIDAD DE LA SECCIÓN DE LO CIVIL EN EL EJERCICIO DE 2019

La tabla siguiente recoge las cifras de actividad de la Sección en los diferentes procedimientos en los que tiene intervención, corres-

pondiendo la columna más a la derecha a las cifras del ejercicio correspondiente a 2018, es decir, las consignadas en la memoria del año pasado, que sirve así de comparativa con la actividad en el ejercicio de 2019 que, como se puede apreciar, aumenta en casi todos los procedimientos reseñados.

En relación con el total de informes despachados, en 2019 se produce un importante incremento que va desde los 5.180 del año pasado, a los 6.308 de este año. Desglosadas por la naturaleza del asunto, las cifras son las siguientes:

CIFRAS DE ACTIVIDAD DE LA SECCIÓN CIVIL		
	AÑO 2019	AÑO 2018
Total informes	6.308	5.180
Casación:	3.871	3.155
Admisión	11	6
Inadmisión	501	465
Apoyo.	21	18
Apoyo parcial.	4	6
Dictamen	3.279	2.790
Adhesión	4	11
Impugnación		
Infracción procesal:	1.894	1.587
Admisión	5	5
Inadmisión	215	202
Apoyo.	6	4
Apoyo parcial.	2	3
Dictamen	1.647	1.347
Adhesión	2	2
Impugnación	17	23
Exequatur:		–
Revisión	95	112
Competencia	352	254
Error judicial	48	29
Recurso de queja	3	2
Asistencia jurídica gratuita	10	14
Cuestión prejudicial europea	–	1
Responsabilidad civil jueces y magistrados.	–	–

CIFRAS DE ACTIVIDAD DE LA SECCIÓN CIVIL		
	AÑO 2019	AÑO 2018
Otros.	4	1
Asistencia vistas.	15	13
Procedimiento artículo 38 I.O.P.J.	2	2
Procedimiento artículo 42 I.O.P.J.	7	7
Procedimientos artículo 61 L.O.P.J.	1	1
Impugnación asistencia jurídica gratuita	5	2
Abstención del artículo 222.1 L.O.P.J.	1	–

1.1.2 RESOLUCIONES DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Son muy numerosas las cuestiones planteadas y resueltas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo durante el año 2019. De entre ellas, se quieren destacar las siguientes, que se agrupan por materias.

1.1.2.1 *Discapacidad*

En el ámbito de la discapacidad, siguen dictándose resoluciones haciendo una interpretación de nuestro ordenamiento acorde a la Convención de Nueva York de 2006, de modo que se consolida la jurisprudencia que declara que corresponde la tutela a una limitación total del alcance de la capacidad y la curatela en los supuestos en los que la sentencia refiere limitación parcial del alcance de la capacidad (además de fijar la idoneidad de la curatela también como sistema de apoyo en los actos de la esfera personal). Se concibe la curatela como institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse. Se subraya siguiendo al Convenio «la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones».

En relación con la autotutela, debe destacarse la STS n.º 465/2019, de 17 de septiembre, que subraya las especiales exigencias de motivación para prescindir de la voluntad de la persona con discapacidad, constituyendo su autotutela. Para el Tribunal Supremo, «una de las manifestaciones del principio de autonomía de la voluntad de las per-

sonas la encontramos en el régimen de autotutela que consagra el art. 223, párrafo segundo, CC, que permite a una persona, con capacidad, notarialmente aseverada, al exigirse el otorgamiento de documento público notarial, que designe expresamente a quien ha de velar por su persona y bienes, ante la eventualidad de que se vea imposibilitada de hacerlo por sí misma, requiriendo los apoyos correspondientes propios de la curatela, o, en su caso, el sometimiento al mecanismo más severo de la tutela; es decir exteriorizar su preferencia sobre la concreta persona o personas que se encargarán de su cuidado, excluir expresamente a otras, o refutar la tutela institucional [...] La expresada posibilidad legal, también admitida en el derecho catalán y aragonés, no es otra cosa que el reconocimiento de la dignidad de la persona, que comprende la facultad de autodeterminarse; o, dicho de otro modo, de ser protagonista de su propia existencia, de adoptar las decisiones más trascendentes, que marcan su curso vital, según sus deseos, sentimientos y aptitudes, en la medida en que quepa satisfacerlos [...] como quiera que respetar el orden legal del art. 234 CC puede ser contrario al interés superior del discapacitado, el legislador permite alterarlo o incluso prescindir de todas las personas en él mencionadas, pero bajo un doble condicionamiento, que concurran circunstancias que así lo justifiquen, pues la regla general es respetar el orden preestablecido, así como que tales razones resulten debidamente explicitadas en la resolución judicial que así lo acuerde, con una motivación suficiente. [...] El interés superior del discapacitado impone el correlativo deber de velar preferentemente por su bienestar, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros. Comprende la obligación de que se utilice el patrimonio del discapacitado en su propio provecho, sin que sufra restricciones en su calidad de vida, con la finalidad de conservarlo y transmitirlo *mortis causa* a sus herederos. Y supone también la elección de las personas más idóneas para prestarle las ayudas necesarias para el ejercicio de su capacidad jurídica o en su caso suplir su voluntad. [...] el precitado interés posibilita la alteración motivada del orden legal de nombramiento judicial de tutor o curador, ponderando factores [...] las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el

nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela, que es lo que ocurre en el caso enjuiciado».

