



Roj: **STS 1867/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1867**

Id Cendoj: **28079110012018100283**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/05/2018**

Nº de Recurso: **2980/2017**

Nº de Resolución: **297/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 1025/2017,**
STS 1867/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 297/2018

Fecha de sentencia: 23/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2980/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

Procedencia: Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2980/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 297/2018

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 23 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por el demandante D. Feliciano , representado por el procurador D. Fernando Quiñoá Rico bajo la dirección letrada de D. Xaime da Pena Gutiérrez, contra la sentencia dictada el 10 de mayo de 2017 por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña en el recurso de apelación n.º 71/2017 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1213/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de A Coruña sobre tutela civil de derechos fundamentales. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora D.ª Ana María Espinosa Troyano bajo la dirección letrada de D. Rafael Castellano Lasa. También ha sido parte, por disposición de la ley, el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 9 de diciembre de 2015 se presentó demanda interpuesta por D. Feliciano contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., BBVA S.A., solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos declarativos y de condena:

«a) La existencia de una intromisión ilegítima en los términos de los artículos 7 y 2 de la Ley Orgánica 1/1982 , sufrida por Feliciano por la utilización de su nombre para fines mercantiles, de la que ha sido responsable dicha demandada.

»b) Condeno a la demandada BBVA al cese en todo uso mercantil o de cualquier otro tipo del nombre del actor, así como a la publicación a su cargo de esta sentencia en las páginas Web de la entidad bancaria de forma que se pueda dar conocimiento público de tal situación.

»c) Asimismo deberá abonar al actor en concepto de indemnización la cantidad de CIENTO CUARENTA MILLONES DE EUROS, si las certificaciones emitidas alcanzaran la cantidad de 140.000.

»Subsidiariamente, y por el mismo concepto, la cantidad de CIENTO DOCE MILLONES DE EUROS, si las certificaciones emitidas alcanzaran el de 112.000.

»Subsidiariamente, y por el mismo concepto, la cantidad de NOVENTA MILLONES DE EUROS si las certificaciones emitidas alcanzaran las 90.000.

»Subsidiariamente, y por el mismo concepto, la cantidad de SETENTA Y DOS MILLONES DE EUROS si las certificaciones emitidas alcanzaran las 72.000.

»Subsidiariamente, y por el mismo concepto, la cantidad de CINCUENTA Y OCHO MILLONES DE EUROS, si las certificaciones libradas alcanzaran las 58.000.

»Subsidiariamente, y por el mismo concepto, aquella que se determine a resultas de la prueba que se practique siempre en relación a las certificaciones libradas, cantidades certificadas y responsabilidades civiles habidas.

»Subsidiariamente la cantidad de 128.207,42? equivalente al salario de mi representado desde que se libró la primera de las certificaciones hasta la de última.

»Cantidades todas ellas que serán incrementadas en los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda de conciliación y los intereses preceptuados en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta resolución, con imposición de las costas a la parte demandada».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de A Coruña, dando lugar a las actuaciones n.º 1213/2015 de juicio ordinario, emplazado el demandado y dado traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, este contestó remitiéndose al resultado de las pruebas que fueran practicadas, y el demandado contestó solicitando la íntegra desestimación de la demanda «declarando la temeridad de la parte actora al interponerla y condenándola al pago de las costas causadas».

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado- juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 11 de noviembre de 2016 desestimando la demanda por caducidad de la acción e imponiendo las costas al demandante, respecto del cual hacía expresa declaración de haber litigado con temeridad.

Por auto de 12 de diciembre de 2016 se denegó la aclaración, complemento o subsanación de la sentencia y la suspensión del plazo, todo ello solicitado por el demandante.



CUARTO.- Interpuesto por el demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso el demandado y que se tramitó con el n.º 71/2017 de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, esta dictó sentencia el 10 de mayo de 2017 con el siguiente fallo:

«Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Feliciano contra la sentencia de fecha 11 de noviembre de 2016 dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Once de esta ciudad, que revocamos en el único aspecto de dejar sin efecto la declaración expresa de temeridad del actor. Confirmamos en lo restante la sentencia apelada, sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada».

Por auto de 26 de mayo de 2017 se denegó la subsanación, aclaración, complemento o rectificación de esta sentencia de segunda instancia, solicitados por el demandante-apelante por entender que la sentencia no se pronunciaba sobre todos los argumentos opuestos a la caducidad, en particular que la entidad demandada hubiera utilizado la firma y el nombre del demandante hasta abril de 2012 como mínimo.

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia el demandante-apelante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal se componía de un solo motivo con el siguiente encabezamiento:

«PRIMERO.- **ENCABEZAMIENTO:** Infracción procesal al amparo del 469.1.2º LEC por infracción del art. 216 y 218.1 LEC ».

