



2 2010

ΑΛΕΤΗΙΩ
CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO



ISSN 1887-0929

lib
ere

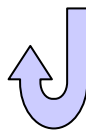


αΛεθηια
CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO

Comité Científico

SOSA WAGNER, FRANCISCO	GONZÁLEZ ALONSO, BENJAMÍN
SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, JESÚS	GUILLÉN LÓPEZ, ENRIQUE
SAIZ DE MARCO, ISIDRO	GALÁN JUÁREZ, MERCEDES
RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL	ESPEJO GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL
REQUENA LÓPEZ, TOMÁS	CHECA GONZÁLEZ, CLEMENTE
PALMA LÓPEZ, CRISTINA	CAMY ESCOBAR, JESÚS
MOREU SERRANO, GERARDO	CAIADO AMARAL, RAFAEL
MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO	BORBÓN Y CRUZ, MILAGROS
MARTÍN MORENO JOSÉ LUIS	BELADÍEZ ROJO, MARGARITA
MARTÍN CRISTÓBAL, JOSÉ	ALMANSA MORENO-BARRERA, JAVIER
SECRETARIO:	SECRETARIA ADJUNTA:
RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL	PARERA CARRETERO, SOLEDAD

[Ver sumarios y archivos a texto completo desde 2006](#)



SUMARIO

DOCTRINA

Págs.

1-35 [Bases competenciales en materia de investigación biomédica: del extravío al redescubrimiento del artículo 149.1.1.ª CE y de la dignidad de la persona como claves habilitantes de la regulación homogénea de la genética humana](#)

Jesús Bobo Ruiz

36-50 [La opción fiscal y las reducciones del artículo 20 de la Ley 29/1987](#)

Victor Caro Robles

51-71 [Las reglas de adecuación de la sanción en la parte especial del Código Penal Cubano](#)

Aymara Jarrosay Veranes

72-85 [Derecho Penal del enemigo. ¿Solución o caos?](#)

Marien Piorno Garcell

JURISPRUDENCIA

Págs.

86-134 [Cuando el delito fiscal viaja a bordo de un caleidoscopio: vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la legalidad penal por subsunción irrazonable de la conducta en el tipo penal \(STC 57/2010, de 4 de octubre\)](#)

José Luis Martín Moreno

135-146 Indemnización por incumplimiento de contrato relativo a la publicación de un reportaje fotográfico de desnudos (STS de 5 de octubre de 2010)

Cristina Español Fuensanta

147-159 [Consideración de la “regularización voluntaria tácita” como una contradicción conceptual, incompatible con el régimen de recargo con exclusión de sanciones del artículo 61.3 de la anterior LGT \(STS de 27 de septiembre de 2010\)](#)

José Luis Martín Moreno

160-169 [Prescripción de la acción responsabilidad extracontractual ejercitada por el actor frente a su esposa al descubrir que un hijo inscrito como matrimonial no era suyo. Resulta inaplicable al caso la jurisprudencia sobre daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida \(STS 445/2010, de 14 de julio\)](#)

Cristina Español Fuensanta

JURISPRUDENCIA

1. Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2010

Confirmación de condena impuesta a la entidad mercantil EDICIONES ZETA S.A., condenándola a pagar 300.506.05 euros a Marta Sánchez, por incumplimiento de contrato relativo a la publicación de un reportaje fotográfico de desnudos de la artista.

