



Dirección:
Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:
Pablo Sánchez Martín



PUBLICACIONES AJFV
SERIE:
BOLETINES JURÍDICOS

www.ajfv.es

Síguenos en:



BOLETÍN DIGITAL

CIVIL

MERCANTIL

NÚMERO 24. MAYO 2018

01

Disposición de bienes de la masa
activa en el curso del concurso.

Rafael Leonés Valverde
Magistrado

02

Cómputo del daño y privación de
beneficios por intromisiones
ilegítimas en los derechos al honor,
intimidad personal y familiar y a la
propia imagen: *del daño moral a la
privación de beneficios*

Gustavo Andrés Martín Martín
Juez

DISPOSICIÓN DE BIENES DE LA MASA ACTIVA EN EL CURSO DEL CONCURSO.**Rafael Leonés Valverde**

Magistrado

Juzgado de lo Mercantil nº 1. Granada.

RESUMEN: *La Ley Concursal parte de considerar que lo más deseable es el mantenimiento de la actividad empresarial del concursado, lo que, a su vez, exige asegurar la conservación y administración de la masa activa. No obstante existan varias causas que permiten disponer o gravar bienes del concursado. La Ley Concursal distingue al efecto si las facultades e administración y disposición del deudor sobre su patrimonio se encuentran meramente intervenidas o suspendidas, con las implicaciones que ello conlleva para la administración concursal. Además, en determinados supuestos se precisa autorización judicial para enajenar o gravar bienes o derechos de la masa activa.*

VOCES: Masa activa, Principio de conservación, Disposición de bienes; créditos con privilegio especial.

ARTÍCULO**I.- Masa activa del concurso**

Según se dispone en el art. 76 de la Ley Concursal (en adelante LC), una vez declarado el concurso todos los bienes y derechos integrados en el patrimonio del concursado, así como los que se reintegren al mismo o adquiera el concursado durante la tramitación del concurso, y con excepción de los legalmente inembargables, forman parte de la masa activa del concurso.

Tales bienes y derechos están sujetos a un régimen restrictivo a la hora de su disposición o gravamen como consecuencia del principio de conservación de bienes del concursado. No hay que olvidar que, al margen de que en la práctica la regla general es que la inmensa mayoría de los concursos acaban en liquidación, la Ley Concursal parte de considerar que lo más deseable es el mantenimiento de la actividad

empresarial del concursado, lo que, a su vez, exige asegurar la conservación y administración de la masa activa.

Ahora bien, este principio de conservación no es absoluto y se permite, como excepción al mismo, la posibilidad de enajenar o gravar bienes que formen parte de la masa activa. Así, en ocasiones es necesario enajenar algunos de los bienes que componen la masa activa, bien para obtener liquidez en el concurso para garantizar la propia continuidad de la actividad empresarial o para atender a los gastos de la propia masa, bien porque se trate de bienes consumibles o perecederos, cuya devaluación determina la necesidad de que se enajenen antes de perder su valor.

En definitiva, el principio de conservación de la masa activa no tiene por finalidad conservar a ultranza los elementos que integran el patrimonio del deudor sino asegurarse de que se mantenga el valor de tal patrimonio, con el que debe procurarse satisfacer los créditos de los acreedores, que es la finalidad última de todo procedimiento concursal.

Es por ello por lo que el art. 43 LC permite varias posibilidades de disponer o gravar bienes del concursado.

II. Causas que permiten disponer o gravar bienes y derechos del concursado sin autorización judicial.

Como se desprende del art. 43 LC, existan varias causas que permiten disponer o gravar bienes del concursado. Dicho precepto establece al respecto una cláusula general, contenida en el apartado segundo, según la cual dicha disposición se permite siempre que se cuente para ello con autorización judicial. Conjuntamente con dicha previsión general, en el apartado tercero del precepto antes mencionado se contemplan tres supuestos específicos en los que, sin necesidad de autorización judicial, se permite dicha disposición:

- Actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso.

Este supuesto, realmente excepcional en la práctica por cuanto las administraciones concursales no se arriesgan a aplicarlo y prefieren solicitar en estos casos autorización judicial, permite expresamente a la administración concursal realizar directamente o autorizar al concursado la realización de actos de disposición siempre que éstos sean indispensables, bien para la continuación de la actividad comercial del concursado, bien para la tramitación del propio concurso.

En estos casos, la administración concursal debe comunicar inmediatamente al juez del concurso los actos expresamente realizados y justificar su necesidad. Sin embargo, no se prevé que el juez del concurso tenga que ratificar dicha decisión posteriormente ni procedimiento alguno para ello.

- Actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario.

En este supuesto se prevé un doble requisito cumulativo: primero, que se trate de bienes no necesarios para la continuación de la actividad (lo que debe determinar la administración concursal en su solicitud); y segundo, que se haya presentado una oferta que coincida sustancialmente con el valor del bien en el inventario (lo que exige, por tanto, que dicho inventario se haya presentado). A tales efectos, el propio precepto señala que debe entenderse dicha coincidencia como sustancial cuando, en el caso de inmuebles, la diferencia es inferior a un diez por ciento, y en el caso de muebles, de un veinte por ciento, y siempre que no conste oferta superior.

Para determinar claramente que no existe ninguna oferta superior así como para posibilitar a las partes personadas, si lo desean, intervenir en dicha venta por un precio superior, se prevé en estos casos que la administración concursal comunique inmediatamente al juez del concurso la oferta recibida y la justificación del carácter no necesario de los bienes. De dicha oferta debe darse traslado a las partes personadas y, si así se solicita, publicarse en tablón de anuncios de Juzgado, posibilitándose la presentación de ofertas superiores. Si no se

presenta una oferta superior, la que fue presentada inicialmente queda automáticamente, y por disposición legal, aprobada. Si se presenta una superior, y aun cuando la ley no dice nada al respecto, debe entenderse que debe procederse a la venta del bien por dicha oferta superior.

- Actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor

Conforme se dispone en el art. 44 LC, la declaración de concurso no interrumpe la actividad comercial o empresarial que viniera desarrollando el concursado. Por tanto, y siempre que no se haya acordado judicialmente el cese de dicha actividad (art. 44.4 LC), la misma debe comportar la posibilidad de disponer de aquellos bienes que forman parte del objeto negocial del concursado.

En concreto, el art. 44 LC distingue al efecto si las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio se encuentran meramente intervenidas o suspendidas. En el primer caso, la administración concursal puede determinar los actos u operaciones que, por ser propios del giro o tráfico de la actividad del concursado, y en atención a una determinada naturaleza o cuantía, quedan automáticamente autorizados con carácter general. Es más, hasta que la administración concursal acepte el cargo y pueda, por tanto, establecer la autorización general antes mencionada, expresamente se prevé que el deudor pueda realizar los actos propios de su giro o tráfico, siempre que dichos actos sean imprescindibles para la continuación de su actividad y que se ajusten a las condiciones normales del mercado. En el caso de suspensión, es la propia administración concursal la que puede efectuar dichos actos de disposición si considera que son propios de la actividad profesional o empresarial del concursado.

Ello implica, conforme se sostiene al respecto en el auto de 18 de mayo de 2010 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de La Coruña, que el deudor concursado podrá llevar a cabo *“todas las operaciones o actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de la actividad, siempre que se ajusten a las*

condiciones normales del mercado, que le hayan sido autorizados con carácter general por la propia administración concursal. Consecuentemente, la autorización judicial sólo será necesaria cuando se trate de enajenar o gravar bienes de la masa activa mediante actos u operaciones ajenos al giro o tráfico de la actividad empresarial de la deudora o en circunstancias que puedan ser calificadas de anormales respecto de las que de ordinario integran ese giro o tráfico propio”.

Al margen de estos supuestos, si el acto de disposición o gravamen que se pretende efectuar no puede subsumirse en alguno de los casos antes mencionados, o aun cuando, siendo posible su subsunción, la administración concursal considere conveniente por cualquier razón solicitar autorización judicial para ello, ésta puede, tomando como base los arts. 43.2 y 188 LC, pedir autorización judicial para ello.

III. Autorización judicial para disponer o gravar bienes del concursado.

Uno de los principales efectos de toda declaración de concurso es la limitación que dicha declaración supone para las facultades de administración y disposición del concursado sobre sus bienes, que quedan o intervenidas, en cuyo caso necesitan la autorización o aprobación de la administración concursal para su validez, o suspendidas, en cuyo caso es la administración concursal la que ejerce, en nombre del concursado, tales facultades (art. 40 LC).

El art. 43.2 LC dispone, sin embargo, una excepción a las reglas generales previstas en el art. 40 LC: antes del convenio o la liquidación se precisa autorización judicial para enajenar o gravar bienes o derechos de la masa activa. La imposibilidad de disposición no es, por tanto, absoluta; lo único que se establece es la necesidad de que el juez del concurso la autorice, gozando éste (conforme se dispone en la exposición de motivos de la Ley Concursal) de una amplia discrecionalidad al respecto en el ejercicio de sus competencias.

En este sentido, y si bien el art. 43.2 LC dispone que sea el juez del concurso el que autorice o no el acto de disposición o gravamen

solicitado, no establece causas o razones en base a las cuales deba tomarse dicha decisión. Es por ello por lo que en la jurisprudencia menor se han ido concretando diversas razones que justifican otorgar dicha autorización, sin que las mismas deban tener el carácter de “numerus clausus”.