El recurso de casación, formulado al amparo del art. 477.2.1.º LEC, se componía de tres motivos con los siguientes encabezamientos:

« PRIMERO.- **ENCABEZAMIENTO:** Casación al amparo de lo establecido en los supuestos 1 y 3 del art. 477.2 LEC, por infracción en concepto de errónea interpretación del art. 9.5 de la LO 1/82, que establece el plazo de caducidad de la acción, al computarse erróneamente el *dies a quo* del término de la caducidad y así mismo, por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo en relación a esta materia».

»SEGUNDO.- **ENCABEZAMIENTO:** Casación al amparo de lo establecido en los supuestos 1 y 3 del art. 477.2 LEC, por infracción en concepto de errónea interpretación del art. 9.5 de la LO 1/82, que establece el plazo de caducidad de la acción y por oponerse así mismo la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo».

»TERCERO.- **ENCABEZAMIENTO:** Casación al amparo de lo establecido en los supuestos 1 y 3 del art. 477.2 LEC, por infracción en concepto de errónea interpretación del art. 9.5 de la LO 1/82 que establece el plazo de caducidad de la acción, y así mismo, por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo en relación a esta materia».

Mediante otrosí solicitaba, al amparo del « art. 471 LEC », la práctica de la siguiente prueba:

«Requerimiento a la demandada para que aporte una relación detallada de todas las certificaciones utilizadas en nombre de mi mandante desde 2008 hasta la fecha de hoy, así como relación de los procedimientos judiciales generados a partir de las mismas, especificando expresamente la fecha en que dichos procedimientos judiciales se generaron y devinieron firmes. La finalidad de la práctica de esta prueba es acreditar que como mínimo cuatro años antes de la fecha de la interposición de la demanda se seguía produciendo la intromisión en los derechos fundamentales de mi mandante, a fin de probar que la acción ejercitada no está caducada, y demostrar por tanto que se ha incurrido en las infracciones descritas en los motivos de este Recurso».

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma el demandante y la demandada por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, los recursos fueron admitidos por auto de 29 de noviembre de 2017, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la desestimación de ambos recursos con imposición de costas al recurrente. Por su parte, el Ministerio Fiscal emitió informe interesando también la desestimación de los recursos.

SÉPTIMO.- Por providencia de 24 de abril del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 9 de mayo siguiente, en que ha tenido lugar. En la misma providencia se acordó no haber lugar a practicar la prueba interesada por la parte recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO. - El presente litigio versa sobre la posible existencia de intromisión ilegítima en los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen del hoy recurrente por el uso de su identidad (nombre, apellidos y firma digital) para fines comerciales. No obstante, como la demanda ha sido desestimada en ambas instancias por considerarse caducada la acción, sin entrar a conocer del fondo, la controversia se contrae en casación a esta única cuestión, en particular a la determinación del día inicial del cómputo.

Sentado lo anterior, son antecedentes relevantes para la decisión de los recursos los siguientes:

1.- D. Feliciano trabajó para BBVA, unidad de Servicios Jurídicos (departamento encargado de la verificación y certificación de saldos deudores con vistas a su reclamación mediante procesos monitorios), hasta que su contrato fue suspendido el 1 de abril de 2008 con efectos desde el día siguiente (doc. 1 de la demanda), situación en la que se mantuvo hasta su jubilación, prevista para el 12 de febrero de 2010.

2.- No se discute que con posterioridad a que se acordara suspender la relación laboral la entidad bancaria siguió usando el nombre, los apellidos y la firma digital del Sr. Feliciano en las certificaciones de deuda que emitía.

3.- El Sr. Feliciano tuvo conocimiento por vez primera del posible uso irregular de su nombre, apellidos y firma digital el 8 de mayo de 2010, a resultas de una llamada telefónica que recibió de una cliente del BBVA que había sido requerida en un proceso monitorio instado por el banco (doc. 7 de la demanda).

4.- El 22 de junio de 2010 el Sr. Feliciano remitió un burofax a los Servicios Jurídicos Centrales del BBVA requiriéndoles para que dieran solución a la utilización irregular de su nombre y firma digital (doc. 4).

5.- El 27 de julio de 2010 presentó demanda de conciliación contra el banco (autos 1147/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de A Coruña). Solicitaba del banco que se reconocieran los hechos, que se procediera a solucionar el problema de la utilización irregular de su nombre y firma y, en tercer lugar:

«A que proceda a entregar al demandante de conciliación una relación en la que figuren todas y cada una de las certificaciones de saldos que se han emitido desde el pasado 2 de abril de 2008 hasta el día de la fecha como presuntamente firmadas por el demandante, así como de los procedimientos judiciales en los cuales se utilizaron dichas certificaciones».