RESUMEN:

El TS desestima el recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de junio de 2006, que a su vez había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia Número Catorce de Madrid de 23 de febrero de 2004, cuya parte dispositiva condenó a EDICIONES ZETA S.A, como editora de la revista “Inrterviú”, a indemnizar a Marta Sánchez con la cantidad de 300.506,05 euros (cincuenta millones de pesetas), cantidad a pagar por incumplimiento del contrato, suscrito el 16 de mayo de 1991, en el que la actora, a cambio del pago de un precio, autorizaba la publicación de un reportaje fotográfico de desnudos de su cuerpo en la Revista “Interviú”. En la estipulación tercera del referido se pactó una cláusula penal que dice: “La publicación de cualquier fotografía del reportaje objeto de este contrato, que no haya sido previamente aprobada por doña Maite, así como su divulgación en cualquier otro medio de comunicación distinto de interviú generará para Ediciones Zeta s. a. la obligación de indemnizar a doña Maite por el daño a su imagen e intimidad, pactando como cláusula penal inmoderable la cantidad de cincuenta millones de pesetas (50.000.000 pesetas)”.

Resulta que en cumplimiento de lo pactado, doña Maite posó desnuda y dio su visto bueno a varias fotos que fueron publicadas en la revista Interviú del día 6 de junio de 1991, cobrando por ello el precio pactado. Pero en la portada del número 60 del periódico “Claro de Madrid” (editado por Silex Media, S.L.) del jueves 6 de junio de 1991 apareció publicada una de las fotografías integrantes del reportaje fotográfico de desnudos de doña Maite publicado en Interviú.

La demandada basa su defensa que no publicó ninguna fotografía de la Sra. Maite que no hubiera sido aceptada y aprobada por ella y tampoco facilitó ninguna fotografía del reportaje contratado ni al diario “Claro”, ni a ningún medio de comunicación, de manera que la aparición de la foto en el citado diario habría sido fruto de del actuar ilícito de terceros (se dice que nada pudieron hacer para impedir que un tercero de mala fe se hiciese con un ejemplar de la revista y fotografiase el interior de sus páginas); proceder no cubierto por la cláusula de indemnización pactada.

No lo entendió así, el Juzgado de Primera instancia, ni la Audiencia Provincial en apelación, como tampoco lo entiende de ese modo el Tribunal Supremo, ya que la condena combatida tiene como premisa un comportamiento como mínimo culposo: «no consta si la actuación plenamente consciente “a sabiendas” o respondió a falta de diligencia de un “profesional del medio” que en las circunstancias concurrentes no debió facilitar un ejemplar de la revista antes de su venta en los quioscos, lo que raya en el dolo incidental”.»

En cuanto a la moderación equitativa de la cláusula penal por parte de los órganos judiciales, el TS señala que la cláusula se pactó como “inmoderable”, lo que comporta que cubre tanto los comportamientos dolosos como los culposos, así como los incumplimientos totales o los parciales.



Sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2010

ES posible que la publicación del desnudo en otro medio funcionase en este caso como señuelo para incrementar las ventas, cosa que no se descarta en las distintas sentencias recaídas. En todo caso, sin desconocer el origen contractual de la misma, sorprende el alcance de la indemnización, que se dice estaría fundada en la intromisión en la imagen e intimidad de la artista. Quizá es excesiva la evaluación en comparación con indemnizaciones fijadas judicialmente por hechos similares, máxime si el origen del contrato está, como dice la demandada, en que “en las Islas Vírgenes se habían obtenido unas fotos de la Sra. Maite sin su consentimiento, en las que ésta no salía favorecida, y, para impedir su publicación, se puso en contacto con Ediciones Zeta S.A., a fin de que las comprara para no publicarlas a cambio de posar ella desnuda para un fotógrafo y publicarse, ese reportaje fotográfico, en la revista *Interviú*, previa su supervisión autorizando la publicación de sólo aquellas fotos en las que se consideraba favorecida”.

Quizá sería conveniente para el futuro que se estableciera claramente la moderación de las penas convencionales. La demandada apunta a título de ejemplo a lo previsto en el primer párrafo de la Ley 518 del Fuero Nuevo de Navarra, que dispone que “La estipulación de pagar una cantidad como pena por el incumplimiento de una prestación lícita obliga al promitente, y la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial”, añadiendo que la tendencia doctrinal que aflora en el artículo 1150 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones, elaborado por la Comisión de Codificación y publicado por el Ministerio de Justicia en enero del 2009, apunta a la posibilidad de moderación de las cláusulas penales incluso en supuestos en que se estipuló con carácter “inmoderado”: “El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido”, y también apunta en este sentido el apartado 2 del artículo 9:509 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos de la Comisión Lando: “Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias”.

