

En este número...

LEGISLACIÓN

Simplificación de las obligaciones formales de las sociedades de capital	02
Mediación en asuntos civiles y mercantiles	02
Seguro de responsabilidad civil y garantía equivalente de administradores concursales	03
Usos autorizados de las obras huérfanas	04
Protección de los deudores hipotecarios	05

RESOLUCIONES JUDICIALES

PROPIEDAD INDUSTRIAL	06
Marcas. Riesgo de confusión. Determinación de los elementos que permiten su apreciación. «Caso BIMBO DOUGHNUTS»	06
PROPIEDAD INTELECTUAL	08
Remuneración equitativa por copia privada en soportes digitales. «Caso Freephone»	08
Derecho sui generis sobre base de datos. Concepto de reutilización de una base de datos relativa a encuentros de campeonatos de fútbol. Localización del acto de explotación. «Caso Sportradar»	09

DERECHOS FUNDAMENTALES

Solicitud de datos de carácter personal al responsable de su tratamiento en el marco de unas diligencias preliminares. «Caso Adicae»	11
Derecho a la tutela judicial efectiva. No cabe declarar desierto un recurso de apelación por el impago de la tasa judicial si no se ha dado al recurrente la posibilidad de subsanar el pago de la tasa judicial. «Caso Viajes Mapfre»	13
Derechos a la propia imagen y a la intimidad personal. Fotografías captadas a una modelo en una playa de difícil y limitado acceso. «Caso Elsa Pataky»	14

DERECHO CIVIL

Adquisición de la nacionalidad española por residencia	15
Obligación de alimentos. Declaración de inconstitucionalidad de la expresión «comunes» contenida en el art. 123.3 de la Ley 4/1995 del Derecho civil de Galicia	16
Custodia compartida. Declaración de inconstitucionalidad del inciso «favorable» contenido en el art. 92.8° CC	17
Matrimonio homosexual. Declaración de constitucionalidad de la Ley 13/2005 por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio	18

LEGISLACIÓN

Simplificación de las obligaciones formales de las sociedades de capital

Publicación de la Ley que deroga el Real decreto-ley 9/2012, por la que simplifican determinadas obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital. Ley 1/2012, de 22 de junio.

Se ha publicado la Ley 1/2012, de 22 de junio, en el B.O.E. n.º. 150, de 23 de junio, que deroga el Real Decreto-ley 9/2012 con el mismo título. Entró en vigor al día siguiente de su publicación. Recordemos que mediante este último instrumento se modificaron diversas leyes, primordialmente el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio).

Aparte de la conversión formal en ley, el nuevo texto añade la posibilidad de que la junta general de accionistas pueda ser convocada mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad, siempre y cuando dicha página haya sido creada por acuerdo específico de la junta general de la sociedad, y éste se haya inscrito en el Registro Mercantil.

Por lo demás, en materia de fusiones y escisiones la nueva Ley simplifica el número y conte-

nido de documentos que se han de poner a disposición de los socios, debiéndose canalizar la publicación correspondiente a través de la página web de la sociedad en cuestión.

Finalmente, debe destacarse la protección otorgada a los acreedores en los casos que pretenden oponerse a la fusión o escisión de la sociedad deudora. Si pese a dicha oposición, se llevase a cabo cualquiera de estas dos operaciones citadas y no se prestase garantía suficiente a favor del acreedor, éste queda facultado para solicitar que se anote marginalmente el ejercicio de su derecho de oposición en el Registro Mercantil, pudiendo presentar demanda ante el juzgado de lo mercantil en el plazo de seis meses (a contar desde dicha anotación) contra la sociedad absorbente o contra la nueva sociedad, solicitando la prestación de garantía del pago del crédito.

Mediación en asuntos civiles y mercantiles

Publicación de la Ley que deroga el Real decreto-ley 5/2012 con el mismo nombre. Ley 5/2012, de 6 de julio.

Se ha publicado la Ley 5/2012, de 6 de julio (B.O.E. n.º. 162, de 7 de julio), que deroga el Real Decreto-ley 5/2012 con el mismo título. Entró en vigor a los veinte días de su publicación. Las novedades introducidas por esta ley con respecto al texto derogado son las siguientes.

Primero, se extiende la consideración de conflicto transfronterizo a los previstos o resueltos por acuerdo de mediación con independencia de cuál sea el lugar en el que dicho acuerdo se haya concluido, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el

pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto.

Se especifica que la interrupción de los plazos de caducidad o prescripción tiene lugar por la solicitud del inicio de la mediación, dejando a un lado la más ambigua expresión «comienzo de mediación» que constaba en el Real Decreto-ley.

La nueva Ley concreta, asimismo, el origen de la responsabilidad de las instituciones de mediación, señalando que nacerá desde el momento de designación del mediador cuando se incumplan las obligaciones que le incumben.

Se añade que, contra lo convenido en el acuerdo de mediación, sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

Por último, se garantiza que las personas con discapacidad tengan igualdad de oportunidades para actuar como mediadores, estableciéndose la obligación de que en la mediación se cumplan las condiciones de accesibilidad y no discriminación establecidas en el Decreto 366/2007 con respecto a las relaciones con la Administración General del Estado.

Seguro de responsabilidad civil y garantía equivalente de administradores concursales

Real Decreto 1.333/2012, de 21 de septiembre.

Se ha publicado en el B.O.E. nº. 241, de 6 de octubre, la norma reglamentaria que desarrolla la obligación legal que pesa sobre todo administrador concursal de concertar un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto. Recordemos que esta obligación se introdujo en nuestro Ordenamiento por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal.

Este particular seguro cubre los daños y perjuicios causados por el administrador concursal en el ejercicio de su función, ya sea a los intereses del deudor, de los acreedores o de terceros. En caso de declararse la responsabilidad del administrador, además, el seguro habrá de cubrir los gastos necesarios soportados por el acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa. La perfección del seguro deberá acreditarse en el momento en que el administrador acepte su nombramiento.

