

CAPÍTULO II

ÓRGANOS CENTRALES DEL MINISTERIO FISCAL

1. FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1.1 Sección de lo Civil

El año 2021 y tras la jubilación del Excmo. Sr. D. José María Paz Rubio el año anterior, y la jubilación a lo largo de 2020 de las Ilmas. Sras. Dña. Begoña Polo Catalán y Dña. Concepción Salinas La Casta, se ha producido la incorporación de nuevas y nuevos fiscales de manera que ha concluido la profunda reestructuración de la Sección de lo Civil.

A los nombramientos del año anterior de las Ilmas. Sras. Dña. Lourdes Rodríguez Rey y Dña. Rosa Pérez Martínez para cubrir las vacantes anteriores, se suma la incorporación del Ilmo. Sr. D. Agustín Hidalgo de Morillo Jiménez en fecha 22 de enero de 2021, si bien con un régimen limitado al 25% de trabajo por decisión de la Excma. Fiscal General del Estado, dada su calidad de fiscal responsable de la protección de datos de carácter personal dentro del ámbito del Ministerio Fiscal.

Desde la jubilación de D. José María Paz hasta la incorporación de la nueva Fiscal de Sala Jefe ha ejercido como Fiscal de Sala Jefe en funciones el Excmo. Sr. D. José Miguel de la Rosa Cortina, que se encargó igualmente de la elaboración de la memoria correspondiente al año anterior, a quien se agradece su trabajo y dedicación durante esos meses con tan reducida plantilla.

Por último, en fecha 9 de abril de 2021, tiene lugar la toma de posesión de la nueva Fiscal de Sala Jefe Excma. Sra. Dña. Pilar Martín Nájera y del Ilmo. Sr. D. Adrián Zarzosa Hernández, de manera que en menos de un año se han incorporado 5 nuevos fiscales lo que supone una renovación considerable en una plantilla de 8 personas, debiendo resaltar la importante ayuda y apoyo que hemos recibido las nuevas incorporaciones por parte de los fiscales que ya integraban la plantilla y que ha facilitado sobremanera nuestro trabajo y puesta al día.

El gran número de cuestiones de competencia y la necesidad de mejorar el nivel técnico de los dictámenes en las mismas, a la vez que intentar mantener la unidad de actuación del Ministerio Fiscal, y ayudar a reducir su número que retrasa la tramitación de asuntos, ha dado lugar a la publicación, a instancias de la Sección civil de la Circular FGE 2/2021, de 30 de abril, *sobre el tratamiento de la competencia territorial en el orden jurisdiccional civil*, que está constituyendo una guía y ayuda para muchas Fiscalías territoriales.

1.1.1 CIFRAS DE ACTIVIDAD DE LA SECCIÓN DE LO CIVIL EN EL EJERCICIO DE 2021

ESTADÍSTICA FISCALÍA SECCIÓN CIVIL AÑO 2021 ESTADÍSTICA ANUAL (DICIEMBRE 2020 A NOVIEMBRE DE 2021 INCLUSIVE)

	2021	2020
Total	7.361	4.303
Casación:	4.891	2.706
Admisión	22	7
Inadmisión	494	377
Apoyo.	11	17
Apoyo parcial.	74	54
Dictamen	4.226	1.583
Adhesión	15	631
Impugnación	49	37
Infracción procesal:	1.830	1.213
Admisión	15	2
Inadmisión	241	174
Apoyo.	4	8
Apoyo parcial.	6	19
Dictamen	1.542	993
Adhesión	–	3
Impugnación	15	14
Exequatur:	–	–
Revisión	123	68
Competencia	426	278
Error judicial	52	26
Recurso de queja	6	1

	2021	2020
Asistencia jurídica gratuita.	9	2
Laudo.	–	–
Responsabilidad civil jueces y magistrados.	–	–
Otros.	1	–
Asistencia vistas.	9	2
Procedimiento artículo 38 LOPJ	1	1
Procedimiento artículo 42 LOPJ	10	4
Procedimientos artículo 61 LOPJ	2	–
Impugnación asistencia jurídica gratuita	1	–

La tabla anterior recoge las cifras de actividad de la Sección en los diferentes procedimientos en los que tiene intervención.