En efecto, he de resaltar que la demandante se ha beneficiado por la publicación de esas fotos por lo que se debería de moderar en este caso la cantidad reclamada. Sí es cierto que la cláusula

penal del contrato sustituye a la indemnización y tiene efecto compensador de daños y perjuicios, por lo que prevalecería lo dispuesto en ella, pero aún así, debería de utilizarse un baremo de indemnización daño-reparación para cada caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes y el juez debe estar autorizado dentro de un marco legal para moderar la indemnización correspondiente si la pactada es excesiva. En definitiva a utilizar unos parámetros de justicia que tengan una base general y sean pertinentes al caso que enjuicia.

STS de 5 de octubre de 2010

Rec. 2189/2006.

Ponente: Gimeno-Bayón Cobos, Rafael

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de octubre de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación que con el número 2189/2006, anta la misma pende de resolución, interpuesto contra la sentencia dictada en grado de apelación, por la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid, rollo número 538/2004, de fecha veinte de junio de 2006, dimanante del procedimiento ordinario número 921/2001 del Juzgado de Primera Instancia número 14 de Madrid, sobre reclamación de cantidad.

Han comparecido ante esta Sala

- 1) En calidad de parte recurrente el Procurador de los Tribunales D. FELIPE JUANAS BLANCO, en nombre y representación de EDICIONES ZETA , S.A
- 2) En calidad de parte recurrida el Procurador de los Tribunales D. JORGE DELEITO GARCÍA, en nombre y representación de Dª Maite .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: LA DEMANDA.

1. El Procurador D. FEDERICO RUIPEREZ PALOMINO, Procurador de los Tribunales obrando en nombre y representación de Dª Maite, interpuso demanda DE JUICIO ORDINARIO EN RECLAMACIÓN DE CANTIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO contra la entidad mercantil EDICIONES ZETA S.A., alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia en los siguientes términos:

"SUPLICO AL JUZGADO: Tenga por presentado este escrito con los documentos y copia de todo ello que se acompaña, a mí por parte en la representación que ostento de Dª Maite con quien se

entenderán las sucesivas diligencias, por formulada DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO contra "EDICIONES ZETA , S.A.", dar traslado a la demandada para que la conteste en término legal si a su derecho conviniere, y previos los demás trámites legales, dictar sentencia por la que se condene a dicha demandada al pago de la cantidad de CINCUENTA MILLONES DE PESETAS más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, e imponiendo las costas procesales a dicha demandada, por ser de justicia, que pido. "

SEGUNDO: LA CONTESTACIÓN

2. Repartida al Juzgado de Primera Instancia número 14 de Madrid, que conoció de la misma por el cauce del juicio ordinario número 921/2001, en fecha 23 de febrero de 2004, el Procurador de los Tribunales D. FELIPE JUANAS BLANCO, en nombre y representación de EDICIONES ZETA S.A., contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia en los siguientes términos:

"SUPlico AL JUZGADO, que habiendo por presentado este escrito, junto con sus copias y documentos que se acompañan, se sirva admitirlo y en su virtud tenerme por comparecido y parte en la representación que ostento en el presente procedimiento, entendiéndose conmigo las sucesivas diligencias; por contestada en tiempo y forma la demanda, oponiéndome a la misma, y previos los trámites legales pertinentes se dicte sentencia en la que se desestime la demanda interpuesta por D^a Maite, absolviendo a mi representada y condenando a las costas del presente procedimiento a la parte actora."

Es Justicia que pido, en Madrid, a trece de marzo de dos mil dos.

TERCERO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA.