La obligación de aseguramiento recae sobre todo administrador concursal, ya sea persona física o jurídica. No obstante, se prevén dos excepciones: (i) cuando el cargo recaiga sobre una Administración pública o una entidad de derecho público vinculada o dependiente, y se designe a un empleado público para llevar adelante los cometidos propios del administrador; o (ii) cuando el designado sea técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores o del Consorcio de Compensación de Seguros.

La suma mínima asegurada por los hechos generadores de responsabilidad del administrador concursal será de 300.000 euros. No obstante, dicha cantidad se incrementa considerablemente en supuestos especiales caracterizados por la especial trascendencia del concurso.

Se establece la necesidad de que el seguro cubra las reclamaciones presentadas contra el administrador asegurado durante el ejercicio de su

función o en los cuatro años siguientes a la fecha en que aquél cesase en el cargo. Las acciones de responsabilidad que pudieran corresponder a los deudores, acreedores o a terceros tienen un plazo de prescripción de un año.

El seguro se puede sustituir por una garantía solidaria de contenido equivalente constituida por entidad de crédito. La cuantía será la que corresponda según lo arriba expuesto.

Usos autorizados de las obras huérfanas

Directiva 2012/28/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012.

El D.O.U.E. n.º. L 299 de 27 de octubre de 2012 ha publicado la Directiva sobre usos autorizados de las obras huérfanas. Se definen éstas como aquellas obras o fonogramas cuyos titulares de derechos no se encuentran identificados en absoluto, o si lo están (uno o más de ellos), no pueden ser localizados a pesar de haber efectuado una búsqueda diligente y de buena fe de los mismos en las fuentes adecuadas en función de la categoría de la obra o prestación consideradas. En cualquier caso, los Estados deberán velar por que los titulares de derechos tengan en todo momento la posibilidad de poner fin a la condición de obra huérfana en lo que se refiere a sus derechos.

Una obra o fonograma considerado huérfana en un Estado miembro tendrá esa misma calificación en el resto de estados.

La Directiva establece diversos criterios para saber qué debe entenderse por una búsqueda diligente, haciéndose depender fundamentalmente del tipo de obra y del lugar de establecimiento de la entidad en cuyas colecciones o archivos se encuentra.

Son «fuentes adecuadas» el depósito legal, las bases de datos de entidades de gestión colectiva, las asociaciones de editores, los títulos de crédito o las bases de datos de normas y códigos tales como el ISAN o el ISWC, entre otras.

La Directiva se aplica no sólo a obras publicadas en forma de libros, periódicos, revistas o material impreso, sino también a obras cinematográficas o audiovisuales y fonogramas. También quedan comprendidas en su ámbito las obras y otras prestaciones protegidas que estén incorporadas a las anteriores o que formen parte integral de las mismas. Requisito objetivo esencial es que estas obras «huérfanas» figuren en colecciones de bibliotecas, centros de enseñanza, museos, colecciones de archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro o archivos de organismos públicos de radiodifusión que las hubieran producido.

Los usos autorizados de las obras huérfanas son los de reproducción a efectos de la digitalización, puesta a disposición, indexación, catalogación, conservación o restauración; y los de puesta a disposición conforme a la Directiva 2001/29. En el uso autorizado de la obra huérfana habrá de prevalecer la «misión de interés público», señalándose, en particular, la conservación y restauración de las obras y fonogramas de la colección y la facilitación del acceso a los mismos con fines culturales y educativos.

No se impide obtener ingresos a las entidades usuarias, pero deberán destinarlos a cubrir los costes de la digitalización de las obras y su puesta a disposición. En todo caso, se reconoce el derecho de los titulares a recibir una com-

pensación equitativa por el uso de las obras que se haya efectuado.

La Directiva se aplica a las obras y fonogramas protegidos en un Estado miembro a

29.10.2014 o en fecha posterior: No afecta a los actos celebrados y derechos adquiridos antes de esa fecha, la cual se establece como fecha límite de transposición al ordenamiento interno de los Estados miembros.

Protección de los deudores hipotecarios

Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre.

Se ha publicado en el B.O.E. el Real Decreto-ley arriba indicado, cuyo objeto fundamental es suspender de forma inmediata y por plazo de dos años los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Se trata de una medida excepcional y temporal que afecta a procedimientos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria.

Los beneficiarios de esta suspensión son colectivos que tengan una especial vulnerabilidad, a saber: familias numerosas, familias monoparentales con dos hijos a cargo o unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género, entre otros supuestos.

Además del requisito de la especial vulnerabilidad es necesario que la familia beneficiaria cumpla ciertos requisitos económicos, entre

los que cabe citar que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples, o que en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda.

Por lo demás, la norma prevé la forma de acreditación de las circunstancias exigidas para poder beneficiarse de esta suspensión, al tiempo que crea un fondo social de viviendas propiedad de entidades de crédito con el objeto de que se arrienden a personas ya desalojadas.

RESOLUCIONES JUDICIALES Y OTRAS PROPIEDAD INDUSTRIAL

Marcas. Riesgo de confusión. Determinación de los elementos que permiten su apreciación. «Caso BIMBO DOUGHNUTS»

Para valorar el riesgo de confusión hay que tener en cuenta no sólo la vinculación económica entre empresas, sino también el consumidor al que se dirige el producto o servicio protegido por la marca. En las marcas compuestas puede haber un elemento dominante que dé carácter distintivo al conjunto, pero ese elemento sólo es determinante del carácter distintivo si el resto de elementos que las conforman no resultan apreciables. STG de 10.10.2012 (Asunto T-569/10).