En relación con el total de informes despachados, en 2021, 7.361, se produjo un notable incremento frente a los 4.303 de 2020, que fue inferior por la paralización judicial derivada de la pandemia de COVID-19, pero el incremento también es constatable comparando con los 6.308 dictámenes de 2019 y los 5.180 de 2018.

De los recursos de casación que se ha informado sobre admisión o estimación, en 122 casos el Ministerio Fiscal ha apoyado, total o parcialmente su admisión o estimación, lo que representa un 2%.

Respecto a los recursos por infracción procesal se ha solicitado la admisión o se ha apoyado la estimación en 25 casos, lo que supone un porcentaje próximo al 1%.

Se han formalizado dos recursos de casación por la Fiscalía. El primero por la Fiscalía de Madrid. La demanda reclamaba la filiación materna por posesión de estado de una mujer que no era la madre biológica y que concertó un contrato de gestación por sustitución sin aportar material genético, de un niño nacido en México, dando lugar al juicio verbal de filiación 174/2018 tramitado por el Juzgado de 1.^a instancia 77 de Madrid que desestimó la demanda. Recurrída en apelación, la Sección 22.^a de la AP dictó sentencia el 1 de diciembre de 2020, estimó el recurso y declaró la filiación materna por posesión de estado, por estimar que la protección del interés del menor justifica el reconocimiento de la maternidad de la persona que atiende adecuadamente a las necesidades afectivas y materiales del menor.

Contra esta sentencia recurre en casación la Fiscalía por vulneración del Art. 131 CC en relación con el Art. 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, e infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de Pleno 835/2013, de 6 de febrero de 2014, siendo admitido a trámite por auto de fecha 15

de septiembre de 2021. A la hora de elaborar esta memoria se nos ha notificado la resolución del recurso por STS del Pleno 277/2022, de 31 de marzo que asume la postura del Ministerio Fiscal. La sentencia se apoya en el Art. 35 de la CDN, el informe del Comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de 2017, el Art. 3 del protocolo facultativo de la CDN y la Convención de la ONU, CEDAW sobre eliminación de todas formas de discriminación sobre la mujer, afirmando que la gestación subrogada supone una vulneración de los derechos y la dignidad tanto de la madre gestante como del hijo al ser tratados como meros objetos, práctica por tanto contraria al orden público y añade que la satisfacción del interés superior del niño en estos casos y la determinación de la filiación es posible a través de la adopción.

Por su parte, la Fiscalía de Pontevedra interpone recurso de casación contra la SAP de fecha 19 de abril de 2021, que estimó el recurso formulado por Autopistas del Atlántico Concesionaria Española SA contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Pontevedra y, en consecuencia, desestimó la demanda formulada por el Ministerio Público en relación con la deficiente calidad del servicio prestado en la AP-9 por la Concesionaria, durante la realización de unas obras. En el recurso de casación lo que se discute es el carácter abusivo de las prácticas llevadas a cabo por la concesionaria, así como la naturaleza jurídica de la relación del usuario de la vía sujeta a peaje con la Concesionaria. El recurso se encuentra pendiente de admisión por el TS.

Entre los asuntos despachados por la Sección, los procedimientos de divorcio y regulación de relaciones paternofiliales o modificación de medidas ocupan el primer lugar, donde principalmente se discute la atribución de la guarda y custodia compartida y sus consecuencias en relación a la pensión de alimentos y la atribución de la vivienda familiar.

Esta litigiosidad podría reducirse si se hubiera aprovechado la reforma para regular con más detalle la guarda y custodia compartida y sus efectos, teniendo en cuenta que este sistema que inicialmente era minoritario, se ha ido imponiendo y ya supone el 41,4% del total de las sentencias dictadas en 2020, últimos datos publicados por el INE.

Las reformas introducidas en el régimen de visitas y en la guarda y custodia y patria potestad tanto por la Ley Orgánica 8/21 como por la Ley ordinaria 8/2021, aún no han tenido reflejo en el ámbito casacional ni ha existido pronunciamiento del Tribunal Supremo.