6.- El 26 de octubre de 2010 se celebró el acto de conciliación, que concluyó sin avenencia (docs. 11, 12 y 13 de la demanda). BBVA presentó en ese acto un escrito (doc. 12 de la demanda) en el que manifestaba:

«1. Que reconoce como ciertos los hechos relatados en la demanda de conciliación.

»2. Que una vez que tuvo conocimiento de los hechos procedió a solucionar con fecha enero de 2010 el problema puesto de manifiesto en la papeleta de conciliación, habiéndoselo notificado verbalmente al interesado así como habiéndole explicado los escasos perjuicios que podrían haberse resultado de ese error ya solventado.

»3. Que no se ha derivado hasta la fecha perjuicio alguno al conciliante por los hechos descritos ni se van a derivar en el futuro como hemos expuesto y se ha transmitido al propio conciliante, por lo que carece de sentido dar cumplimiento a la tercera petición de la papeleta».

7.- El 13 de enero de 2012 el Sr. Feliciano formuló denuncia contra el presidente y otros directivos de la referida entidad por presuntos delitos de falsedad documental y estafa (doc. 8 de la demanda). A resultas de la misma el Juzgado de Instrucción n.º 2 de A Coruña incoó diligencias previas n.º 1966/2012 por «delito sin especificar» y solicitó informe del Ministerio Fiscal, que con fecha 9 de agosto de 2012 consideró lo siguiente: «a priori y sin perjuicio de calificación ulterior, los hechos relatados en la denuncia revisten indicios de un delito continuado, bien de falsedad en documento mercantil del artículo 392 en relación con el art. 390.1.2.º del C.P., o bien, en su caso, de falsificación de certificado o utilización de certificado falso por un particular del artículo 399» (fundamento de segundo 6 de la sentencia recurrida). Con fecha 3 de marzo de 2014 se dictó auto de sobreseimiento provisional y archivo por «ausencia de relevancia penal de los hechos denunciados al no acreditarse ni la concurrencia del elemento subjetivo exigido por el tipo penal (dolo falsario), ni la transcendencia de la falsedad en sí misma, al no alterar el documento respecto a su contenido esencial (la existencia y cuantía de la deuda que se certifica)» (fundamento de segundo 6 de la sentencia recurrida). Este auto fue confirmado por otro del propio juzgado de 13 de mayo de 2014, desestimatorio del recurso de reforma, y por auto de la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña de fecha 12 de junio de 2015 (doc. 14 de la demanda), desestimatorio del ulterior recurso de apelación.

8.- Con fecha 9 de diciembre de 2015 tuvo entrada en el decanato de los Juzgados de A Coruña la demanda del presente litigio, interpuesta por el Sr. Feliciano contra BBVA por supuesto uso indebido- en multitud de certificaciones de deuda y por tanto, según decía, para fines comerciales- de su nombre, apellidos y firma



digital, en la que solicitaba se declarase la existencia de una intromisión ilegítima «en los términos de los arts. 7 y 2» LO 1/1982 y se condenara a la citada entidad a cesar «en el uso mercantil o de cualquier tipo del nombre del actor, así como a la publicación a su cargo de esta sentencia en las páginas web de la entidad», y a satisfacer una indemnización por los daños ocasionados. Para calcular esta indemnización tomaba como referencia la cuantía media de los honorarios de un corredor de comercio por cada certificación expedida, de modo que solicitaba una cantidad igual al importe de las certificaciones de deuda emitidas constitutivas de intromisión ilegítima. En concreto solicitaba 140 millones de euros como pretensión principal, para el caso de que las certificaciones emitidas alcanzaran la cifra de 140.000 («a razón de 1.000 euros por cada certificación emitida, calculándose sobre la cuantía media de los honorarios que un Corredor de Comercio cobra por cada certificación expedida») y, con carácter subsidiario, 112, 90, 72 o 58 millones de euros, en correspondencia a que fuera menor el número de certificaciones emitidas, o bien la cantidad que por el mismo concepto resultara de la prueba). Subsidiariamente a todas las anteriores cantidades interesaba la de 128.207,42 euros, que decía equivalente al salario del demandante «desde que se libró la primera de las certificaciones hasta la última». En todos los casos reclamaba además los intereses legales de dichas cantidades «desde la fecha de interposición de la demanda de conciliación», con imposición de costas a la demandada.

