

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

SENTENCIA

Sentencia N°: 377/2011

Fecha Sentencia: 31/05/2011

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso N°: 47/2009

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando

Votación y Fallo: 17/05/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Antonio Xiol Ríos

**Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5 DE PALMA
MALLORCA**

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Escrito por: LTV/CVS

Nota:

Libertad de expresión del abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado y derecho al honor en su vertiente de prestigio profesional. Ponderación entre ambos derechos. Prevalencia del derecho a la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 47/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Antonio Xiol Ríos

Votación y Fallo: 17/05/2011

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA N.º: 377/2011

Excmos. Sres.:

D. Juan Antonio Xiol Ríos

D. Xavier O'Callaghan Muñoz

D. Francisco Marín Castán

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos

D. Román García Varela

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Mayo de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el n.º 47/2009 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Pedro Alomar Cerdó, aquí representado por el procurador D. Jesús Iglesias Pérez, contra la sentencia de fecha 6 de octubre de 2008, dictada en grado de apelación, rollo n.º 288/2008, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 5.ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 706/2006, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de Palma de Mallorca. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida la procuradora D.ª Concepción Guasp Ferrer, en nombre y representación de D. Manuel Penalva Oliver. Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de Palma de Mallorca dictó sentencia de 28 de diciembre de 2007 en el juicio ordinario n.º 706//2006, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por el procurador Sr. Cabrer en nombre y representación de D. Manuel Penalva Oliver contra Carlos Pasarell Bacardit y Pedro Alomar Cerdó condenando a los demandados a abonar solidariamente al demandante la cantidad de 60.000 euros en concepto de indemnización por lo daños morales sufridos con imposición de las costas devengadas en esta instancia a los demandados.»

SEGUNDO.- En los fundamentos de Derecho de la sentencia se declara que:

«Primero.- La parte actora ejercita en este procedimiento al amparo de la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo de Protección al Honor una acción encaminada a que se dicte sentencia declarando la vulneración del derecho al honor de su principal en base a las expresiones contenidas en la demanda de responsabilidad civil contra el Ilmo. Magistrado Juez D. Manuel Penalva Oliver condenando al Sr. Pasarell y al Sr. Alomar a abonar a su cliente la cantidad de 60.000 euros en concepto de indemnización por los daños morales sufridos. Subsidiariamente solicita que se estime la demanda en base a la existencia de abuso de derecho del art. 7 del CC y su desarrollo doctrinal y jurisprudencial así como que se condene a los demandados a abonar las costas del presente procedimiento, pretensión que sintéticamente fundamenta en que lo siguiente: Que la presente demanda se interpone contra el Sr. Pasarell, administrador único de la empresa Promotoras Palmesana de Viviendas Sociales S.A. y contra el Sr. Alomar, actor y letrado respectivamente en el procedimiento ordinario 51/2002 con base en primer lugar en las expresiones y calificativos utilizados en dicha demanda y que suponen la imputación de la comisión por parte del Ilmo. Sr. Penalva de un delito de prevaricación y en segundo lugar por el conjunto de la actuación por cuanto los calificativos referidos han sido vertidos a través de una demanda temeraria que no cumplía los requisitos de admisión a trámite,



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

que con posterioridad a la misma se han valido de toda clase de fraudes procesales que pudieran constituir incluso estafa procesal.

»Que por ambos demandados se interpuso demanda de responsabilidad civil contra jueces y magistrados en base a lo previsto en los art. 411 y ss de la LOPJ en la que se reclamaban 500 millones de pesetas fundada en la actuación negligente del magistrado por no acceder a la nulidad de las subastas celebradas en la ejecución provisional de sentencia de menor cuantía 824/96.

»Que dicha demanda correspondió tras abstención del Sr. Penalva al titular del Juzgado número 11 y fue contestada en fecha 6 de marzo de 2002, se celebró audiencia previa y tres días antes de la celebración del juicio, por el Sr. Alomar se solicitó la suspensión por prejudicialidad civil al haber sido emplazados ante el Juzgado n.º 9 como demandados en el procedimiento n.º 282/2002 en el que por el Sr. Juan Gornals se solicitaba la nulidad de las subastas antes referidas (el Sr. Gornals era un amigo del Sr. Pasarell según reconoció éste en el acto de la vista n.º 51/2002 y el Sr. Pasarell se allanó a la misma tratando de conseguir la nulidad de las subastas). La solicitud de suspensión por prejudicialidad civil fue denegada sin recurso.

»Por lo que se refiere a la demanda de responsabilidad civil contra el magistrado Ilmo. Sr. Penalva terminó con sentencia desestimatoria de fecha 7 de junio de 2002 en la que se destacó la temeridad de la demanda y se impusieron las costas al actor por mala fe procesal. Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de fecha 10 de febrero de 2003 que asimismo destacó la temeridad del demandante. Contra la sentencia de la AP de Baleares se interpuso recurso de casación que fue inadmitido a trámite mediante auto de fecha 28 de diciembre de 2004.

»Asimismo manifiesta que se interpuso en fecha 5 de mayo de 2003 por la Sra. Jiménez Priego una nueva demanda de nulidad de las subastas celebradas que dio lugar al procedimiento ordinario n.º 440/2003 que finalizó con resolución de 3 de junio de 2004 y deducción de testimonio al Ministerio Fiscal.

»Por lo que se refiere a la acción ejercitada con base al derecho al honor alega que se ha afectado al crédito personal del magistrado con la interposición de la demanda al sugerir que el Sr. Penalva ha cometido un delito de prevaricación doloso, tildando al magistrado Sr. Penalva de contumaz, arbitrario y desviado en el ejercicio de su función jurisdiccional,

o acusándole de obstinarse o empecinarse en mantener ilegal y reiteradamente la idoneidad de las subastas, alegando que no hay ofensa más grave para un magistrado que achacarle la comisión de un delito de prevaricación, que no concurre la nota de reiteración en la denegación de nulidad que se le atribuye en la demanda, por cuanto el Sr. Pasarell sólo planteó un incidente de nulidad y por el contrario el resto de solicitudes fueron presentadas por "supuestos terceros" que en realidad fueron su esposa, con quien convino la presentación de los escritos, sus letrados, o su amigo Juan Gornals siendo estos terceros un ardid del Sr. Pasarell y su letrado para obtener la nulidad de las subastas después de haber demandado al magistrado Sr. Penalva.

»Que precisamente en el procedimiento de menor cuantía los demandados no hicieron valer sus derechos ni utilizaron los recursos: no designaron perito, no impugnó el avalúo, no denunció irregularidad en los edictos, no recurrió los autos de adjudicación... etc. Asimismo basó en la demanda interpuesta contra el Ilmo. Sr. Penalva los perjuicios causados sobre la base del valor del terreno y de la gasolinera construida sobre él, cuando la gasolinera no era de propiedad de Promoviso por lo que nunca podría incluirse en el avalúo del perito. Que el perito designado por los demandados para el procedimiento 51/2002, Sr. Marqués, que valoró los supuestos perjuicios y depuso en el procedimiento de responsabilidad civil a petición de la entonces actora contra el Ilmo. Sr. Penalva no ratificó su informe y reconoció que la entidad Promoviso no le facilitó los datos necesarios para emitirlo.

»Que pese a lo anterior se procedió asimismo a presentar querrela contra el perito Sr. Collado que realizó el avalúo en el procedimiento 824/96.

»En definitiva alega que la demanda contra el Ilmo. Sr. Magistrado Penalva fue interpuesta con la finalidad de dañar gratuitamente su imagen profesional, para apartarle del conocimiento del proceso, para coaccionarle o para coaccionar e intimidar a los demás magistrados que iban a conocer de las solicitudes de nulidad de las subastas que se presentaran con posterioridad. Que dicha demanda carecía de los requisitos para ser admitida por cuanto el proceso 824/96 no estaba terminado, no se acompañó la certificación del art. 266.1 de la LEC, no agotaron los recursos a su alcance contra las actuaciones y resoluciones del magistrado destacando incluso que no sólo no acudieron a las subastas sino que el Sr. Pasarell reconoció en el juicio ordinario que



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

habló con sus abogados y no denunció las supuestas irregularidades de la subasta porque les pareció mejor hacerlo después de que se celebrara lo que fue destacados por las sentencias desestimatorias de primera y segunda instancia. Que no existió responsabilidad civil ni siquiera error judicial, que no existía indefensión y que no existía perjuicio patrimonial. Que la actora en el procedimiento contra el magistrado no explicó en que basaba la negligencia contra el principal y que no existió negligencia alguna y ni siquiera error judicial.

»Por parte del codemandado Sr. Pasarell no se contestó a la demanda por lo que fue declarado en rebeldía mediante providencia de fecha 25 de julio de 2007.

»El codemandado Sr. Alomar contestó a la demanda alegando en síntesis lo siguiente: Que el demandado interpuso la demanda por encargo profesional del Sr. Pasarell como consecuencia de las pérdidas patrimoniales sufridas por el Sr. Pasarell pero que no tuvo nada que ver con el resto de las demandas citadas. Que no es cierto que se imputada al Ilmo. Sr. Penalva la comisión de un delito de prevaricación lo que en su caso se hubiera realizado en el ámbito penal. Que la demanda se interpuso una vez finalizado en procedimiento civil de ejecución provisional. Que el letrado demandado no ha pretendido imputar delito alguno al magistrado hablándose únicamente de culpa civil y nunca ha pretendido dañar la imagen profesional del Sr. Penalva y en todo caso las manifestaciones se ejercieron en el ámbito del derecho de defensa. Que los escritos judiciales no han tenido ninguna publicidad. Que la finalidad del proceso era resarcir económicamente al Sr. Pasarell Que la temeridad de la demanda de responsabilidad civil se basa en un juicio de valor que en todo caso no puede ser fundamento de la acción ejercitada.

»Segundo.- Ejercita por tanto la demandante en primer lugar una demanda de protección del derecho al honor invocando lo proclamado en el art. 18 de la Constitución Española que garantiza el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen" así como lo dispuesto en los art. 1 y 7 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo que viene desarrollando el contenido del dicho precepto constitucional sobre la base, en primer lugar, de que las expresiones y contenido de la demanda de la que dimanó el procedimiento n.º 51/2002 se ofende el honor y el prestigio profesional del Ilmo. Magistrado Sr. Penalva y en segundo lugar que la demanda es temeraria, carece de soporte fáctico y jurídico y fue acompañada de numerosos ardidés procesales y que con la

interposición de la misma se ocasionaron daños personales y profesionales al magistrado demandante.

»Asimismo hemos de hacer la precisión de que esta juzgadora no puede entrar de nuevo a conocer y examinar la totalidad de las alegaciones de la demanda y por tanto entrar a conocer la corrección o incorrección de la actuación del magistrado Ilmo. Sr. Penalva, ni todos aquellos extremos que fueron objeto del procedimiento de juicio ordinario n.º 51/2002 por cuanto han sido declarados por sentencia firme los siguientes extremos: que la actuación del magistrado no fue culposa o negligente y que la demanda interpuesta contra el mismo fue temeraria y de mala fe tal y como recogen las sentencias de fecha 25 de junio de 2002 y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de fecha 10 de febrero de 2003 acompañando dichas sentencias a la demanda como documentos 10 y 12 entendiéndose que todas las cuestiones referentes a los defectos existentes en los edictos de las subastas celebradas en el procedimiento de menor cuantía n.º 824/2006, la actuación del Ilmo. Sr. Penalva en relación con la ejecución provisional de las que dimanaban las referidas subastas y la temeridad de la demanda interpuesta contra él han sido objeto de un procedimiento anterior y por lo tanto no pueden volver a examinarse.

»Es preciso por tanto centrar la cuestión por lo que se refiere a la acción ejercitada examinando el contenido de la demanda interpuesta y ponderando si con el mismo se ofende el honor del magistrado, si con la interposición misma de la demanda calificada por sentencia firme como temeraria (y prescindiendo por tanto de su contenido) se han ocasionado daños personales y morales al Ilmo. Sr. Penalva y por último si los demandados han incurrido en abuso de derecho en el conjunto de las actuaciones procesales realizadas que han ocasionado perjuicios personales y profesionales al mismo que deben ser indemnizados.