1.1.2.2 *Protección de menores*

En materia de protección de menores, en concreto menores extranjeros no acompañados el ATS de 27 de noviembre de 2019 rec. 5310/2018 reitera que «[...] que cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor de la menor, habida cuenta el hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo y el debate existente al respecto, como han apuntado distintas Defensorías del Pueblo».

El ATS de 17 de julio de 2019 rec. 5815/2018 aborda un supuesto de interés: Por la parte recurrente se formalizó recurso de casación contra una sentencia dictada en un juicio de oposición a resolución administrativa en materia de protección de menores, con tramitación ordenada por razón de la materia en el Libro IV LEC, recurrible en casación por el cauce previsto en el ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, que exige acreditar debidamente el interés casacional. La resolución administrativa objeto de impugnación declaraba la inidoneidad de la ahora recurrente como adoptante de adopción internacional. La sentencia dictada en primera instancia estimó la demanda presentada por la ahora recurrente, y se la declaró idónea para la adopción internacional. Recurrida aquella en apelación por la Consejería de la Junta de Andalucía, se estimó dicho recurso y se confirmó la resolución administrativa. Se inadmite el recurso de casación pues el TS considera que el interés superior del menor es el que preside la resolución de la audiencia, y prevalece en ella, por lo que, con arreglo a la doctrina de la sala, la resolución carece de interés casacional.

1.1.2.3 *Material concursal*

En materia concursal, la STS n.º 279/2019, de 22 de mayo analiza la calificación culpable del concurso por irregularidades en la contabilidad relevantes para comprender la situación patrimonial del deudor concursado y la responsabilidad de los administradores de la sociedad concursada, declarados personas afectadas por la calificación, respecto de la cobertura total o parcial de déficit. Según esta sentencia, si bien para lograr «la calificación culpable del concurso sobre la concu-

rrencia de esta causa prevista en el art. 164.2.1.º LC, la administración solo tenía que acreditar la existencia de la irregularidad contable y su relevancia para la comprensión de la situación patrimonial del deudor concursado, para obtener una condena a la cobertura del déficit le correspondía además justificar en qué medida la conducta había contribuido a la generación o agravación de la insolvencia [...]. Esta justificación supone, cuando menos, un esfuerzo argumentativo que muestre de forma razonable cómo la conducta generó o agravó la insolvencia y en qué medida, aunque sea de forma estimativa. Sin perjuicio de que, en algunos casos, ante la imposibilidad de acreditar las causas de la generación o agravación de la insolvencia y, sobre todo, la incidencia de la conducta que ha merecido la calificación culpable del concurso, debido a esta propia conducta que provoca como efecto la imposibilidad de conocer y acreditar, sea posible invertir la carga de la acreditación. [...] La sentencia recurrida adolece de este mínimo esfuerzo argumentativo para justificar de forma razonable cómo la irregularidad contable de incluir en el balance un activo ficticio pudo agravar la situación de insolvencia, ni mucho menos que lo hubiera hecho en la cifra señalada por la Audiencia. Tampoco se explica y justifica que esta irregularidad contable hubiera impedido a la administración concursal conocer las verdaderas causas de la generación o agravación de la insolvencia, lo que hubiera justificado presumirlo. [...] bajo el actual art. 172 bis.1 LC, aplicable al caso, la justificación de la condena a la cobertura del déficit radica en la incidencia que la conducta o conductas que hubieran merecido la calificación culpable del concurso, han tenido en la generación o agravación de la insolvencia. Como se ha advertido en la doctrina, esto trae consigo dos consecuencias lógicas que afectan al enjuiciamiento: i) por una parte, no cabe condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales o socios que se negaron sin causa justificada a la capitalización de créditos, a la cobertura total o parcial del déficit, si con su conducta (la que ha merecido la calificación culpable y su declaración de persona afectada por la calificación) no han contribuido a la generación o a la agravación de la insolvencia; ii) y, por otra, el alcance o montante de esta condena estará en función de la incidencia que su conducta ha tenido en la generación de la insolvencia o en su agravación. [...] Tiene razón el tribunal de instancia cuando razona que esta irregularidad en la contabilidad es relevante para el conocimiento de la situación patrimonial de la sociedad, pues muestra una solvencia de la que carece. Por esta razón estaba justificada la incardinación de la conducta en el tipo previsto en el art. 164.2. 1.º LC, cuya concurrencia conlleva en todo caso la calificación culpable