9.- El Ministerio Fiscal contestó a la demanda remitiéndose en todo caso a lo que resultara de la prueba practicada. El banco demandado se opuso a la demanda alegando, en lo que interesa, que la acción estaba caducada. Para fundar esta excepción sostuvo, en síntesis: (i) que según la doctrina de esta sala en sentencias 285/2009, de 29 de abril, y 452/2015, de 16 de julio, la acción civil para la tutela de los derechos fundamentales al amparo de la LO 1/1982 estaba sujeta al plazo de cuatro años (art. 9.5), que por ser de caducidad y no de prescripción no se veía interrumpido por la existencia de un procedimiento penal anterior en casos como este en que la acción civil se hubiera ejercitado transcurrido dicho plazo; y (ii) que esta doctrina resultaba de aplicación, ya que la demanda se presentó el 9 de diciembre de 2015 cuando en realidad la acción civil podía haberse ejercitado desde el mismo momento en que se presentó la demanda de conciliación, el 26 de julio de 2010.

10.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y condenó en costas al demandante, apreciando su temeridad a los efectos de que no se le aplicara el límite del art. 394.3 LEC. En lo que interesa, sus razones fueron, resumidamente, las siguientes: (i) las acciones civiles para la tutela de los derechos fundamentales previstas en la LO 1/1982 están sujetas al plazo de caducidad de cuatro años del art. 9.5, que es controlable de oficio, siendo doctrina consolidada a partir de la sentencia de esta sala 285/2009, de 29 de abril, que por ser de caducidad no se interrumpe por la incoación de actuaciones penales por los mismos hechos, que únicamente no procederá apreciar su caducidad ni su extinción si la acción civil se ejercita en dicho plazo y que, por tanto, sí ha lugar a apreciar la caducidad si se ejercita vencido el mismo, aunque todavía estén pendientes actuaciones penales por los mismos hechos; (ii) esta doctrina resultaba aplicable al caso, ya que el *dies a quo* debía situarse no en el archivo de la causa penal sino en el momento en que, por tenerse conocimiento de los hechos, se presentó demanda de conciliación -que era además la fecha desde la cual se solicitaban los intereses de demora-; (iii) no se podía diferir el *dies a quo* a un momento posterior porque no se había probado la tesis sostenida por el demandante en trámite de conclusiones de que la demandada hubiera seguido usando su nombre de forma indebida en certificaciones de deuda posteriores a la citada solicitud de conciliación, de manera que fuera necesario conocer su importe para calcular la indemnización, pues la cantidad solicitada en la demanda se había calculado con base en las 140.000 certificaciones que se decían emitidas entre el 8 de abril de 2008 y el 27 de julio de 2010; y (iv) en cualquier caso, a partir de un cálculo de 1.000 euros por cada certificación, siempre se habría podido solicitar una sentencia con reserva de liquidación.

Por auto de 12 de diciembre de 2016 se declaró no haber lugar a la subsanación complemento, aclaración y en su caso rectificación de dicha sentencia solicitados por el demandante.

11.- Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la sentencia de segunda instancia lo estimó «en el único aspecto de dejar sin efecto la declaración expresa de temeridad del actor», confirmando en lo demás la sentencia apelada.

Sus razones son, en síntesis y en lo que ahora interesa, las siguientes: (i) según el art. 9.5 LO 1/1982, la acción civil para la tutela de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen caduca a los cuatro años desde que el legitimado pudiera ejercitarla, sin que, según el art. 1.2 de la misma Ley, el carácter delictivo de la intromisión ilegítima impida acudir a este procedimiento civil; (ii) la doctrina de esta sala fijada en sentencia de pleno 285/2009, de 29 de abril, no es directamente aplicable al caso, pues como se encargó de ratificar la sentencia 725/2016, de 7 de diciembre, solo afecta a casos en los que las actuaciones penales previas a la demanda lo fueran por delitos perseguibles a instancia de parte, mientras que en este caso las actuaciones penales previas a la demanda tuvieron por objeto la investigación de delitos perseguibles de oficio (falsedad en documento mercantil o falsificación de certificado o utilización de certificado falso), sin que