»Hemos de partir del concepto de derecho al honor tal y como lo ha definido la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y teniendo en cuenta que "El contenido del derecho al honor es hábil y fluido, cambiante y en definitiva, como hemos dicho en alguna otra ocasión, "dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento" (STC 185/1989)" y que una vertiente del derecho al honor es el prestigio profesional por cuanto el Tribunal Constitucional ha declarado entre otras en sentencia de 14 de diciembre de 1992, "el trabajo, para la mujer y el hombre de nuestra época, representa el sector más importante



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

y significativo de su quehacer en la proyección al exterior, hacia los demás e incluso en su aspecto interno es el factor predominante de realización personal. La opinión que la gente pueda tener de cómo trabaja cada cual resulta fundamental para el aprecio social y tiene una influencia decisiva en el bienestar propio y de la familia, pues de él dependen no ya el empleo o el paro sino el estancamiento o el ascenso profesional, con las consecuencias económicas que le son inherentes. Esto nos lleva de la mano a la conclusión de que el prestigio en este ámbito, especialmente en su aspecto ético o deontológico, más aún que en la técnica, ha de reputarse incluido en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor.

»Por su parte establece el art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982 que "Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el art. 2 de esta ley:

7. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

»Se protege por tanto en este precepto el derecho al honor en su doble vertiente, subjetiva (estimación que cada persona hace de sí misma) y otra objetiva (reconocimiento ajeno de la dignidad propia) entendiéndose el actor que el contenido supone una intromisión ilegítima en su derecho del honor y entendiéndose el demandado Sr. Alomar que las expresiones contenidas en la demanda se justifican en el derecho de defensa encomendado debiendo efectuar una ponderación entre ambos derechos en juego. El derecho al honor en su vertiente subjetiva y objetiva y el derecho de expresión de un letrado en el ejercicio de sus funciones lo que supone un ámbito cualificado por su relación con el art. 24 de la Constitución Española.

»En primer lugar y por lo que se refiere a las expresiones concretas que la parte demandante se considera que suponen una intromisión ilegítima en su honor aparecen recogidas en la demanda las siguientes:

"a lo largo del procedimiento de ejecución provisional se dictaron por el Ilmo. Sr. Juez varias resoluciones cuyo contenido era absolutamente contrario a las normas procesales que rigen la materia...";

"La perseverancia o contumacia del Ilmo. Sr. Magistrado en el rechazo de todos y cada una de las peticiones de esta parte orientadas a que se evitara la consumación del atropello sufrido, tiene además una



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

doble lectura: a) exponente de una incomprensible decisión de sostener y no enmendar..."

"tal conducta debe ser, como mínimo, considerada culposa, pues un profesional del derecho que se obstina en mantener la idoneidad de las subastas, sin tener en cuenta las alegaciones vertidas contra las mismas incurre en una grave negligencia".

"tal denegación de nulidad, que no tiene en cuenta la real existencia de los defectos procesales apuntados, por lo que entendemos que se incurre claramente en una conducta antijurídica, y, como mínimo culposa... "

"El patrimonio de mi poderdante se ha visto privado de tales fincas por no haberse anulado las actuaciones que tantos defectos legales arrastraban y haberse persistido en celebrar una subasta convocada contraviniendo la normativa legal".

"Se adjuntan copias de las resoluciones citadas y de las adjudicaciones asimismo se adjunta un contrato privado de compraventa del solar y la gasolinera, cuya eficacia se vio frustrada por la ejecución provisional realizada en condiciones tan deplorables"...

"Siendo tales normas de derecho público, la negativa reiterada a cumplir el plazo por parte del Ilmo Sr. Juez, debe conllevar, en tanto que culposa y manifiestamente infractora de la ley..."

Los preceptos constitucionales y orgánicos que proclaman el derecho a la tutela judicial efectiva, a la seguridad jurídica, y prometen la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos... da paso a la obligación de indemnizar al ciudadano víctima de la desviación en la función jurisdiccional".

»De la lectura de los acotados anteriores contenidos en la demanda se desprende que se imputa al Ilmo. Sr. Penalva en la demanda dictar resoluciones judiciales contrarias al ordenamiento jurídico lo que por sí solo no constituye una intromisión ilegítima, esto no obstante el demandante va más allá por cuanto manifiesta que el magistrado insistió en mantener su decisión de forma perseverante, contumaz, atribuyéndole claramente arbitrariedad en su decisión y desviación en el ejercicio de su función jurisdiccional. Por otro lado de alguna de las frases acotadas se insinúa que el magistrado incurrió de forma dolosa, en concreto en la primera da ellas cuando manifiesta "se incluye claramente en una conducta antijurídica y como mínimo culposa" por cuanto por encima de la culpa se encuentra el dolo. En el acto del juicio el Sr. Alomar fue



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

preguntado por parte del Ministerio Fiscal que quería decir dicha frase a lo que el mismo contestó que "se trata de una culpa clara". Esto no obstante leyendo la totalidad de la demanda, y la expresión en su contexto "como mínimo culposa" insinúa claramente la concurrencia de dolo.

»Esta apreciación de que en la demanda se imputa al Ilmo. Sr. Penalva actuar a título de dolo lo que efectivamente sería tanto como imputar la comisión de un delito de prevaricación en el ejercicio de sus funciones ya fue apreciada por el Ilmo. Sr. Muñiz en su sentencia de fecha 25 de junio de 2002 que recoge lo siguiente: Aunque lo anterior basta para resolver el pleito, resulta obligado, para mayor satisfacción en justicia del demandado, al que se le ha imputado negligencia en el ejercicio de su función, insinuándose incluso la concurrencia de dolo, dejar sentado que de cuanto se ha actuado en el juicio nada resulta que implique tan siquiera culpa o negligencia de su parte".

»El codemandado Sr. Alomar manifiesta en su contestación a la demanda que no pretendía imputar delito alguno al magistrado que las frases deben ser leídas en su contexto y que asimismo únicamente se habla de culpa civil y en ningún caso de la culpa penal (hecho cuarto al tercero y cuarto adversos) y asimismo en el hecho quinto manifiesta que "sólo se achaca un error en uno de los muchos procedimientos que ha llevado su S.S.^a Ilma. a lo largo de su dilatada carrera profesional".

»Estas alegaciones no pueden ser atendidas por cuanto la demanda ni mucho menos se limita a "achacar un error" sino a imputar grave negligencia en el ejercicio de sus funciones, obstinarse en mantener una decisión contraria al ordenamiento jurídico, y a calificar la conducta del magistrado de "como mínimo, culposa" por lo que de su simple lectura se desprende que mediante la misma se ataca el honor del magistrado Penalva en su prestigio profesional al imputarle el mantener conscientemente una resolución contraria al ordenamiento jurídico y que los términos en los que estaba redactada la demanda no son necesarios para el ejercicio del derecho de defensa por cuanto si realmente lo que se quería era imputar al magistrado Penalva un error en el cómputo de los plazos de los edictos muy bien pudiera haberse expresado en dichos términos o bien acudir al procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico para el error judicial como señala la Audiencia Provincial en la sentencia dictada en el procedimiento 51/2002.

»Por otro lado y por lo que se refiere a la difusión de la demanda interpuesta, y si bien el contenido de la misma y por tanto las expresiones proferidas forman parte de los escritos forenses por el contrario la interposición de la demanda contra el Sr. Penalva por grave negligencia tuvo difusión periodística por cuanto aparece publicada la interposición de la demanda en el periódico Diario de Mallorca de fecha 3 de marzo de 2002 con el titular "Piden casi 2 millones de euros a un juez de Palma por una responsabilidad civil. Los reclamantes sostienen que tenía que haber anulado una subasta en la que se perdió dinero" y posteriormente haciendo referencias a dicha demanda en fecha 5 de marzo de 2002 y a la sentencia absolutoria en fecha 3 de julio de 2002 (acompañados a la demanda) y aunque en dichos artículos no se contiene el nombre del Sr. Penalva por lo reducido del círculo jurídico necesariamente trascendió a sus compañeros de profesión, letrados, procuradores y el resto de la comunidad jurídica con lo humillante que puede suponer para un magistrado ser demandado por una negligencia profesional por una cantidad tan elevada. A todo lo anterior hemos de añadir que la demanda interpuesta y por ende la acción ejercitada contra el mismo como ya hemos manifestado ha sido calificada de temeraria por sentencia firme y asimismo se ha destacado por ambas instancias que carecía de los requisitos de admisión a trámite y asimismo de base fáctica y jurídica.

»En cuanto a la responsabilidad de ambos codemandados en el presente procedimiento, el Sr. Alomar manifiesta que interpuso la demanda referida por indicación del Sr. Pasarell pero puesto que la demanda aparece firmada por él mismo y redactada íntegramente por él como reconoció en el interrogatorio de parte celebrado no puede obviarse su responsabilidad por cuanto las expresiones proferidas contra el magistrado han sido redactadas por él como reconoció en el acto del juicio y dichas expresiones exceden claramente del derecho de defensa y se contienen en una demanda manifiestamente temeraria. El Sr. Alomar manifestó en el acto del juicio que la interposición de la demanda tenía como finalidad compensar el perjuicio a su cliente y esa finalidad legítima enlazada con el derecho de defensa sin embargo no puede conseguirse lesionando el honor en su vertiente prestigio profesional del Sr. Penalva.

»Por lo que se refiere a la responsabilidad del Sr. Pasarell se deriva en primer lugar del interrogatorio de parte con efectos de tenerle por confeso del art. 304 de la LEC, teniendo asimismo en cuenta el interrogatorio de parte celebrado en el juicio 51/2002 en el que reconoce

que la decisión de la interposición de la demanda fue meditada y fue tomada por él tras ser consultada con su letrado.

»Tercero.- Dicho lo anterior hemos de pasar a examinar el conjunto de la conducta procesal de los demandados a los efectos de determinar si en la misma concurre fraude procesal y abuso de derecho en el concepto recogido en el art. 7 del CC y en particular si la demanda interpuesta contra el Ilmo. Sr. Penalva tenía como finalidad coaccionarle a fin de conseguir la pretendida nulidad de las subastas celebradas.

A tal efecto y de conformidad con la documentación aportada tomando en especial consideración las resoluciones judiciales el Sr. Pasarell durante la ejecución provisional n.º 824/96 conoció los edictos publicados y los supuestos defectos, sin embargo consultó con sus letrados y decidió esperar a que se celebraran las subastas para posteriormente una vez celebradas denunciar su nulidad. Los hechos anteriores han sido tenidos en cuenta por las sentencias citadas a fin de declarar la temeridad de la demanda interpuesta contra el Ilmo. Sr. Penalva. A continuación una vez que se interpuso petición de nulidad y siendo denegada la misma por el Ilmo. Sr. Magistrado Penalva por auto de 25 de mayo de 2000, se llevan a cabo las siguientes acciones:

-Se interpone por el Sr. Pasarell querrela contra el perito que había realizado el avalúo de las fincas en el Juzgado de Instrucción n.º 1, posteriormente se amplía la misma y con base a dicha querrela solicita la suspensión de la ejecución provisional por cuestión prejudicialidad penal que fue desestimada por auto de 16 de julio de 2001 y se reitera la solicitud el 30 de julio de 2001.

- Se interpone en fecha 30 de julio de 2001 escrito pidiendo la suspensión de la ejecución y pidiendo la nulidad de las subastas por parte de Nicolás Canela Farre y reconociendo el Sr. Pasarell en el acto de la vista del juicio 51/2002 que era uno de los letrados, simulando ser un supuesto tercero, siendo rechazada la petición el 2 de noviembre de 2001.

-Se interpone por la empresa Suministres Energetics Independients S.L., cuya representante legal es la esposa del Sr. Pasarell, Amalia Margarita Fontán García, en fecha 23 de noviembre de 2001 escrito pidiendo de nuevo la nulidad de las subastas simulando ser un supuesto tercero que fue denegada por auto de 3 de diciembre de 2001, formulando nuevo incidente de nulidad el 2 de enero de 2002 que fue inadmitido.



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

- Se interpone por D. Juan Gornals a través del letrado Vicens Mir una nueva demanda solicitando la nulidad de las subastas ante el Juzgado de Primera Instancia nº 9 (autos 282/2002) amparándose en la falsa condición de tercero siendo éste un amigo del Sr. Pasarell según reconoce éste en el acto de la vista 51/2002 y finalizando el procedimiento mediante auto dictado en fecha 14 de octubre de 2002 por el que se acuerda remitir las actuaciones al Ministerio Fiscal por si fueran constitutivas de delito.