3. Seguidos los trámites oportunos el Juez de Primera Instancia número 14, dictó sentencia con fecha veintitrés de febrero de dos mil cuatro, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLO:

Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D. FEDERICO RUIPEREZ PALOMINO, en nombre de D^a Maite contra EDICIONES ZETA S.A, debo condenar y condeno a esta demandada, a pagar a la actora, la cantidad de TRESCIENTOS MIL QUINIENTOS SEIS EUROS CON CINCO CENTIMOS (300.506,05 euros), esto es, CINCUENTA MILLONES DE PESETAS (50.000.000 Ptas.) por principal, más los intereses legales a contar de la presentación de la demanda y al pago de las costas causadas en este procedimiento. .

Notifíquese la presente resolución a las partes con indicación de que contra la misma cabe Recurso de Apelación para ante la Audiencia Provincial, a preparar ante este Juzgado, en el plazo de CINCO DIAS a partir del siguiente, a su notificación.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo."

CUARTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN.

4. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por el Procurador de los Tribunales D. FELIPE JUANAS BLANCO, actuando en nombre y representación de EDICIONES ZETA . S.A., la Audiencia Provincial de Madrid, (Sección 21^a), dictó Sentencia con fecha veinte de junio de dos mil seis, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por Ediciones Zeta S.A. debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada el día 23 de febrero de 2004, por el Magistrado Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 14 de Madrid en el juicio ordinario número 921/2001, del que la presente apelación dimana y cuya parte dispositiva se transcribe en el primer antecedente de hecho de la presente y se da aquí por reproducida.

Se imponen las costas ocasionadas en esta apelación a la parte apelante.

Al notificarse esta sentencia indíquesele a las partes que contra la misma podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, los cuales deberán prepararse presentado un escrito ante esta sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, dentro del plazo de 5 días computados desde el siguiente a aquél en el que se le notifique esta resolución.

De no presentarse, en el plazo de los días, escrito preparatorio del recurso de casación o extraordinario por infracción procesal, por alguna de las partes litigantes, la presente sentencia deviene firme y se devolverán los autos originales, con certificación de esta sentencia, al Juzgado de Primera Instancia número 14 de Madrid, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

QUINTO: EL RECURSO / LOS RECURSOS.

5. El Procurador D. D. FELIPE JUANAS BLANCO, Procurador de los Tribunales, interviniendo en nombre de la apelante EDICIONES ZETA , S.A., interpuso recurso de casación contra la expresada sentencia de fecha veinte de junio de dos mil seis dictada en grado de Apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, (Sección 21ª) y recaída en el Rollo de Apelación número 538/2004, con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: se alega la infracción de los artículos 1101, 1103, 1104 y 1105 del Código Civil, artículos 1101, 1103, 1104 y 1105, al considerar que no puede imputársele negligencia alguna a la editorial por cuanto en ningún momento se comprometió a responder de los actos ilícitos de terceros en relación con la difusión de las fotos.

Segundo: se alega la infracción de los artículos 1281, 1282, 1283, 1284 y 1285 por considerar que no podía desprenderse dicha interpretación de los términos del contrato.

Tercero: se alega la infracción del artículo 1154 del Código civil al considerar que, atendidas las circunstancias concurrentes y que fue un tercero el que divulgó la foto, debe moderarse la indemnización.

SEXTO: ADMISIÓN DEL RECURSO / DE LOS RECURSOS Y OPOSICIÓN.

6. Personado el recurrente en esta Sala bajo la representación de D. FELIPE JUANAS BLANCO, en fecha dieciséis de diciembre de dos mil ocho, esta Sala dictó auto del tenor literal siguiente:

LA SALA ACUERDA:

**INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO RELATIVO A LA PUBLICACIÓN DE UN
REPORTAJE FOTOGRÁFICO DE DESNUDOS (STS DE 5 DE OCTUBRE DE 2010).**

1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "EDICIONES ZETA S.A" contra la Sentencia dictada, en fecha 20 de junio de 2006, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21), en el rollo de apelación núm. 538/2004, dimanante de los autos de juicio ordinario 921/2001, del Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Madrid.