En concreto, las principales razones jurisprudencialmente apreciadas que pueden llegar a justificar la autorización solicitada son (vid. AJM de Madrid nº 6 de 9 de enero de 2012 o AJM de Madrid nº 5 de 19 de noviembre de 2009):

- 1.- Cuando los bienes corran el riesgo de perderse o deteriorarse por el mero paso del tiempo.
- 2.- Cuando los derechos corran el riesgo de perjudicarse en su calidad o garantías por el paso del tiempo y circunstancias del tercero deudor.
- 3.- Cuando el valor del bien o derecho corra el riesgo de ver minorado su valor por cualesquiera circunstancias, incluidas las de mercado.
- 4.- Cuando para la consecución del interés del concurso sea necesaria la venta de bienes -p.ej. la consecución de liquidez para la continuación de actividad empresarial [beneficiosa económicamente para la masa] o el pago de los gastos del concurso]-.
- 5.- Cuando el mantenimiento y mera custodia y depósito de los bienes o derechos supone un coste proporcionalmente elevado, sin existir de presente actividad empresarial y no suponer rendimiento alguno.
- 6.- Cuando, tratándose de bienes deteriorados, la reparación del bien suponga un porcentaje que no justifique tal actuación.
- 7.- Cuando se trate de bienes de lujo destinados al recreo del concursado, cuyos mantenimientos supongan gastos y no produzcan ningún tipo de rendimiento o beneficio.

Dichas causas, sin embargo, no cierran el elenco de posibilidades que justificarían la concesión de la autorización. En este sentido, y como dispuse en mi auto de 10 de mayo de 2013 (Autos 221/2011) lo realmente relevante es determinar si conviene o no al interés del concurso conceder dicha autorización. Para ello, no es preciso que deban quedar cubiertos en todo caso los créditos contra la masa o los créditos concursales sino que la venta solicitada sea más beneficiosa

para los acreedores y para las personas afectadas por la actividad de la concursada, como sus trabajadores, que la denegación de la autorización.

Así, y aunque jurisprudencialmente se ha sostenido (vid. AJM de Madrid nº 2 de 23 de mayo de 2005) que, ante la necesidad de evitar que estos actos de enajenación o gravamen se traduzcan en una anticipada liquidación del patrimonio del concursado, para que el juez pueda autorizar la enajenación o el gravamen de un bien debe tratarse de un acto necesario para conservar dicho bien su valor y, por tanto, sólo deben autorizarse enajenaciones o gravámenes que respondan a una finalidad conservativa, caracterizándose en general por la nota de la perentoriedad, lo realmente relevante es, como se sostiene igualmente en el AJM de Bilbao nº 1 de 20 de noviembre de 2008, que antes de conceder la autorización se valoren las respectivas ventajas e inconvenientes que dicha autorización pueda suponer y conceder la autorización si las ventajas son superiores a los inconvenientes, en atención a cada caso en concreto.

Para ello, debe seguirse el trámite legalmente previsto en el art. 188 LC para toda autorización, esto es, dar traslado de la petición a las partes interesadas, que no tienen por qué coincidir exactamente con las partes personadas, y resolver a continuación. Si concurren razones de urgencia, jurisprudencialmente se ha admitido la posibilidad de autorizar sin audiencia previa (vid. AJM de Bilbao nº 1 de 10 de enero de 2005). Sin embargo, dado que autorizar una disposición produce efectos traslativos que pueden llegar a tener una indudable repercusión económica para las partes interesadas, considero que, para salvar posibles nulidades, se debe dar siempre trámite de audiencia. A este respecto, la posibilidad de recurrir en reposición el auto de autorización no siempre va a poder evitar que las partes se encuentren en estado de indefensión por cuanto, para interponer el citado recurso, es preceptivo estar personado en las actuaciones, mientras que la audiencia, como antes se ha manifestado, debe otorgarse a todos los interesados, estén o no personados.

En cuanto al concreto mecanismo o forma de enajenación, y dejando aparte los bienes sujetos a créditos con privilegio especial, a los que después me referiré, nada dice la ley si dicha disposición se realiza antes de la fase de liquidación. A este respecto, el único precepto relativo a esta problemática con carácter general contenido en la legislación concursal es el art. 149.1.3º LC, según el cual *“los bienes a que se refiere la regla 1ª, así como los demás bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio. Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se estará a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 155”*.

Sin embargo, dicho precepto no es más que una norma supletoria, sólo aplicable al caso en el que el plan de liquidación no se haya probado o no contemple específicamente otra forma de enajenación. Si bien es cierto que si la disposición del bien del concursado se produce antes de la fase de liquidación no puede existir tal plan, el carácter supletorio del precepto obliga a entender que las formas de enajenación previstas en la LEC para el procedimiento de apremio sólo son aplicables cuando en la solicitud de enajenación, y consiguientemente en el auto de autorización posterior, no se prevea otra forma específica, de lo que se deduce la importancia de que en la solicitud de autorización se concrete de forma precisa la forma en la que se quiere proceder a la disposición del bien del concursado.

Todo ello, sin embargo, sólo es aplicable a los actos de disposición de bienes no sujetos a créditos con privilegio especial, que están sujetos a un régimen especial previsto en el art. 155 LC, que será analizado con posterioridad.

IV. Levantamiento de las cargas existentes sobre los bienes objeto de disposición.

Uno de los mayores obstáculos existentes para proceder a enajenar bienes del concursado es la existencia de cargas sobre los mismos, lo que determina que, en la mayor parte de los casos, cuando

se requiere la autorización judicial para disponer de bienes del concursado se solicita, asimismo, el levantamiento de las cargas que pesan sobre ellos.

A este respecto, hay que distinguir expresamente si la disposición de los bienes del concursado tiene lugar dentro del ámbito de la fase de liquidación o, por el contrario, con carácter previo. Si el acto de disposición es consecuencia de las operaciones de liquidación, hay que estar al plan de liquidación oportunamente aprobado, en el que se suele hacer mención expresa al levantamiento de las cargas existentes sobre los bienes. Si en dicho plan no se concretara dicho aspecto, sería aplicable el art. 149.3 LC, según el cual, el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 LC.

Sin embargo, si el acto de disposición solicitado no es consecuencia de las operaciones de liquidación del patrimonio del concursado, el levantamiento de las cargas existentes sobre los bienes objeto de disposición se sujeta al art. 55.3 LC, conforme al cual, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, puede acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, circunstancias ésta que de ordinario concurren si la existencia del gravamen dificulta la venta del bien del concursado y con ésta se pretende potenciar o desarrollar la actividad empresarial del concursado, que suele ser normalmente la finalidad para la que se solicita la autorización para disponer de bienes del concursado.

Dicha norma tiene, sin embargo, una enorme excepción en el mismo precepto: el levantamiento y cancelación no puede acordarse respecto de los embargos administrativos. Es cierto que son multitud las resoluciones judiciales dictadas haciendo caso omiso a esta excepción (baste citar al respecto el explicativo AJM de Barcelona nº 10

de 21 de diciembre de 2012 o el AJM de Alicante nº 1 de 14 de febrero de 2013) y es ésta, quizás, una de las materias más discutidas actualmente entre los distintos jueces de lo mercantil. El fundamento de estas resoluciones es muy claro: si la ejecución en la que se ha acordado la traba que se pretende levantar ha quedado suspendida como consecuencia de la declaración de concurso y no se acuerda la continuación de la misma por afectar a bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, ¿qué sentido tiene mantener el embargo? Ninguno. No hay que olvidar que el mero hecho de que se haya constituido dicho embargo no convierte en crédito con privilegio especial sobre el bien embargado aquél a cuyo favor se acordó la traba. En consecuencia, si dicho crédito no está garantizado con el bien embargado y la satisfacción del mismo sólo puede hacerse efectiva a través del procedimiento concursal, el mantenimiento de dicho embargo sólo produce efectos perjudiciales al concurso, limitando la posibilidad de obtener dinero como consecuencia de la realización del bien, y ningún efecto beneficioso para el acreedor, cuyo crédito sólo puede satisfacerse a través del procedimiento concursal.

Sin embargo, el legislador ha sido muy claro. En consecuencia, difícilmente puede sostenerse, si aplicamos el art. 55 LC, que se pueda acordar el levantamiento de los embargos administrativos, por muy carentes de sentido que puedan ser. Cuestión distinta es que, en el caso concreto, el art. 55 LC no sea de aplicación. No hay que olvidar que la excepción del art. 55.3 LC tiene un ámbito de aplicación muy determinado: que se solicite el levantamiento de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificulte gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. En consecuencia, dicha excepción no sería aplicable si se solicita el levantamiento del embargo por otra razón que, en derecho, pudiera justificar el levantamiento de la traba, en cuyo caso no sería de aplicación el art. 55 LC ni la excepción que, en cuanto a los embargos administrativos, se contiene en dicho precepto.

Dicha cuestión, sin embargo, es enormemente discutible y en la jurisprudencia no existen soluciones unánimes ni particularmente mayoritarias que permitan adoptar, con plena garantía de seguridad jurídica, una postura u otra.

V.- Disposición de bienes sujetos a créditos con privilegio especial.

Como ya manifesté anteriormente, la disposición de bienes del concursado sujetos a créditos con privilegio especial está sujeta a normas específicas, que condicionan el importe de venta, el destino que haya quedarse al mismo y forma en la que debe procederse a la enajenación del bien. Dichas normas vienen contenidas en los apartados 3 y 4 del art. 155.4 LC, que paso a transcribir:

“3. Cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva. De no autorizarla en estos términos, el precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos. Si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros. La prioridad para el pago de los créditos con hipoteca legal tácita será la que resulte de la regulación de ésta.

4. La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el

privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda.

Si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles.

La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar.”.

Como se observa de tales preceptos, la Ley Concursal prevé dos distintas formas de disponer de bienes sujetos a créditos con privilegio especial: con subsistencia del gravamen y subrogación del adquirente en la deuda garantizada con el bien transmitido, por una parte, y con realización de la garantía, por otra.