En este último procedimiento la empresa Promoviso del Sr. Pasarell figura como demandada y se allanó a la demanda.

-Se interpone en fecha 17 de enero de 2002 demanda de responsabilidad civil contra el Sr. Penalva y petición de suspensión por prejudicialidad civil por haber sido emplazados como demandados en los autos 282/2002.

-Se interpone nuevamente en fecha 5 de mayo de 2003 demanda de juicio ordinario por D.^a María del Carmen Jiménez Priego demanda de nulidad de las subastas celebradas que dio lugar al procedimiento 440/2003 y en el que se dictó auto de sobreseimiento acordando remitir las actuaciones al Ministerio Fiscal por si los hechos fueron constitutivos de delito por cuanto la demanda fue presentada por el Sr. Bartolomé Vicens i Mir también letrado del Sr. Juan Gornals y amigo del Sr. Pasarell.

»De la relación cronológica de procedimientos que tienen el mismo objeto se desprende que el Sr. Pasarell tenía la intención de anular a toda costa las subastas celebradas y para ello se concertó con familiares y otras personas a fin de instar la nulidad de subastas mediante falsos terceros. Que interpuso la demanda de responsabilidad civil y mientras que se encontraba pendiente el procedimiento contra el magistrado Penalva un amigo suyo "de Porreres" (según acta de juicio 51/2002) el Sr. Gornals, interpone una nueva demanda de nulidad contra el mismo, y el Sr. Pasarell a través de su letrado Sr. Alomar solicita la suspensión del procedimiento contra el Sr. Penalva mientras se tramitaba este nuevo procedimiento de nulidad ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 9.

»Para esta juzgadora, la petición del Sr. Alomar de suspensión del procedimiento civil mientras se decide la nulidad de las subastas mediante demanda interpuesta por un amigo suyo es un claro indicio de que con la demanda de responsabilidad interpuesta contra el Sr. Peñalva se pretendía forzar la nulidad de las indicadas subastas por cuanto para



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

esta juzgadora no tiene sentido alguno que la demandante del procedimiento pide la suspensión por prejudicialidad civil en base a otro procedimiento interpuesto con un amigo suyo y en el que se allana a la demanda. Por supuesto tampoco es verosímil que estos terceros (casualmente todos letrados o familiares del Sr. Pasarell) por sí mismos y sin conocimiento y sin concertarse con el Sr. Pasarell y por su propia iniciativa decidieran solicitar la nulidad de las subastas celebradas.

»La anterior cadena de hechos dio lugar a la remisión de testimonio al Ministerio Fiscal en los procedimientos 282/2002 y 440/2003 y mediante la denuncia del mismo de fecha 25 de marzo de 2003 a la incoación de procedimiento penal por estafa procesal contra los aquí demandados, Sr. Pasarell y Sr. Alomar y otros imputados que se esta tramitando en el Juzgado de Instrucción n.º 1 DP 1277/2003. Si los hechos son o no constitutivos de delito será una cuestión a resolver por los Juzgados y Tribunales penales pero en todo caso son constitutivos de abuso de derecho y fraude procesal y en concreto, por lo que se refiere a la interposición de la demanda de responsabilidad contra el magistrado, ha supuesto una intromisión ilegítima en su honor en su vertiente de prestigio profesional.

»Por lo que se refiere a la intervención del Sr. Pasarell en los procedimientos anteriores se desprende claramente de toda la documentación aportada y en especial de las resoluciones judiciales acompañadas y del interrogatorio del demandado con efectos de tenerlo por confeso, en base a lo dispuesto en el art. 304 de la LEC.

»Por su parte el Sr. Alomar manifestó que ninguna intervención tuvo en ninguno de los procedimientos anteriores sin embargo de la documentación aportada se desprende que el Sr. Alomar intervino en la ampliación de la querrela formulada contra el Presidente de Cepsa, Estaciones de Servicio S.A. y contra el Presidente del Grupo Empresarial Compañía Española de Petróleos S.A., intervino en la declaración de los querellados, intervino en la petición de suspensión por prejudicialidad penal, interpuso la demanda contra el Ilmo. Sr. Penalva asistió a la audiencia previa y al juicio e interpuso el recurso de apelación. Asimismo solicitó la suspensión por prejudicialidad civil por haber sido demandado Promoviso en el procedimiento 282/2002. Por lo que se refiere a las diligencias penales abiertas por estafa procesal y al resto de los procedimientos incoados por supuestos falsos terceros el letrado Sr. Alomar en su contestación a la demanda manifestó "al parecer además



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

de la ejecución de sentencia han existido otros procedimientos en los que se pretende anular una resolución judicial. Pero instar la anulación de una resolución judicial pretendiendo que se sustituya por otra y que se prosiga el procedimiento no creemos que pueda ser objeto de reproche penal alguno... "

»Efectivamente, es lícito pretender la finalidad de "anular la resolución judicial "lo que constituye un evidente abuso de derecho es pretender conseguir dicha finalidad "por cualquier medio" sea ajustado a derecho o no y lesionando el prestigio profesional y el honor del magistrado Penalva o de otros operadores jurídicos que intervinieron en el proceso.

»En este sentido la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional claramente se ha ocupado de la libertad de expresión del letrado en el ejercicio de su derecho de defensa y has precisado que el límite a dicho derecho fundamental se encuentra en el respeto a los demás sujetos procesales:

»A tal efecto "es doctrina consolidada (SSTC 205/1994 EDJ 1994/5926, 157/1996 EDJ 1996/5823, entre otras), que el ejercicio del derecho de defensa en las actuaciones judiciales -campo al que se extiende la libertad de expresión- tiene un contenido específicamente resistente y es inmune a restricciones salvo aquéllas que derivan de la prohibición de utilizar términos insultantes, vejatorios o descalificaciones gratuitas, ajenas a la materia sobre la que se proyecta la defensa".

»Ahora bien, en ella se ha destacado que resulta preciso cohonestar dos exigencias potencialmente opuestas, pero complementarias: el respeto a la libertad del abogado en la defensa del ciudadano y el respeto por parte del abogado de los demás sujetos procesales, que también participan en la función de administrar justicia. La primera exigencia aparece contemplada en el art. 437.1 LOPJ, al disponer que "en su actuación ante los jueces y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa". La segunda de las exigencias antes apuntadas requiere, en reciprocidad, el respeto por parte del abogado de las demás personas que también participan en la función de administrar justicia. Asimismo se destaca que la especial cualidad de la libertad de expresión del abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del poder judicial, que el art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos erige en límite explícito a la libertad de expresión"

»En definitiva, teniendo en cuenta que la interposición de la demanda de responsabilidad civil contra el Ilmo. Sr. Penalva y el contenido de la misma supone imputar al magistrado una grave negligencia en el desarrollo y ejercicio de la actividad profesional y fue incardinada en un conjunto de actuaciones que son constitutivas de abuso de derecho excediéndose claramente del derecho de defensa se está en el caso de dictar sentencia condenatoria contra los demandados entendiendo que ambos son responsables de los daños que se hayan causado al Ilmo. Sr. Penalva sin que se pueda individualizar la responsabilidad entre ellos por cuanto el contenido de la demanda fue redactada por el Sr. Alomar y su interposición encargada por el Sr. Pasarell según las propias declaraciones del codemandado Sr. Alomar en el acto del juicio por lo que la condena es de carácter solidario a los perjuicios a los que nos referiremos en el fundamento de derecho siguiente.

»Por último mencionar que el letrado del Sr. Alomar que compareció al acto del juicio en fase de conclusiones introdujo una nueva alegación manifestando que la acción contra el derecho al honor estaba caducada por imperativo del art. 9.5 de la LO 1/82 que establece: 5. Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas, manifestando el letrado que el aquí actor pudo ejercitar la demanda aquí interpuesta desde que tuvo conocimiento de la interposición de la demanda de responsabilidad civil. Pese a que la alegación efectuada es extemporánea por cuanto no se contiene en el escrito de contestación a la demanda ni se hace mención alguna en la audiencia previa ni al inicio de juicio ordinario esta juzgadora para agotar la totalidad de las alegaciones interpuestas por el codemandado va a entrar a conocer acerca de esta cuestión. Efectivamente la demanda de responsabilidad civil presentada contra el Ilmo. Sr. Penalva lleva fecha 17 de enero de 2002 dando inicio mediante su presentación al procedimiento ordinario 51/2002, esto no obstante esta juzgadora considera que la acción por lesión al derecho al honor no pudo interponerse hasta el momento en que finalizó mediante sentencia firme el mencionado procedimiento y esto es



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

así por cuanto imputándose al Ilmo. Sr. Penalva la comisión de una grave negligencia en el ejercicio de su función e insinuándose incluso la comisión de dolo hasta el momento en que los tribunales de primera, segunda instancia y Tribunal Supremo confirmaron que la actuación del magistrado fue correcta no podía éste entender que con dicha afirmación se lesionaba su honor. La interposición de la presente demanda de protección del derecho al honor con anterioridad a que el procedimiento 51/2002 se encontrara totalmente finalizado por sentencia firme hubiera ocasionado sin duda la paralización por litispendencia por cuanto en el supuesto en que en dicho procedimiento no se hubiera declarado por sentencia firme que las afirmaciones acerca de la actuación de magistrado no respondían a la realidad no hubiera podido nacer la presente acción. Entendiendo que el plazo inicial para la interposición de la presente demanda comienza en la fecha en que por el Tribunal Supremo se dicta auto de inadmisión del recurso de casación en fecha 28 de diciembre de 2004 y se notifica a las partes pues es en dicho auto cuando la sentencia del procedimiento 51/2002 es declarada firme. Habiéndose interpuesto la presente demanda en fecha 8 de junio de 2006 el mencionado plazo de cuatro años de caducidad no había transcurrido por lo que es desestimada la excepción propuesta.

»Cuarto.- Establece el artículo 9-3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que, para la valoración de la indemnización correspondiente al daño moral causado como consecuencia de la intromisión ilegítima en el ámbito de protección de dicha Ley, entendiéndose que "La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma". Calibrando tales elementos y teniendo en especial consideración los siguientes: en primer lugar que se imputa al Ilmo. Sr. Penalva una grave negligencia en su actividad profesional mediante una demanda que fue calificada de temeraria en primera instancia, confirmada en segunda contra la que se interpuso recurso de casación por lo que el procedimiento se prolongó durante varios años, que ambas instancias destacaron que la demanda carecía incluso de los requisitos de admisión a trámite, que se utilizó para interponer la



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

demanda la sociedad Promoviso y que las costas tasadas en 140785 euros no han sido abonadas por cuanto de conformidad con la documentación aportada la sociedad Promoviso de la que era administrador único el Sr. Pasarell carece de bienes para hacer efectivas las mismas por cuanto se ha traspasado el patrimonio de la misma a la entidad Subministres Energetics Independents S.L. estando la ejecución paralizada por cuanto ni siquiera ha podido requerirse al Sr. Pasarell, que al Sr. Penalva en el procedimiento 51/2002 se le reclamaba una enorme cantidad de dinero como indemnización (500 millones de pesetas) lo que es evidente que debió causar al magistrado una gran inquietud por su futuro económico, que la demanda por negligencia fue publicada en prensa y dicha noticia reiterada en varias ocasiones, es parecer de esta Juzgadora, que la indemnización solicitada de 60.000 euros es ajustada a los daños morales producidos al Ilmo. Sr. Penalva por la zozobra, inquietud y angustia provocada con la demanda interpuesta de conformidad con lo solicitado por el actor y por el Ministerio Fiscal.

»Quinto.- El artículo de 394 de la LEC establece que las costas procesales se impondrán primera instancia a la parte que hubiese visto desestimadas todas sus pretensiones, salvo que el Juez, razonándolo debidamente aprecie la existencia de razones que justifiquen su no imposición, lo que no concurre en el presente caso por lo que las costas se imponen a los demandados.»