2º) Y entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a las partes recurridas personadas ante esta Sala, para que formalicen su oposición en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretaría, certifico

7. El Procurador de los Tribunales D. JORGE DELEITO GARCÍA, en nombre y representación de Dª Maite evacuando el traslado conferido, presentó escrito de impugnación del recurso formulado de contrario.

SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO

8. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día veintinueve de septiembre de dos mil diez, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: ANTECEDENTES

1. Hechos

9. Los hechos que en correcta técnica se declaran probados por la sentencia de la Audiencia, y que configuran el componente fáctico de la decisión recurrida, se describen en el segundo de los Fundamentos de Derecho y en síntesis son los siguientes:

1) El 16 de mayo de 1991 EDICIONES ZETA S. A., como editora de la revista "Interviú", y Dª Maite, suscribieron un contrato por el que esta, a cambio del pago de un precio, autorizaba la publicación de un reportaje fotográfico de desnudos de su cuerpo, en la revista "interviú".

2) En la estipulación tercera del referido se pactó la cláusula penal que dice: "La publicación de cualquier fotografía del reportaje objeto de este contrato, que no haya sido previamente aprobada por Dª Maite, así como su divulgación en cualquier otro medio de comunicación distinto de interviú generará para Ediciones Zeta s. a. la obligación de indemnizar a Dª Maite por el daño a su imagen e intimidad, pactando como cláusula penal inmoderable la cantidad de cincuenta millones de pesetas (50.000.000 pesetas)".

3) En cumplimiento de lo pactado, Dª Maite posó desnuda y dio su visto bueno a varias fotos que fueron publicadas en el número NUM000 de la revista interviú del día 6 de junio de 1991, cobrando por ello el precio pactado.

4) En la portada del número 60 del periódico "Claro de Madrid" (editado por la persona jurídica denominada Silex Media S.L.) del jueves 6 de junio de 1991 aparece publicada una de las fotografías integrantes del reportaje fotográfico de desnudos de D^a Maite publicado en interviú.

2. Posición de las partes

10. La demandante, en los términos transcritos en el antecedente de hecho primero de la presente sentencia interesó, en síntesis, la condena de la demandada al pago de la cláusula penal pactada.

11. La demandada se opuso a la demanda y en los términos transcritos en el antecedente de hecho segundo de la presente sentencia solicitó la desestimación de la demanda y, además de las excepciones de "cosa juzgada" y "litisconsorcio", en lo que aquí interesa se opuso por no existir incumplimiento de lo pactado.

3. Las sentencias de instancia

12. La sentencia de la primera instancia estimó íntegramente la demanda.

13. La sentencia de apelación expresamente hace suyos los razonamientos de la sentencia de primera instancia y desestima el recurso.

4. El recurso

14. Contra la expresada sentencia EDICIONES ZETA S. A. interpuso recurso de casación con base en tres motivos que seguidamente analizaremos.

SEGUNDO: PRIMER MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

1. Enunciado y desarrollo del recurso.

15. El primero de los motivos del recurso de casación se enuncia en los siguientes términos:

Se articula este motivo al amparo de lo establecido en el número 1 del artículo 477 de la LEC, al incurrir la sentencia dictada por la Sección 21a de la Audiencia Provincial de Madrid, en infracción de los artículos 1.101, 1.103, 1.104 y 1105 del Código Civil, y de la doctrina jurisprudencial que los desarrolla.

16. En su desarrollo afirma que EDICIONES ZETA S.A. cumplió escrupulosa y cuidadosamente todos los acuerdos y pactos acordados ya que:

1) No publicó ninguna fotografía de la Sra. Maite que no hubiera sido aceptada y aprobada por ella; y

2) No facilitó ninguna fotografía del reportaje contratado con D^a Maite ni al diario "Claro", ni a ningún medio de comunicación.