Siguen en volumen de trabajo, los procedimientos de protección de los derechos fundamentales, especialmente el derecho al honor, que han experimentado un notable incremento como consecuencia de

las reclamaciones de morosos por su inclusión en los archivos de insolvencia patrimonial.

Por último, las cuestiones de competencia territorial continúan representando un importante bloque de informes emitidos por la Sección, siendo muy frecuentes los conflictos competenciales en reclamaciones de suspensión o retraso por vuelos o contratos combinados y las demandas en solicitud de nulidad de contrato y nulidad de cláusulas abusivas especialmente derivadas de intereses usurarios.

Se han duplicado prácticamente las demandas de revisión y las de error judicial.

1.1.2 RESOLUCIONES DE LA SALA DE LO CIVIL

A lo largo de este año se han dictado numerosas resoluciones de interés emanadas de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. De entre ellas, y en relación con procedimientos en los que intervino el Ministerio Fiscal se destacan las siguientes, que se agrupan por materias.

1.1.2.1 *Discapacidad*

En la memoria del año anterior se comentaban diversas sentencias dictadas por el TS interpretando a la luz de la Convención de Nueva York la línea divisoria entre tutela y curatela y la necesidad de proteger el ámbito de autonomía e independencia individual de las personas con discapacidad y la toma de decisiones.

Este año, tras la profunda reforma producida en la materia por Ley 8/21 de 2 de junio, el Pleno del TS en sentencia n.º 589/21 de 8 de septiembre, abordó el nuevo régimen de provisión de apoyos judiciales a las personas con discapacidad y, en aplicación de la disposición transitoria sexta de la citada ley, acomoda a ella el contenido de la sentencia.

Se trataba de una persona de 66 años, aquejada del síndrome de Diógenes, que, según el médico forense, presenta un nivel de conciencia consciente, pensamiento y lenguaje adecuado, memoria correcta y un límite normal de inteligencia, posiblemente de nivel algo bajo, ello no resulta incompatible con la apreciación del trastorno de la personalidad que presenta, consistente en un trastorno de conducta con acumulo y recogida patológica de basura, que en dicho dictamen se refiere, acumulación obsesiva sin conciencia de afectación, limitación ni enfermedad. La sentencia de instancia confirmada por la Audiencia estima la demanda del Ministerio Fiscal y

modificó la capacidad de D. Luis y acordó como medida de apoyo, la asistencia en el orden y (la) limpieza de su domicilio, de modo que se autoriza a la tutora del demandado la entrada en el domicilio (...) con la periodicidad que estime la tutora conveniente, a los efectos de limpiar y ordenar dicho domicilio.

La sentencia comienza recordando que en el enjuiciamiento de esta materia (antes la incapacitación y tutela, ahora la provisión judicial de apoyos) no rigen el principio dispositivo y el de aportación de parte. Son procedimientos flexibles, en los que prima que pueda adoptarse la resolución más acorde con las necesidades de la persona con discapacidad y conforme a los principios de la Convención.

Y entre sus razonamientos cabe destacar:

La reforma suprime la declaración de incapacitación y se centra en la provisión de los apoyos necesarios que una persona con discapacidad pueda precisar «para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica», con la «finalidad (de) permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» (art. 249 CC). Sin perjuicio de la adopción de las salvaguardas oportunas para asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se acomoda a los criterios legales, y en particular, que atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

De la propia regulación legal, contenida en los arts. 249 y ss. CC, así como del reseñado art. 12 de la Convención, se extraen los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos: i) es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica; ii) la finalidad de estas medidas de apoyo es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» y han de estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales»; iii) las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que solo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas; iv) no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y v) la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

«A la hora de juzgar sobre la procedencia de las medidas de apoyo y su contenido, el juez necesariamente ha de tener en cuenta las directrices legales previstas en el art. 268 CC: las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben responder a las necesidades de la persona que las precise y ser proporcionadas a esta necesidad, han de respetar la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atender en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias».