del concurso. Es cierto que para esta calificación culpable resulta irrelevante la valoración jurídica de si la irregularidad contable contribuyó a generar o agravar la insolvencia. [...] Lo anterior constituye uno de los presupuestos de la condena a la cobertura del déficit, pero no es suficiente. Como hemos visto, para esta responsabilidad por el déficit concursal sí es necesario que la conducta que ha merecido la calificación culpable del concurso, en este caso las reseñadas irregularidades en la contabilidad, hubiera contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, que es la que a la postre provoca el déficit. [...] Si bien para lograr la calificación culpable del concurso sobre la concurrencia de esta causa prevista en el art. 164.2 LC, la administración solo tenía que acreditar la existencia de la irregularidad contable y su relevancia para la comprensión de la situación patrimonial del deudor concursado; para obtener una condena a la cobertura del déficit le correspondía, además, justificar en qué medida la conducta había contribuido a la generación o agravación de la insolvencia. [...] Esta justificación supone, cuando menos, un esfuerzo argumentativo que muestre de forma razonable cómo la conducta generó o agravó la insolvencia y en qué medida lo hizo, aunque sea de forma estimativa. Sin perjuicio de que, en algunos casos, ante la imposibilidad de acreditar las causas de la generación o agravación de la insolvencia y, sobre todo, la posible incidencia de la conducta que ha merecido la calificación culpable del concurso, debido a esta propia conducta que provoca como efecto la imposibilidad de conocer y acreditar, sea posible invertir la carga de la acreditación. [...] Esto último puede ocurrir cuando la calificación culpable del concurso se justifica por la concurrencia de las dos primeras causas del art. 164.2 LC, las que guardan relación con la ausencia o falseo de la contabilidad y con las inexactitudes graves en la documentación aportada al concurso por el deudor concursado. En ambos casos, no es que no sea necesario acreditar que la conducta generó o agravó la insolvencia y en qué medida lo hizo, para poder condenar a la cobertura total o parcial del déficit, sino que puede ocurrir que la propia conducta haya impedido conocerlo y, por eso, resulta lógico que se desplace a los responsables de la conducta las consecuencias de esa imposibilidad de conocer y se presuma esa contribución a la generación o agravación de la insolvencia. Pero, insistimos, no cabe presumir en todo caso que las irregularidades en la contabilidad relevantes para comprender la situación patrimonial del deudor generaron la insolvencia. [...] En nuestro caso, la sentencia recurrida no justifica de forma mínimamente razonable cómo la irregularidad contable de incluir en el balance un activo ficticio (444.000 euros por créditos de deudores varios, en el balance de 2013) pudo

agravar la situación de insolvencia, ni mucho menos que lo hubiera hecho en la cifra señalada por la Audiencia de 404.000 euros».

La STS n.º 138/2019, de 6 de marzo declara que «la condena al cómplice a indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta no es un pronunciamiento «obligatorio» en el sentido de que deba ser incluido en la sentencia que califique el concurso como culpable con independencia de que haya sido o no solicitada por la administración concursal o el Ministerio Fiscal. El art. 169.1 LC establece que el informe razonado y documentado que la administración concursal ha de presentar al juez en la sección de calificación, además de expresar los hechos relevantes para la calificación del concurso y la propuesta de resolución, si propusiera la calificación del concurso como culpable, ha de expresar también la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores».

La STS n.º 135/2019, de 6 de marzo declara que «en la sentencia que califica el concurso como culpable es necesario determinar cuáles son las conductas que determinan esa calificación y cómo han participado en ellas tanto las personas afectadas por la calificación como los cómplices. Una vez determinado lo anterior, la condena a dichos cómplices ha de ser consecuencia de su participación en esas conductas. En concreto, la condena a indemnizar los daños y perjuicios debe ser consecuencia de los concretos daños y perjuicios causados por la conducta en cuya realización han participado, y en atención a dicha participación. No puede acordarse una condena «en globo» que no discrimine entre las causas de calificación del concurso como culpable en las que hayan participado los cómplices y aquellas en las que no hayan participado y que no tenga en cuenta la importancia de su participación en tales conductas».

El ATS de 20 de noviembre de 2019 rec. 3540/2017 reitera que «no puede confundirse la situación de insolvencia que define el art. 2.2 LC cuando afirma que «se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», con la situación de pérdidas agravadas, incluso de fondos propios negativos, que determinan el deber de los administradores de realizar las actuaciones que las leyes societarias les imponen encaminadas a la disolución de la sociedad y, que, en caso de incumplimiento de tales deberes, dan lugar por esa sola razón a su responsabilidad con arreglo a la legislación societaria [...] En la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pér-

didadas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo ser liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación) lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual. [...] Por consiguiente, aunque con frecuencia se solapen, insolvencia y desbalance patrimonial no son equivalentes, y lo determinante para apreciar si ha concurrido el supuesto de hecho del art. 165.1 LC es la insolvencia, no el desbalance o la concurrencia de la causa legal de disolución por pérdidas agravadas».

1.1.2.4 *Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen*

En materia de derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, la STS n.º 563/2019, de 23 de octubre se pronuncia sobre la necesidad del requerimiento en relación con los registros de morosos, que no siempre es necesario: «El recurrente no se vio sorprendido por tal inclusión, y la finalidad del requerimiento había decaído. [...] No era necesario el requerimiento para que tuviese plena certeza de que no era posible llegar a un acuerdo o solución o la posibilidad de explorar vías para conseguirlo, pues hacía tiempo que la acreedora se prestó a ello y accedió a la novación, sin que el recurrente hiciese frente a lo comprometido en la novación. [...] Durante esta y los actos posteriores su conducta ha sido totalmente pasiva, con abandono de toda negociación para saldar la deuda. [...] La acreedora no la sorprende en plena negociación, con inclusión en el registro de solvencia».