2. Valoración de la Sala

17. El razonamiento clave para la condena de la demanda se contiene en el último punto y aparte del Fundamento de Derecho tercero de la sentencia de la primera instancia, que hace suyo la de la segunda y que dice:

Que, de todo lo expuesto, a la consecuencia a la que se llega es que, la divulgación por parte del periódico "Claro", del 6 de junio de 1991, en su portada, de la fotografía que consta en la página dieciocho del reportaje fotográfico publicado en la revista "Interviú" del 6 de junio de 1991, se produce, bien porque se entrega la citada revista "Interviú", por la entidad demandada a sabiendas de lo que iba a ocurrir, esto es, la divulgación de la/las fotografías del desnudo de la actora, para obtener así mayor reclamo o propaganda, o, en todo caso, se realiza, por una falta de diligencia, exigible a una entidad como la demandada, profesional del medio, que no debió ante las circunstancias expuestas entregar el ejemplar de la revista, previo a su venta en los quioscos, y por tanto, de acuerdo con la doctrina expuesta en el Fundamento de Derecho Segundo, lleva a condenar a la demandada al pago de la cantidad que se reclama.

18. Basta comparar los hechos de los que parte la sentencia recurrida -conducta dolosa (la sentencia se refiere a la entrega de un ejemplar "a sabiendas" para obtener mayor propaganda), o, alternativamente, grave negligencia (la sentencia precisa que favoreció la publicación mediante la entrega de un ejemplar: conociendo la entidad demandada la citada cláusula penal; sabiendo el tipo de publicación que era el periódico "Claro" y conociendo que las intenciones del periódico eran publicar las fotografías)-, para constatar que el motivo hace supuesto de la cuestión y debe ser rechazado de plano, ya que la versión de hechos "pro domo sua" partiendo de un supuesto de hecho diferente al proclamado por la sentencia recurrida es contrario a la técnica casacional.

TERCERO: SEGUNDO MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

1. Enunciado y desarrollo del recurso

19. El enunciado del segundo de los motivos del recurso de casación por infracción procesal es el siguiente:

Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, por infracción de los arts. 1.281. 1.282, 1.283. 1.284 y 1.285, siguientes y concordantes del Código Civil, así como la doctrina jurisprudencial sobre interpretación de los contratos que los desarrolla.

20. La argumentación vertida en su desarrollo podría condensarse en la idea expresada en el último párrafo del motivo: " La intención de las partes nunca fue incluir en la cláusula de penalización aquellos supuestos en los que la reproducción de las imágenes fuera consecuencia del actuar ilícito de terceros, como hizo el diario "Claro".

2. Valoración de la Sala

21. El motivo debe ser rechazado en primer término porque cita pluralidad de normas que contienen reglas diferentes y con la imprecisión provocada por la referencia a inconcretos artículos "siguientes y concordantes", sin precisar en qué y por qué resultan infringidos los preceptos citados, abocando a la Sala a la construcción del motivo seleccionando la norma vulnerada, lo que es inadmisibles en casación (en este sentido, sentencia núm. 433/2009 de 15 junio).

22. Pero es que, además, aunque no le falta razón a la recurrente en el sentido de que, cualquiera que sea la literalidad de los términos del contrato su interpretación razonable difícilmente puede llevar a entender asumida, a modo de espurio seguro de daños, una obligación de indemnizar por

comportamientos exclusivamente ajenos, lo cierto es que la sentencia fundamenta su pronunciamiento en el hecho propio de la demandada: en su propio comportamiento incumplidor, ya doloso, ya por falta de diligencia rayana en el dolo incidental.

CUARTO: TERCER MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

1. Enunciado y desarrollo del recurso

23. El tercero de los motivos del recurso extraordinario de casación se formula en los siguientes términos:

Para el supuesto hipotético de que no fueran admitidos los anteriores motivos del recurso, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, por infracción de lo dispuesto en el artículo 1.103 del Código Civil en relación con el 1.154 del mismo texto legal y de la doctrina jurisprudencial aplicable.