El párrafo tercero del art. 269 CC, marca el carácter excepcional y la exigencia de precisar el alcance de la representación, esto es, los actos para los que se precise esa representación: «sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad».

El Alto Tribunal se cuestiona si en un caso como el presente, en que la oposición del interesado a la adopción de las medidas de apoyo es clara y terminante, las mismas pueden acordarse en estas condiciones. Esto es, si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado.

Y responde argumentando que, si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento al mismo, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El empleo del verbo *atender*, seguido de *en todo caso*, subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado.

En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no solo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda.

Concluye dejando sin efecto la declaración de modificación de capacidad, sustituye la tutela por la curatela, y, confirma las medidas de apoyo si bien conforme con la propuesta del Ministerio Fiscal, establece una revisión cada seis meses del resultado de las medidas y la incidencia práctica que hayan podido tener.

La STS n.º 706/21 de 19 de octubre, declara la nulidad de la sentencia por falta de motivación en base a que no exterioriza las razones, que necesariamente debían concurrir, para prescindir de la persona designada, en primer lugar, por la demandada, para el ejercicio del cargo de tutora (actualmente curadora), es decir a la hija, con la que convive desde hace años y asume de facto el papel de cuidadora principal, sin que baste al respecto la mera remisión, sin valoración crítica alguna, al informe elaborado por los servicios psicosociales, que dan una simple opinión, que debe ser apreciada críticamente. Afirma además que la demandada tiene capacidad procesal para recurrir, ya que venía estando asistida de letrado durante la sustanciación del procedimiento, es indiscutible su interés legítimo para ejercer el derecho de defensa y hacer valer su autotutela, sin que exista un pronunciamiento específico al respecto de limitación de tal derecho.

1.1.2.2 *Determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados*

A lo largo del año se han ido dictando una serie de SSTS: n.º 410/21 de 18 de junio, n.º 357/21 de 24 de mayo, n.º 412/2021 de 21 de junio, n.º 610/21 de 20 de septiembre y n.º 1976/2021 de 22 de noviembre, que configuran ya una doctrina consolidada, en el sentido de entender que debe dispensarse la debida protección al menor extranjero documentado no acompañado.(...) ante la falta de impugnación de una documentación que es coincidente con la declaración del menor por lo que se refiere a su edad, ni es razonable considerarlo como indocumentado ni es razonable que prevalezcan unas dudas que son despejadas por dicha documentación. (...)

«En las circunstancias del caso, las dudas suscitadas en la Fiscalía acerca de la fiabilidad de la edad que consta en una documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expedieron, y que tampoco presenta indicios de manipulación, no pueden prevalecer frente a lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor para hacer valer su condición de tal a efectos de obtener la protección de menores».

Incluso cuando la impugnación ataca directamente el decreto de Fiscalía por vulneración de derechos fundamentales, el TS considera «que la admisibilidad de la impugnación del decreto es una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva y de la protección del menor puesto que, al declarar su mayoría de edad, el decreto de la Fiscalía excluye al demandante del sistema de protección reforzada constitucionalmente garantizado a los menores y le niega el reconocimiento de los derechos del niño...».

Es de esperar que la reforma prevista en la LO 8/21 de protección integral de la infancia y adolescencia, que regulará un nuevo procedimiento de determinación de la edad en estos casos, clarifique definitivamente la situación.

1.1.2.3 *Discriminación por razones de filiación*

La STS n.º 781/2021 de 15 de noviembre, resuelve una demanda donde se planteaba la vulneración de la prohibición de discriminación por razones de filiación respecto de derechos sucesorios. El supuesto fáctico se refiere a una sucesión que se abrió en 1962, fue aceptada ese mismo año por todos los herederos y legitimarios conforme al derecho vigente entonces, y la partición concluyó en 1965 con la protocolización notarial de la partición y adjudicación de los bienes del caudal relicto. No se ha producido posteriormente un nuevo acto, una nueva partición, un nuevo llamamiento a la herencia del padre en el que el demandante pretenda hacer valer su condición de hijo y que permita valorar si, por aplicación del principio de igualdad, debería beneficiarse ahora. El recurrente que era hijo extramatrimonial y cuya filiación fue reconocida en 2013, pretende que se actúe como si él hubiera sido llamado a la herencia cuando murió el padre.