En el primer caso, el adquirente del bien asume la deuda garantizada, excluyéndose la misma de la masa pasiva del concurso, y adquiere el bien sin que proceda el levantamiento de la carga (STS de 23 de julio de 2013). Esta forma de disposición sólo puede autorizarla el juez del concurso a petición de la administración concursal y previa audiencia de los interesados. Implica una excepción al art. 1205 Cc, pues no se precisa que esté conforme con ello el titular del crédito con privilegio especial.

En el segundo, la disposición del bien implica la realización de la garantía. En consecuencia, con el producto obtenido como consecuencia de la enajenación debe procederse al pago del crédito con privilegio especial hasta donde alcance, reconociéndose el déficit, en caso de existir, con la calificación que proceda. Asimismo, y una vez realizada la garantía, debe procederse a la cancelación de la misma, pues la misma ya ha cumplido su finalidad. En este caso, la Ley

Concursal prevé con carácter imperativo que la disposición del bien se haga mediante subasta y sólo permite, como excepción, que el juez del concurso autorice la venta directa o la dación en pago cuando el precio de la venta o dación sea superior al mínimo que se hubiese pactado al constituir la garantía o si, siendo inferior, sea expresamente aceptado por la administración concursal y el acreedor con privilegio especial, siempre que coincida con el valor de mercado, según tasación oficial.

Asimismo, y para garantizar al resto de acreedores que el precio obtenido como consecuencia de la venta o que la disminución del pasivo como consecuencia de la dación en pago sea la máxima que se pueda obtener, la autorización otorgada para la venta directa o dación en pago está condicionada a que, en el plazo de 10 días desde que se publique la autorización y sus condiciones, no comparezca un postor que ofrezca un mayor precio, en cuyo caso debe abrirse licitación entre todos los oferentes, autorizándose la venta finalmente a quien ofreciese mayor precio.

Si bien el precepto no es del todo claro, debe entenderse que todas estas garantías sólo son aplicables cuando se autorice la venta directa o la dación en pago. Por el contrario, y si se procediera a la subasta del bien, las mismas no serían aplicables, pues de lo contrario podría convertir en irrealizables los bienes sujetos a créditos con privilegio especial. Por tanto, si se procede a la subasta del bien debe adjudicarse el mismo, con la consiguiente cancelación de la garantía, al mejor postor por el precio que hubiese ofrecido, debiendo destinarse dicho precio a satisfacer el crédito con privilegio especial. Asimismo, si se procediera a la subasta del bien y no concurriera ningún postor, podrá procederse a la venta directa del bien o a su dación en pago por el mejor precio que pudiere obtenerse, sin que en este caso entren en juego las garantías antes mencionadas, que sólo son exigibles cuando previamente no se hubiera procedido a la subasta del bien.

JURISPRUDENCIA

[STS de 23 de julio de 2013 \(Roj: STS 4079/2013-ECLI:ES:TS:2013:4079\)](#)

[AJM de Madrid nº 6 de 9 de enero de 2012 Roj: AJM M 5/2012 – ECLI ES:JMM:2012;5A](#)

[AJM de Madrid nº 5 de 19 de noviembre de 2009 Roj: AJM M 48/2009 – ECLI: ES:JMM:2009:48A](#)

[AJM de Madrid nº 2 de 23 de mayo de 2005 Roj: AJM M 24/2005 – ECLI: ES:JMM:2005;24A](#)

[AJM de Bilbao nº 1 de 20 de noviembre de 2008 Roj: AJM BI 31/2008 – ECLI: ES:JMBI:2008:31A](#)

AJFV

02

CÓMPUTO DEL DAÑO Y PRIVACIÓN DE BENEFICIOS POR INTROMISIONES ILEGÍTIMAS EN LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN: DEL DAÑO MORAL A LA PRIVACIÓN DE BENEFICIOS ¹.

Gustavo Andrés Martín Martín

Juez

Doctor en Derecho Mercantil

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de San Clemente

RESUMEN: *Tras la reforma de la LO 1/1982 operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal se esconde un cambio radical de la concepción jurídico-privada de nuestro ordenamiento jurídico, con una mutación de los remedios tradicionales del Derecho privado. La nueva regulación establece las bases para el reconocimiento de una verdadera privación civil de beneficios o, en terminología anglosajona, disgorgement. Institución de naturaleza idéntica al comiso regulado en los artículos 127 y siguientes del Código Penal. No obstante ello, ni jurisprudencia ni doctrina aciertan a calificar la nueva institución jurídica que se empieza a abrir paso en el Derecho privado patrimonial. Cierta dependencia del camino recorrido y cierto miedo a que ello suponga la entrada de un supuesto de daño punitivo, podrían estar cerrando el camino.*

VOCES: intromisión ilegítima, derecho al honor, derecho a la intimidad personal y familiar, derecho a la propia imagen, daño moral, daños reparatorios, acción de enriquecimiento injusto, *disgorgement*, privación de beneficios.

ARTÍCULO

I. Cuestiones generales.

Sin perjuicio de que excede con mucho el contenido del presente artículo la apasionante discusión sobre los remedios civiles que ante el ilícito el ordenamiento jurídico dispone, nos centraremos aquí en uno de los ejemplos claros, para nosotros, de *disgorgement* o privación de beneficios ilícitos, institución que hunde sus raíces en el principio de

¹ Artículo escrito en el marco de la investigación realizada para la elaboración de la tesis doctoral *La efectividad del principio de enriquecimiento injusto en la aplicación privada del derecho de la Competencia (the effectiveness of the unjust enrichment principle in the private enforcement of Competition Law)* defendida en la universidad de Salamanca el día 9 de marzo de 2018.

enriquecimiento injusto del que deriva la presente institución. El enriquecimiento injusto aparece así como inspirador de determinadas instituciones más allá del *enriquecimiento injustificado* o *sin causa* que no hay que confundir, instituto de caracteres propios y diferentes que no podemos confundir con la privación civil de beneficios ilícitos.

Como veremos en las páginas siguientes, nos encontramos ante una verdadera figura de naturaleza jurídica propia que debe articularse, bien como una acción de enriquecimiento injusto autónoma, bien como un supuesto de daño restitutorio. Evidentemente, la falta de concreción del legislador que refiere “tutelas” pero no “remedios” sirve en bandeja el conflicto jurídico que se suscita en sede de estos últimos, por lo que serán los Tribunales los que deberán optar entre reconocer una acción autónoma de privación de beneficios o, por el contrario, entender que la acción de daños debe cumplir aquí una función restitutoria, al verse influenciada por el principio de enriquecimiento injusto, lo que supone soslayar el principio compensatorio, como fin ordinario del Derecho de daños.

Con carácter previo, advertiremos que en el Derecho anglosajón, territorio natural de los daños restitutorios (*restitutionary damages*)², solo EDELMAN ha distinguido claramente entre la sanción de privación de beneficios y los daños restitutorios *stricto sensu*³. Ni los ordenamientos continentales, ni el PETL regulan la figura. Solo el DRAFT en su artículo VI.- 6:101 ap. 3 recoge la posibilidad de tener en cuenta los beneficios obtenidos por el infractor causante del daño para valorar el daño causado. La doctrina no parece tampoco dispuesta a asumirla con facilidad. No obstante, el ímpetu del legislador parece abrir una brecha hacia una admisión de la figura.

II. Situación previa a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁴.

Uno de los artículos que más comentarios había suscitado en torno a los sistemas que el Derecho español preveía en orden al “cómputo del daño” era el 9.3 de la Ley en su versión original, cuyo tenor literal era el siguiente:

La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se

² Cassell v Broome [1972] AC 1027 HL 23. LAW COMMISSION. Aggravated, exemplary and restitutionary damages.16/11/1997. El informe final puede ser consultado en la página principal de la Law Comisión <https://www.lawcom.gov.uk/> y en el enlace <http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/04/LC247.pdf> [Consultado el 15 de enero de 2018].

³ EDELMAN, James. Gain-based damages. Oxford: Hart Publishing, 2002.

⁴ BOE-A-2010-9953. Disposición adicional 2.3.

tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

La parquedad de la exposición de motivos tan solo nos permite reafirmarnos, por si la dicción literal del artículo no fuera suficientemente clara, que el daño moral se origina *per se*, sin que se nos explique la razón de los métodos de cálculo⁵. La presunción, por otro lado, es *iuris et de iure*⁶, por lo que el demandante solo debía acreditar la existencia de una intromisión ilegítima para, a continuación, determinar el *quantum* de la indemnización. Tal es la cuestión que ahora nos interesa.

Sobre el citado apartado tercero, señalaba DIEZ-PICAZO⁷:

“Es un cúmulo de incongruencias y puede decirse que hay una tentativa de convertir, al menos parcialmente, las indemnizaciones, en daños punitivos. La idea de que toda intromisión ilegítima pueda suponer un daño y que esta *se presume*, no parece que pueda ser fácilmente sostenida. Que el daño moral se valore teniendo en cuenta la gravedad de la lesión también es extraordinariamente curioso. Al relacionar las indemnizaciones del daño moral con el beneficio obtenido por el autor de la lesión, se introducen elementos de confusión, pues de seguir esta línea, no se estaría indemnizando un perjuicio, sino restituyendo un enriquecimiento lo que es cosa bien distinta”.