24. En su desarrollo, la recurrente sostiene:

1) Que la Sentencia recurrida, pese a que parte de la base de que Ediciones Zeta S.A., no ha incumplido dolosamente el contrato de fecha 16 de mayo de 1991, impone la total penalización establecida para supuestos de incumplimiento doloso.

2) Que no existe incumplimiento contractual, ya que EDICIONES ZETA , S.A. nada pudieron hacer para impedir que un tercero de mala fe se hiciese con un ejemplar de la revista y fotografiase el interior de sus páginas.

3) Que la sanción estaba prevista para la divulgación de fotografías que no hubieran sido previamente autorizadas por la demandante, y en este caso las fotografías divulgadas estaban aprobadas por ella.

4) Que no se han evaluado las circunstancias concretas del caso, ya que no se han producido daños, por lo que:

a) Concorre un enriquecimiento injusto.

b) El "quantum" indemnizatorio es el mismo que si EDICIONES ZETA , S.A. hubiese cedido el material obteniendo un beneficio.

2. Valoración de la Sala

25. El motivo debe ser rechazado porque incurre en el defecto formal consistente en mezclar en un solo motivo preceptos y materias heterogéneas, con la consiguiente falta de claridad sobre cuál o cuáles son el o los motivos de casación.

26. Pero es que, además:

1) La recurrente infringió el contrato, sin que pueda admitirse el intento de interpretar la cláusula penal en un sentido que fue expresamente rechazado por la Audiencia en argumentación que

seguidamente reproducimos y que hacemos nuestra: "No puede basarse el recurso de apelación en una interpretación "nueva" de la cláusula penal. La parte demandada, en su escrito de contestación a la demanda, no discute sino que, por el contrario, acepta y parte de la interpretación que de la cláusula penal se hace por la actora: "incluye las fotos del reportaje fotográfico publicadas en *Interviú* que previamente fueron autorizadas por D^a Maite ", y ahora, en el recurso de apelación, se descuelga con otra interpretación, según la cual la cláusula penal solo se referiría a aquellas fotos que no hubiera sido autorizadas por D^a Maite (quedando fuera de la cláusula penal las fotos autorizadas). Para sostener esta interpretación se acude al origen del contrato (en las Islas Vírgenes se habían obtenido unas fotos de D^a Maite sin su consentimiento, en las que ésta no salía favorecida, y, para impedir su publicación, se puso en contacto con Ediciones Zeta S.A., a fin de que las comprara para no publicarlas a cambio de posar ella desnuda para un fotógrafo y publicarse, ese reportaje fotográfico, en la revista *Interviú*, previa su supervisión autorizando la publicación de sólo aquellas fotos en las que se consideraba favorecida) y lo pone en relación con el tenor literal de la cláusula penal. Procesalmente no es admisible este errático comportamiento interpretativo de la parte demandada".

2) No se puede afirmar sin tergiversar el recto sentido de lo afirmado por la sentencia que la misma afirma un comportamiento negligente, antes bien afirma que no consta si la actuación plenamente consciente "a sabiendas" o respondió a falta de diligencia de un "profesional del medio" que en las circunstancias concurrentes no debió facilitar un ejemplar de la revista antes de su venta en los quioscos, lo que raya en el dolo incidental.

3) La sentencia no aplica el artículo 1103 del Código Civil, sino el 1152 del Código Civil, que, como sostiene la sentencia número 641/2009, de 30 de septiembre " constituye una excepción al régimen normal de las obligaciones en cuanto sustituye a la indemnización de daños y perjuicios", por lo que la norma vulnerada, en su caso, no es el precepto que se identifica como infringido en el recurso, sino el 1154 del Código Civil.