TERCERO.- La Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó sentencia de fecha 6 de octubre de 2008, en el rollo de apelación n.º 288/2008, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Julián Ángel Montada Segura en nombre y representación de D. Pedro Alomar Cerdó, contra la resolución de fecha 28-XII-2007 dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 13 de Palma, en los autos del juicio ordinario n.º 706/2006 de que dimana el presente rollo de Sala n.º 288/2008, confirmar la meritada resolución, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.»

CUARTO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero.- En el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 13 de Palma se siguió el juicio de menor cuantía n.º 824/96 instado por Cepsa Estaciones de Servicio S.A. contra la entidad Promotora Manresana de Viviendas Sociales S.A. (en adelante Promotora Manresana), que terminó con sentencia condenatoria para dicha sociedad, quien la recurrió en apelación; la parte actora solicitó la ejecución provisional de dicha resolución y en este trámite se acordó subastar determinadas fincas propiedad de la ejecutada, la cual interesó la nulidad de actuaciones respecto de las subastas, petición que fue rechazada por el Juez de instancia lo que movió a la ejecutada a interponer recurso de apelación, que, al no ser admitido, propició la interposición de recurso de queja contra la inadmisión, siendo que la Sección 4.^a de esta Audiencia Provincial desestimó la queja.

»Es en estas circunstancias en las que Promotora Manresana bajo la dirección letrada de D. Pedro M. Alomar Cerdó, considerando que el magistrado titular por aquel entonces del Juzgado en cuestión: D. Manuel Penalva Oliver había actuado negligentemente respecto de las subastas mencionadas, interpuso demanda de juicio declarativo de responsabilidad civil de jueces y magistrados contra él. El procedimiento que se siguió fue el juicio ordinario n.º 51/2002 ante el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 13 -con la natural abstención del Sr. Penalva- que terminó con sentencia desestimatoria de la pretensión de la actora, quien interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Sección 4a de esta Audiencia Provincial resultando pues confirmada la sentencia de la primera instancia. Contra esta decisión interpuso Promotora Manresana recurso de casación, que fue inadmitido a trámite por el Tribunal Supremo.

»Así las cosas, el Sr. Penalva Oliver interpuso demanda de protección del derecho al honor y/o abuso de derecho contra D. Pedro Alomar Cerdó y D. Carlos Pasarell Bacardit, demanda que dio lugar a la tramitación del juicio ordinario n.º 706/2006 en el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 13 de Palma que terminó con sentencia estimatoria de aquélla, por lo que resultaron condenados los demandados, solidariamente, a abonar al demandante la cantidad de 60.000 €. El demandado D. Pedro Alomar ha recurrido en apelación dicha resolución motivando ello la tramitación del presente rollo de Sala n.º 288/2008.

»Segundo.- Manifiesta en primer lugar la parte apelante que concurre en él falta de legitimación pasiva por cuanto -en síntesis- cuando el Sr. Penalva tuvo conocimiento de que había sido demandado y de los



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

términos en los que se había redactado la demanda, tuvo la oportunidad procesal de acudir al amparo judicial en relación a si lo referido en aquélla excedía del derecho de defensa del abogado y del libre ejercicio de su libertad de expresión, pero no lo hizo, por ello y de conformidad con lo dispuesto por el art. 499 de la LOPJ vigente en aquel momento dejó pasar su oportunidad, por lo que ahora el Sr. Alomar no puede ser sujeto pasivo en la presente litis porque carece de legitimación (art. 10 LEC); además, en su calidad de letrado de la parte actora en el pleito, 51/2002 (el sustanciado sobre posible responsabilidad de magistrado) lo que hacía en la demanda instauradora de dicho procedimiento era atacar las resoluciones dictadas por el Sr. Penalva en su momento, pero no atacar a su honor, siendo que la finalidad de la demanda era estrictamente defensiva. En resumen: el abogado no era parte en el pleito, sino director técnico de una demanda y por consiguiente no podía abusar de derecho alguno, siendo que al estar ligadas sus manifestaciones estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa del art. 24 de la CE quedaba patente su falta de legitimación para ahora ser demandado en la forma que lo ha sido.

»Para resolver adecuadamente esta cuestión planteada que viene referida a la argumentación de falta de legitimación pasiva del Sr. Alomar, la Sala tiene en cuenta que: a) El mencionado letrado compareció en los presentes autos de vulneración del derecho al honor, y ha actuado en ellos, como uno de los titulares de la relación jurídica litigiosa; b) que esa comparecencia y esa actuación tenían su origen en una demanda de responsabilidad civil contra un magistrado que él mismo reconoce haber redactado (aunque argumenta que en esta redacción en ningún momento pretendió insultar o descalificar al Sr. Penalva); c) que al contestar no esgrimió falta de legitimación, sino que vino a asumir su condición de parte demandada, su legitimación pasiva; d) que la LEC establece en su art. 10 lo siguiente: Condición de parte procesal legítima. Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Y, a la vista de todo ello, considera la Sala que el Sr. Alomar ostenta legitimación pasiva, por lo que este primer motivo de apelación merece ser desestimado, sin que lo impida el hecho de que el Sr. Penalva Oliver no hubiera solicitado amparo judicial cuando se sintió ofendido por los términos en los que se había redactado la demanda de responsabilidad contra él dirigida, toda vez que el artículo 14 de la LOPJ determina lo siguiente: 1. Los Jueces y



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

Magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico, y, en el caso que nos ocupa, la demanda interpuesta contra el magistrado Sr. Penalva Oliver no venía a comprometer la independencia judicial del mismo o su imparcialidad en el ejercicio de su función jurisdiccional porque desde aquel momento le venía conferida la cualidad de demandado y por lo tanto la de parte en el procedimiento a que dio lugar la demanda (tampoco tenía facultad sancionadora) por lo que no puede prosperar la invocación que el ahora apelante hace del anterior art. 449 de la LOPJ.

»Tercero.- Alega a continuación el apelante que la acción ejercitada por el Sr. Penalva Oliver en el presente procedimiento había caducado cuando se presentó en el Juzgado, pues así se desprende de lo dispuesto por el art. 9.5 de la LO 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, dado que al establecer dicho artículo que las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas, y siendo que cuando el ahora demandante apelado tuvo conocimiento de la demanda en la que a su entender se vertían frases atentatorias a su honor fue el día 17-1-2002, resulta que al interponer él su demanda contra el honor el día 25-VI-2006, habían transcurrido en exceso los 4 años de la caducidad de referencia.

»Del contenido de la demanda de responsabilidad civil interpuesta contra el magistrado Sr. Penalva Oliver se colige que se ponía de manifiesto una supuesta intromisión ilegítima en el honor de dicho magistrado (luego se verá si concurre o no tal ilegítima intromisión); pues bien, dicha circunstancia se mantenía mientras no finalizara el litigio ya que se habría podido dar el caso de que se hubiera estimado la demanda de responsabilidad y que la resolución que así lo hubiera decidido contuviera una motivación y una parte dispositiva, recogiendo que la actuación del magistrado en cuestión se había desarrollado en la forma que se reflejaba en la demanda, por lo que la prudencia aconsejaba aguardar porque, al ir estrechamente ligado el resultado del procedimiento de responsabilidad civil con el de la lesión al honor, se



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

producirían conflictos de prejudicialidad civil o de litispendencia. Por ello, no podía en realidad ejercitarse la acción de lesión al honor hasta que no deviniera firme el resultado del proceso de responsabilidad civil de jueces y magistrados, resultando evidente que en estas circunstancias no había caducado la acción que se ha ejercitado con la demanda instauradora de la presente litis. Téngase en cuenta al respecto que la Sala la del TS en sentencia de 9-VII-2004 desestimando un recurso de casación interpuesto contra una sentencia de esta Sección Quinta en el que se sostenía -entre otros puntos- la caducidad de la acción por intromisión ilegítima al amparo del ap. 5 LO 1/82, vino a considerar que no transcurría el plazo de caducidad de cuatro años previsto en la meritada ley mientras continuara la intromisión ilegítima.

»Este motivo de apelación merece también ser desestimado.

»Cuarto.- Aborda a continuación el recurrente el tema relativo a la libertad de expresión que asiste al abogado en el ejercicio de su función, argumentando en esencia que se trata de un derecho que no está sometido a restricción o limitación aunque, desde luego, sin caer en el insulto ni en la descalificación gratuita, y, siendo que lo que había hecho en la demanda de responsabilidad civil era exponer unos hechos y circunstancias que procuraban expresar lo preciso en defensa -en definitiva- de los intereses de su cliente se había movido en el ámbito que autoriza aquel derecho pues no se había expresado de forma caprichosa, arbitraria, groseramente contraria a derecho ni manifiestamente ilegal, siendo por ello por lo que no había efectuado vulneración alguna del derecho al honor del hoy demandante. Cita al efecto abundante jurisprudencia -especialmente del Tribunal Constitucional- y concluye diciendo que lo que puede extraerse de toda la doctrina aducida es unívoco en el sentido de que debe prevalecer la libertad de expresión y defensa del letrado apelante, pues, con independencia de que ni tan siquiera existió intención de atacar en ningún momento al honor del Ilmo. Sr. Magistrado Penalva, es decir no se insultó, descalificó o menospreció ni objetiva ni subjetivamente, y por tanto su honor quedó incólume a resultas de la demanda 51/02, además ésta fue interpuesta en base al art. 411 de la LOPJ, hilvanándose a través de la misma hechos que se consideraban trascendentes para que la acción interpuesta tuviera éxito. Por tanto, en el presente caso no procede dejar de lado la defensa desarrollada por el letrado Sr. Alomar, y en definitiva, es procedente estimar el presente recurso.



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

»La Constitución Española consagra una serie de derechos fundamentales como pueden ser el de la libertad de expresión, el de información, el de protección del honor, etc., que los ciudadanos pueden ejercitar sin que en principio tenga que generar ello problemática alguna, pero ésta surge en el momento en que se produce una colisión en el ejercicio de aquellos derechos, lo que determina que el ciudadano que se ha sentido agredido se vea compelido a menudo a acudir a los Tribunales para lograr de alguna manera el restablecimiento de aquel derecho como finalidad única o, asimismo, con la obtención de una compensación por los daños y perjuicios sufridos, y que aquél a quien se atribuye la cualidad de ofensor se defienda alegando haber ejercitado su derecho a informar, a manifestar su opinión, etc; se trata de un terreno resbaladizo en el que con frecuencia se hace difícil dilucidar si realmente hubo colisión de derechos, y si en el caso de que así ocurra debe prevalecer alguno de ellos sobre los otros, y la medida de la reparación, etc., etc. Se trata en realidad de discernir cuáles son los límites del ejercicio de un derecho y esta es una labor muy ardua, y así lo demuestra el hecho de haber emitido los tribunales -especialmente el TC- numerosas resoluciones sobre la materia, algunas de las cuales son citadas por las partes hoy litigantes.

»En el caso que nos ocupa la colisión de referencia se produciría entre el derecho al honor del hoy demandante y el derecho de defender el abogado los intereses de su cliente, que, asimismo, se podría haber ejercitado con abuso de derecho.