El legislador pensaba, obviamente, en una industria tan conocida como lucrativa que se dedica a “informar” sobre la vida privada y social de personas de “indudable” (adviértase la ironía) relevancia pública. Por ello, emplea métodos de cálculo del daño como “la gravedad de la lesión” atendiendo “al grado de difusión o audiencia del medio”. La

⁵ Dice la Exposición de motivos: En lo que respecta a la indemnización de perjuicios, se presume que estos existen en todo caso de injerencias o intromisiones acreditadas, y comprenderán no solo la de los perjuicios materiales, sino también la de los morales, de especial relevancia en este tipo de actos ilícitos.

⁶ Ciertamente es que la cuestión no era del todo clara al principio. Por citar un ejemplo, ROVIERA SUEIRO defendía el carácter *iuris tantum*, apoyándose en el artículo 385.3 LEC, en la medida en que consideraba que la ley no establecía una prohibición expresa de la prueba en contrario, como parecía colegirse de aquel artículo. No obstante, reconocía que la afirmación no era pacífica y que la posición contraria también había sido mantenida. Hoy, no cabe discusión, en la medida en que el Tribunal Supremo así lo ha fijado como doctrina jurisprudencial, Véase, por todas, la STS, Sala 1ª, de 21 de diciembre de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:5659), en la que, recordando pronunciamientos anteriores, señalaba que “[como] con reiteración ha señalado la jurisprudencia (sentencias 18 de febrero y 2 de septiembre 2015; 16 de febrero 2016 entre otras), este precepto establece una presunción *iuris et de iure* (establecida por la ley y sin posibilidad de prueba en contrario) de existencia de perjuicio indemnizable cuando se haya producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor, que habrá de incluir el daño moral”. ROVIRA-SUEIRO, María E. Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen). En BUSTO LAGO, José Manuel y REGLERO CAMPOS (Coord.) Lecciones de responsabilidad civil., Pamplona. Aranzadi. 2013

⁷ DIEZ-PICAZO, Luis. El escándalo del daño moral. Pamplona: Aranzadi, 2008. p. 82.

norma del año 82 no pensaba en la difusión por medio de WhatsApp®, Facebook® o Twitter® sino más bien en los medios de comunicación al uso y en la finalidad plutocrática con la que, en muchas ocasiones, se cometían aquellas intromisiones ilegítimas. De ahí que se emplee, junto a los anteriores, el parámetro de “el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”. Se trata, en definitiva, de métodos de cálculo abstracto del daño moral, que nada tienen que ver, parece, con el padecimiento concreto de la persona sino con otros principios.

Con todo, el concepto no solo es heterodoxo por la naturaleza del criterio cuantitativo sino también por el ámbito en el que opera. Si de una acción de enriquecimiento larvada o de un supuesto de daño restitutorio se hubiera tratado, el cálculo de beneficios habría de ser necesariamente un parámetro cuantificador del daño patrimonial y no del daño moral, que es la sede donde el legislador lo radicaba. La diferencia es hoy clara, por cierto, en el ámbito de la Propiedad Intelectual tras la sentencia del *Asunto Liffers* [2016]⁸ y en ámbito marcario tras la sentencia del *Asunto Nikolajeva* [2016]⁹.

Debe reconocerse que el precepto no decía que la indemnización se valoraría de acuerdo con el beneficio obtenido por el infractor, y que tampoco lo establecía como un método alternativo del que disponga el perjudicado al modo de las leyes de propiedad intelectual, marcas y patentes, lo que implica una diferencia sustancial respecto de la técnica del *daño restitutorio*, que es una técnica propia del daño patrimonial. Se circunscribe al cálculo del daño moral y, en tal sentido, siendo honestos, hemos de reconocer que el artículo 9.3 se limitaba a decir que “[también]se valorará” con lo que parecía querer decirse que, a mayor obtención de beneficio, mayor será el agravio y viceversa. Puede estarse aquí valorando bien el mayor desvalor de la acción, bien el mayor desvalor del resultado.

El artículo 9.3 no tenía por finalidad “privar” al infractor de los beneficios obtenidos, sino simplemente establecer un módulo para seguir fijando a tanto alzado el daño moral infligido, por cuestionable que fuera el expediente. De ahí que la jurisprudencia repitiera en sede de daño moral por intromisiones ilegítimas afirmaciones propias de la valoración del daño moral *in genere*, tales como la *discrecionalidad* de los Tribunales de Instancia en la fijación cuantitativa del daño moral y el *casuismo* imperante¹⁰. No debe olvidarse que, en ocasiones, dicho

⁸ Asunto C-99/15 Christian Liffers c. Producciones Mandarina, S.L., y Mediaset España Comunicación, S.A., anteriormente Gestevisión Telecinco, S.A. [2016] de 17 de marzo (ECLI:EU:C:2016:173). Ap. 26.

⁹ Asunto C-280/15 Irina Nikolajeva contra Multi Protect OÜ [2016] de 22 de junio (ECLI:EU:C:2016:467). Ap. 56.

¹⁰ Véanse las Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 4 de noviembre de 1986 (RJ 1986\6205), de 22 de junio de 1988 (RJ 1988\5123), de 23 de febrero de 1989 (RJ 1989\1250), de 25 de abril de 1989 (RJ 1989\3260), de 11 de diciembre de 1989 (RJ 1989\8817), de 4 de junio de 1990 (RJ 1990\4725), de 16 de enero de 1991 (RJ 1991\298). SAP Madrid, sec. 9ª, de 3 de noviembre de 2000 (rec. 1475/1997; JUR 2001\105972).

beneficio es directamente inexistente¹¹. Por ello, el beneficio obtenido pasaba a un irrelevante segundo plano, incluso cuando el mismo se encontraba presente¹². La referencia al beneficio obtenido se convierte así en un expediente de dudosa eficacia práctica, más destinado a justificar por medio de la retórica lo que sigue siendo la fijación de una suma a tanto alzado (*ex aequo et bono*) que a establecer un módulo indemnizatorio en el que los particulares pudieran realmente confiar.

El expediente se tornaba especialmente inútil en aquellas ocasiones en las que la intromisión tenía lugar por medio de programas o medios de comunicación cuyo objetivo era precisamente el lucro mediante la publicación de datos que afectan a la intimidad de las personas.¹³ En estos casos, el Tribunal Supremo tampoco ha validado, como tampoco lo han hecho los Tribunales de Instancia, la privación de los beneficios obtenidos por la publicación en concreto como un verdadero módulo de cuantificación del daño moral.

La indemnización se concede en función de criterios de “proporcionalidad” y “razonabilidad”, criterios que no vienen sino a significar la “vinculación” fáctica en la concesión de indemnizaciones por daño moral en términos de equivalencia para vulneraciones de naturaleza similar y en pleitos en que se han estimado lesionados los

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de septiembre de 2008 (rec. 2603/2002; EDJ 2008/185027); SAP Badajoz, Sec. 1ª, de 9 de mayo de 2002 (rec. 84/2002; EDJ 2002/35627). Supuestos de intromisión en el honor a los demandantes mediante un boletín informativo de agrupación política. La Audiencia Provincial señalará que “No puede, en el presente caso, hablarse de beneficio en sentido estricto. El criterio del beneficio obtenido tendrá especial importancia en intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen cuando la utilización se suela hacer con fines comerciales y como reclamo publicitario. A título de ejemplo, aumento en la venta de ejemplares o revistas periodísticas con el consiguiente incremento de los beneficios que habitualmente se obtienen”.

¹² Un ejemplo paradigmático era precisamente el supuesto que resolvía la SAP Madrid, sec. 9ª, de 3 de noviembre de 2000 (rec. 1475/1997; JUR 2001\105972). Con ocasión de un reportaje emitido por la revista *Interviú* en el que se determinaba la existencia de una intromisión ilegítima, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso y eleva la indemnización concedida (500.000 ptas.) con el siguiente argumento: “la Sala, teniendo en cuenta en el supuesto enjuiciado la escasisima diligencia profesional en la averiguación de la verdad de que adolece el reportaje en cuestión (especialmente en los extremos relativos a la parcial reproducción de lo publicado por otro medio, y al estado y circunstancias de la causa penal incoada por posible acoso sexual y amenazas), la gravedad que reviste el segundo de los extremos referidos, y, finalmente, la amplia difusión nacional de la revista *Interviú*, entiende debe incrementarse la indemnización controvertida, fijándola, en definitiva, en la cantidad de dos millones de pesetas”. Como vemos, la cuestión de los beneficios (amplia difusión dice) es irrelevante (se desconocían los beneficios de la tirada). La fórmula se emplea como expediente simplista para justificar la imposición de una suma a tanto alzado, que ni siquiera se justifica.

¹³ Nos referimos a la conocida como “prensa amarilla” o programas de televisión de crónica social o “rosa”, en los que la búsqueda de beneficios mediante la publicación de exclusivas, en muchas ocasiones pactadas y autorizadas previo pago de un canon que va en función del caché del personaje público en cuestión, queda fuera de toda cuestión. Sobre el mismo, señalaba GARCÍA PEREZ que “[nótese] además, que debido a la denominada *guerra de audiencias*, suele ser habitual que el propio medio de comunicación publicite que ha obtenido, durante un periodo de tiempo concreto, el mayor índice de audiencia, lo que permite, a su vez, captar un mayor número de clientes publicitarios y por ello mayores ingresos. En definitiva, o conocen todos los datos a efectos de indemnización o el denominado «Share», no responde exactamente a la realidad pero, en cualquier caso, el autobombo en cuanto a niveles de audiencia impediría, acreditándose una vulneración del derecho al honor, que el mismo medio demandado alegase que no se produjeron esos niveles de audiencia a efectos indemnizatorios, pues ello iría contra sus propios actos”. GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor. La responsabilidad civil de los medios de comunicación por vulneración del derecho al honor. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*. Vol. 2 (1): 27-44, 2015.

derechos fundamentales del actor¹⁴. Esto es, el juicio ofrece cierta vinculación al “precedente”. Pero no podemos obviar que el daño moral se suele fijar en atención a los pronunciamientos anteriores en supuestos pretendidamente homogéneos. El problema, claro está, es que con ello se infringía el propio artículo 9.3 LO 1/1982, en la medida en que no todos los programas, no todas las emisiones del mismo programa e, incluso, no todos los medios, tendrán la misma audiencia o difusión, en la misma medida en que no todos los personajes públicos tienen la misma importancia o trascendencia para el público.