conste que se haya promovido querrela por delitos de injuria o calumnia perseguibles solo a instancia de parte; (iii) no obstante, se comparte la conclusión de la sentencia apelada de entender que la acción estaba caducada cuando se presentó la demanda el 10 de diciembre de 2015 (en realidad esta es la fecha de registro), ya que de los hechos probados resulta que el banco no usó indebidamente la firma del demandante en certificaciones posteriores a enero de 2010 y todos los elementos fácticos y jurídicos para fundar la indemnización por el daño causado estaban a disposición del demandante desde el 26 de octubre de 2010, cuando se celebró el acto de conciliación en el que el banco admitió como ciertos los hechos descritos en la papeleta; (iv) por lo dicho, no es aplicable al caso la doctrina de la sentencia de esta sala de 4 de junio de 2014, según la cual en daños por inclusión indebida en un registro de morosos el plazo de caducidad no puede iniciarse hasta que el perjudicado no conozca la gravedad y consecuencias de la inclusión indebida, ya que no estamos ante una conducta continuada en el tiempo, sino que en este caso el daño por el que se reclama se dice producido por certificaciones de deuda emitidas entre abril de 2008 y octubre de 2010, por lo que esta última fecha es la relevante para el inicio del plazo de caducidad; y (v) «por su propia naturaleza, no interrumpe el plazo de caducidad ni lo suspende el proceso penal iniciado en 2012 a raíz de la denuncia por falsedad y estafa», ya que se incoó por hechos que ya habían sido reconocidos por el banco en octubre de 2010 (independientemente de cuál pudiera ser su relevancia penal) y «el objeto de la investigación penal no fue, en realidad, la intromisión ilegítima en la esfera personal del denunciante, sino supuestos delitos de falsedad en documentos mercantiles o de emisión/uso de certificados falsos que exigen la concurrencia de un elemento subjetivo propio de los tipos delictivos analizados que, en este caso, no se estimó concurrente».

12.- El demandante-apelante interesó la subsanación, complemento, aclaración o, en su caso rectificación de la sentencia de segunda instancia por no haber considerado todos sus argumentos relativos a la caducidad, en particular que la entidad demandada, en el doc. n.º 8 de su contestación, hubiera reconocido que utilizó la firma y el nombre del demandante como mínimo hasta abril de 2012, siendo por tanto el banco quien no estaba atendiendo los requerimientos relativos a las certificaciones. También alegaba que no se había tenido en cuenta el carácter restrictivo de la aplicación de la caducidad.

13.- Por auto de 26 de mayo de 2017 el tribunal de apelación denegó lo solicitado por el demandante-apelante por limitarse este a expresar su disconformidad con la motivación de la sentencia.

14.- Contra la sentencia de segunda instancia el demandante-apelante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, y recurso de casación al amparo de los ordinales 1.º y 3.º del art. 477.2 LEC, en este segundo caso por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala sobre el cómputo del plazo de caducidad a que se refiere el art. 9.5 LO 1/1982.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Este recurso se compone de un solo motivo fundado en infracción de los arts. 216 y 218 LEC. En su desarrollo se argumenta, en síntesis: (i) que como se aclaró en la audiencia previa, la indemnización reclamada se basaba en el lucro obtenido por el banco y, por esta razón, para la fijación del día inicial del cómputo del plazo de caducidad no se podía atender únicamente a la fecha de los certificados -como hizo el tribunal de apelación y antes la sentencia de primera instancia-, ya que dicho plazo no había comenzado a correr por haberse seguido usando indebidamente el nombre y la firma del demandante; (ii) que la sentencia recurrida es incongruente, ya que obvia que, además de la indemnización por el lucro obtenido por el banco, también se solicitó el cese de cualquier uso mercantil o de otro tipo del nombre del demandante y que se declarase la existencia de intromisión ilegítima por la utilización del nombre para fines comerciales, peticiones ambas referidas a la utilización del nombre en procedimientos posteriores generados a partir de las propias certificaciones; y (iii) que la parte recurrente intentó subsanar cualquier error en el momento procesal oportuno, primero mediante escrito de subsanación de la sentencia de primera instancia (folio 206), que fue desestimado, posteriormente en el propio escrito de interposición del recurso de apelación y, finalmente, intentando la subsanación de la sentencia de segunda instancia, para lo que expresamente interesó que se hiciera mención «a todos nuestros argumentos en relación a la excepción de caducidad propuesta de adverso».

La parte recurrida se ha opuesto al recurso alegando que el contenido del motivo no tiene que ver con la incongruencia y, además, que no cabe apreciar incongruencia tratándose de una sentencia absolutoria, menos aún cuando la caducidad puede apreciarse de oficio.

El Ministerio Fiscal también se ha opuesto al recurso, en primer lugar por causa de inadmisión al entender que la parte recurrente debió haber denunciado la supuesta incongruencia de la sentencia recurrida mediante el mecanismo previsto en el art. 215 LEC, lo que no hizo, y en todo caso por razones de fondo, ya que si la sentencia recurrida no examinó la petición indemnizatoria fue por considerar antes que la acción estaba caducada y esto impedía un pronunciamiento de fondo, lo que no puede tacharse de incongruente.