»La entidad cliente del letrado Sr. Alomar Cerdó podía interponer demanda de responsabilidad de magistrado si lo creía justificado -y así debió entenderlo porque la interpuso-, y por ello se admitió a trámite dando lugar al procedimiento ordinario n.º 51/2002, pero, aparte de que aquella justificación ha llegado a quedar en entredicho, tenía que observarse una exposición fáctica que consistiera en esto: relación de hechos, ahorrándose descalificaciones, porque lo que se tenía que someter a enjuiciamiento eran las actuaciones en base a las cuales se habría producido un perjuicio y tenían que servir de sustento para determinar si el magistrado había de responder por ello; es cierto que a veces en el "usus fori" no se da excesiva trascendencia a alguna expresión que suena en principio a ofensa porque se calibran las circunstancias en que fue vertida, como por ejemplo en el uso de la palabra en determinados procedimientos y como consecuencia de una



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

acaloramamiento momentáneo en la exposición, pero ello no es aceptable en casos como el presente en que lo que el actor ha considerado ofensivo resultó plasmado en un escrito reflexionado como lo es un escrito de demanda. Alguna de las expresiones valoradas como ofensivas en la demanda de autos podría no haber tenido trascendencia considerada aisladamente, pero se vierten otras que sí son graves en su naturaleza atentatoria al honor de un juez, y también se recogen otras que consideradas en el conjunto de la actuación del abogado Sr. Alomar, devienen relevantes. Así, entre las expresiones que revisten gravedad está la que se concreta en que "tal conducta (del juzgador) debe ser como mínimo, considerada culposa, pues un profesional del derecho que se obstina en mantener la idoneidad de las subastas sin tener en cuenta las alegaciones vertidas contra las mismas incurre en una grave negligencia", y la que dice que "tal denegación de nulidad, que no tiene en cuenta la real existencia de los defectos procesales apuntados... incurre claramente en una conducta antijurídica, y, como mínimo, culposa", o también la que refiere "los preceptos constitucionales y orgánicos que proclaman el derecho a la tutela judicial efectiva... y prometen la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos... da paso a la obligación de indemnizar al ciudadano víctima de la desviación en la función jurisdiccional". El iter de estas expresiones que van in crescendo insinúan la atribución de un actuar doloso del magistrado al que le son atribuidas. (El magistrado que conoció del procedimiento 51/2002 a que dio lugar la interposición de la demanda en los términos mencionados también lo entendió así en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia que dictó). Pero es que junto a estas expresiones de por sí relevantes se vierten otras de menor intensidad pero que coadyuvan a consolidar la gravedad de las primeras, como por ejemplo la consistente en atribución de perseverancia o contumacia en mantenerse el magistrado demandado en el procedimiento 51/2002 en la actitud a que se ha hecho mención, o la consistente en atribuirle una incomprensible decisión de sostener y no enmendar, o la que le imputa persistir en celebrar una subasta convocada contraviniendo la normativa legal, siendo que existía una negativa reiterada a cumplir determinado plazo por el Juzgador, observando una conducta manifiestamente infractora de la ley. Estas expresiones, por lo demás, resultan gratuitas si se tiene en cuenta que los escritos, recursos, etc., sobre la cuestión planteada en el procedimiento en el que se realizaron las subastas eran



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

numerosos y el magistrado tenía que resolverlos, por lo tanto, insistiendo la parte en determinados extremos que le eran desestimados, es normal que múltiples fueran las resoluciones que se dictaran y que si tenían que ser desestimatorias así se plasmaran en los correspondientes proveídos, autos o sentencias que se dictaran, no suponiendo ello una contumacia basada en la arbitrariedad que es lo que se colige del conjunto de frases mencionadas, sino una respuesta dada en una misma línea de resolución ante una misma línea de defensa de los intereses de Promotora Manresana; lo que cabía era ejercitar los recursos de reposición, apelación o queja contra las decisiones del juzgador, utilizando al respecto la técnica jurídica precisa, y hacer lo mismo en la interposición de la demanda de responsabilidad, pero se han utilizado expresiones que pueden tildarse de gratuitas, a la par que de ofensivas, en tanto que lesivas para el honor del hoy demandado apelado. Téngase en cuenta que el TS en sentencia de 12-VII-2004 declara que es doctrina consolidada (SSTC 205/1994 EDJ 1994/5926, 157/1996 EDJ 1996/5823, entre otras), que el ejercicio del derecho de defensa en las actuaciones judiciales -campo al que se extiende la libertad de expresión- tiene un contenido específicamente resistente y es inmune a restricciones salvo aquéllas que derivan de la prohibición de utilizar términos insultantes, vejatorios o descalificaciones gratuitas. Asimismo, en otra sentencia de la misma fecha, enseña el TS que la libertad de expresión comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pero quedan fuera las expresiones indudablemente injuriosas, sin relación con las ideas que se expongan y que resultan innecesarias para la exposición de las mismas (SS 11 junio EDJ 2003/29653 y 10 julio 2003 EDJ 2003/50745). Por último, en cuanto a la actividad desplegada por la entidad cuya línea de defensa ostenta el letrado Sr. Alomar y que se considera que resulta coadyuvante a la consideración de actuación abusiva y ofensiva para el hoy demandante, se ha de manifestar que se utilizaron diversos procedimientos con finalidad impropia, lo que incluso dio lugar a que otros jueces decidieran en las resoluciones que dictaron deducción de testimonio por si resultaban hechos constitutivos de delito (fols 259 y 325), generando también la tramitación de las correspondientes diligencias penales en el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Palma en depuración de posible responsabilidad por estafa procesal; se utilizaron pues distintos procedimientos para lograr en definitiva la nulidad de las



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

subastas que obligaron al hoy apelado a personarse en los mismos para denunciar lo que consideraba una utilización espuria de la normativa procesal. Si existió error en el cómputo de un plazo por parte del hoy demandante bastaba con ponerlo de manifiesto y explicar el cómputo que procedía, pero en la demanda de responsabilidad nada se concreta al respecto, y el Juez a quo se vio obligado a expresar que en momento alguno se había procedido por la parte demandante a explicar por qué a su juicio fue equivocada la decisión del demandado; pero es que lo mismo ocurrió con el escrito de recurso de apelación, pues dice la sentencia dictada en el segundo grado jurisdiccional (Secc. 4.^a de esta Audiencia) que tampoco en el escrito de recurso se aprecia desarrollo o explicación de las razones o motivos por los que, a su juicio, fue equivocada la decisión del demandado (folio 222, FD 3°). Otro indicio que abunda en la consideración del despliegue de una actividad abusiva lo constituiría la interposición de una querrela contra el perito que realizó el avalúo en las subastas, querrela que no prosperó, siendo destacable que en este caso el Ministerio Público llegó a decir que, a su entender, la interposición de la querrela en cuestión evidenciaba la intención de los querellantes de suspender y dilatar al máximo la ejecución de un pleito que se había perdido tanto en la primera como en la segunda instancia, siendo que las maniobras dilatorias desplegadas por la querellante suponía bordear la mala fe y el fraude procesal. Téngase también en cuenta que el Sr. Alomar había interesado la suspensión del procedimiento de responsabilidad civil planteando al efecto una cuestión prejudicial penal, puede decirse también que al interponerse la demanda no se buscaba el fin natural de la interposición, sino suspender a todo trance un procedimiento.

»Así las cosas, considera la Sala que, en su conjunto, hubo exceso en el derecho de defensa, que se lesionó innecesariamente el honor del magistrado Sr. Penalva Oliver, y que se utilizó el derecho de un modo anormal y contrario a la convivencia ordenada, evidenciándolo entre los indicios referenciados más arriba el hecho de que ni en la primera ni en la segunda instancia se llegara a invocar la "iusta causa litigandi". Por todo ello este motivo de apelación también ha de ser desestimado,

»Quinto.- Cuestiona a continuación la parte apelante la fijación de la indemnización en la cantidad de 60.000 € que contiene el fallo de la sentencia recurrida, y dice al respecto que los conceptos tenidos en cuenta por la sentencia a la hora de establecer la meritada indemnización



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

consistentes en la zozobra, la inquietud, y la angustia provocada con la demanda son ajenos al art. 9.3 de la LO 1/1982 de 5 de mayo. Considera este Tribunal que la Juzgadora a quo aprecia la existencia de un conjunto de actuaciones que son constitutivas de abuso de derecho excediéndose claramente el derecho de defensa y que por lo tanto no incurrió en error al aplicar indemnización por los efectos de esa actuación abusiva; pero es que, por otra parte, el mencionado art. 9.3 LO 1/1982 establece que la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido; pues bien, ese daño moral ha existido por la notoriedad que ha tenido la demanda de autos en un territorio como el de la isla de Mallorca donde puede decirse que los profesionales de la Administración de Justicia prácticamente se conocen todos magistrados, jueces, fiscales, secretarios, funcionarios, etc, ocurriendo lo mismo con otros profesionales relacionados con la Administración de Justicia -abogados, procuradores... -; además la prensa se hizo eco de dicha interposición de demanda, y no de una manera esporádica, sino efectuando un seguimiento -folio 379, y ss-; sufrió desde luego el prestigio profesional del magistrado demandante, que también fue objeto de inspección, y tuvo que padecer asimismo por la exigencia de nada menos que unos quinientos millones de pts., en que se venía a concretar el efecto de la responsabilidad que se le imputaba.

»Es por todo ello por lo que se desestima este motivo de apelación; no debiéndose olvidar por otro lado que en la demanda origen de la presente litis se invocaba asimismo por el actor el art. 1902 CC.

»Sexto. - Por último, alega la parte apelante que la sentencia sólo estimó en parte la demanda instauradora de la presente litis por cuanto no se pronunció sobre el devengo de intereses de la cantidad fijada en concepto de indemnización. Sobre esta cuestión se ha de decir que la sentencia del TS 1ª de 16-XI-2007 refiriéndose a los intereses legales del antiguo art. 921 LEC 1881 y actual art. 576 LEC enseña que nacen "ipso iure", por lo tanto no se produce el efecto de estimación parcial de la demanda que pretende el apelante, siendo que en todo caso la sentencia pudo ser aclarada. Precisamente el art. 576 mencionado dispone 1. Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o

resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

»Este motivo de apelación también ha de ser desestimado.

»Séptimo.- Procediendo, con todo, confirmar la sentencia recurrida aceptando sustancialmente la motivación que contiene, procede imponer las costas de esta alzada a la parte apelante en atención a lo dispuesto por el art. 398 LEC.»

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Pedro Alomar Cerdó, se formulan los siguientes motivos de casación:

Motivo primero. «Al amparo del art. 477.1 de la LEC por defectuosa aplicación del art. 7.7 de la LO 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, en aplicación al efecto de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos de la Persona de 26 de diciembre de 1978 (a cuyo ámbito de protección han quedado incorporados los derechos al honor, disposición transitoria 2ª, 2 LO 2/1979 de 3 de octubre del TC); y en relación con el derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 20.1 a) de la Constitución Española»

Este motivo, en resumen, se funda en lo siguiente:

Expone la parte recurrente que en la demanda que dio lugar al procedimiento ordinario 51/2002 no se contienen expresiones injuriosas, ofensivas, vejatorias o descalificaciones gratuitas contra el Sr. Penalva, así como que no se traspasaron los límites que permite el derecho a la libertad de expresión del letrado en el ejercicio de su derecho de defensa. Si la jurisprudencia tiene sentado que en la colisión de los derechos al honor y a la libertad de expresión debe prevalecer - con carácter general - esta última, esta prevalencia se acrecienta aún más cuando dicha libertad de expresión es la del abogado que actúa en el proceso y además no está defendiendo intereses propios, como sucede en el caso que nos ocupa, enlazando directamente con el artículo 24 CE en lo que se refiere al derecho de defensa. En este sentido cita la STC de 9 de diciembre de 2002, Recurso de amparo n.º 6257/2000, que dice que las expresiones "arbitraria" o "infundada", o los epítetos "caprichosa" o "groseramente contraria a derecho", utilizados para referirse a la resolución impugnada, no deben, al emplearse en términos de defensa,

considerarse ni insultantes ni vejatorios para la Juzgadora, ni reveladores de un menosprecio hacia la función judicial, pues se amparan en la libertad de expresión del letrado que precisamente por su carácter específico le permite una mayor beligerancia en los argumentos, dada su conexión con el derecho de defensa de la parte.

No ha existido culpa o negligencia derivada del artículo 1902 CC, por lo que no cabe derivar responsabilidad alguna de las mismas, como tampoco existe abuso de derecho puesto que el recurrente en forma alguna ejercita derechos propios, sino que desempeña una profesión pública en el ámbito del proceso.

La vulneración del derecho fundamental al honor requiere no solo la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor sino además su divulgación. En el presente caso el recurrente no publicó nada ni llevó a cabo acto directo o indirecto encaminado a la publicación que refiere la sentencia.

La expresiones del letrado Sr. Alomar que la sentencia recurrida califica de graves, de forma totalmente desacertada, según el recurrente, no pueden ser incardinadas en el tipo previsto en el artículo 7.7 de la LPDH pues son expresiones de contenido jurídico realizadas por el letrado que no se dirigen contra la persona sino contra una resolución.

Cita la STS de 12 de julio de 2004, así como las SSTC de 19 de abril de 2004, 15 de octubre de 1996 y 1 de febrero de 2005 en materia de libertad de expresión del abogado en la defensa del ciudadano en las que se otorgó al letrado el amparo solicitado.