La inutilidad del expediente se advertía en la práctica, como sucedía, por ejemplo, en la Sentencia de 10 de julio de 2014, Sala de lo Civil del Tribunal Supremo¹⁵, donde ante diversas intromisiones graves, reiteradas y conscientes por parte de un conocido programa de televisión, la Sala de lo Civil condenó solidariamente a la cadena de televisión y a la productora del programa al abono solidario de 6.000€ en concepto de daño moral. La apelación a la proporcionalidad y a la razonabilidad roza el absurdo pues, en términos más jurídicos, el daño reconocido acababa siendo nominal o simbólico¹⁶.

El criterio del beneficio obtenido había permitido, por otra parte, la consideración de otros módulos de valoración, como es el caso de la SAP Valencia, Sec. 6ª, de 30 de abril de 2010¹⁷, en el que, ante una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de un menor al incluirla en un video para una campaña electoral del Partido Popular sin la debida autorización, considera como módulo de valoración apto el coste que le hubiera supuesto al partido en cuestión la contratación de un actor profesional¹⁸. No se trata sino del “módulo de ahorro de costes”

¹⁴ Véase, por todas, la TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 405/2014 de 10 julio (ECLI:ES:TS:2014:2950), comentada también en GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor en Op. Cit. aunque no entra a considerar la cuestión relativa a la determinación del *quantum* indemnizatorio, sino que se limita a las cuestiones relativas a la responsabilidad (imputación).

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 2014 (ROJ: STS 2950:2014, ECLI: ES:TS:2014:2950).

¹⁶ Especialmente porque son la productora y la cadena de televisión quienes realmente obtienen pingües beneficios mediante la difusión de tales programas. No son invenciones nuestras. El propio Tribunal Supremo llega a afirmar que es “hecho notorio, en cuanto a la audiencia del programa, que su difusión ha sido amplia por emitirse en horario *prime time* un viernes por la noche en una cadena de televisión de cobertura nacional, y ser también notoria la enorme audiencia que alcanzan los programas llamados del corazón así como que son cuantiosos los ingresos publicitarios que reciben este tipo de programas en función de su amplia audiencia y su destacado horario de emisión en la parrilla de programación de las cadenas así como los ingresos que perciben las empresas que los producen”. Lo notorio es, sin embargo, que la indemnización es ridícula, especialmente cuando el propio Tribunal declara que ha existido una intromisión en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del actor, intromisión injustificada, hasta el punto de que la cadena de televisión (y la productora) por medio del conductor del programa de corazón concreto y los periodistas llegó a dedicar 7 emisiones del programa cuyo hilo conductor (hecho declarado probado) era la relación sentimental que mantenían el demandante y cierta conocida vedete española.

¹⁷ SAP Valencia, Sec. 6ª, de 30 de abril de 2010 (ECLI: ES:APV:2010:1959)

¹⁸ Pensemos en que el menor, en una sociedad excesivamente politizada como la nuestra, comienza a sufrir acoso escolar a consecuencia de haber “participado” en una campaña publicitaria del Partido Popular. En este caso, el daño moral podría superar con creces la pretensión de enriquecimiento. Con todo, el menor no era actor profesional y no consta que el mismo tuviera la menor intención de participar en la publicidad del citado partido político por lo que, quizá, no resulte del todo correcto presumir el daño en función del beneficio que hubiera obtenido si hubiera vendido su imagen.

empleado como método abstracto para la valoración del enriquecimiento injustificado en los casos de intromisiones ilícitas, especialmente en el caso del supuesto de regalía hipotética reconocido en las infracciones de los derechos de propiedad industrial e intelectual¹⁹, aunque aplicado en este caso no parece correcto en modo alguno. No obstante, dada la desgraciada regulación legal que el tribunal se veía obligado a aplicar, tal solución, aunque técnicamente criticable, era al menos original y tenía cierto sentido jurídico material.

En todo caso, recordemos, el beneficio obtenido era un elemento a valorar en el Daño moral²⁰. Si el legislador pretendió introducir una figura de daño punitivo, lo cierto es que nunca funcionó como tal en la jurisprudencia. Admitamos, con todo, que dada la vaguedad de los razonamientos empleados por nuestros tribunales para la imposición de un daño moral (sea cual sea el ámbito) es imposible saber ni siquiera cuál es el funcionamiento real del daño moral²¹.

¹⁹ La cuantificación final, por no haber quedado acreditado ni tal concepto ni el grado de distribución que tuvo la imagen, se fija en 2.000€, y no fue discutida en casación, STS, Sala 1ª, de 8 de mayo de 2013 (ECLI: ES:TS:2013:3351) que se limitó a determinar si había existido o no intromisión ilegítima

²⁰ Caben dos opciones, considerar que a mayor beneficio, mayor desvalor de la acción; considerar que a mayor beneficio se presume un mayor quebranto moral de la víctima. Cualquiera de los dos expedientes era incorrecto. El primero porque parece que basta la persecución de un beneficio en la infracción de un derecho para que se alcance un desvalor de la acción que convierta el ilícito en especialmente reprochable. El beneficio no deja ser el resultado de una buena estrategia de venta de un producto, esto es, no deja de ser el resultado de los propios actos del infractor. El beneficio obtenido no representa en modo alguno el *pretium doloris* causado por la infracción. Habrá que atender a las personales circunstancias de la víctima, pero no al beneficio obtenido por la explotación ajena de un derecho. Por el mismo motivo es igualmente erróneo el segundo. El quebranto moral de una persona depende de las especiales circunstancias de la misma (personaje público-personaje no público). Una intromisión ilegítima podría suponer una indemnización mucho mayor en una persona desconocida o pública pero que no ha permitido jamás una intromisión en su vida privada, concediendo únicamente entrevistas en las que habla de su vida profesional, que en una persona pública, acostumbrada a la publicitación de su vida íntima (mediante la venta de exclusivas). Ello alteraría la naturaleza de los derechos en juego. Y es que esta naturaleza presenta una singular importancia, como veremos.

²¹ No ya porque el Tribunal Supremo haya manifestado que el daño moral es una “noción dificultosa”, como ya ha sido advertido con anterioridad. En algunos casos, el razonamiento es lógicamente deficiente. Véase por ejemplo la SAP Albacete, sec. 2ª, de 20 de septiembre de 2002 (rec.83/2002; EDJ 2002/54841) en la que el daño moral sirve para indemnizar el enfado del consumidor porque el vehículo había fallado durante el período de garantía, lo que constituye un empleo sorprendente del daño moral. La mejor muestra, con todo, la encontramos en las indemnizaciones por introducción indebida en ficheros de morosos. Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de abril de 2017 (ROJ: STS 1645:2017, ECLI: ES:TS:2017:1645) en la que procede a una valoración estimativa a tanto alzado sin que se pueda determinar la forma de alcanzar la misma. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2015 (rec. 247/2014; RJ 2015/574) se otorgan 10000€, y 12.000 € en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2014 (rec. 3303/2012; RJ 2014\3087). El principio de rogación llevó al Tribunal Supremo a confirmar como adecuada la indemnización de 3.000€ en la STS de 16 de febrero de 2016 (rec. 2573/2014; RJ 2016/563). Para un estudio general, puede verse, el comentario que al respecto realiza VIGUER SOLER, Pedro Luis, en Estudio de la jurisprudencia sobre daños morales y patrimoniales derivados de la indebida inclusión en ficheros de morosos de datos inexactos o erróneos. Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 1, pp. 1. 1 de febrero de 2008. Aunque el autor se limita a señalar que los tribunales “se inclinan por reconocer una indemnización exclusivamente basada en el daño moral como consecuencia de la indebida publicación de datos erróneos en el fichero de morosos, cuyo importe es variable, lógicamente, dada la discrecionalidad judicial en la cuantificación aun con los parámetros -poco precisos- del art. 9,3 LO 1/1982”. Esto es, podemos afirmar que no existe un criterio claro más que la vinculación al precedente judicial,

III. El método del cómputo del daño tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (la reforma entró en vigor el 23 de diciembre de 2010).

En el año 2010 se modifica el tenor literal del artículo 9. El artículo 9.2 decía lo siguiente:

La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.

Sin embargo, tras la reforma operada por la LO 5/2010, el ap. 2 quedó redactado de la siguiente manera:

La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, **en particular, las necesarias para:**

a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.

b) **Prevenir intromisiones** inminentes o **ulteriores**.

c) La indemnización de los daños y perjuicios causados.

d) **La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.**

Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad.

(Las negritas son nuestras)

El apartado 3 también es objeto de revisión, que queda redactado de la siguiente forma:

donde se empezaron a fijar indemnizaciones de entre 6.000€ y 12.000€ conforme a la discrecionalidad del juzgador y donde la vinculación al precedente parece de suma importancia.

La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

Vemos que la ley no integra ya el cálculo de beneficios como elemento a valorar, sino que introduce en el ap. 2 la privación de beneficios como uno de los fines a alcanzar por la tutela, que no define, como tampoco define la acción en concreto que cabría ejercer.