En mayo de 2006 BIMBO, SA presentó una solicitud de registro de marca comunitaria del signo denominativo BIMBO DOUGHNUTS. A dicha solicitud se opuso PANRICO, SL, basándose en registros marcarios previos inscritos a su nombre con la denominación DOUGHNUTS y en que la solicitud afectaba a los mismos productos para los que PANRICO había inscrito su marca [cfr. arts. 8.1.b) y 8.5 del Reglamento (CE) 207/2009, sobre marca comunitaria, es decir, denegación por riesgo de confusión con marca anterior; basado en identidad o similitud con marca anterior y por ser similares o idénticos los productos o servicios que ambas marcas designan].

La oposición fue acogida por la OAMI, y consecuentemente, denegó la solicitud de BIMBO, al apreciar una posibilidad de confusión entre el signo marcario solicitado («BIMBO DOUGHNUTS») y las marcas previamente inscritas a nombre de la empresa oponente (con la denominación «DOUGHNUTS»).

BIMBO presentó un recurso ante el Tribunal General contra la decisión de la OAMI.

En relación con la cuestión de fondo debatida,

el Tribunal General señala que el riesgo de confusión se da, entre otras circunstancias, cuando hay un riesgo de que el público pueda creer que los bienes o servicios en cuestión provienen de la misma empresa o de empresas económicamente vinculadas. Así, el riesgo de confusión debe examinarse de forma global conforme a la percepción que tiene el público relevante de los signos y bienes o servicios concernidos, y en particular atendiendo a la interdependencia entre la similitud de los signos y la de los productos o servicios designados.

Asimismo, a la hora de valorar cuándo hay probabilidad o riesgo de confusión, mantiene el Tribunal que debe tenerse presente el consumidor medio de la categoría de bienes aludidos que esté razonablemente bien informado. La percepción de este consumidor es global, sin que deba particularizarse o analizarse cada detalle de los que compongan la marca o signo distintivo en cuestión. Ello no significa que no pueda haber un elemento preponderante en la marca, pero ello solo debe ser relevante cuando el resto de elementos sean insignificantes o carezcan de importancia.

En el caso particular analizado, BIMBO alegaba

que la palabra DOUGHNUTS es descriptiva y que el público consumidor relevante al que el producto va dirigido (el español) no le presta una especial atención en cuanto a su carácter identificador de la persona que la utiliza en el tráfico. Sin embargo, a este respecto, el Tribunal General recuerda que, aunque una palabra puede ser descriptiva en un Estado miembro (nótese que la palabra DOUGHNUTS puede traducirse por «rosquilla», es decir, se trata de una palabra descriptiva de un producto en países de habla inglesa) y carecer, por tanto, de fuerza distintiva, por razones lingüísticas, culturales, sociales o económicas, puede tener dicha fuerza en otro Estado de la Unión.

El Tribunal General señala que el público español medio no está familiarizado con el idioma inglés, y que, por tanto, en nuestro país no se percibe que la palabra DOUGHNUTS tenga un significado descriptivo de un tipo especial de bollo (equivalente a nuestra palabra «rosquilla», como ha quedado dicho).

Significativa, en este sentido, es la apreciación del Tribunal, según la cual, para que se aprecie el riesgo de confusión no se precisa que el riesgo exista para la totalidad del público relevante.

Respecto del elemento distintivo predominante, es decir, la palabra BIMBO, el Tribunal estima

que el hecho de que un elemento de la marca compuesta constituya una marca reputada puede jugar un papel en la apreciación del peso relativo de los elementos que forman la marca compuesta. Ahora bien, sólo si el resto de elementos no es particularmente significativo podrá tenerse en cuenta dicho elemento dominante. En el caso particular analizado, el Tribunal no aceptó que la palabra DOUGHNUTS pudiera considerarse poco relevante, al ser una palabra rara en el lenguaje común utilizado por el consumidor medio, en particular la secuencia de consonantes GHN.

A la vista de lo anterior, siendo que los productos cubiertos por la marca solicitada y las marcas oponentes son los mismos (productos de pastelería), que el público relevante a tener en cuenta es el español, y concretamente que se trata de un consumidor medio, no especializado, que la palabra DOUGHNUTS no carece de fuerza distintiva para un consumidor medio español, y que existe una similitud visual y fonética entre las marcas enfrentadas, el Tribunal General concluye que la decisión de la OAMI es conforme con la interpretación que debe hacerse del concepto de riesgo de confusión por similitud de una marca solicitada con otra anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que ambas designan, en el sentido del art. 8.1.b) del Reglamento (CE) 207/2009, de 26 de febrero.

PROPIEDAD INTELECTUAL

Remuneración equitativa por copia privada en soportes digitales. «Caso Freephone»

Aunque la normativa sobre remuneración por copia privada vigente en 2004 no aludía específicamente a los soportes digitales como sujetos al pago de la remuneración por copia privada ex art. 25 TRLPI, debe prevalecer una interpretación extensiva del precepto, ya que la palabra «soporte» o «material», según aparece en las distintas versiones vigentes de la norma, no permite una interpretación restrictiva aplicable sólo a soportes analógicos. STS 321/2012 (Sala 1ª) de 22.6.2012 (recurso de casación I.084/2007).

En 2004 la empresa Freephone Exarquia, SL adquirió y comercializó más de un millón de discos versátiles regrabables. La entidad de derechos de gestión colectiva de propiedad intelectual EGEDA demandó judicialmente a aquella mercantil y le reclamó la cantidad de 533.604,33 euros en concepto de remuneración compensatoria por copia privada audiovisual. La demandada alegó que los soportes en cuestión no eran materiales de reproducción visual o audiovisual aptos para el ejercicio del derecho de remuneración mencionado de acuerdo con la normativa aplicable, ya que en 2004 los soportes digitales aún no quedaban comprendidos dentro de aquellos en relación con los que se reconocía dicha remuneración.