El recurso de casación se desestima, pues la sentencia recurrida, al aplicar al caso la Disposición Transitoria 8.ª de la Ley 11/1981, de 11 de mayo, no solo es conforme a la doctrina de esta Sala, avalada por el Tribunal Constitucional, sino que además es respetuosa con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues la desestimación de la pretensión del actor de que se reconozcan sus derechos sucesorios, por las circunstancias del caso, es razonablemente proporcional al objetivo legítimo perseguido por la norma de respeto a los derechos adquiridos de los demandados.

1.1.2.4 *Concurso de Acreedores*

La STS n.º 726/21, de 26 de diciembre, aborda la responsabilidad del cómplice y señala: «La condena a la cobertura del déficit del art. 172 bis LC pretende resarcir los perjuicios indirectos derivados de la causación o agravación de la insolvencia, y tiene sus propios requisitos. Objetivos: es necesario que se haya abierto la liquidación, que la concursada sea una persona jurídica y que la conducta que haya merecido la calificación culpable del concurso haya generado o agravado la insolvencia, pues en la medida de esta contribución se determina el alcance de la condena a la cobertura del déficit. Subjetivos: responden las personas declaradas afectadas por la calificación culpable de concurso respecto de la conducta que, habiendo merecido la calificación culpable, se aprecia que generó o agravó la insolvencia». La condena solidaria del cómplice no se acomoda a las exigencias legales en cuanto que no puede ser destinatario de esta responsabilidad ex art. 172 bis LC, al diferenciar esta responsabilidad de la prevista en el art. 172.2.3.º LC, de indemnización de daños y perjuicios. Respecto de los cómplices, la LC prevé una consecuencia general, consistente en la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores en el concurso; y otras consecuencias particulares, en función de la conducta desarrollada, y que pueden consistir en la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa, o en la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados.

La STS n.º 600/21 de 14 de septiembre, también relativa a la complicidad concursal, señala que el cómplice es un tercero, en tanto que cooperador en una conducta ajena del deudor o de quienes actúan por él, que determina la calificación culpable del concurso. Por ello, la persona que de alguna manera interviene en la realización de esa conducta no puede ser declarada al mismo tiempo persona afectada por la calificación, que equivale a autor responsable, y cómplice, que equivale a cooperador. La complicidad requiere dos requisitos: a) que el cómplice haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable; b) la cooperación tiene que haberse realizado con dolo o culpa grave. Según su propio sentido gramatical, cooperar significa obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado, o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación

culpable, y tal colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación. La actuación de los terceros que pueden ser declarados cómplices debe estar directamente relacionada con la conducta o conductas que han motivado la calificación del concurso como culpable. Además, resulta necesario atender no solo a dicha actuación, sino que también ha de constatarse su voluntariedad, esto es, que haya *consilium fraudis* o ánimo de defraudar o, cuando menos, *consciis fraudis* o connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable.

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

Los registros de morosos siguen generando litigiosidad y doctrina jurisprudencial en la misma línea reflejada en la memoria del año pasado, especialmente rigurosa en la observancia de los requisitos del previo requerimiento, si bien la regla general es que si la valoración de las pruebas practicadas lleva a los tribunales de instancia a concluir que el requerimiento fue practicado y recibido, esa conclusión probatoria no tiene acceso al recurso de casación, y solo de forma excepcional puede ser revisada a través del recurso extraordinario por infracción procesal.

En este sentido se posiciona la STS n.º 832/21, de 1 de diciembre, que desestima el recurso contra la sentencia que desestimó la demanda por considerar que en este caso, tras valorar los elementos de prueba, ha quedado acreditado el requerimiento previo por: 1.º) consta en autos que no han sido devueltas por correos; 2.º) que el domicilio al que se remitieron, aunque no era el que figuraba en la escritura de préstamo, sí era el señalado por el demandante, a efectos de notificaciones, en las comunicaciones que remitió a Experian y al Banco de España, así como el reflejado en su solicitud de justicia gratuita; y 3.º) que la propia Agencia Estatal de Protección de Datos se pronunció al respecto, entendiendo que el requerimiento previo de pago sí se había llevado a cabo.