También en relación con los registros de morosos, la STS n.º 245/2019, de 25 de abril establece que la certeza y exigibilidad de la deuda no puede dejarse al exclusivo arbitrio del deudor: «En aplicación del principio de calidad de datos que inspira la normativa sobre protección de datos de carácter personal, este tribunal ha declarado que, cuando se trata de ficheros relativos al cumplimiento de obligaciones dinerarias, la deuda debe ser, además de vencida y exigible, cierta, es decir, inequívoca, indudable. Por tal razón, no cabe incluir en estos registros datos personales por razón de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio. [...] Ahora bien, lo anterior no significa que cualquier oposición al pago de una deuda,

por injustificada que resulte, suponga que la deuda es incierta o dudosa, porque en tal caso la certeza y exigibilidad de la deuda se dejaría al exclusivo arbitrio del deudor, al que le bastaría con cuestionar su procedencia, cualquiera que fuera el fundamento de su oposición, para convertir la deuda en incierta. [...] Eso es justamente lo que ocurre en el presente supuesto. En primer lugar, la principal causa en la que en la demanda se fundó la alegación de que la deuda no era cierta y exigible era la existencia de un acuerdo de dación en pago de la finca hipotecada que habría extinguido la deuda derivada del préstamo. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia ya rechazó la existencia de ese acuerdo puesto que no se había sobrepasado la fase de tratos preliminares. Ahora el demandante alega, para justificar el carácter ilíquido de la deuda, algunos argumentos que en la demanda tuvieron un tratamiento secundario, como es la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo y en la fianza. [...] Tratándose de un préstamo hipotecario solicitado por una sociedad para financiar una promoción inmobiliaria, y siendo el fiador una persona vinculada con la sociedad hasta el punto de ser su administrador (sentencia 314/2018, de 28 de mayo), resulta manifiestamente infundado que la deuda sea incierta, por ilíquida, porque se hayan alegado en el proceso de ejecución hipotecaria excepciones oponibles exclusivamente por consumidores y usuarios, como es el carácter abusivo de determinadas condiciones generales del préstamo y de la fianza. Más infundada resulta aún la alegación de que en el procedimiento hipotecario se está discutiendo el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, cuando de lo expuesto en la demanda resulta que el préstamo no fue declarado vencido anticipadamente, sino que el vencimiento se produjo porque llegó la fecha de pago prevista en la última novación, sin que fuera pagado [...] Que los acreedores no puedan utilizar la inclusión de los datos de sus clientes en estos registros como método de presión para lograr el cobro de deudas discutidas, como hemos declarado ya en varias sentencias, no significa que sea necesaria una condena judicial como requisito previo para poder incluir los datos de un deudor en uno de estos registros, que no son registros de sentencias condenatorias, ni que cualquier oposición del deudor a la reclamación de la deuda, por infundada que sea, impida que sus datos sean comunicados a uno de estos ficheros sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias».

La STS n.º 429/2019, de 16 de julio analiza un supuesto de libertad de expresión en situaciones de conflicto, en relación con una nota de prensa de un ayuntamiento llamando mentiroso y rastrero al jefe de la oposición: «con respecto al interés general, particularmente en este

tipo de casos, la citada sentencia 620/2018 [...] recuerda que «la crítica en relación con la gestión de los asuntos públicos no solo es lícita sino también necesaria para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a conocer cómo se gobiernan esos asuntos [...] Acerca del juicio de proporcionalidad la jurisprudencia considera que para analizar la entidad lesiva de las palabras o expresiones hay que prescindir de su valoración aislada, de su significado gramatical, y estar al contexto en que fueron proferidas, y admite que se refuerce la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho de honor en contextos de contienda o conflicto, tanto de naturaleza política –como es el caso– cuanto laboral, sindical, deportivo, procesal y otros [...]. En atención a esto, al mayor ámbito de crítica que corresponde a los políticos [...] y al máximo nivel de eficacia justificadora del ejercicio de la libertad de expresión frente al derecho al honor cuando los titulares de este son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de relevancia pública [...], esta sala ha negado entidad lesiva, por su contexto, a expresiones –incluso aparentemente más graves que las aquí controvertidas– valorándolas como meros excesos verbales por más que, aisladamente consideradas, sí pudieran tenerse en el concepto público por ofensivas. [...] la doctrina del TEDH (sentencias de 15 de marzo de 2011, caso Otegui Mondragón contra España, y 13 de marzo de 2018, caso Stern Taulats y Roura Capellera contra España) asigna a la libertad de expresión en el debate sobre cuestiones de interés público una relevancia máxima, correlativa al margen de apreciación especialmente limitado de las autoridades para sancionar, de tal forma que las excepciones a la libertad de expresión requieren de una interpretación restrictiva, constituyendo por ello su único límite que no se incite ni a la violencia ni al odio. [...] En aplicación de la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, procede estimar el motivo por las siguientes razones: 1.^a) Al tiempo de los hechos tanto el demandante como el demandado desempeñaban cargos públicos de relevancia en el Ayuntamiento [...] y ninguno de ellos ha cuestionado el interés general que para los ciudadanos de dicha localidad tenía la nota de prensa controvertida, vía elegida por el alcalde y el resto del ejecutivo municipal para responder a la censura pública que, por parte de la oposición política, se había hecho al sistema de pagos en metálico utilizado por el ayuntamiento en determinados casos, entre ellos para remunerar a los carreteros y tractoristas que anualmente participaban en la Romería de San Miguel. En suma, la nota de prensa tenía interés público porque se enmarcaba en el debate político propio de todo sistema democrático entre gobierno y oposición cuando se trata de fiscalizar la gestión pública. [...] En con-