El Alto Tribunal confirma la legalidad del sistema de remuneración por copia privada, y su ade-

cuación a la legislación comunitaria en materia de propiedad intelectual, incluso desde la perspectiva de la normativa vigente en 2004. En concreto, a partir de una interpretación conforme con la normativa y jurisprudencia comunitaria la remuneración compensatoria por copia privada se aplica a todos los materiales idóneos para realizar una reproducción para uso privado sin que la interpretación de cuáles sean dichos «materiales idóneos» pueda verse restringida por la naturaleza de los enumerados en el apartado 2 del art. 25 LPI según la redacción existente en 2004, momento de ocurrir los hechos. Consecuentemente, interpreta el Tribunal que incluso los DVDs digitales quedaban dentro del concepto de «soporte» (en terminología introducida por la Ley 23/2006) o «material» (terminología vigente en 2004) ex art. 25 TRLPI.

Derecho sui generis sobre base de datos. Concepto de reutilización de una base de datos relativa a encuentros de campeonatos de fútbol. Localización del acto de explotación. «Caso Sportradar»

La reutilización comprende cualquier acto que consista en difundir al público todo o parte del contenido de una base de datos. La localización de un acto de reutilización debe responder a criterios autónomos. Tratándose de Internet, la mera posibilidad de acceder en un Estado al contenido de una página web originada en otro Estado no basta por sí solo para concluir que el acto de explotación tiene lugar en aquel Estado. Habrá de atenderse a la intención del propietario de la página web de dirigirse al público situado en dicho Estado. STJUE (Sala 3ª) de 18.10.2012 (asunto C-173/11).

El TJUE resuelve una decisión prejudicial que se le plantea respecto de la interpretación del art. 7 de la Directiva 96/9 sobre protección jurídica de las bases de datos.

El litigio tiene por objeto una base de datos («Football live») que contiene una recopilación de datos relativos a encuentros de fútbol mientras se encuentran en curso de celebración (p.e. nombre de los goleadores, evolución de marcadores, etc.). Esta base de datos es propiedad de Football Dataco, entidad sujeta al Derecho británico.

Sportradar es una empresa alemana que difunde en directo los resultados de ligas de fútbol. Gestiona una página web de apuestas cuyo objeto es, entre otros, partidos de fútbol. Otras páginas web dedicadas al mismo negocio de apuestas, y siendo clientes de Sportradar, dirigen sus servicios al mercado británico. Dichas otras páginas web mantienen un vínculo o enlace con la página web de Sportradar.

Football Dataco y otros demandan a Sportradar por infracción de sus derechos de propiedad intelectual sobre la base de datos Football live (derecho sui generis) ante un tribunal inglés, y solicitan una indemnización por los daños derivados de la infracción por esta sociedad de su derecho sui generis sobre aquella

base de datos. La sociedad demandada impugna la competencia del tribunal inglés, y apenas cinco días después de presentar dicha impugnación presenta a su vez una demanda ante un tribunal alemán para que declare que la utilización de la base de datos mencionada no lesiona derechos de propiedad intelectual de Football Dataco.

La cuestión de fondo que se plantea ante el Tribunal de Justicia es determinar cuál es la ley aplicable al acto de explotación consistente en copiar datos de los partidos de fútbol del servidor de Football Live para ofrecerlos al público del Reino Unido que hace clic sobre las páginas web de los clientes de Sportradar. Desde este punto de vista, dos son las teorías aplicables, a saber: la de emisión o la de transmisión. Según la primera, mantenida por Sportradar, el acto de explotación sólo tiene lugar en el país de procedencia de los datos. Según la segunda, en cambio, el acto se produce no sólo en el Estado desde el que se envían los datos, sino también en el Estado en el que se encuentran los destinatarios de estos envíos.

Siendo ésta la cuestión interpretativa de fondo, el Tribunal insiste en su concepto amplio de «reutilización», el cual comprende cualquier acto, no autorizado por el fabricante de la base de datos protegida por ese derecho sui

generis, que consista en difundir entre el público todo o parte de su contenido. La naturaleza y la forma del procedimiento utilizado carecen de relevancia a estos efectos. Por lo tanto, entiende el Tribunal que un acto como el referido (envío vía servidor web de datos al ordenador de otra persona, previamente extraídos de una base protegida) constituye un acto de reutilización de una base de datos en sentido jurídico.

Asimismo, señala que la protección mediante el derecho sui generis se encuentra limitada al territorio del Estado miembro que haya previsto la protección. Consecuentemente, la persona que se beneficia de esta protección sólo puede invocarla frente a actos de reutilización no autorizados que han tenido lugar en ese territorio.

La localización de un acto de reutilización debe responder a criterios autónomos del Derecho de la Unión. Tratándose de una comunicación por Internet, la puesta a disposición del público, a diferencia de otros medios de comunicación tradicionales, se caracteriza por la ubicuidad del contenido, esto es, por la posibilidad de consulta del contenido por un número indeterminado de internautas en todo el mundo con independencia de la intención de la per-

sona que gestione la página web de que se produzca dicha posibilidad.

Consecuentemente, la mera posibilidad de acceder, en un determinado territorio nacional, al sitio de internet en el que se encuentran los datos en cuestión no basta para concluir que la persona que explota este sitio lleva a cabo un acto de reutilización sujeto al Derecho que rija en ese territorio. La localización de un acto de reutilización en el territorio del Estado miembro al que se envían los datos depende de que concurren indicios que permitan concluir que este acto pone de manifiesto la intención de su autor de dirigirse a las personas situadas en este territorio (p.e. en el caso analizado, que los datos se refieran a partidos de fútbol de la liga nacional del destinatario de los datos, o el idioma utilizado en la transmisión de los datos). Si concurren, y a la vista del caso concreto, el Tribunal concluye que el acto de reutilización tiene lugar en el Estado miembro B.