Estima la parte recurrente que al reconocer la sentencia la concurrencia de una lesión al honor y de un abuso de derecho incurre en una insalvable contradicción pues son incompatibles. Es más no cabe accionar contra un abogado por abuso de derecho al carecer del requisito imprescindible del ejercicio de un derecho, pues el Sr. Alomar fue demandado como profesional del derecho y nunca en relación al otro demandado ejerció derecho alguno.

La actuación del letrado ante los Tribunales de Justicia cuando interviene en función de su profesión le obliga a ser libre, a expresarse sin cortapisas, sin caer en el insulto o descalificación gratuita, teniendo el profesional del derecho inmunidad sobre su libertad de expresión, siendo amparado en todo caso por los Jueces y Tribunales. El abogado además tiene que ser independiente y decidir libremente el mejor camino jurídico

para defender a su cliente en función de sus conocimientos técnicos y jurídicos.

Si el Sr. Penalva se sintió atacado por la actuación del letrado lo debería haber denunciado ante el mismo Tribunal tal y como dispone el artículo 449 LOPJ en lugar de acudir de forma totalmente inadecuada a un procedimiento ordinario sin base alguna.

Motivo segundo. «Al amparo del art. 477.1 de la LEC por vulneración del art. 1902 del CC, al no ser éste de aplicación».

El motivo se funda, en resumen en lo siguiente:

La sentencia recurrida aprecia la existencia de un conjunto de actuaciones que son constitutivas de abuso de derecho además de una lesión al derecho al honor del demandante cuando ambas figuras son incompatibles y de hecho en la demanda se articularon alternativamente. Lo anterior provoca indefensión al recurrente al no tener certeza de cual es el fundamento real del fallo que condena a indemnizar los daños morales. No resulta posible accionar contra un abogado, como tal, por abuso de derecho pues falta el requisito imprescindible del ejercicio de un derecho. En el caso que nos ocupa al Sr. Alomar se le demandó como profesional del derecho y nunca en relación al codemandado Sr. Pasarell u otra persona, ejercitó derecho alguno. Además no fue parte en el juicio ordinario n.º 51/2002 sino que realizó una labor profesional de estricta defensa.

Motivo tercero. «Al amparo del art. 477.1 de la LEC por indebida aplicación del art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Sostiene la parte recurrente que no cabe atribuirle responsabilidad alguna al no existir intromisión ilegítima en el derecho al honor y cuando su intervención en el procedimiento ordinario n.º 51/2002 fue únicamente profesional al actuar en defensa de su cliente, con el fin de reparar el derecho a la tutela judicial efectiva que su cliente consideró conculcado, para lo cual utilizó la terminología jurídica que estimó conveniente dirigida a argumentar tal vulneración.

El hecho de intervenir como abogado en una demanda de responsabilidad civil por negligencia profesional no puede llevar implícita una condena pecuniaria en otro proceso, pues en dicha demanda dicho profesional no insulta ni veja ni menosprecia al supuesto ofendido.

Si la condena se ha producido por lesión al honor, la valoración del daño moral debe hacerse atendiendo a los criterios fijados en el art. 9.3 LPDH. En el caso concreto se ha fijado una indemnización por daño moral de 60 000 euros sin que se haya practicado prueba alguna sobre la difusión o el beneficio obtenido, especialmente si han sido terceras personas las que han dado la noticia de la sustanciación de una demanda ante los Tribunales de Justicia, en la que además no se identifica al sujeto de la misma y de la que el recurrente se ha mantenido al margen al no haber efectuado comentario alguno.

"La zozobra, la inquietud y la angustia provocada con la demanda" que son la base de la valoración realizada en la sentencia recurrida son conceptos ajenos al art. 9.3 LPDH.

Motivo cuarto. «Al amparo del art. 477.1 de la LEC por defectuosa aplicación del art. 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen».

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

La acción ejercitada en la demanda ha caducado por haber transcurrido 4 años desde que el legitimado pudo ejercitarla, dado que no cabe entender que el momento inicial del cómputo sea el de la fecha en que finaliza el proceso ordinario n.º 51/2002, sino el de la fecha en que el actor tuvo conocimiento del contenido de la demanda en que se vertieron las expresiones que reputa ofensivas. En este sentido cita la STS de 28 de mayo de 1990 que fija el momento inicial del cómputo en la fecha en que el actor tuvo conocimiento de los escritos forenses en que se vertieron las injurias que reputa ofensivas. En el caso de autos, según se desprende de la demanda, el demandante refiere que la acción litigiosa 51/2002 fue objeto de contestación mediante escrito de fecha 6 de marzo de 2002, por lo que si la demanda está datada el 25 de mayo de 2006 y fue presentada ante el Juzgado el día 6 de junio de 2006 han transcurrido sobradamente más de cuatro años.

Es doctrina jurisprudencia reiterada que los plazos de caducidad no admiten interrupciones de ningún tipo, que pueden apreciarse de oficio y que su fundamento es dar seguridad al tráfico de manera que los derechos y acciones se pierden para su titular si no los ejerce dentro del plazo que la ley le concede.

Motivo quinto. «Al amparo de art. 477.1 de la LEC por inaplicación del art. 542.1.2 de la LO 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, modificado



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

por la Ley 19/2003, de 23 de diciembre y la jurisprudencia constitucional que lo interpreta».

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

La libertad e independencia del abogado tiene amparo en el art. 542.2 de la LOPJ, así como en el art. 33.2 de su Estatuto profesional. Del análisis de dicha norma se extrae no tan solo el derecho, sino la obligación del letrado de actuar con libertad e independencia cuando se interviene en el ejercicio de la profesión. En el caso que nos ocupa no se rebasaron los límites legales, careciendo la demanda de sentido.

Motivo sexto. «Al amparo del art. 477.1 de la LEC al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho a no sufrir indefensión contenido en el art. 24 de la Constitución Española». Este motivo ha sido declarado inadmisibles por el ATS de 24 de noviembre de 2009.

Termina solicitando de la Sala «que habiendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tenga por interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 6/10/2008, núm. 288, y previa elevación de los autos y emplazamiento a las partes ante la Sala 1a del Tribunal Supremo, ésta, previa la sustanciación correspondiente del recurso dicte, en su día, sentencia casando la dictada por la Audiencia Provincial por alguno o algunos de los motivos expuestos, con todos los pronunciamientos inherentes a tal declaración, no dándose, en suma, lugar a los pronunciamientos contenidos en la demanda que inició el presente litigio».

SEXTO.- Por auto de 24 de noviembre de 2009, se acordó admitir los motivos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto del recurso de casación e inadmitir el denominado motivo sexto del referido recurso.

SÉPTIMO.- En el escrito de oposición al recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Manuel Penalva Oliver se formulan en síntesis, las siguientes alegaciones:

Al primer motivo. De la lesión al honor. La parte recurrente intenta limitar el debate únicamente a los calificativos empleados por el Sr. Alomar en la demanda de responsabilidad civil interpuesta contra el Sr. Penalva y en una defensa a ultranza del derecho de defensa y de la libertad de expresión. Aún limitándonos a tal extremo, sostiene el



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

recurrido que, de conformidad con la STC de 9 de febrero de 2009, las expresiones vertidas no encuentran justificación en la libertad de expresión del letrado en el ejercicio de sus funciones.

La acción origen de este pleito no encuentra su justificación únicamente en las expresiones y calificativos utilizados por el Sr. Alomar en la demanda de responsabilidad civil interpuesta por la sociedad de su cliente sino en el conjunto de su actuación que tuvo como fruto la interposición de una demanda de responsabilidad civil (Ordinario 51/2002) calificada de temeraria, carente de soporte fáctico y jurídico, con el único fin de apartar al Sr. Penalva del conocimiento del asunto o coaccionar a los demás jueces que también iban a intervenir, valiéndose para ello de todo tipo de fraudes procesales, que además de vulnerar las reglas de la buena fe pudieran constituir delito de estafa procesal. Según los AATC 122/85 y 341/92 la libertad de actuación de los abogados en los procesos tiene sus límites por cuanto no se pueden violar con ocasión de su ejercicio derechos de igual rango de los demás. En la misma línea se muestran las SSTS de 16 de febrero y 16 de julio de 1999.

El ATC de 27 de septiembre de 1995, refiriéndose a actuaciones escritas, considera que no se ha vulnerado el derecho de la Letrada recurrente a la actividad de defensa, al ser condenada por falta de respeto debido a un órgano judicial en el desempeño de la actividad profesional.

En lo que se refiere al prestigio profesional, incluido dentro del núcleo protegido y protegible del derecho al honor, cita las SSTC de 30 de marzo de 1992 y 14 de diciembre de 1992, así como las SSTS de 4 de abril de 2001, 26 de junio de 2000, 20 de diciembre de 1993. De conformidad con lo resuelto en aquellos supuestos, concluye el recurrido que en el presente caso debe de considerarse dañado su honor y prestigio profesional.

Aún cuando las expresiones cuestionadas se vertieron en el contexto de una demanda de responsabilidad civil contra el recurrido, además de ser totalmente inciertas, no eran necesarias para sostener o fundamentar la acción ejercitada, como así lo declararon todos los órganos judiciales que se pronunciaron al respecto.

De la participación del Sr. Alomar en los otros procesos. El Sr. Alomar independientemente de que figure o no como firmante en los distintos escritos o demandas en su día presentadas, no ha permanecido al margen de dichas actuaciones.



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

De la petición de amparo judicial. Dicha posibilidad solo es factible cuando el Juez o Magistrado ve comprometida su imparcialidad o independencia en el ejercicio de su función jurisdiccional, pero nunca cuando es demandado judicialmente, momento en el que pasa a ostentar la condición de parte en el proceso al igual que cualquier otro ciudadano, sin que por tanto le esté permitido solicitar el amparo judicial.

De la difusión de la demanda de responsabilidad civil. El actual artículo 7.7 de LPDH no exige la divulgación como requisito ineludible para la prosperabilidad de la indicada acción. En cualquier caso, la demanda de responsabilidad civil presentada alcanzó gran notoriedad en un territorio como es la Isla de Mallorca donde todos los profesionales del Derecho se conocen. Además, la noticia fue publicada y comentada en el periódico "Diario de Mallorca" y objeto de seguimiento informativo en días posteriores.

Al motivo segundo. La alegación de la parte respecto a la incompatibilidad de la acción dimanante del art. 1902 del CC y/o la de abuso de derecho con la de protección al honor, además de injustificada, es extemporánea pues no se planteó al contestar a la demanda ni en el recurso de apelación. Dicha posibilidad viene reconocida en los arts. 71 y ss. LEC.

La alegación de falta de legitimación pasiva por no defender derechos propios tampoco fue realizada en el escrito de contestación a la demanda. Pese a ello conviene destacar que el Sr. Alomar es parte en el procedimiento desde el momento en que ha sido demandado en el mismo y como tal ha actuado en el proceso, por lo que en modo alguno carece de legitimación pasiva, especialmente cuando asumió su legitimación con anterioridad cuando fue citado de conciliación por el Magistrado que dictó la sentencia en primera instancia.

Las consideraciones efectuadas sobre el abuso de derecho tampoco pueden acogerse, puesto que no fueron hechas en la contestación de la demanda. La demanda presentada fue temeraria e injusta como resaltaron las sentencias de primera y segunda instancia. El Sr. Alomar formó parte del conjunto de personas que de manera organizada y conjunta intentaron a toda costa obtener la nulidad de las subastas sirviéndose para ello de todo tipo de argucias procesales, entre las que se encontraba la presentación de la demanda de responsabilidad civil contra el recurrido, en la que ni siquiera se razonó sobre los motivos por los que la decisión del magistrado fue errónea.

Se discrepa de la apreciación de que el Sr. Alomar no puede incurrir en abuso de derecho en la medida en que no es parte en el proceso, toda vez que no respetó las reglas de la buena fe que imponen los arts. 11.1 y 542 de la LOPJ, 247 LEC y 33.2 del E.G.A.E. haciendo un manifiesto y claro abuso del derecho de defensa, del derecho de acceso a los Tribunales y de ejercitar las facultades que como letrado la ley le confiere para obtener un fin que no es el adecuado a la norma. El uso de un proceso judicial no otorga por sí inmunidad a la parte ni a su letrado, quienes utilizaron el procedimiento judicial como instrumento no para reclamar legítimamente la tutela de los intereses del cliente, sino para el fin oscuro e ilícito descrito con anterioridad.