secuencia, el problema se centra en analizar el juicio de proporcionalidad en relación con las expresiones que las sentencias de ambas instancias han considerado ilegítimas y que el recurrente, por el contrario, considera amparadas por el derecho de crítica. [...] Pues bien, dichas expresiones, que se concretan en los adjetivos empleados por el demandado para describir al demandante como una persona caracterizada en su vida política por una tendencia irresistible o compulsiva hacia la mentira («rastrero», «mentiroso», «ha mentido rastreramente», «mentiroso compulsivo»), deben considerarse amparadas por la libertad de expresión en el ámbito de la crítica política conforme a la jurisprudencia antes expuesta, porque la condición de políticos de ambos litigantes, miembros de los partidos del gobierno y de la oposición en el Ayuntamiento [...] el trasfondo de enfrentamiento por la gestión municipal y la relevancia y cercanía temporal de los comentarios previos del demandante y su partido en una red social, en los que se sitúa el origen de la polémica, son factores que determinaban la no ilegitimidad de la réplica del gobierno municipal y su alcalde incluso en los términos en que se produjo, dado su lógico interés en despejar ante la opinión pública cualquier sospecha de ilegalidad respecto de los pagos en metálico y, al mismo tiempo, exteriorizar una crítica política a la oposición –y en particular al concejal demandante– por su modo de comportarse en este tema, considerado incompatible con el hecho de que hubiera tenido a su disposición los documentos que justificaban los pagos. [...] A lo anteriormente razonado podría oponerse que el alcalde y su equipo de gobierno tenían, conforme a la propia jurisprudencia reseñada, un especial deber de soportar las críticas y el control de la oposición, precisamente por encontrarse en el ejercicio del poder y disponer de medios suficientes para responder a cualquier crítica a su gestión, pero esta objeción no es suficiente para apreciar una intromisión ilegítima porque también el demandante, desde su cargo de concejal y antes de la nota controvertida, se había permitido utilizar el término «chorizos» apuntando de un modo nada disimulado al demandado y su equipo de gobierno, propiciando así la elevación del tono de la polémica. [...] Por tanto, en semejante contexto los términos «mentiroso», «rastrero», «ignorante» o «mentiroso compulsivo» constituyeron sin duda un exceso verbal, pero sin la intensidad suficiente para rebasar los límites de la libertad de expresión de quien, como el demandado, se había visto cuestionado en el ejercicio de su cargo precisamente en un asunto tan comprometido como la disposición de fondos públicos, y en unos términos especialmente duros por parte del demandante. [...] De ahí que sea aplicable el criterio de la citada sentencia 338/2018 de que las expresiones cuestionadas *ser-*

vían al fin pretendido por el demandado de restar valor y credibilidad a las imputaciones del demandante».

La STS n.º 599/2019, de 7 de noviembre analiza un reportaje sobre un conflicto familiar que afecta a los vecinos de una pequeña aldea gallega y declara que «por lo que respecta al conflicto entre el honor y la libertad de información, también es ajustado a derecho el juicio de ponderación del tribunal sentenciador, pues a lo ya razonado sobre el interés general de la materia y sobre el juicio de proporcionalidad, debe añadirse, en relación con el requisito de la veracidad, que el medio televisivo cumplió los requisitos del reportaje neutral al ser mero transmisor de unas declaraciones directamente relacionadas con el objeto de la información, hechas por personas perfectamente identificadas y presentadas a los telespectadores sin editar ni alterar su importancia el conjunto de la noticia».

1.1.2.5 *Cuestiones de derecho matrimonial*

En esta materia, se destacan las siguientes resoluciones:

La STS n.º 215/2019, de 5 de abril declara en relación con el cambio de custodia sobre los menores que la modificación de medidas «exige un cambio «cierto» de las circunstancias y que se adopte en interés de los menores [...] dado que el menor contaba con meses cuando los progenitores rompieron su convivencia, que en la actualidad tiene siete años y que en anterior procedimiento ya se anunciaba la posibilidad de un cambio en el sistema de custodia, debemos concluir que se aprecia un cambio cierto y sustancial de las circunstancias concurrentes, como para posibilitar un cambio de custodia en interés del menor, unido ello al informe psicosocial favorable».