El Tribunal no admite la tesis de Sportradar basada en la teoría de la emisión, según la cual en todos los casos el acto tiene lugar en el país en el que está situado el servidor web a partir del cual se envían los datos en cuestión.

DERECHOS FUNDAMENTALES

Solicitud de datos de carácter personal al responsable de su tratamiento en el marco de unas diligencias preliminares. «Caso Adicae».

Ninguna resolución judicial puede requerir este tipo de datos al responsable sin una específica motivación, menos aún en fase de diligencias preliminares. Dicha resolución debe cumplir con un juicio de proporcionalidad, lo que significa que debe justificarse especialmente que la medida invasora del derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal sea idónea, necesaria y equilibrada. STC 96/2012, de 7.5 (Sala 1ª) (recurso de amparo 8640-2010).

La Asociación de Usuarios de Banca, Cajas de Ahorros y Seguros de España (Adicae) presentó un escrito de diligencias preliminares contra el BBVA con la finalidad de interponer una demanda de consumo colectiva en ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios. En el marco de esa solicitud, Adicae solicitaba del Juzgado que requiriese al BBVA un listado de determinados productos financieros que contenían los datos personales de las personas físicas que hubieran contratado con dicha entidad bancaria los productos financieros a los que se refería la demanda colectiva. En concreto, los datos requeridos comprendían el nombre, apellidos, DNI, dirección postal actualizada, número de teléfono, fax y correo electrónico de clientes del BBVA.

El Juzgado acordó por auto acceder a la solicitud de diligencias preliminares, y por tanto, ordenaba a la entidad financiera a poner a disposición de Adicae los listados por esta solicitados. BBVA se opuso a esta decisión argumentando que la comunicación solicitada infringía el derecho a la intimidad y a la protección de los datos de carácter personal ex art. 18.1 y 4 CE, y, concretamente, argüía que el Juzgado accedía a la entrega de los datos a la asociación demandante sin verificar si dicha medida resultaba justificada en atención a la naturaleza de las futuras acciones procesales a ejercer.

Tras diversos avatares procesales, la entidad BBVA acaba por interponer un recurso de amparo contra el auto del Juez antes mencionado, y entre otras cuestiones, alega: (i) infracción del art. 24 CE en la medida en que la resolución objeto del recurso aplica de forma arbitraria e irrazonable el art. 256.1.6 LEC, al no tener en cuenta las limitaciones derivadas del derecho fundamental a la intimidad y a la protección de datos personales (apartados 1 y 4 del art. 18 CE), y al ordenar la entrega al Juzgado de un conjunto de ficheros con datos personales de cuya custodia, tratamiento y conservación es responsable el BBVA; y (ii) infracción del art. 18.4 CE, ya que el órgano judicial pretende recabar esos datos con la finalidad de ponerlos a disposición de una asociación de consumidores y usuarios sin contar con el previo conocimiento y consentimiento de los titulares de esos datos y sin que exista ninguna previsión explícita para garantizar que quien reciba estos datos los utilizará exclusivamente para las finalidades previstas.

El TC señala, insistiendo en su tradicional jurisprudencia en relación con el derecho fundamental ex art. 18.4 CE, que el derecho a la protección de los datos de carácter personal deriva de este precepto, el cual comprende, entre otros, el derecho del ciudadano a oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos del que legi-

timó su obtención. Se trata de un derecho más amplio que el de intimidad, cuyo objeto de protección no se limita a datos íntimos, sino a cualquiera que, aunque pueda ser público o conocido, sea utilizado o conocido por terceros afectando a los derechos de la persona.

En este sentido, el contenido del derecho fundamental a la protección de datos otorga a su titular un poder de disposición y de control sobre los datos personales, que se concreta en consentir su recogida, obtención y acceso a los datos, su posterior almacenamiento, así como su uso por terceros. Consecuentemente, el titular de los datos tiene el derecho a saber quién está en posesión de sus datos y para qué fin.

De aquí infiere el Alto Tribunal que cuando el Juez, en el seno de un procedimiento de medidas preliminares, solicita un fichero que contiene un conjunto de datos personales con la finalidad de hacérselos llegar a una asociación que pretende iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, a fin de concretar a los integrantes del grupo de afectados, está limitando el contenido del derecho fundamental a la protección de datos protegido por el art. 18.4 CE y, en consecuencia, deberán darse los presupuestos habilitantes necesarios para que dicha injerencia en el derecho fundamental pueda calificarse de constitucionalmente legítima.

Solamente se podrán traspasar los límites de este derecho fundamental si la medida limitativa está prevista en una Ley; que se haya adoptado mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea una medida idónea, necesaria

y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo.

El Tribunal señala, en este sentido, que las resoluciones limitativas de derechos fundamentales no encuentran su fundamento constitucional en la genérica obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales que resulta del derecho a la tutela judicial efectiva, sino en la protección del derecho sustantivo. Lo que implica que la ausencia de motivación ocasiona, por sí sola, en estos casos la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo.

El Tribunal resuelve, finalmente, que el auto objeto de recurso no precisa suficientemente cuál es la relación causal entre la necesidad de obtener los datos solicitados y el tipo de acciones que se pretende iniciar; toda vez que para el ejercicio de una acción de cesación, como la instada, no son necesarios los datos que se solicitan en la demanda. Achaca también a la resolución recurrida la falta de todo juicio de proporcionalidad, requisito imprescindible en toda medida judicial restrictiva de derechos fundamentales. Y la proporcionalidad viene dada por tres requisitos sucesivamente: la idoneidad de la medida propuesta para conseguir el fin propuesto; la necesidad en el sentido de que no haya otra medida alternativa más moderada para dicho fin; y que la medida sea equilibrada, esto es, que de ella se deriven más beneficios para la generalidad que perjuicios sobre otros valores en conflicto. Todas estas condiciones no se encuentran en el auto recurrido y, por tanto, el Tribunal concluye que el mismo infringe el art. 18.4 CE, sin que sea suficiente la genérica habilitación legal del art. 256.1.6 LEC.