La STS n.º 854/21, de 10 de diciembre, estima el recurso de casación y considera que existe vulneración del derecho al honor como había apoyado el Ministerio Fiscal, en un supuesto de una empresa de telefonía por impago de dos mensualidades que redondeando ascendía a 75 y 45 euros, al no haberse cumplido todos los requisitos para su inclusión. Destaca especialmente la trascendencia del requerimiento y señala que no es suficiente la remisión en bloque de unas cartas, de las que, una de ellas, es devuelta por destinatario desconocido; y la otra,

en la que no figura el contenido de la carta remitida, para determinar el cumplimiento de las advertencias legalmente exigidas en el mentado precepto, es enviada, además, a la misma dirección, de la otra carta con respecto a la cual constaba que el mismo destinatario era desconocido, lo que cuestiona la garantía de la recepción, que niega el demandante.

La STS n.º 671/21 de 5 de octubre, aborda la diferencia entre el fichero CIRBE del Banco de España y otros ficheros de solvencia patrimonial de titularidad privada, de manera que siendo distinta su finalidad y regulación, el principio de calidad de datos debe modularse. El fichero de la CIRBE, aunque procese datos que tienen relación con la solvencia, no es propiamente un registro de morosos, que son los regulados en el art. 29.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y, actualmente, en el art. 20 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. El fichero CIRBE recoge los riesgos asociados a personas y empresas (préstamos o créditos concedidos, avales prestados, etc.), sin necesidad de que se encuentren en mora. Su finalidad es, fundamentalmente, que las entidades financieras puedan evaluar el endeudamiento de quienes les solicitan financiación, y facilitar la supervisión de los organismos reguladores. La comunicación de estos datos al fichero CIRBE es una obligación legal, con un contenido fijado directamente por la Ley y controlado por el Banco de España, que no puede ser eludida voluntariamente por las entidades de crédito, a diferencia de los ficheros de morosos, en los que no existe obligación legal alguna y los datos se ceden de forma voluntaria por las entidades de crédito o servicios.

Otras resoluciones de interés son: La STS n.º 157/21 de 16 de marzo, Conflicto entre la libertad de información y el derecho a la intimidad de menores acusados de graves hechos delictivos. Información relativa a menores de los que no se facilitan datos que permitan su identificación para el lector medio del periódico. La Fiscalía presentó demanda de protección del derecho a la intimidad de los menores que fue desestimada en primera instancia, si bien la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación del Ministerio Fiscal y condenó al diario por vulneración del derecho a la intimidad. En el recurso de casación, el TS estima el recurso y considera que no hubo tal vulneración ya que existía un evidente interés público en la noticia publicada en el periódico, predicable no solo respecto del hecho en sí, sino también respecto de la autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo. Los datos publicados en el artículo periodístico, cuestiona-

dos en la demanda y considerados como un «exceso» por la Audiencia Provincial, contextualizan y tratan de explicar las circunstancias en las que los menores llegaron a cometer hechos de relevancia penal tan graves, con fuerte impacto en la opinión pública, y son pertinentes no solo en lo que respecta a la información sobre el crimen del que estaban acusados, sino también en el debate público sobre la delincuencia juvenil que existía en esos momentos en la ciudad de Bilbao.

Aunque algunos de los datos publicados afectan a la intimidad de los menores (consumo de tóxicos, comportamientos conflictivos, ambientes familiares desestructurados), concluye que la afectación de la intimidad de los menores ha sido muy liviana, cuando no inexistente, pues el artículo periodístico cuestionado no permitía la identificación de los mismos. Las personas que ya conocían la implicación de los menores en los hechos (su entorno más próximo) eran las únicas que podían atribuir los datos publicados a esos menores.