Al tercer motivo. Se discrepa del argumento contrario que sostiene la ausencia de intromisión ilegítima, la improcedencia de la obligación de indemnizar y de la cuantía concedida en las resoluciones anteriores por cuanto las decisiones sobre la cuantía de las indemnizaciones no tienen acceso a la casación, acreditada la intromisión se presume el daño moral, para su fijación se ha tenido en cuenta además de la gravedad de la imputación, las circunstancias del caso, tales como el cauce en que se ha producido, la notoriedad de la demanda, el prestigio profesional del recurrido, la finalidad espuria perseguida con la interposición de la demanda, etc., considerando adecuada la cuantificación del daño moral realizada.

Al cuarto motivo. En cuanto a la alegada caducidad, tal alegación además de improcedente es totalmente extemporánea habiendo sido aducida en el trámite de conclusiones del acto del juicio cuando la parte nada podía alegar al respecto. La acción ejercitada no está caducada, acogiendo los argumentos contenidos en las sentencias de instancia. El momento inicial de cómputo de la caducidad no es la fecha en que el recurrido tuvo conocimiento del escrito de demanda de adverso en aquel procedimiento sino cuando el Tribunal Supremo le notificó la inadmisión del recurso de casación interpuesto por la representación de la entidad Promoviso y devino firme la sentencia dictada en segunda instancia. Además el recurrido no podía ejercitar la acción de protección de su derecho al honor en tanto en cuanto el otro procedimiento se hallaba en trámite al estar ambos estrechamente ligados, presentándose cuestiones de prejudicialidad o litispendencia. Añade que la acción ejercitada no encontraba su justificación en las expresiones y calificativos empleados en la demanda, sino también en el conjunto de su actuación, que no se



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

reducía a la mera interposición de la demanda de responsabilidad civil como se ha visto. En cualquier caso se remitieron a los demandados sendos burofaxes de 17 y 18 de enero de 2006 comunicando su intención de ejercitar las pertinentes acciones y se intentó una conciliación previa.

Al quinto motivo. El Sr. Alomar ha transgredido en su actuación las reglas de la buena fe así como las limitaciones impuestas por la ley y por las normas éticas y deontológicas.

Al sexto motivo. Nada que alegar al haber sido inadmitido.

Termina solicitando de la Sala «que habiendo por presentado este escrito lo admita, me tenga por opuesto al recurso de casación de adverso, suplicando dicte sentencia por la que desestime el recurso de casación formulado de adverso, confirmando el fallo de la sentencia de instancia, y Audiencia Provincial e imponiendo las costas de este recurso al demandado recurrente.»

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal impugna conjuntamente todos los motivos del recurso e informa en resumen lo siguiente:

Tras conceptuar y definir el prestigio profesional como modalidad del derecho al honor centra la cuestión en si las expresiones contenidas en la demanda de responsabilidad civil, que el demandado formuló contra el demandante, Magistrado-Juez, que en líneas generales le imputan una actuación antijurídica, contumaz y desviada de la función jurisdiccional, lo vulneran.

Alude a la doctrina del TC respecto a la libertad de expresión de los letrados, con cita de las SSTC n.º 65/2004 de 19 de abril, 197/2004 de 15 de noviembre, 22/2005 de 1 de febrero, 232/2005 de 26 de septiembre, entre otras.

Las expresiones proferidas han de ser interpretadas en su conjunto, sin que sea lícito aislar expresiones que, en su significación individual pudieran merecer sentido distinto al que tienen dentro de su total publicación y de ahí que no pueda hacerse abstracción del elemento intencional y en este caso, como acertadamente afirma el juzgador "a quo" queda acreditado de la prueba practicada que el demandado ha utilizado expresiones que pueden tildarse de gratuitas, a la par que ofensivas y por tanto lesivas al honor.

Las manifestaciones vertidas en la demanda pueden calificarse de insultantes, vejatorias e injuriosas por si mismas, sin relación con las ideas expuestas excediendo el límite tolerado por el ejercicio del derecho



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

de defensa, máxime si se tiene en cuenta el contexto procesal descrito por el juzgador "a quo" en el FJ 4º, consistente en la utilización por parte del demandado de diversos procedimientos, entre los que se encuentra la demanda de responsabilidad civil, con finalidad impropia, lo que generó la incoación de diligencias penales por estafa procesal.

Respecto al inicio del cómputo del plazo de caducidad cita la SSTS de 28 de septiembre de 1998 y 28 de mayo de 1990, concretando el momento inicial del cómputo con aquel en que lo supo el agraviado y pudo ejercitar la acción. En el presente caso, el juzgador "a quo" considera como día inicial del cómputo el de la fecha de la sentencia firme del procedimiento de responsabilidad civil motivando el porqué en el FJ 3º.

Concluye que el juicio ponderativo realizado por el juzgador de instancia es correcto y responde a los parámetros jurisprudenciales citados, por lo que interesa la desestimación del recurso.

NOVENO. - Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 17 de mayo de 2011, en que tuvo lugar.

DÉCIMO.- En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

CE, Constitución Española.

FJ, fundamento jurídico.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LOPJ, Ley Orgánica del Poder Judicial.

LPDH, Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

RC, recurso de casación.

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **JUAN ANTONIO XIOL RÍOS**, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. D. Manuel Penalva Oliver formuló demanda de protección del derecho al honor y/o abuso de derecho contra D. Carlos Pasarell Bacardit y D. Pedro Alomar Cerdó, demandante y letrado respectivamente del procedimiento de responsabilidad civil contra jueces y magistrados (procedimiento ordinario n.º 51/2002) seguido contra él como magistrado del Juzgado de Primera instancia n.º 13 de Palma de Mallorca con base en: a) las expresiones y calificativos contenidos en la demanda de responsabilidad civil presentada por los demandados al considerar que el magistrado había actuado negligentemente por no acceder a la nulidad de unas subastas celebradas en la ejecución provisional de una sentencia de dicho Juzgado; b) el conjunto de su actuación, no limitada al empleo de unos calificativos injuriosos y falsos, sino que comprendía la interposición de una demanda de responsabilidad civil temeraria, carente de soporte fáctico y jurídico y de los requisitos exigidos para su admisión y acompañada de numerosos ardidces procesales.

Alega el demandante que se ha afectado a su reputación y prestigio profesional con la interposición de la demanda al sugerirse, aunque no se diga expresamente, que cometió un delito de prevaricación doloso, al dictar una resolución injusta a sabiendas. En concreto, algunas de las frases contenidas en la demanda aluden al demandante en los siguientes términos:

"A lo largo del procedimiento de ejecución provisional se dictaron por el Ilmo. Sr. Juez varias resoluciones cuyo contenido era absolutamente contrario a las normas procesales que rigen la materia...";

"La perseverancia o contumacia del Ilmo. Sr. Magistrado en el rechazo de todos y cada una de las peticiones de esta parte orientadas a que se evitara la consumación del atropello sufrido, tiene además una doble lectura: a) exponente de una incomprensible decisión de sostener y no enmendar..."

"Tal conducta debe ser, como mínimo, considerada culposa, pues un profesional del derecho que se obstina en mantener la idoneidad de las subastas, sin tener en cuenta las alegaciones vertidas contra las mismas incurre en una grave negligencia".



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

"Tal denegación de nulidad, que no tiene en cuenta la real existencia de los defectos procesales apuntados, por lo que entendemos que se incurre claramente en una conducta antijurídica, y, como mínimo culposa... "

"El patrimonio de mi poderdante se ha visto privado de tales fincas por no haberse anulado las actuaciones que tantos defectos legales arrastraban y haberse persistido en celebrar una subasta convocada contraviniendo la normativa legal".

"Se adjuntan copias de las resoluciones citadas y de las adjudicaciones asimismo se adjunta un contrato privado de compraventa del solar y la gasolinera, cuya eficacia se vio frustrada por la ejecución provisional realizada en condiciones tan deplorables..."

"Siendo tales normas de derecho público, la negativa reiterada a cumplir el plazo por parte del Ilmo Sr. Juez, debe conllevar, en tanto que culposa y manifiestamente infractora de la ley..."

"Los preceptos constitucionales y orgánicos que proclaman el derecho a la tutela judicial efectiva, a la seguridad jurídica, y prometen la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos... da paso a la obligación de indemnizar al ciudadano víctima de la desviación en la función jurisdiccional".

2. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda por considerar que se había producido una intromisión ilegítima en el honor y prestigio profesional del demandante, al imputarle en la demanda de responsabilidad formulada en su contra el dictar resoluciones judiciales contrarias al ordenamiento jurídico, el mantener su decisión de forma perseverante y contumaz, atribuyéndole claramente arbitrariedad en su decisión y desviación en el ejercicio de su función jurisdiccional e insinuando que el magistrado actuó dolosamente. Intromisión no amparada ni tutelada por el derecho a la libertad de expresión, pues los términos en que estaba redactada la demanda no eran necesarios para el ejercicio del derecho de defensa, responsabilizando de lo anterior a ambos demandados, a quienes se condena a pagar solidariamente al actor la suma de 60 000 euros por los daños morales causados. Además, tras examinar el conjunto de las actuaciones procesales realizadas por los demandados apreció que en la misma concurría abuso de derecho y fraude procesal excediéndose claramente del derecho de defensa.

3. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia. Se fundó, en síntesis, en que: (a) el Sr. Alomar ostenta legitimación pasiva al haber

comparecido en los presentes autos y haber actuado en ellos como uno de los titulares de la relación jurídica litigiosa; (b) la acción ejercitada por el Sr. Penalva Oliver en el presente procedimiento no estaba caducada cuando se presentó en el Juzgado la demanda, porque, al ir estrechamente ligado el resultado del procedimiento de responsabilidad civil con el de la lesión al honor, no podía en realidad ejercitarse la acción de lesión al honor hasta que no deviniera firme el resultado del proceso de responsabilidad civil de jueces y magistrados; (c) hubo exceso en el derecho de defensa, se lesionó innecesariamente el honor del magistrado Sr. Penalva Oliver y se utilizó el derecho de un modo anormal y contrario a la convivencia ordenada; (d) la fijación de la indemnización en la cantidad de 60 000 € es correcta, puesto que la Juzgadora *a quo* apreció la existencia de un conjunto de actuaciones que son constitutivas de abuso de derecho excediéndose claramente el derecho de defensa, por lo que no incurrió en error al aplicar indemnización por los efectos de esa actuación abusiva; (e) en la valoración del daño moral se ha tenido en cuenta la notoriedad que ha tenido la demanda de autos en un territorio como el de la isla de Mallorca, así como que la prensa se hizo eco de dicha interposición de demanda, y no de una manera esporádica, sino efectuando un seguimiento, por lo que desde luego sufrió el prestigio profesional del magistrado demandante, que también fue objeto de inspección, y tuvo que padecer asimismo por la exigencia unos quinientos millones de pesetas, en que se venía a concretar el efecto de la responsabilidad que se le imputaba.

4. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el demandado D. Pedro Alomar Cerdó, el cual ha sido admitido al amparo del artículo 477.1.1 LEC, por referirse el procedimiento a derechos fundamentales.

SEGUNDO.- *Enunciación del motivo primero de casación.*

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del art. 477.1 de la LEC por defectuosa aplicación del art. 7.7 de la LO 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, en aplicación al efecto de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos de la Persona de 26 de diciembre de 1978 (a cuyo ámbito de protección han quedado incorporados los derechos al honor, disposición transitoria 2ª, 2 LO 2/1979 de 3 de octubre del TC); y en relación con el



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 20.1 a) de la Constitución Española».

Se funda, en síntesis, en que (a) en la demanda que dio lugar al procedimiento ordinario n.º 51/2002 no se contienen expresiones injuriosas, ofensivas, vejatorias o descalificaciones gratuitas contra el Sr. Penalva y no se traspasaron los límites que permite el derecho a la libertad de expresión del letrado en el ejercicio de su derecho de defensa; (b) en la colisión de los derechos al honor y a la libertad de expresión la prevalencia de esta última se acrecienta cuando dicha libertad de expresión es la del abogado que actúa en el proceso, dada su conexión con el derecho de defensa de la parte; (c) no ha habido divulgación, ni se ha llevado a cabo acto directo o indirecto encaminado a la publicación que refiere la sentencia; (d) las expresiones del letrado Sr. Alomar que la sentencia recurrida califica de graves, de forma totalmente desacertada, no pueden ser incardinadas en el tipo previsto en el artículo 7.7 de la LPDH pues son expresiones de contenido jurídico realizadas por el letrado que no se dirigen contra la persona sino contra una resolución.