La STS n.º 211/2019, de 5 de abril, en relación con la modificación de medidas parte de que no es preciso que el cambio de circunstancias sea sustancial, sino que sea cierto y beneficie el interés del menor. Para el TS «por el padre demandante se interpone recurso de casación, fundado en un único motivo por infracción del art. 90.3 CC, de acuerdo con su vigente redacción que determina que procede la modificación de medidas «cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges», en relación con el interés de la menor. [...] Alega el recurrente que se ha producido en el supuesto de autos una modificación de circunstancias que justificaría el cambio de custodia atendiendo a la existencia de un «cambio cierto» en relación o con el interés de la menor, de acuerdo con el sentido de informe psicosocial unido a los autos. Alega la recu-

rente que el citado informe se elaboró a instancia de los Servicios Sociales, tras requerimiento efectuado por el colegio donde la menor cursa estudio de cuarto de primaria. [...] La doctrina de la sala citada por la parte recurrente se reitera en la reciente sentencia 124/2019, de 26 de febrero, que, aunque para un supuesto de modificación de la guarda y custodia monoparental en compartida, es, en su esencia, aplicable a la modificación aquí pretendida: [...] La sentencia 529/2017, de 27 de septiembre, recoge el cuerpo de doctrina de la sala sobre la cuestión que la parte recurrente somete a nuestra consideración, y de ahí el interés casacional del recurso. [...] las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio «sustancial», pero sí cierto. [...] Esta sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo. [...] no se puede petrificar la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Atendiendo a los cambios que el tiempo ha provocado y al interés de la menor se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida, modificando lo acordado en su día en el convenio regulador sobre tal medida.». [...] El transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental, no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida. [...] no es preciso que el cambio de circunstancias sea sustancial, sino que sea cierto e instrumentalmente dirigido al interés del menor».

La STS n.º 124/2019, de 26 de febrero insiste en que el transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental no pueden servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida. El TS considera que «la sentencia de primera instancia estima la demanda ejercitada, estableciendo un régimen de guarda y custodia compartida, con alternancia semanal, al considerar, a la vista de lo probado, que es lo más ajustado y beneficioso para el menor, y atendiendo a las circunstancias concurrentes, edad del menor, habilidades y aptitudes de los padres. Explica que ambos reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de responsabilidades parentales y que la madre alega lo perjudicial que sería para el menor un cambio de custodia, sin dar argumentos suficientes que justifiquen el rechazo. Explica que los progenitores han ampliado de hecho el régimen de estancias y vistas a favor del padre, acordado en el convenio regulador del divorcio, de forma que el menor, pernocta los domingos alternos con el padre, ve a su padre una tarde a la semana, desde la

salida del colegio a las 20.00 horas, y otros dos días acude al colegio a ver a su hijo y otros dos días va a casa de la madre para jugar con él, las vacaciones escolares se reparten entre ambos progenitores por mitad; ambos progenitores tienen el domicilio cercanos, 4 km de distancia; cuando el menor está enfermo acuden al médico ambos progenitores, así como a las reuniones y tutorías del colegio. Relata que no hay relación entre ellos, pero es cordial, reconociendo la madre en el interrogatorio que la relación del padre con el menor es muy buena, y este le quiere mucho. [...] Formulada recurso de apelación por la madre demandada, la Audiencia Provincial de Madrid, estima el recurso, desestimando la demanda formulada. Considera la sala de apelación que no se ha producido ni acreditado cambio «sustancial» o importante de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en el momento en que se establecieron las medidas definitivas por acuerdo entre las partes. Destaca que es normal el transcurso del tiempo y los cambios del menor, pero no son los que se exigen para operar la modificación de medidas. Y así expone que se han ampliado las visitas por consenso de ambas partes, que la madre lleva ejerciendo la custodia exclusiva de forma satisfactoria, por pacto entre los progenitores, que la solicitud de custodia compartida implica reconocer que la madre lo hace bien, y es favorecedora de las relaciones padre e hijo, ayudando a la ampliación de las visitas, incluso refiriendo que «luego no debe convertirse este proceso como un castigo al buen hacer y generoso de la madre». [...] Frente a la citada resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, por el padre demandante se formula recurso de casación [...] Esta Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo. [...] El transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental, no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida. [...] de mantenerlo así la sentencia recurrida «petrifica la situación del menor, de cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de que se encuentra adaptado al entorno materno, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, [...] En aplicación de la anterior doctrina, procede estimar el recurso de casación en sus dos motivos, [...] A la fecha en que se dicta la sentencia recurrida [...] ya existían las sentencias de la sala que se

han citado; por lo que, si se hubiese acudido a ellas, y en estrecha relación con los argumentos de la sentencia de la primera instancia, la confirmación de esta no ofrecía problema, evitándose a la parte un recurso con resultado previsible».