La STS n.º 626/21 de 27 de septiembre, sobre el derecho a la propia imagen por publicar en un libro una foto de la ficha policial de una de las personas detenidas en el curso de la investigación. Caso Gurtel. Se estima el recurso y considera que la sentencia recurrida no ha ponderado, adecuada y razonablemente, las circunstancias concurrentes. La intromisión en el derecho a la propia imagen del demandante estuvo justificada por el derecho de información, dado su indudable interés periodístico, el artículo no era excesivo ni tendencioso, existía una clara relación entre la imagen publicada y el contenido de la información escrita.

La STS 278/21 de 10 de mayo, sobre el derecho a la intimidad, por la colocación in consentida por un detective de un dispositivo de localización GPS en el vehículo del demandante.

La STS n.º 707/2021, de 19 de octubre, respecto de las afirmaciones hechas por un abogado en un escrito de queja ante el Consejo General del Poder Judicial con el fin de denunciar retrasos en la tramitación de asuntos que le afectaban y obtener una respuesta disciplinaria e incluso penal, concluye: «[E]l alcance limitadamente ofensivo de las afirmaciones realizadas en un escrito dirigido a exigir responsabilidades disciplinarias, el contenido específicamente resistente de la libertad de expresión del abogado en el ejercicio del derecho de defensa, el hecho de que las afirmaciones se efectuaran en un escrito de queja que se presentó por el cauce y ante el órgano competente para conocer de tal queja, buscando una respuesta disciplinaria, sin que el denunciante le diera publicidad, son elementos importantes en la ponderación que ha de realizarse entre el derecho al honor de los

demandantes y la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa del abogado demandado».

La STS n.º 777/21 de 11 de noviembre, analiza la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de un niño, con el consentimiento de los padres. Falta de perjuicio o vulneración del interés del menor.

1.1.2.6 *Derecho de asociación, libertad religiosa y no discriminación por razón de sexo*

La STS n.º 925/2021, de 23 de diciembre, dictada en un procedimiento por derechos fundamentales contra una asociación religiosa domiciliada en España donde, en esencia, se cuestiona la vulneración del principio de igualdad por discriminación por razones de sexo, dado que el art. 1 de los Estatutos de *La Pontifica Real y Venerable Esclavitud Del Santísimo Cristo De La Laguna* excluye a las mujeres como aspirantes a ser socio. La sentencia de instancia estimó la demanda por entender que aunque se trata de una asociación privada, su autonomía organizativa debe ser limitada en cuanto ostenta una posición de dominio y vulnera el principio de igualdad del art. 14 CE, sentencia confirmada en apelación. La sentencia del TS estima el recurso y aborda diversas cuestiones de sumo interés. En primer lugar, determinar cuál es el orden jurisdiccional civil o eclesiástico competente para conocer de este litigio, considerando competente el orden civil. En segundo lugar, los límites e interferencias entre la autonomía organizativa de la asociación conforme al art. 22 CE, el principio de no discriminación del art. 14 CC y el principio de libertad religiosa del art. 16 CE., ya que ninguno es absoluto. Recuerda la doctrina del TC sobre la aplicación matizada del principio de igualdad a las relaciones entre particulares, pues ha de hacerse compatible con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad. Diferencia entre asociaciones privadas y aquellas también privadas que ostentan una posición dominante y considera que la asociación demandada no ostenta tal posición, por lo que no existe vulneración del principio de igualdad.

1.1.2.7 *Relaciones paternofiliales*

En primer lugar el TS ha reforzado la necesidad de la audiencia del menor, o su denegación motivada, cuyo incumplimiento provoca la nulidad de la sentencia y su devolución a la audiencia para que pro-

ceda a su exploración en las SSTS n.º 548/21 de 19 de julio y STS n.º 577/21 de 27 de julio, y resaltan que la audiencia o exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de este, para su debida y mejor protección y, en su caso, debe ser acordada de oficio por el tribunal; y, aunque no se puede decir que los tribunales están obligados a oír siempre al menor, pues eso dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad, madurez e interés de aquel, por lo que es posible, precisamente en atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo dicho interés, y siempre que el menor tenga menos de 12 años, que se prescinda de su audición o que se considere más adecuado que se lleve a cabo su exploración a través de un experto o estar a la ya llevada a cabo por este medio, para que el tribunal pueda decidir no practicarla o llevarla a cabo del modo indicado, será necesario que lo resuelva de forma motivada.