Cabe preguntarse el porqué de la modificación. En este caso, el legislador lo explica en la Exposición de Motivos de la citada LO 5/2010²²:

Finalmente, entre las reformas que se realizan con ocasión de esta modificación del Código Penal figura también –en la línea de protección de las víctimas de delitos que la caracteriza– la introducción de una tutela civil específica de los derechos de estas. **No infrecuentemente, en los últimos tiempos han accedido a la programación de los medios de comunicación autores de infracciones penales condenados por sentencia firme que llegan a hacer ostentación de la conducta criminal perpetrada, difunden datos manifiestamente falsos sobre la misma y obtienen además con ello un lucro económico injustificable.** Tales comportamientos **atentan contra la dignidad** de quienes han sufrido las consecuencias de esos actos y de sus allegados, que son sometidos a una nueva experiencia traumática derivada de esta invasión pública de su honor e intimidad. Dadas las limitaciones que caracterizan al Derecho Penal, **se ha considerado que la vía idónea para responder adecuadamente a este fenómeno consiste en articular una acción civil eficaz que, en el marco de la Ley Orgánica 1/1982, permita a las víctimas actuar frente a este tipo de conductas instando su cese, el resarcimiento del daño moral causado y la evitación de todo enriquecimiento injusto derivado de esta intromisión ilegítima.** Además, a fin de reforzar la tutela, se ha optado por legitimar para la acción al Ministerio Fiscal, en tanto que defensor de los derechos de los ciudadanos.

(Las negritas son nuestras)

Que haya sido el legislador penal el que haya querido “reforzar” la eficacia de la tutela civil nos debería permitir admitir, cuanto menos, que ciertas consideraciones de una política diferente a la mera

²² Ap. XXXI Exposición de motivos Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

compensación se podrían haber trasladado del ámbito penal al ámbito civil. En todo caso, y aunque sea “de refilón” y sin entrar en mayores explicaciones, el propio legislador reconoce el fracaso del Derecho Penal y aspira a lograr una tutela eficaz de los derechos en liza a través del Derecho Civil²³.

Como vemos, la reforma, ha suprimido del artículo 9.3 la referencia al beneficio obtenido como criterio de cálculo del daño moral. Se ha introducido en el apartado 2, sin embargo, la referencia directa a la *prevención y a la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos*.

La cuestión, por tanto, es qué incidencia va a tener esta reforma en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y, sobre todo, ante qué institución o instituciones nos encontramos.

En relación con lo primero, la supresión de la referencia al beneficio obtenido en el artículo 9.3 implica que la jurisprudencia no debería modificarse en relación con la valoración del daño moral, puesto que hemos visto que el Tribunal Supremo lo ha venido estableciendo muy restrictivamente con dependencia del “camino recorrido”²⁴ y al margen de consideraciones reales sobre el beneficio obtenido por el infractor. El módulo del beneficio no dejaba de ser un expediente que se empleaba como mero recurso argumentativo sin una incidencia, a nuestro juicio, real en la valoración real del daño moral.

No obstante lo anterior, la modificación del artículo 9.2 debería dar lugar a un verdadero cambio jurisprudencial. No obstante, la falta de concreción remedial de la reforma no nos hace especialmente optimistas en cuanto a un mayor arrojío por parte de nuestros Tribunales. Así se colige de las escasas sentencias que se han producido desde la entrada en vigor de la Ley y que aplican teóricamente los nuevos módulos resarcitorios²⁵: el resultado es el

²³ El legislador habla así de “las limitaciones que caracterizan al Derecho Penal” como causa de la ineficacia de la protección. La citada LO es consecuencia de los múltiples frentes abiertos para la justicia penal en nuestro país, frentes que van desde la inaudita sobrecarga de trabajo que los mismos soportan, el escaso número de jueces que hay en nuestro país en relación con el número de habitantes, y al hecho de que los Juzgados de Instrucción se habían convertido en una suerte de cajón de sastre donde cualquier “pelea de vecinas” permitía a los implicados solventar sus cuitas personales delante de un Juez. Bastaba un insulto cualquiera para que la conducta se convirtiera en penalmente relevante, lo que sin duda atascaba los juzgados que se veían en muchas ocasiones juzgando simples intercambios dialécticos entre personas maleducadas o barriobajeras. De esta forma, las vejaciones e injurias de carácter leve quedaron al margen del Código Penal excepto en aquellos casos en los que las relaciones familiares se encontrasen en juego. La consecuencia es que todos aquellos casos que anteriormente daban lugar a un juicio de falta leve de injurias, hoy son comportamientos que se derivan automáticamente, mediante el sobreseimiento libre de las actuaciones (637.2 LECrim) a la vía civil y, en concreto, a la LO 1/1982.

²⁴ Sobre la “teoría del camino recorrido” y aplicación en la ciencia jurídica véase Hathaway, Oona A., “Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System” (2003). John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy Working Papers. Paper 270. http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp_papers/270

²⁵ Es lo que viene a suceder en la SAP Madrid, Secc. 20ª, de 8 de octubre de 2012 (ECLI: ES:APM:2012:16062), confirmada posteriormente por la STS, Sala 1ª, de 27 de noviembre de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:4788) en la que los beneficios obtenidos por la cadena de televisión, la productora y el invitado, forman parte de un *obiter dicta*, pues se introduce a continuación de determinar la cantidad, por lo que no podemos considerar realmente que se emplearan *ratio*

mismo. A nuestro juicio, la jurisprudencia sigue siendo en estos momentos, dependiente de la senda iniciada con anterioridad, y del peso que la “noción dificultosa” del daño moral y su computación dejó en la impronta de nuestros juzgadores. Con todo, no parece que la norma actual permita el mismo resultado, por lo que no es posible aceptar como dados los resultados de una operación jurídica previa, cuando los mimbres sobre los que construir el remedio jurídico-privado han sido sustancialmente modificados. La nueva regulación es, sobre todo, una norma más ambiciosa que exige mayor osadía forense y judicial.

La nueva redacción se encuentra inspirada, en efecto, en el *principio de enriquecimiento injusto* que exige, a grandes rasgos y sin poder entrar en disquisiciones excesivamente teóricas, la reversión de las situaciones patrimoniales injustas que se generan a consecuencia de la lesión de intereses legalmente protegidos. Es el caso de la lesión de los derechos tutelados por la LO 1/1982 pues la propia Ley ha decidido disponerlo así expresamente.

La propuesta de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio es radical porque introduce de forma explícita la figura de la privación de beneficios o *disgorgement* de manera expresa. Institución que no tiene nada que ver con aquel método del cálculo de beneficios que se empleaba en la redacción originaria de la LO 1/1982. Tampoco consideramos que se trate de la introducción de un sistema de daños punitivos²⁶.

decidendi. Con todo, se condena solidariamente al invitado causante de la infracción, a la cadena de televisión y a la productora al abono de 30.000€ cuando solo el invitado había percibido 40.000€ por su participación (F.J 9º). Lo mismo cabría decir de la indemnización concedida por SAP La Rioja, Sec. 1ª, de 21 de febrero de 2014 (ROJ: SAP LO 103:2014, ECLI: ES:APLO:2014:103 en el caso de la noticia publicada en la página web de la revista *Interviú*, “cuando te acusa el municipio” en el que la Audiencia se remitió por completo a la jurisprudencia previa al tiempo de calcular el daño. Véase igualmente la SAP de Madrid, Secc. 13ª, de 4 de diciembre de 2014 (ROJ: SAP M 15792:2014, ECLI: ES:APM:2014:15792) en la que, a pesar de citarse expresamente los apartados 2 y 3 del artículo 9, se prescinde por completo de ellas. Lo mismo sucederá en SAP Madrid, Secc. 11, de 23 de enero de 2015 (ROJ: SAP M 1242:2015, ECLI: ES:APM:2015:1242). Sobre la indemnización nada nos dice la AP Provincial, que se limita a confirmarla sin referencia a los criterios a tener en cuenta. Nos llama la atención, en todo caso, que señale que “[no] se trata de aplicar baremos porque la indemnización que nos ocupa no está baremada, y obviamente debe fijarse a tanto alzado, única manera de hacerlo, sobre la base de criterios racionales y legales expuestos en ella. [...] *Tampoco se trata de establecer penas civiles*” (las cursivas son nuestras). Aunque a continuación el lenguaje empleado nos recuerda más a una reprensión que a una mera indemnización. Dice así: “Se trata de algo muy simple; de ajustar la indemnización al gravísimo perjuicio sufrido, por la violación de forma injustificada e inmisericorde de un derecho legítimo de consagración constitucional, por persona especialmente sensible dadas sus circunstancias, y que había ejercido su derecho a prohibir”. Tras reproducir las diferentes circunstancias de la enfermedad de la demandante, la fragilidad de la misma, así como el hecho de que ya con anterioridad se habían prohibido más publicaciones sobre la misma, termina señalando, justificando la cuantía fijada en la primera instancia que “un mínimo de sensibilidad, conmiseración, respeto, y solidaridad con el dolor ajeno habría aconsejado no seguir con las publicaciones sobre la actora”. La sentencia será confirmada por la STS, Sala de lo Civil, de 19 de septiembre de 2016 (ROJ: STS 4087:2016, ECLI: ES:TS:2016:4087).