TERCERO.- El motivo, y por tanto el recurso, debe ser desestimado por las siguientes razones:

1.ª) Aunque es cierto que el recurrente interesó el complemento de la sentencia recurrida como medio de subsanación de la infracción ahora alegada en su recurso, no es menos cierto que en su recurso de apelación nada planteó acerca de la improcedencia de apreciar la caducidad de la acción porque lo impediría su petición, formulada según el motivo durante la audiencia previa, en función del lucro del banco demandado. Por tanto, la sentencia recurrida no tenía por qué entrar a conocer de esta cuestión, ni ahora puede hacerlo esta sala por tratarse de una cuestión nueva en cuanto no planteada en apelación.

2.ª) En cuanto al argumento relativo a la petición del cese en la intromisión, el solo hecho de pedir esto en la demanda revela que ya era posible ejercitar la acción, como por otra parte revela que el cese en la intromisión sea uno de los posibles contenidos o pretensiones de la acción según el art. 9.2 a) de la LO 1/1982 .

3.ª) En cualquier caso, es doctrina reiterada de esta sala que las sentencias totalmente desestimatorias de la demanda no pueden, por lo general, incurrir en incongruencia (sentencias 320/2016, de 17 de marzo , y 267/2017, de 4 de mayo , entre otras muchas), y en el presente caso la caducidad de la acción apreciada por la sentencia recurrida fue alegada por el banco demandado en su contestación a la demanda, de modo que lo que el motivo presenta como incongruencia o falta de exhaustividad de la sentencia recurrida no es más que una expresión de la disconformidad del recurrente con la motivación de la misma sentencia sobre la apreciación de la caducidad de la acción.

Recurso de casación.

CUARTO.- El recurso de casación se compone de tres motivos con una formulación prácticamente idéntica, al fundarse todos ellos en infracción, por interpretación errónea, del art. 9.5 LO 1/1982 y en oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de esta sala contenida en las sentencias que se citan (651/2004, de 9 de julio , 307/2014, de 4 de junio , 528/2013, de 4 de septiembre , y 199/2014, de 2 de abril), principalmente sobre el cómputo del plazo de caducidad de las acciones civiles previstas en dicha ley orgánica, aunque también se alude a la doctrina sobre el carácter continuado de los daños por los que se reclama y sobre el carácter restrictivo de la prescripción.

Todo el esfuerzo argumentativo del recurso se dirige a situar el día inicial del cómputo del plazo de caducidad no en octubre de 2010, que fue la fecha tomada en consideración por las sentencias de ambas instancias y que se fijó en atención a la falta de celebración del acto de conciliación en el que el banco demandado reconoció los hechos, sino más tarde, como mínimo en 2012 (se alude al mes de abril), por ser cuando, según un escrito presentado por el banco y en particular la manifestación que contiene al final, el recurrente considera que pudo finalizar la intromisión derivada del uso continuado de certificaciones con su firma. A este respecto en su desarrollo se alega, en síntesis: (i) que la causa originadora y determinante del daño cuya indemnización se reclama es la utilización indebida del nombre del recurrente, por lo que la intromisión se produjo no con la emisión de certificados, sino con la utilización posterior de dicho nombre y firma en los procesos judiciales que siguieron tramitándose durante el año 2012, tratándose por ello de daños continuados y no permanentes; (ii) que por esa razón, aunque el banco engañó al recurrente al hacerle creer (folio 32, acto de conciliación) que el uso indebido de su «identidad» (nombre y firma) había cesado en 2010 (que «el error en la utilización ya se había solventado»), lo relevante es que las pruebas obrantes en autos (folio 115) demuestran que siguió usándola con posterioridad en dichos procesos judiciales; (iii) que al igual que la doctrina sobre daños por la inclusión indebida en un registro de morosos declara que la acción no puede comenzar a computarse sino hasta que el afectado cause baja en dicho registro, en este caso no podía comenzar a correr el plazo de caducidad mientras siguiera usándose su nombre y la entidad bancaria no acreditara -como al efecto se la requirió- que había cesado el uso indebido, por ser el momento en que el perjudicado podía tener conocimiento fehaciente del cese en la intromisión; (iv) que lo anterior se refuerza por el hecho de que la indemnización que se reclama se corresponde con el lucro obtenido por el banco, aspecto que tampoco está relacionado con la expedición de certificaciones sino con la utilización de las mismas en los procedimientos judiciales iniciados por dicha entidad, y si se interesó como prueba que se requiriera al banco para que aportara la relación de certificaciones emitidas desde el 2 de abril de 2008 «así como los procedimientos judiciales en los que se utilizaron», y el banco contestó remitiéndose a un informe aportado en 2012, esta debe ser la fecha de inicio del cómputo; y (v) que al igual que ocurre con la prescripción, también en el cómputo del plazo de caducidad hay que utilizar criterios restrictivos, en aras a no perjudicar a quien no ha hecho abandono de su derecho.