En relación con la alternancia en la vivienda familiar (sistema de *casa nido*), la STS n.º 215/2019, de 5 de abril declara que «en cuanto a que los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma, es un sistema que impugna la parte recurrida y que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común (art. 96 del CC). [...] A la vista de ello, estimando el recurso de casación y asumiendo la instancia, se casa la sentencia recurrida y se confirma la sentencia de 27 de junio de 2017 del JPI n.º 2 de Motril, excepto en lo relativo a la residencia del menor, que habrá de ser en el domicilio de cada uno de los progenitores, en el período respectivamente atribuido. [...] En cuanto al destino de la vivienda familiar será el que las partes le den, de acuerdo con la naturaleza del bien.

La STS n.º 575/2019, de 16 de octubre se pronuncia sobre el incremento de la pensión en segunda instancia y respecto a su exigibilidad solo desde la sentencia de segunda instancia: «La sentencia recurrida considera que el progenitor deudor debe de abonar la pensión alimenticia decretada desde el momento de la presentación de la demanda, lo que supone una revocación de la sentencia dictada por el juzgador *a quo* que no contiene ese pronunciamiento y que se está cumpliendo desde la fecha en la que se decretó la pensión de alimentos del menor». [...] En la sentencia recurrida se aumenta la pensión de alimentos y se determina su pago desde la interposición de la demanda, en contra de lo determinado jurisprudencialmente [...] Es doctrina de esta Sala [...] que de acuerdo con los arts. 774.5 LEC y 106 del CC, las resoluciones que modifiquen los alimentos solo son operativas desde que se dicten, por lo que la cantidad que se fija en apelación solo es exigible desde la fecha de la sentencia de segunda instancia. [...] En base a lo expuesto, al asumir la instancia esta Sala, debe declarar que la cantidad de 400 euros de alimentos, deberá abonarse desde la fecha de la sentencia de segunda instancia, para no incurrir en retroactividad».

La STS n.º 104/2019, de 19 de febrero declara la extinción de la pensión alimenticia de un progenitor para con los hijos mayores de edad por ausencia continuada de relación de estos hacia aquel, por causa principal, relevante e intensa imputable a los alimentistas.

La STS n.º 638/2019, de 25 de noviembre aborda la cuestión del régimen de visitas de los abuelos con sus nietos. Se considera que basta con que el conflicto entre los abuelos y los padres genere un mero riesgo al menor para no reconocer el derecho de visita a los abuelos, pues este derecho ha de ceder ante el interés superior del menor. Para el Tribunal Supremo la propia sentencia de primera instancia pone de manifiesto que constituye elemento esencial para resolver la divergencia la prueba pericial aportada por la actora en la que la psicóloga [...] dice lo siguiente: «Se efectúan las siguientes recomendaciones dirigidas a preservar el bienestar de los menores y en beneficio de los mismos: Se aconseja no establecer ningún sistema de visitas entre los menores y su abuelo materno, en tanto se mantenga el conflicto entre las partes, progenitores y abuelo materno. Es por ello que se aconseja que se arbitren los mecanismos judiciales necesarios para que sean los adultos los que se sometan a intervención terapéutica con el objetivo de modificar su dinámica relacional disfuncional basada en el conflicto, ya que, sin esta condición imprescindible, cualquier intento de aproximación relacional entre los menores y su abuelo materno resultará perjudicial para los mismos, pudiéndose ver triangulados en el conflicto adulto. Una vez restablecidas las relaciones entre los adultos, se aconseja, ante la falta de vínculo de los menores con su abuelo materno, que esta se establezca de manera progresiva con la intervención de los profesionales del Punto de Encuentro Familiar». [...] Esta Sala, en reciente sentencia núm. 581/2019, de 23 de octubre, en supuesto similar al presente, casó la dictada en segunda instancia –en cuanto reconocía a favor de la abuela un derecho de visitas– atendiendo a que el interés del menor tiene carácter prevalente, tal como se expresa en las sentencias citadas por la parte recurrente; a lo que cabe añadir que no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo de que ello sea así –por razón de que se les introduce en el conflicto entre los mayores– para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor.

La STS n.º 654/2019, de 11 de diciembre recuerda que en los procedimientos matrimoniales no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

En relación con el pacto de disfrute de la vivienda familiar alternativo, el ATS de 29 de mayo de 2019 rec. 4608/2018 declara que la sentencia que constituye objeto del presente recurso se dictó en un juicio de modificación de medidas tramitado por razón de la materia, por lo que el cauce casacional adecuado es el previsto en