²⁶ En sentido contrario DE PABLO SERRANO, Alejandro. Op. Cit. p. 103. Se apoya también en CRESPO ALLÚE, Fernando. La nueva tutela civil específica tras la reforma penal. Blog Penal Lex Nova. SÁNCHEZ, Gloria y BARBERO, Jaime (coordinadores). 5 de enero de 2011. [Consultado: 28/1/2018] <http://penal.blogs.lexnova.es/2011/01/05/la-nueva-tutela-civil-especifica-tras-la-reforma-penal/>

DE PABLO SERRANO, que ha estudiado con detenimiento la reforma, advierte que la nueva institución “no es, *stricto sensu*, un daño punitivo en la medida en que el alcance de dicho daño no se valorará atendiendo a la gravedad de la conducta ni a las circunstancias del caso (como sucedía con los *punitive damages*), sino que vendrá determinado exclusivamente por la extensión de los lucros del infractor, característica atípica del instituto anglosajón”²⁷. Por ello, señala que “tan solo estamos ante una figura próxima a los daños punitivos o ante la versión española de estos”²⁸. Lo cierto es que la figura existe en derecho anglosajón, por lo que no es una *versión española* de los daños punitivos, y que puede ser dogmáticamente separada de estos. Se trataba del *disgorgement*, uno de los *gain-based remedies* (remedios basados en los beneficios obtenidos por el infractor) que EDELMAN separaba conceptualmente de los daños punitivos y los puros daños restitutorios, aunque para la mayoría de la doctrina es un supuesto de daño restitutorio²⁹.

Excede con mucho el contenido de este artículo explicar la complicada distinción entre daño restitutorio y daño punitivo. Sin embargo, advirtamos que calificar la privación de beneficios como supuestos de daño punitivo no es correcto. El comiso regulado en el ámbito penal no es un reflejo punitivo sino una consecuencia estrictamente civil que el ordenamiento penal dispone para ciertas situaciones patrimoniales ilícitas alcanzadas a través de acciones u omisiones (generalmente la primera) que suponen un enriquecimiento ilícito³⁰. Lo mismo sucede con la privación de beneficios o comiso civil, que no es sino la misma institución que el comiso recogido en el ámbito penal, pues ninguna disposición ni principio restringen el comiso al código penal, sin perjuicio de que sea este ámbito en el que la institución despliega sus efectos ordinariamente. El daño punitivo pretende castigar e insufla en el Derecho de daños una política regulatoria distinta a la meramente compensatoria, en la que la prevención de la infracción obtiene un papel principal. Es claro, con

²⁷DE PABLO SERRANO, Alejandro. La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos [art. 9.2.d) de la LO 1/1982]. El último ataque contra la invisible frontera entre el Derecho penal y el Derecho civil. En GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir). Límites entre el derecho sancionar y el derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas. Valladolid: Lex Nova. 2012. p. 104.

²⁸ Ibid.

²⁹ EDELMAN, James. Op. Cit. pp 66-91.

³⁰ Asuntos TEDH Welch c. Reino Unido, de 9 de febrero de 1995 n° 17440/90, TEDH Phillips c. Reino Unido, de 12 de diciembre de 2001 n° 41087/98, TEDH Butler c. Reino Unido de 26 de junio de 2002 n° 41661/98; TEDH Harry van Offeren c. Países Bajos de 1 de marzo de 2007 n° 30810/03, TEDH Geerings c. Países Bajos de 1 e marzo de 2007 n° 30810/03. Sobre las mismas, puede verse BLANCO CORDERO, Isidoro. La reforma del comiso en el Código Penal español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos. En GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.) Límites entre el derecho sancionar y el derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas. Valladolid: Lex Nova. 2012. pp. 157-163. El TEDH, en el asunto *Dassa Foundation et al. c. Liechtenstein* de 10 de julio de 2007, señalará que el comiso es más comparable a la restitución por enriquecimiento injustificado del Derecho Civil que a una pena de Derecho Penal. *Dassa Foundation et al. c. Liechtenstein* n° 696/2005.

todo, que si el daño punitivo se obtiene aplicando un multiplicador al daño real, generalmente abarcará el posible beneficio obtenido por el infractor, pero ello no es sino un efecto indirecto del daño punitivo que, ante todo, lo que pretende es castigar la conducta. Podría, no obstante, establecerse un multiplicador sobre el beneficio obtenido, pero entonces ya no sería un supuesto de daño punitivo, sino otra cosa, una política regulatoria punitiva que se introduce en el Derecho privado al margen del daño.

IV. La privación de beneficios del artículo 9.d) LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El artículo 9.d) LO 1/1982 recoge una verdadera sanción civil de privación de beneficios o, si se prefiere, un supuesto de *disgorgement* en nuestro Derecho patrio más allá de una acción restitutoria de enriquecimiento.

Recordemos que el legislador no habla de enriquecimiento injustificado de los infractores, sino de que la norma pretende *la evitación de todo enriquecimiento injusto*. Es cierto que aquí el enriquecimiento se produce *a costa* de otro en el sentido más vulgar de la expresión pero, a diferencia de los supuestos de enriquecimiento injustificado, en este caso el demandado no puede confiar en el Derecho de Enriquecimiento para lograr la restitución de aquellos lucros sino que la restitución se produce a consecuencia de la infracción. Esto es, se trata de una respuesta normativa ante el ilícito que constituye la intromisión ilegítima. El reproche del injusto se encuentra claramente afirmado en la Exposición de Motivos de la Ley: *[no] infrecuentemente, en los últimos tiempos, han accedido a la programación de los medios de comunicación autores de infracciones penales condenados por sentencia firme que llegan a hacer ostentación de la conducta criminal perpetrada, difunden datos manifiestamente falsos sobre la misma y obtienen, además, con ello un lucro económico injustificable*³¹.

Que no es una acción de enriquecimiento injustificado se advierte si consideramos que el lucro no se obtiene por el uso normal del derecho sino por su uso indebido, lo que implica que el lucro obtenido se debe a la conducta del infractor, de aquél que comete la intromisión ilegítima, y no del titular del derecho. Por definición, el titular nunca hubiera podido obtener el lucro generado, porque si algo genera el lucro es el hecho de que se haya producido una intromisión. Así que no puede defenderse que el titular, explotando sus derechos mercantilmente, podría haber obtenido el mismo lucro, ni siquiera uno parecido, de ahí que no estemos ante un supuesto de *condictio* por intromisión, sino algo distinto y diferente.

³¹ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Exposición de Motivos.

El legislador da un paso más allá de la primera regulación. No se trata de un mero cambio terminológico³². En primer lugar, el legislador español privatiza la persecución de las intromisiones ilegítimas. Considera que la vía civil presenta mayores eficiencias frente a la vía penal. Tan solo se mantienen las intromisiones especialmente graves³³. En segundo lugar, corrige la situación anterior, en la que el beneficio obtenido se incluía como un elemento a tener en cuenta en la fijación de la indemnización por daño moral. Tampoco se vincula a la indemnización de daños (la regulación, de hecho, la desvincula de esta), por lo que no estamos ante un supuesto de indemnización del daño patrimonial, ante un método de cálculo de daño heterodoxo (que no considera el daño efectivo sino el beneficio obtenido).

Con todo, el artículo 9 ofrece serias dudas en cuanto a su articulación remedial. Nos explicamos. Al hablarse de tutelas diferentes no se está hablando de “acciones” o remedios específicos por lo que, podría considerarse, que una misma acción o remedio podrá cumplir dos tutelas diferentes. Así lo certifica la falta de “tipificación” remedial de la que adolece el apartado 5 habla de “acciones de protección” sin referir ninguna en concreto. La acción de daños, con todo, ocupa los apartados tres y cuatro del artículo. Pero ello no precluye el resto de acciones, como las declarativas, la de cese, el derecho de réplica o, quizá, la relativa a la *apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima de sus derechos*.

En una interpretación integradora del apartado 5 y el apartado 1 podríamos llegar a la conclusión de que “las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas” son “todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate” de forma que dos son las posibilidades que se nos ofrecen:

a) en primer lugar, una acción de enriquecimiento injusto o privación civil de beneficios que permite a la víctima, titular del derecho infringido, privar al infractor del beneficio obtenido a costa de su derecho y recibir el mismo. El comiso aquí revierte directamente en el

³² En el mismo sentido, DE PABLO SERRANO, Alejandro. La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos [art. 9.2.d) de la LO 1/1982]. El último ataque contra la invisible frontera entre el Derecho penal y el Derecho civil. En GOMEZ TOMILLO, Manuel (Dir). Límites entre el derecho sancionar y el derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas. Valladolid: Lex Nova. 2012. pp. 93-126. Con todo, el autor señala que “podríamos considerar que estamos ante un mero cambio de terminología, con ligeras consecuencias prácticas en orden a la determinación del monto indemnizatorio. Y, en cierto modo, esa es la verdad... pero no toda la verdad”. Nosotros somos más radicales. Afirmamos, sin duda, que nos encontramos ante una institución radicalmente diferente, hasta el punto de que no puede ser confundida con los daños punitivos que era, parece, la figura larvada que se encontraba en el derecho anterior.