Mediante otrosí, y al amparo del art. 471 LEC , solicitó la práctica de prueba a la que se ha hecho referencia en los antecedentes, que no ha sido admitida.

La entidad recurrida ha interesado la desestimación de los tres motivos del recurso alegando, en síntesis y en lo que interesa: (i) que la argumentación del recurrente incurre en causa de inadmisión al no respetar los hechos probados ni la razón decisoria de la sentencia recurrida, cuya base fáctica, no combatida en debida forma, situó



en octubre de 2010 el momento en que aquel tenía ya a su disposición todos los elementos fácticos y jurídicos de la acción, por lo que la infracción normativa y jurisprudencial que se alega de contrario solo sería posible mediante una nueva valoración probatoria -como la que interesa por otrosí- cuya resultancia modificara esos hechos probados; (ii) que la doctrina jurisprudencial sitúa el comienzo del plazo de caducidad de las acciones frente a intromisiones ilegítimas consistentes en el uso del nombre para fines publicitarios o comerciales en el momento en que el afectado tuvo conocimiento de la utilización indebida, lo que en este caso el propio demandante reconoce que aconteció el 8 de mayo de 2010, si bien la sentencia recurrida situó el día inicial en el acto de conciliación (octubre de 2010), momento en el cual no podía ya discutirse que tenía a su disposición todos los elementos fácticos y jurídicos para reclamar, y menos aún cuando el propio letrado de la recurrente admitió que los certificados se emitieron entre 2008 y 2010, «no con posterioridad»; (iii) que el recurrente no había acreditado daños, menos aún el supuesto lucro y por el importe que se decía en la demanda, al tratarse de una cantidad que la propia sentencia recurrida consideró «irrazonable y absolutamente desproporcionada»; (iv) que la sentencia recurrida respeta la doctrina de esta sala (sentencias 285/2009, de 29 de abril, 452/2015, de 16 de julio, y 657/2015, de 27 de noviembre) según la cual acudir a la vía penal no excluye la posibilidad de hacerlo a la civil; y (v) que las sentencias citadas no tienen que ver con el caso aquí enjuiciado, en particular la sentencia 307/2014, de 4 de junio, que la propia sentencia recurrida consideró no aplicable.

El Ministerio Fiscal también ha interesado la desestimación del recurso argumentando, en síntesis y en lo que ahora interesa: (i) que los tres motivos incurren en las causas de inadmisión previstas en el art. 483.2. 2.º y 4.º LEC, en primer lugar porque no es procedente usar la vía del interés casacional, lo que supone «error en la indicación de la modalidad del recurso de casación», y en segundo lugar porque, bajo el pretexto de suscitar cuestiones jurídicas en torno a los requisitos que han de concurrir para declarar la caducidad de la acción, el recurso no hace otra cosa que combatir los hechos probados, prescindiendo del resultado de la valoración probatoria del tribunal sentenciador e intentando partir de sus propias conclusiones al respecto; (ii) que sobre el cómputo del plazo del art. 9.5 LO 1/1982 es doctrina reiterada de esta sala (se citan y extractan las sentencias de 25 de febrero de 2013, 7 de junio de 2016 y 4 de junio de 2014) que se trata de un plazo de caducidad, que por tanto no se interrumpe, que el día inicial debe fijarse en el momento en que la acción civil pudo ejercitarse (posibilidad efectiva de ejercicio), que en casos como este de daños permanentes o duraderos por el uso reiterado e ilegítimo del nombre y la firma del demandante, dicho momento debe situarse en cuando el agraviado tuvo cabal conocimiento de la intromisión y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, debiendo concurrir el doble requisito de que haya cesado la intromisión y de que el afectado tenga cabal conocimiento de ello; y (iii) que esta doctrina ha sido respetada por la sentencia recurrida al declarar probado que el agraviado pudo conocer el alcance del daño sufrido a partir del momento en que se celebró el acto de conciliación (octubre de 2010), pues ese daño lo identificaba con el uso indebido de su nombre en las certificaciones de deuda emitidas durante el periodo comprendido entre abril de 2008 y los primeros meses de 2010, sin que conste por el contrario como hecho probado que ninguna certificación de deuda se hubiera incorporado a procesos monitorios con posterioridad a enero de 2010.