Derecho a la tutela judicial efectiva. No cabe declarar desierto un recurso de apelación por el impago de la tasa judicial si no se ha dado al recurrente la posibilidad de subsanar el pago de la tasa judicial. «Caso Viajes Mapfre»

El establecimiento de la denominada «tasa judicial» es constitucional. No obstante, si el apelante no procede al pago de la misma, el Secretario judicial debe llamar la atención sobre el defecto y dar un plazo para su subsanación. Si ello se omite, la declaración de firmeza de la resolución recurrida sobre la base del impago de la tasa atenta contra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. STC (Sala 2ª) 125/2012, de 18.6 (recurso de amparo 5583-2005).

La Sec. 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid declaró desierto un recurso de apelación interpuesto por Viajes Mapfre Agencia de Viajes, S.A. por entender que ésta no había acreditado haber autoliquidado en tiempo la «tasa judicial». No se refería el órgano jurisdiccional al requisito de la prueba de haber abonado dicha tasa, sino al requisito del pago mismo.

Viajes Mapfre entiende que la declaración de firmeza de la sentencia recurrida por parte de la Audiencia, sobre la base de que la parte apelante no ha acreditado el pago de la «tasa judicial», lesiona su derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Es más: plantea la constitucionalidad misma de esta tasa y cuestiona su legalidad a la luz del citado precepto.

Según el Tribunal Constitucional reiterando la doctrina establecida en otras resoluciones recientes (STC 20/2012, 103/2012 y 104/2012), el establecimiento de la «tasa judicial» es constitucional, y, por tanto, lo es condicionar la sustanciación del proceso civil instado por personas jurídicas con ánimo de lucro, sujetas al impuesto de sociedades y con una facturación anual elevada, a que acrediten que han satisfecho el deber de

contribuir al sostenimiento del gasto público que conlleva el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el cual, no se olvide, les beneficia de modo particular en la medida en que juzga las pretensiones deducidas en defensa de sus derechos e interés legítimos en el orden civil. Esta misma doctrina es predicable cuando la pretensión se deduce en fase de recurso.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto de la queja concreta deducida por la entidad recurrente, teniendo en cuenta que el Secretario del órgano de instancia (ante el que se presentó el recurso de apelación) no advirtió a la recurrente acerca de la omisión de la prueba de la autoliquidación de la tasa, privándole, por tanto, del plazo de subsanación de diez días previsto legalmente, y que, asimismo, la Sala del tribunal *ad quem* requirió a la recurrente por cinco días para que acreditara el pago de la tasa correspondiente, so pena de declarar desierto el recurso (lo que finalmente ocurrió), concluye el Tribunal Constitucional que se lesionó el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de Viajes Mapfre en su vertiente de acceso a los recursos legalmente previstos.

Derechos a la propia imagen y a la intimidad personal. Fotografías captadas a una modelo en una playa de difícil y limitado acceso. «Caso Elsa Pataky»

El carácter público o privado de una playa no es determinante de la licitud de la captación de imágenes de una persona, sino más bien las circunstancias que dicha persona haya podido buscar en esa playa para restringir la posibilidad de que una persona pueda acceder a dichas imágenes. Ponderación de los derechos en pugna. STS (Sala 1ª) 518/2012, de 24.7 (recurso de casación 208/2010).

La demandante es la conocida modelo Elsa Pataky. Demanda a la editorial de la revista «Interviú» y otros por haber publicado sin su permiso unas fotografías suyas, realizadas con teleobjetivo, en las que aparece posando en una sesión fotográfica con el pecho descubierto y, en ocasiones, de espaldas totalmente desnuda. Las fotografías se hicieron en una playa de libre tránsito público.

La sentencia de primera instancia vino a estimar sus pretensiones, pero no así la de apelación, que eximió de responsabilidad a las entidades demandadas, por entender que las fotografías habían sido captadas en un lugar público como era una playa, sin que hubiera en el ánimo de la demandante intención de preservar del conocimiento ajeno su imagen e intimidad. Frente a esta última resolución, la demandante interpone recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

El Tribunal Supremo da la razón a la recurrente y matiza que, pese a que una playa puede considerarse un lugar público, la franja de playa en la que aquella se dejó hacer la sesión fotográfica estaba preservada del general conocimiento y acceso público. Llega a esta conclusión a la vista de circunstancias tales como que el lugar pertenecía a un lujoso y exclusivo hotel, lo que debería garantizar cierta privacidad; a las fechas elegidas para la sesión (marzo, es decir, un mes no tradicionalmente turístico); el hecho de que el posado se hacía para una revista determinada (Elle) en relación con un personaje público (la

demandante); y la ausencia de público del entorno en el que se hacía dicho reportaje. El Alto Tribunal no presta, pues, atención al carácter público o privado de la playa, sino más bien a las circunstancias de privacidad que se buscaron para realizar la sesión fotográfica en cuestión.

El Tribunal Supremo analiza también la colisión entre el derecho a la libertad de información y la imagen e intimidad personal. A este respecto, aun partiendo de la supremacía de los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor, intimidad personal y a la propia imagen, como garantía para la formación de una opinión pública libre, no olvida insistir en que el resultado de la colisión entre ambos derechos depende de la aplicación de la técnica de la ponderación. Entre otros criterios, esta técnica exige valorar (i) si la información tiene relevancia pública o interés general, o se proyecta sobre personas con proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso en relación con los derechos de imagen y honor; (ii) si la información es veraz (a diferencia de la libertad de expresión), entendiendo una razonable diligencia por el informador para contrastar la información según pautas profesionales aunque la información pueda ser desmentida o no confirmada; (iii) que la información no sobrepase el fin informativo dando un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado; (iv) que la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad; y (v) que la publicación de los datos

de la vida privada esté justificada por los usos sociales, o que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente de carácter íntimo o privado.