³³ Título X (Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio), Capítulo I (Del descubrimiento y revelación de secretos) que comprende los artículos 197-201 y Título XI (Delitos contra el honor) cuyo Capítulo I tipifica la calumnia (Art. 205-207) y su Capítulo II la injuria (208-210). Recordemos que estos dos últimos son delitos privados que requieren de querrela del ofendido o su representante legal para su persecución. En los primeros será necesaria la denuncia de la persona agraviada o su representante legal (carácter semipúblico) excepto cuando el delito de descubrimiento o revelación de secretos es cometido por autoridad o funcionario público (art. 198 CP) o afecta a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

patrimonio del titular del derecho lesionado, lo que puede producir cierta perplejidad. A nuestro juicio, se trata de una prima por acción, por la persecución privada del ilícito. Parece claro si comparamos esta situación con la anterior. En un sistema penal de persecución de las infracción, la privación del beneficio compete a los órganos jurisdiccionales del Estado y es entonces el Estado el que determina el destino de las ganancias indebidamente obtenidas. En un sistema de persecución privada, en el que el Estado ha empoderado a los particulares para la persecución por sus propios medios (y por tanto, asumiendo el coste de acción) de determinadas infracciones por cuestiones de oportunidad, retirándose el poder público de la persecución, entonces *prima* al particular que acciona (que persigue, entendiendo así la acción como verdadero derecho en pie de guerra) con el beneficio obtenido por el infractor a su costa aunque, a priori, no tenga el particular derecho al mismo en la medida en que el beneficio se obtiene a partir de la actividad del infractor y no es consustancial al uso normal del derecho.

b) En segundo lugar, y asumiendo que se puedan encontrar ciertas resistencias para la admisión de la primera, debería admitirse al menos un supuesto de daño restitutorio, al modo reconocido en los supuestos de privación de beneficios de las leyes de propiedad inmaterial: el artículo 43.2.a de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas³⁴, artículo 74.2.a de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes³⁵, art. 140.2.a del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia³⁶. En este caso, el titular del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, tiene por tanto un derecho a optar entre la valoración del daño conforme al perjuicio o la valoración del daño conforme al beneficio obtenido por el infractor. Como decimos, en este caso, encontramos también un supuesto de privación de beneficios y no una acción de enriquecimiento injustificado que, en caso de las leyes de propiedad inmaterial debe identificarse tan sólo larvadamente en el reconocimiento de la “regalía hipotética”.

Vemos, por tanto, que el tenor del artículo 9.2 LO 1/1982 ha resuelto la privación de beneficios de forma diferente a las leyes reguladoras de la propiedad inmaterial en nuestro Derecho, pero no por ello el resultado ha de ser diferente. El reconocimiento autónomo de una acción de enriquecimiento injusto nos plantea, además, el problema de la *compatibilidad* con la acción de daños, pero este problema se nos ofrece más teórico que real y el resultado por tanto será equivalente en uno u otro caso. Decimos que es más hipotético que real porque la naturaleza de los derechos en juego (cuya mercantilidad

³⁴ BOE-A-2001-23093

³⁵ BOE-A-2015-8328

³⁶ BOE-A-1996-8930

no se presume) hace difícil la existencia de un lucro cesante e, incluso, de un daño emergente, aunque este segundo debe admitirse con más facilidad. La cuestión radicará en el daño moral. Y en las leyes de propiedad inmaterial se ha llegado a la conclusión de que el daño moral podrá ser indemnizado siempre, al margen del “daño patrimonial”, sin que existan motivos para que se pudiera reconocer un acción de enriquecimiento injusto tendente a la privación de beneficios y, al mismo tiempo, una acción de daño moral, tendente al resarcimiento del daño producido.

Diremos para concluir que nosotros nos mostramos partidarios de la primera de las opciones en perjuicio de la segunda. La privación de beneficios es una acción de enriquecimiento injusto de caracteres propios, y su reconocimiento, al menos en lo relativo a la infracción de derechos absolutos y dado el tenor literal de la regulación, no parece supeditada a la existencia de un “daño”. De hecho, si consideramos la evolución en el *common law*, parece que la privación de beneficios se ha articulado en algunos casos como política subyacente del Derecho de daños (más allá del principio compensatorio) por la falta de comprensión dogmática de la figura de la privación de beneficios, de ahí que, en ocasiones, se diga que la acción de daños debe servir al fin de que “la infracción no paga”³⁷. Con todo, sea cual sea la opción que se plantee, la privación de beneficios ha de ser admitida y a los demandantes se les debería reconocer el derecho a obtener el resultado de aquella privación que no es otro que el beneficio obtenido con la infracción.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

STS, Sala 1ª, de 4 de noviembre de 1986 (RJ 1986\6205)

STS, Sala 1ª, de 22 de junio de 1988 (RJ 1988\5123)

STS, Sala 1ª, de 23 de febrero de 1989 (RJ 1989\1250)

STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1898 (RJ 1989\3260)

STS, Sala 1ª, de 11 de diciembre de 1989 (RJ 1989\8817)

STS, Sala 1ª, de 4 de junio de 1990 (RJ 1990\4725)

STS, Sala 1ª, de 16 de enero de 1991 (RJ 1991\298)

STS, Sala 1ª, de 25 de septiembre de 2008 (rec. 2603/2002; EDJ 2008/185027)

STS, Sala 1ª, de 8 de mayo de 2013 (ECLI: ES:TS:2013:3351)

³⁷ Lord Diplock en *Broome v Cassell* [1972] AC 1027.

STS, Sala 1ª, de 5 de junio de 2014 (rec. 3303/2012; RJ 2014\3087)

STS, Sala 1ª, de 10 de julio de 2014 (ROJ: STS 2950:2014, ECLI: ES:TS:2014:2950).

STS, Sala 1ª, de 27 de noviembre de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:4788)

STS, Sala 1ª, de 18 de febrero de 2015 (rec. 247/2014; RJ 2015/574)

STS, Sala 1ª, de 16 de febrero de 2016 (rec. 2573/2014; RJ 2016/563)

STS, Sala de lo Civil, de 19 de septiembre de 2016 (ROJ: STS 4087:2016, ECLI: ES:TS:2016:4087).

STS, Sala 1ª, de 21 de diciembre de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:5659)

STS, Sala 1ª, de 26 de abril de 2017 (ROJ: STS 1645:2017, ECLI: ES:TS:2017:1645)

Audiencias Provinciales

SAP Albacete, sec. 2ª, de 20 de septiembre de 2002 (rec.83/2002; EDJ 2002/54841)

SAP Badajoz, Sec. 1ª, de 9 de mayo de 2002 (rec. 84/2002; EDJ 2002/35627)

SAP La Rioja, Sec. 1ª, de 21 de febrero de 2014 (ROJ: SAP LO 103:2014, ECLI: ES:APLO:2014:103)

SAP Madrid, sec. 9ª, de 3 de noviembre de 2000 (rec. 1475/1997; JUR 2001\105972).

SAP Madrid, Secc. 20ª, de 8 de octubre de 2012 (ECLI: ES:APM:2012:16062)

SAP de Madrid, Secc. 13ª, de 4 de diciembre de 2014 (ROJ: SAP M 15792:2014, ECLI: ES:APM:2014:15792)

SAP Madrid, Secc. 11, de 23 de enero de 2015 (ROJ: SAP M 1242:2015, ECLI: ES:APM:2015:1242).

SAP Valencia, Sec. 6ª, de 30 de abril de 2010 (ECLI: ES:APV:2010:1959)

TJUE

Asunto C-99/15 Christian Liffers c. Producciones Mandarina, S.L., y Mediaset España Comunicación, S.A., anteriormente Gestevisión Telecinco, S.A. [2016] de 17 de marzo (ECLI:EU:C:2016:173).

Asunto C-99/15 Christian Liffers c. Producciones Mandarina, S.L., y Mediaset España Comunicación, S.A., anteriormente Gestevisión Telecinco, S.A. [2016] de 17 de marzo (ECLI:EU:C:2016:173).

TEDH

Welch c. Reino Unido, de 9 de febrero de 1995 nº 17440/90,
Phillips c. Reino Unido, de 12 de diciembre de 2001 nº 41087/98,
Butler c. Reino Unido de 26 de junio de 2002 nº 41661/98;
Harry van Offeren c. Países Bajos de 1 de marzo de 2007 nº 30810/03,
Geerings c. Países Bajos de 1 e marzo de 2007 nº 30810/03.
Dassa Foundation et al. c. Liechtenstein nº 696/2005.

House of Lords

Cassell v Broome [1972] AC 1027 HL 23

BIBLIOGRAFÍA

CRESPO ALLÚE, Fernando. La nueva tutela civil específica tras la reforma penal. Blog Penal Lex Nova. SÁNCHEZ, Gloria y BARBERO, Jaime (coordinadores). 5 de enero de 2011. [Consultado: 28/1/2018] <http://penal.blogs.lexnova.es/2011/01/05/la-nueva-tutela-civil-especifica-tras-la-reforma-penal/>

DE PABLO SERRANO, Alejandro. La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos [art. 9.2.d) de la LO 1/1982]. El último ataque contra la invisible frontera entre el Derecho penal y el Derecho civil. En GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir). Límites entre el derecho sancionar y el derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas. Valladolid: Lex Nova. 2012. pp. 93-126.

EDELMAN, James. Gain-based damages. Oxford: Hart Publishing, 2002.

GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor. La responsabilidad civil de los medios de comunicación por vulneración del derecho al honor. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*. Vol. 2 (1): 27-44, 2015.

HATHAWAY, Oona A., "Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System" (2003). John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy Working Papers. Paper 270. http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp_papers/270

LAW COMMISSION. Aggravated, exemplary and restitutionary damages.16/11/1997. El informe final puede ser consultado en la página principal de la Law Commission <https://www.lawcom.gov.uk/> y en el enlace <http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/04/LC247.pdf> [Consultado el 15 de enero de 2018].

ROVIRA-SUEIRO, Maria E. Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen). En BUSTO LAGO, Jose Manuel y REGLERO CAMPOS (Coord.) Lecciones de responsabilidad civil. Pamplona: Aranzadi, 2013. pp. 537-562
DÍEZ-PICAZO, Luis. El escándalo del daño moral. Pamplona: Aranzadi, 2008.

VIGUER SOLER, Pedro Luis, en Estudio de la jurisprudencia sobre daños morales y patrimoniales derivados de la indebida inclusión en ficheros de morosos de datos inexactos o erróneos. Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 1, pp. 1. 1 de febrero de 2008.