Varias sentencias recuerdan la incompatibilidad del régimen de guarda y custodia compartida con la violencia de género, conforme establece el art. 92.7 CC. Así la STS n.º 175/21, de 29 de marzo, rechaza otorgar la custodia compartida a un hombre un año y medio después de haber sido condenado por maltratar durante años a su exmujer y que le fue concedida poco antes de la condena en vía penal. Reitera el Alto Tribunal que un condenado por violencia machista no puede tener este régimen de custodia, ya que «existe una dinámica de imposición y desconsideración hacia la madre, que además proyecta sobre la hija común», lo cual no genera un clima proclive a su establecimiento, pues requiere una intensa colaboración entre los progenitores y un modelo de respeto recíproco que además sirva de ejemplo o pauta de actuación para la menor, lo que en este caso no concurre por el comportamiento del padre (FJ 3). En la misma línea de incompatibilidad se pronuncia la STS n.º 729/21, de 27 de octubre, al haber sido condenado el progenitor por un delito de violencia de género. La STS n.º 372/21 de 31 de mayo, deja sin efecto la guarda y custodia compartida porque, aunque aún no había condena, no se trata de un mero denunciado por violencia de género, sino que se encuentra, en términos del mentado precepto, incurso en un proceso penal en condición de investigado y con respecto al cual el juez de Violencia de Género aprecia indicios de criminalidad, por haber agredido a la que entonces era su mujer, habiendo formulado escrito de acusación tanto la demandante como el Ministerio Fiscal.

Sobre la atribución de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida, la STS n.º 438/21 de 22 de junio, señala el vacío normativo existente no siendo aplicable lo dispuesto en el art. 96.1.º CC, por lo que acude al párrafo 3.º del citado precepto como pauta interpreta-

tiva para la atribución valorando el interés más necesitado de protección, si la vivienda es privativa o ganancial o pertenece a un tercero, pero con un límite temporal.

Sobre el reparto de tiempos se pronuncia la STS n.º 656/2021, de 4 de octubre, y señala que cuando el tiempo de estancia con cada progenitor es similar, se trata de facto de una guarda y custodia compartida. Igualmente recuerda que la estancia paritaria no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción en los ingresos de ambos progenitores.

1.1.2.8 *Nacionalidad*

La STS n.º 681/21 de 7 de octubre, reitera la doctrina fijada por la sentencia de pleno n.º 207/2020, de 29 de mayo, sobre si procede o no declarar la nacionalidad española de origen de la demandante al amparo del art. 17.1c) CC, en relación con una persona de origen saharauí. El TS considera que el Sahara Occidental no formaba parte de España a los efectos de dicha norma. Para el TS «cualquiera que sea la opinión sobre la actuación de España como potencia colonizadora a lo largo de toda su presencia en el Sahara Occidental, lo indiscutible es que se reconoce la condición colonial del Sahara –algo por demás difícilmente cuestionable incluso durante la etapa de provincialización y que, por tanto, el Sahara no puede ser considerado España a los efectos de la nacionalidad de origen contemplada en el art. 17.1c) CC. En otras palabras, no son nacidos en España quienes nacieron en un territorio durante la etapa en que fue colonia española».

1.1.2.9 *Otras resoluciones de interés*

En este apartado cabe hacer referencia al ATS de fecha 10 de noviembre de 2021 dictado en el caso de la Talidomida. El TS admite a trámite el recurso de casación presentado por la Asociación de Víctimas de la Talidomida en España (AVITE), contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que declaró prescritos los hechos sobre la talidomida, con el apoyo del Ministerio Fiscal que se basa en la aparición de un nuevo documento en un archivo de acceso público en Alemania que permitiría reabrir el caso de la demanda presentada en su día por AVITE contra las compañías GRÜNENTHAL GMBH y GRÜNENTHAL PHARMA SA, en la que se ejercitaba una acción de responsabilidad extracontractual por los daños personales causados por los efectos teratogénicos de la talidomida.