QUINTO.- No se aprecian los óbices de admisibilidad alegados por la parte recurrida y por el Ministerio Fiscal porque la parte recurrente ha identificado las normas sustantivas aplicables a la controversia que considera infringidas (en particular el art. 9.5 LO 1/1982) y ha expresado con claridad el problema jurídico que plantea, consistente en su disconformidad con la determinación del día inicial del plazo de caducidad porque, a su juicio, el daño continuó produciéndose después de la fecha tomada en consideración por la sentencia recurrida. En este sentido, aunque es cierto que en el planteamiento de la cuestión jurídica el recurrente se apoya en gran medida en una base fáctica distinta de la que sustentó la razón decisoria de la sentencia recurrida, confundiendo las dimensiones fáctica y jurídica de la caducidad, lo relevante es que esto no ha impedido ni obstaculizado que la parte recurrida haya podido oponerse adecuadamente al recurso sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes (en este sentido, por ejemplo, sentencias 179/2017, de 13 de marzo, 223/2017, de 5 de abril, y 619/2017, de 20 de noviembre). Además, partiendo de que la concreción de la vía de acceso al recurso de casación no es una elección de la parte sino que viene imperativamente determinada por la clase y naturaleza del procedimiento seguido (sentencia 620/2016, de 10 de octubre, con cita de la sentencia 849/2011, de 22 de noviembre), reiteradamente se viene considerando que el uso del ordinal 3.º junto al 1.º del art. 477.2 LEC en los recursos de casación contra sentencias dictadas en procesos sobre tutela de derechos fundamentales no es determinante de inadmisión, más allá de que el recurrente no venga obligado a justificar el interés casacional en los términos del art. 477.3 LEC al estar dicha materia excluida del artículo 477.2.3.º LEC por constituir el objeto específico del artículo 477.2.1.º LEC, debiéndose considerar la doctrina jurisprudencial invocada como orientada a justificar la infracción de la norma citada (entre las más recientes, sentencia 488/2017, de 11 de septiembre, con cita de los autos de 27 de mayo de 2008, rec. 1360/2006, y 31 de julio de 2007, rec. 1975/2005; y auto resolutorio de queja de 16 de junio de 2009, rec. 194/2008).



SEXTO.- Entrando por tanto a conocer de los motivos, estos deben ser desestimados por las siguientes razones:

1.ª) Según el art. 9.5 de la LO 1/1982 , «las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas».

2.ª) Según el apdo. 2 del mismo artículo, el cese inmediato en la intromisión forma parte del posible contenido de la acción, de modo que cabe pedir ese cese en la propia demanda.

3.ª) En el presente caso es indudable que, una vez celebrado el acto de conciliación con fecha 26 de octubre de 2010, en el que el banco reconoció los hechos que según la demanda eran constitutivos de intromisión ilegítima, el hoy recurrente disponía de todos los datos necesarios para el ejercicio de la acción, que se llevó a cabo con la demanda presentada el 9 de diciembre de 2015, es decir transcurrido con creces el referido plazo de caducidad de cuatro años.

4.ª) El desconocimiento del exacto número de certificados expedidos por el banco con el nombre y la firma del hoy recurrente no podía constituir ningún obstáculo para el ejercicio de la acción, ya que la indemnización se solicitaba a razón de 1.000 euros por certificado y, por tanto, cabía interesar una sentencia ajustada a lo que dispone el art. 219.2 LEC .

5.ª) Tampoco la petición de indemnización en función del lucro del banco podía impedir el comienzo del plazo de caducidad: primero, porque el beneficio del causante de la lesión dejó de ser un criterio de cuantificación a partir de la reforma del art. 9 de la LO 1/1982 por la d. final 2.3 de la LO 5/2010 ; y segundo, porque, como ya se ha razonado al desestimar el recurso por infracción procesal, ese criterio no se sostuvo ya en apelación por el hoy recurrente.

6.ª) Finalmente, no cabe aplicar en este caso la jurisprudencia relativa al plazo de caducidad en los casos de los registros de morosos ni la doctrina sobre el comienzo del plazo de prescripción en los casos de daños continuados, porque, aun en la hipótesis siempre discutible de que los hechos realmente fueran constitutivos de una intromisión ilegítima de las previstas en la LO 1/1982, nunca se ha justificado por el hoy recurrente que la emisión de certificados por el banco pudiera suponerle un daño efectivo ni un perjuicio latente equiparable a mantener la inclusión en un registro de morosos.

SÉPTIMO.- Desestimados tanto el recurso de casación como el recurso extraordinario por infracción procesal, procede imponer las costas a la parte recurrente (arts. 394.1 y 398.1 LEC), que también perderá los depósitos constituidos (apdo. 9 de la d. adicional 15.ª LOPJ)

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por el demandante D. Feliciano contra la sentencia dictada el 10 de mayo de 2017 por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña en el recurso de apelación n.º 71/2017 .

2.º- Confirmar la sentencia recurrida.

3.º- E imponer las costas de ambos recursos a la parte recurrente, que perderá los depósitos constituidos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.