del art. 477.2, 3.º LEC, lo que exige al recurrente la debida justificación del interés casacional, [...] el objeto del recurso de casación, lo es la modificación de la atribución realizada de mutuo acuerdo entre los progenitores y aprobada judicialmente [...] del uso de la vivienda familiar alternativo entre ambos progenitores, a pesar de haber pactado la custodia materna. La madre custodia, a través del procedimiento de modificación, pretende que se le atribuya el uso de la vivienda familiar pese a lo pactado, y por tanto el cese de la alternancia en su uso, en su día acordado y aprobado, pues dice que lo acordó así, porque en ese momento, esperaba la venta de la vivienda familiar antes de finalizar su periodo de alternancia en el uso, y no ha sido posible. Mediante sentencia y después de dejar sentado en ella que la madre plantea la modificación de medidas una vez que es requerida para que cese en el uso, y cederlo al otro progenitor que por turno le corresponde, y que parte de las alegaciones que realiza no tienen un fundamento sólido, concluye que aunque en su día ambos acordaron la alternancia en el uso cada dos años, y se aprobó por el juez, entiende que procede modificar la medida: «[...] por cuanto dicha medida no es adecuada para el menor y si bien es cierto que no han cambiado las circunstancias, también lo es que dichas circunstancias no se tuvieron en cuenta por el órgano judicial para la aprobación, porque no tenían que ser tenidas en cuenta en la medida que existía un acuerdo entre los progenitores que ahora, examinando al situación económica en la que los mismos se encuentran y a falta de prueba en cuanto a las posibilidades de la madre de acceder a una vivienda digna para su hijo menor, se entiende que no son beneficiosas para el interés del hijo menor de edad». Recurrída la sentencia en apelación, por el padre, se acoge el recurso y se deja sin efecto la modificación acordada. Y ello pues estima que no se ha acreditado ningún cambio en las circunstancias, en atención a la prueba practicada, y en concreto, porque las circunstancias habitacionales de las partes son las mismas que las existentes en el momento de suscribir el convenio entre ellas, pues en aquel momento de suscribir el convenio la apelada ya sabía que no disponía de otra vivienda que ocupar al finalizar el plazo de dos años, a lo que añade que la situación económica del padre ha empeorado, pues de recibir una renta por trabajo por aquel entonces cercana a 1.100,00 euros, en la actualidad tan solo percibe 800,00 euros. [...] las sentencias de esta Sala que cita el recurrente no acreditan el interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala. La STS núm. 31/2019 declara que: «Esta Sala en sentencias de 12 y 13 de

abril de 2016, ha declarado la necesidad de un cambio «cierto» de las circunstancias, para posibilitar una modificación de las medidas acordadas en un previo procedimiento judicial, insistiendo en lo que el propio art. 90.3 CC, en su nueva redacción establece, es decir, se prioriza el interés del menor». [...] La doctrina de la Sala, entre las más recientes la 117/2017, de 22 de febrero, recogen la siguiente doctrina en la interpretación del art. 96 CC: «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC». [...] Como se dijo, la audiencia, revoca el pronunciamiento de conceder el uso de la vivienda en exclusiva a la madre custodia del menor, y lo apoya en que no se ha acreditado la alteración de circunstancias, por lo que pactado por ambos el uso alternativo, y no alterándose aquellas, debe mantenerse lo inicialmente convenido. Por lo que en definitiva aplica la doctrina jurisprudencial de la Sala. Siendo que en definitiva el recurrente olvida que estamos ante un procedimiento de modificación de medidas, y que el acuerdo o pacto suscrito fue aprobado por el juez en su día, conforme a la también doctrina de la sala, en la interpretación del art. 96.1 CC, que permite el pacto o acuerdo entre las partes. [...] en STS núm. 65/2018 declara en relación al acuerdo de las partes contenido en el convenio aprobado por el juez: «[...] colocando el centro del debate en el interés de la menor, la sentencia recurrida es respetuosa con tal interés, al razonar que veló por él tanto el Ministerio Fiscal como la autoridad judicial, que aprobó el convenio regulador que fijó el plazo de uso de la vivienda. [...] el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos en cuyo interés se establece, si bien ello tendrá lugar, como recuerda la sentencia 277/2016, de 25 de abril, «en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez». [...] En consecuencia, la sentencia recurrida no se opone a la jurisprudencia citada como infringida».

La STS n.º 545/2019, de 16 de octubre, se pronuncia sobre la extinción del uso del domicilio familiar a la esposa, por contraer nuevo matrimonio: El art. 96 CC, párrafo 3.º, recoge un criterio de atribución del uso sobre la vivienda familiar cuando no ha de hacerse en atención a los hijos. En estos casos el juez podrá atribuir el uso al cónyuge no titular de la vivienda, si las circunstancias aconsejasen dicha atribución y su interés fuera el más necesitado de protección, solución que también parece razonable para el caso de vivienda ganancial. Aunque se suele atender a la situación económica de cada uno de los cónyuges o a la disponibilidad de otra vivienda, también se

tienen en cuenta circunstancias personales como son las referidas al estado de salud. Cuando aquel a quien se atribuyó el uso deja de representar un interés necesitado de protección, es lógico que se extinga el derecho de uso en exclusiva, sin que ello comporte la atribución automática de dicho uso al otro cónyuge cuando, a su vez, tampoco acredite un interés protegible para disfrutar de una posesión exclusiva. La vivienda ganancial puede –hasta la liquidación de la sociedad de gananciales– ser utilizada de otro modo, como es cederla a alguno de los hijos, arrendarla etc. [...] En este caso la demandada carece de un interés digno de especial protección a la hora de mantener a su favor la atribución de uso de la vivienda familiar, ya que ha contraído nuevo matrimonio y reside habitualmente en la vivienda de su nuevo esposo y tampoco se acredita por el demandante que concurra en él dicho interés protegible, por lo que procede la estimación de la demanda en dichos términos.