Aplicando los criterios mencionados al caso expuesto, y teniendo en cuenta las circunstancias

del caso, el Alto Tribunal concluye que hubo lesión de los derechos de imagen e intimidad de la recurrente. En cualquier caso, el Tribunal sigue reconociendo que los medios pertenecientes al género del entretenimiento generan un interés público aceptado por los usos sociales.

DERECHO CIVIL

Adquisición de la nacionalidad española por residencia

Plan intensivo de tramitación. Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de octubre de 2012.-

Se ha publicado en el B.O.E. n.º. 247, de 13 de octubre (entró en vigor al día siguiente), la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2.10.2012, por la que se establecen diversas medidas para agilizar la tramitación del procedimiento por el que los ciudadanos extranjeros pueden solicitar la nacionalidad española por residencia.

A este respecto, las novedades introducidas por esta Instrucción son las siguientes. En primer lugar, se ordena que los expedientes de concesión de nacionalidad por residencia se digitalicen en el Centro de Digitalización de Nacionalidad ubicado en las instalaciones del Colegio de Registradores de Madrid. El objetivo es convertir los documentos actualmente en soporte papel a soporte electrónico.

En segundo término, se confirma el carácter tasado de la documentación a presentar en los Registros Civiles competentes para la tramitación del expediente, sin que se pueda solicitar al ciudadano documentación adicional.

Por último, se acentúa la importancia de que sea el Encargado del Registro Civil quien entreviste personalmente al solicitante a fin de valorar el requisito de su integración en la sociedad española. En este sentido, se valorará el dominio que del idioma español tenga el solicitante, así como su conocimiento de las instituciones, costumbres y adaptación al modo y estilo de vida españoles.

Obligación de alimentos. Declaración de inconstitucionalidad de la expresión «comunes» contenida en el art. 123.3 de la Ley 4/1995 del Derecho civil de Galicia

Nulidad del precepto por privar de protección a los descendientes del causante que no sean comunes con el usufructuario en el marco del usufructo voluntario de viudedad. STC 171/2012, de 4.10 (cuestión de inconstitucionalidad 311/2003, dictada por el Pleno).

La STC 171/2012, de 4 de octubre declara inconstitucional el art. 123.3 de la Ley 4/1995 del Derecho civil de Galicia por contrariar los arts. 14 y 39 CE. Recordemos que en virtud de dicho precepto, la obligación alimenticia a cargo del cónyuge viudo y a costa del usufructo regía con respecto a los hijos y descendientes *comunes*, pero no se extendía a los que lo fueran sólo del fallecido que concediera el usufructo voluntario de viudedad a favor de su cónyuge, aun cuando dichos descendientes debieran soportar también el usufructo. La Ley 4/1995 fue derogada por la Ley 2/2006, de 14 de junio, que regula actualmente el Derecho civil de Galicia. El

cuestionado art. 123.3 ha sido sustituido por el actual 243.3 del que ha desaparecido la referencia a la naturaleza «común» de los hijos o descendientes que precisen alimentos con cargo al usufructo viudal.

Siguiendo el criterio de que la Constitución prohíbe la diferencia de trato que no esté justificada por criterios objetivos y razonables, el Tribunal concluye que la norma cuestionada, al regular las obligaciones que pesan sobre el beneficiario de un usufructo viudal, trata de forma diferente a los hijos y descendientes comunes de los que no lo son, motivo por el cual es inconstitucional.

Custodia compartida. Declaración de inconstitucionalidad del inciso «favorable» contenido en el art. 92.8° CC

El principio dispositivo propio de todo procedimiento civil se halla muy limitado en los procesos relativos a divorcio o separación en los que los intereses de los menores puedan quedar afectados. Por ello debe intervenir el Ministerio Fiscal como defensor legal de los menores. No obstante, a la hora de decidir sobre la custodia compartida del menor en dichos procedimientos no resulta razonable limitar la decisión del Juez por el informe desfavorable a aquella medida emitido por el Ministerio Público, excluyéndose la valoración de otro medio de prueba que pueda aconsejar esa custodia. Al limitar la decisión del Juez irrazonablemente, el precepto contraría el art. 117.3 y 24.1 de la Constitución. STC 185/2012, de 17.10 (cuestión de inconstitucionalidad 8912/2006, dictada por el Pleno).

En el marco de un procedimiento de divorcio, el Juzgador de instancia concede la guarda y custodia de la hija común exclusivamente a la madre, fundamentando dicha medida en que el Derecho positivo «actual» le impedía el reconocimiento de una guarda y custodia compartida, al haber informado negativamente el Ministerio Fiscal a dicha posibilidad. Nótese que bajo esa consideración el Juzgador no entró a conocer si dicho régimen era más beneficioso para la menor o no.

Esta decisión fue objeto de apelación, y es precisamente la Sala quien plantea una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el apartado 8° del art. 92 CC, concretamente, respecto del adjetivo «favorable» en la redacción dada a aquel precepto por la Ley 15/2005. La cuestión se fundamentaba en considerar la vulneración de la norma civil a los arts. 14, 24, 39 y 117 CE, en cuanto hace supeditar la decisión jurisdiccional de la custodia compartida del hijo menor a petición de uno de los progenitores a la existencia de informe favorable del Ministerio Fiscal.

El Tribunal Constitucional empieza señalando que todos los poderes públicos deben velar por el superior interés y beneficio del menor de edad, y, en particular, que los procesos judi-

ciales de familia no constituyen un simple conflicto entre pretensiones privadas, no pudiendo decidirse sobre ellos dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes. Respecto del precepto cuestionado, dice el Tribunal que se enmarca en un procedimiento en el que el principio dispositivo se encuentra muy limitado al afectar a un tercero que no es parte procesal (el menor) el resultado del litigio: de ahí la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, cuya actuación está orientada por los principios de imparcialidad, defensa de la legalidad e interés público o social.