4) Tratándose de la aplicación de una cláusula penal, la pena es debida aunque el incumplimiento no hubiese producido daños, ya que como afirma la sentencia número 1261/1998, de 12 enero de 1999, haciendo suya la de 8 de junio de 1998: "El artículo 1152 del Código Civil autoriza a insertar en las relaciones obligacionales cláusula penal que actúa para reforzar y garantizar su cumplimiento, al estimular al deudor a llevar a cabo las prestaciones o actividades que asumió contractualmente, generando directamente sus efectos cuando se da el incumplimiento previsto, con un plus más oneroso, viniendo a operar como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios (SS. 28-6-1991, 7-3-1992, 12-4-1993 y 12-12-1996 ".

5) La pena se pactó como "inmoderable", lo que comporta que cubre tanto los comportamientos dolosos como los culposos, los incumplimientos totales o parciales, siendo precisamente esta la interpretación mantenida por la sentencia recurrida; más aún, la previsión contractual resulta especialmente útil precisamente en un supuesto como el que da lugar a este litigio, ante la dificultad, expresamente constatada por la sentencia de la primera instancia y ratificada por la Audiencia Provincial, de demostrar mediante prueba plena que el cumplimiento incumplidor respondió a una calculada política de la incumplidora dirigida a conseguir mayores ventas.

6) Es cierto que, a diferencia de lo previsto en el primer párrafo de la Ley 518 del Fuero Nuevo de Navarra, que dispone que "La estipulación de pagar una cantidad como pena por el incumplimiento de una prestación lícita obliga al promitente, y la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial", la tendencia doctrinal que aflora en el artículo 1150 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones, elaborado por la Comisión de Codificación y publicado por el Ministerio de Justicia en enero del 2009, apunta a la posibilidad de moderación de

las cláusulas penales incluso en supuestos en que se estipuló con carácter "inmoderable": "El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido", y también apunta en este sentido el apartado 2 del artículo 9:509 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos de la Comisión Lando: "Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias", pero a su moderación se opone:

a) Que, como sostiene la sentencia número 1065/2002, de 8 de noviembre, la facultad concedida al Juez por el artículo 1154 del Código Civil no es susceptible del recurso de casación, o lo que es lo mismo, no es revisable por el Tribunal Supremo por tratarse de un juicio de equidad.

b) La afirmación de que las ventas de la revista INTERVIÚ conteniendo los desnudos de la demandante no se vio beneficiada por la publicación el mismo día de la fotografía en el periódico CLARO, es algo que no se declara probado por la sentencia recurrida y que atenta contra la lógica comercial de la utilización de señuelos.

7) Finalmente, como sostiene la sentencia número 356/1993, de 12 abril, en un supuesto similar, no cabe hablar de enriquecimiento injusto toda vez que la condena a pagar "lo fue por consecuencia del incumplimiento del contrato que los relacionaba, conforme quedó definido, al ser resuelto el mismo y presentarse como la consecuencia pactada de la cesación negocial que fue perfectamente convenido, aceptada, con acomodo a la normativa legal y la concurrencia de justa causa (...).

QUINTO: COSTAS

27. Las costas de ambos recursos se imponen a la recurrente de acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Primero: Desestimamos el recurso de casación interpuesto por EDICIONES ZETA , S.A representada en autos por el Procurador de los Tribunales D. FELIPE JUANAS BLANCO, contra la sentencia dictada en grado de apelación, por la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo número 538/2004, el veinte de junio de dos mil seis, dimanante del procedimiento ordinario número 921/2001 del Juzgado de Primera Instancia número 14 de Madrid,

2. Imponemos a la expresada recurrente las costas causadas por el recurso casación que desestimamos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Francisco Marin Castan. - José Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y

**INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO RELATIVO A LA PUBLICACIÓN DE UN
REPORTAJE FOTOGRÁFICO DE DESNUDOS (STS DE 5 DE OCTUBRE DE 2010).**

Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Número CENDOJ:28079110012010100587