Consecuentemente, cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente, sino que lo es, siempre, el del menor.

En este contexto - argumenta el Tribunal - resulta razonable dotar de carácter necesario al informe del Ministerio Fiscal por su condición de defensor legal de los menores, y teniendo en cuenta la naturaleza excepcional del art. 92.8 CC.

Ahora bien, bajo el prisma de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, ha de considerarse que sólo si el informe es favorable, puede el Juez decidir sobre la custodia compartida del menor. Por el contrario, si resulta desfavorable, el órgano jurisdiccional no se encuentra facultado para acordar o establecer dicha medida. Y es en este punto donde el Alto Tribunal encuentra que no es razonable la norma enjuiciada, puesto que una custodia compartida sólo puede imponerse cuando el interés prevalente del menor, a la vista de toda la prueba practicada, así lo aconseje al parecer del Juez que decide sobre el asunto. Dicha decisión no debe quedar sujeta única y exclusivamente al parecer del Ministerio Fiscal, tal y como propicia la normativa puesta en tela de juicio, la cual viene a impedir al órgano jurisdiccional valorar y sopesar el resto de la prueba practicada, quedando su decisión vinculada a la del informe del Ministerio Público.

Por otra parte, esta limitación al poder judicial por el valor decisivo que el legislador concede al informe desfavorable del Ministerio Público

choca con la regulación civil y procesal que otorga al Juez facultades para adoptar medidas beneficiosas al menor (cfr. arts. 158 CC o 752 LEC), lo que profundiza en la consideración de irrazonable del fin de la norma cuestionada.

En suma, la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8º CC resulta contraria al art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional, y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida. También contraría el art. 24.1 CE, en la medida en que el hacer depender el pronunciamiento judicial de un informe favorable del Ministerio Fiscal menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo, el cual queda, en los términos legales enjuiciados, vinculado necesariamente al parecer del Ministerio Público.

Esta sentencia cuenta con varios votos particulares.

Matrimonio homosexual. Declaración de constitucionalidad de la Ley 13/2005 por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio

La institución del matrimonio sigue siendo reconocible como comunidad de afecto en un proyecto de vida en común familiar en el caso de los matrimonios entre personas del mismo sexo. La nueva concepción del matrimonio, que comprende el celebrado entre personas del mismo sexo, obedece a una interpretación evolutiva del texto constitucional, condicionada a su vez por la evolución del pensamiento social y jurídico respecto de esta cuestión. STC de 6.11.2012 (recurso de inconstitucionalidad 6864-2005, dictada por el Pleno).

La Ley 13/2005 modificó diversos preceptos del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. La modificación más importante afectó a su art. 44 II, según cuya nueva redacción el matrimonio tiene unos mismos requisitos y efectos con independencia de que

los contrayentes tengan el mismo o diferente sexo. A juicio de los recurrentes, este significativo cambio legal modifica la concepción secular, constitucional y legal del matrimonio como unión de un hombre y una mujer, y atenta contra diversos preceptos constitucionales, entre

otros, los arts. 10.2, 14 y 39.1. Principalmente, se alega que la nueva ley contraría el art. 32 CE en la medida en que reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

Precisamente, el Tribunal presta la mayor atención al art. 44 II CC, y su compatibilidad con el art. 32 CE, señalando que la viabilidad jurídica de los otros motivos de inconstitucionalidad alegados depende en buena medida de la constitucionalidad de aquel precepto.

Debe destacarse, en primer lugar, la declaración de que matrimonio y familia son bienes constitucionales diferentes, de manera tal que la Constitución no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia de la que tiene su origen en el matrimonio, ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia. Son dignos de protección constitucional los matrimonios sin descendencia, las familias extramatrimoniales o monoparentales, y los hijos con independencia de que hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio, de que se haya producido nulidad matrimonial o separación legal o divorcio, entre otras situaciones. El art. 39 CE incluye las familias cuyo origen está en el matrimonio, pero también las que no lo tienen.

Desde la perspectiva del art. 32 CE, dice el Tribunal que el matrimonio es al mismo tiempo una garantía institucional y un derecho constitucional. La primera se proyecta respecto de instituciones públicas y privadas, disponiendo el legislador de un amplio margen para definir su contenido respectivo. Como derecho constitucional, el ciudadano debe ver preservada su posición jurídica derivada del reconocimiento de tal derecho.

Enjuiciando desde esta doble perspectiva la reforma introducida por la Ley 13/2005, el Alto

Tribunal, siguiendo una denominada «interpretación evolutiva» del texto constitucional (basada en la observación de la realidad social jurídicamente relevante), concluye que, aunque el legislador constitucional de 1978 no tuvo en consideración un matrimonio homosexual, la institución del matrimonio en el contexto sociojurídico actual no aparece desdibujada como consecuencia de la reforma cuestionada y sigue siendo reconocible como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. El hecho de que el matrimonio, actualmente, pueda celebrarse entre personas del mismo sexo no hace irreconocible al matrimonio así definido. Al contrario, se concibe el matrimonio en el mundo occidental desde un punto de vista plural.

Respecto de la posibilidad de adopción por personas pertenecientes a un mismo sexo, el Tribunal señala que el deber de protección integral de los hijos que se deriva del art. 39.2 CE no queda afectado por el hecho de que se permita o se prohíba a las personas homosexuales adoptar, bien de forma individual, bien conjuntamente con su cónyuge. Sólo quedaría afectado si la legislación no garantizase que, en el procedimiento de adopción, el objetivo fundamental fuese la preservación del interés del menor, circunstancia que no concurre en este caso.

Esta sentencia cuenta con votos particulares de diversos magistrados.