El motivo debe ser estimado.

TERCERO.- Libertad de expresión y derecho al honor.

A) (i) El artículo 20.1.a) y d) CE, en relación con el artículo 53.2 CE, reconoce como derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el artículo 18.1 CE reconoce con igual grado de protección el derecho al honor.

La libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende como esta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo.

El ejercicio del derecho de defensa en las actuaciones judiciales - campo al que se extiende la libertad de expresión- tiene un contenido específicamente resistente y es inmune a restricciones salvo aquellas que derivan de la prohibición de utilizar términos insultantes, vejatorios o



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

descalificaciones gratuitas, ajenas a la materia sobre la que se proyecta la defensa (SSTC 205/1994, 157/1996, entre otras).

La especial cualidad de la libertad de expresión del abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, que el artículo 10.2 del Convenio europeo de derechos humanos erige en límite explícito a la libertad de expresión (SSTC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5; 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5; 113/2000, de 5 de mayo, 184/2001, de 17 de septiembre, 226/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; 79/2002, de 8 de abril, FJ 6; 235/2002, de 9 de diciembre; 117/2003, de 16 de junio y 19 de abril de 2004; 299/2006, de 23 de octubre; 39/2009 de 9 de febrero; STEDH de 22 de febrero de 1989, caso Barfod; SSTS 12 de julio de 2004 y 5 de noviembre de 2008). La libertad de expresión del abogado no legitima así ni el insulto ni la descalificación (SSTC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5; 113/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 226/2001, de 26 de noviembre, FJ 3; 197/2004, de 15 de noviembre, FJ 7).

(ii) El artículo 18.1 CE garantiza el derecho al honor como una de las manifestaciones de la dignidad de la persona, proclamada en el artículo 10 CE. El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos (STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 12), impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (STC 216/2006, de 3 de julio, FJ 7).

La jurisprudencia constitucional y la ordinaria consideran incluido en la protección del honor el prestigio profesional. Reiterada doctrina de esta Sala (SSTS 15 de diciembre de 1997, RC n.º 1/1994; 27 de enero de 1998, RC n.º 471/1997; 22 de enero de 1999, RC n.º 1353/1994; 15 de febrero de 2000, RC n.º 1514/1995; 26 de junio de 2000, RC n.º 2072/1095; 13 de junio de 2003, RC n.º 3361/1997; 8 de julio de 2004, RC n.º 5273/1999 y 19 de julio de 2004, RC n.º 3265/2000; 19 de mayo de 2005, RC n.º 1962/2001; 18 de julio de 2007, RC n.º 5623/2000; 11 de febrero de 2009, RC n.º 574/2003; 3 de marzo de 2010, RC n.º 2766/2001 y 29 de noviembre de 2010, RC n.º 945/2008) admite que el



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

prestigio profesional forma parte del marco externo de trascendencia en que se desenvuelve el honor, pero exige que el ataque revista un cierto grado de intensidad para que pueda apreciarse una trasgresión del derecho fundamental.

(iii) El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. La limitación del derecho al honor, por la libertad de expresión o de información, tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS de 12 de noviembre de 2008, RC n.º 841/2005; 19 de septiembre de 2008, RC n.º 2582/2002; 5 de febrero de 2009, RC n.º 129/2005; 19 de febrero de 2009, RC n.º 2625/2003; 6 de julio de 2009, RC n.º 906/2006; 4 de junio de 2009, RC n.º 2145/2005; 22 de noviembre de 2010, RC n.º 1009/2008; 1 de febrero de 2011, RC n.º 2186/2008). Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella.

B) Centrándonos en el derecho a la libertad de expresión, que es el invocado en este proceso, la técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde este punto de vista, la ponderación (i) debe respetar la posición prevalente que ostenta los derechos a la libertad de información y de expresión sobre el derecho al honor por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS 11 de marzo de 2009, RC n.º 1457/2006); (ii) debe tener en cuenta que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 49/2001, de 26 de febrero, F. 4; y 204/2001, de 15 de octubre, F. 4), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe «sociedad democrática» (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, § 42, y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España, § 43); (iii) El ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los letrados de las partes, en el desempeño



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación, al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa del artículo 24 CE (STC 113/2000, de 5 de mayo, FJ 4); consiste en una libertad de expresión reforzada cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte (artículo 24.2 CE), y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (artículo 117 CE). Por tales razones se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar (STC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5).

C) La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde esta perspectiva, (i) por una parte, la ponderación debe tener en cuenta si la crítica se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de expresión es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDH, en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. En relación con aquel derecho, la STS 17 de diciembre de 1997 (no afectada en este aspecto por la STC 24 de abril de 2002) declara que la «proyección pública» se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias; por otra parte, según la jurisprudencia que antes se ha citado, tratándose del prestigio profesional debe examinarse si el ataque reviste un cierto grado de intensidad para que pueda apreciarse una transgresión del derecho fundamental; (ii) la protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre, F. 2; 134/1999, de 15 de julio, F. 3; 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 11/2000, de 17 de enero, F. 7; 110/2000, de 5 de mayo, F. 8; 297/2000, de 11 de diciembre, F. 7; 49/2001, de 26 de febrero, F. 5; y 148/2001, de 15 de octubre, F. 4,



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

SSTC 127/2004, de 19 de julio, 198/2004, de 15 de noviembre, y 39/2005, de 28 de febrero).

CUARTO.- *Inexistencia de vulneración del derecho al honor y de abuso de derecho.*

La aplicación de los criterios enunciados al caso examinado conduce a la conclusión de que en el juicio de ponderación entre ambos derechos debemos inclinarnos a favor de la libertad de expresión a tenor de las circunstancias concurrentes. Esta conclusión, se funda en los siguientes razonamientos:

A) (i) La sentencia recurrida se pronuncia sobre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión del abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado en relación con la actividad profesional de un magistrado. En el presente litigio, estamos ante un supuesto atípico de colisión entre el derecho a expresar libremente las opiniones y el derecho al honor, en su vertiente de derecho al prestigio profesional, puesto que no se desarrolla en un medio periodístico ni en un entorno público ni entre contendientes políticos, sindicales o análogos, sino que nos encontramos ante una controversia producida en un entorno forense, dentro de un procedimiento judicial civil, reservado a las partes y al juez y con el telón de fondo de una reclamación económica por responsabilidad civil de jueces y magistrados. Por tanto, junto con los mencionados derechos al honor - artículo 18 CE- y de expresión -artículo 20 CE-, se encuentra el también derecho fundamental de defensa -artículo 24 CE-, ejercido por el letrado demandado, ahora recurrente, en interés de su representado. Esta diferencia no es baladí, sino que introduce un nuevo factor de análisis a los ya clásicos tratados por la doctrina y la jurisprudencia en relación con el conflicto entre el derecho al honor y el de opinión al entrar en juego el derecho de defensa.

ii) Las expresiones controvertidas afectan a la reputación profesional del recurrido y redundan en su descrédito, pues éste es el efecto propio de la imputación de hechos que pueden suponer una actuación dolosa o culposa del magistrado en el desempeño de su labor profesional.

(iii) Se advierte, en suma, la existencia de un conflicto entre el derecho al honor del recurrido en su vertiente de derecho al prestigio profesional y la libertad de expresión del recurrente cuando esta se ejercita en el marco del derecho de defensa.

B) En el terreno abstracto, existiendo una colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor, debe considerarse como punto de partida la posición prevalente que, como se ha expresado, ostenta el derecho a la libre expresión del abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado y examinar si de acuerdo con las circunstancias concurrentes, en el terreno del peso relativo de los derechos que entran en colisión, esta prevalencia puede hacerse valer frente al derecho al honor de la parte demandante.

C) El examen del peso relativo de ambos derechos en colisión depara las siguientes conclusiones:

(i) En el caso enjuiciado la crítica se proyecta sobre la actuación profesional desplegada por un magistrado en el ejercicio de la función jurisdiccional que desempeña. Función jurisdiccional en sí misma que tiene carácter público y está sujeta, en el ejercicio de la libertad de expresión, a la crítica, especialmente si esta se formula por un abogado en el ejercicio de defensa de su cliente. En un sistema democrático, determinadas funciones públicas vienen obligadas a soportar un grado elevado de crítica, sin el cual sería imposible, en este caso, no solo la crítica de las decisiones judiciales, sino la interposición de demandas por responsabilidad civil contra magistrados, en las cuales se exige intencionalidad o un grado elevado de negligencia, que ha de ser manifiesta para que puedan ser estimadas. Ahora bien, sin negar lo anterior, el núcleo de la presente controversia consiste en enjuiciar si las expresiones vertidas por el demandado, hoy recurrente, en su escrito de demanda exceden o no de los límites del ejercicio de la actividad de defensa y constituyen un ataque ilegítimo del prestigio y reputación profesional de la persona a la que se dirigen.

Desde este punto de vista, el peso de la libertad de expresión frente al honor es en el caso examinado de una importancia muy elevada.

(ii) No se pone en duda el contexto de defensa procesal de las afirmaciones contenidas en la demanda de responsabilidad civil, trasladándose la cuestión al examen del posible carácter injurioso, insultante o descalificador de la persona a quien afecta, y por ello lesivo de su honor y prestigio profesional.

En la demanda se imputa al magistrado dictar resoluciones judiciales contrarias al ordenamiento jurídico, se critica su insistencia y perseverancia en mantener sus decisiones, se le atribuye haber actuado como mínimo de manera culposa, antijurídica, arbitraria y desviada. Estas

críticas a la actuación del magistrado que llevó a cabo la ejecución provisional en la que se dictaron las resoluciones judiciales que el recurrente tilda de erróneas van dirigidas a reprochar su conducta profesional y constituyen la base de una demanda de responsabilidad civil que se exige por dolo o negligencia, sin que la misma por sí sola implique el desmerecimiento del recurrido en el público aprecio y consideración ajenas pues el empleo de dichos términos encuentra justificación en la libertad de expresión del letrado en el ejercicio de sus funciones y son necesarios para la efectividad de dicha labor defensiva.

Por otro lado, tales imputaciones si bien aisladamente y descontextualizadas pudieran resultar atentatorias contra el honor y el prestigio profesional del demandante, lo cierto es que al enmarcarse dentro de una demanda judicial el grado de crítica admisible es mayor, no solo por estar en juego el derecho de defensa, sino también por el hecho de que en definitiva la certeza de las imputaciones va a ser enjuiciada por un tribunal y, por ende, sometida a un test de fundamentación y racionalidad. En caso contrario, el derecho al honor constituiría o podría constituir, un obstáculo para que a través de procesos judiciales seguidos con todas las garantías -como el que nos ocupa- se pudieran enjuiciar las actividades profesionales a las que se impute haber incurrido en ilicitud dañosa.

Tampoco puede decirse que se hubiera dado a la demanda una publicidad desmedida o que su sentido o contenido se hubiera tergiversado ante la opinión pública, como se desprende del soporte documental obrante en las actuaciones, en el que se destaca que la noticia de la interposición de la demanda fue comentada entre los profesionales del sector jurídico, sobre todo por la elevada cuantía que se solicitaba en concepto de responsabilidad civil.

Esta contextualización de la actuación que se dice ofensiva y abusiva, como parte de la estrategia de defensa del cliente, impide valorarla, más allá del lógico malestar ocasionado, como agresión injustificada del honor ajeno o como constitutiva de abuso de derecho pues, faltando, como se ha dicho, el uso de expresiones ofensivas e innecesarias para la efectividad de dicha labor defensiva y la extralimitación en su actuación, el que un abogado se sirva de todos los medios a su alcance para rebatir jurídicamente una decisión judicial o sus efectos o para reprochar una conducta, entra dentro del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión reforzada del profesional y del propio derecho de



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

defensa de su cliente. En consecuencia, estos derechos fundamentales amparan la labor del profesional y se revelan como causas legitimadoras del ataque que supone el comprensible descrédito que la tramitación de una demanda de responsabilidad civil por culpa o negligencia lleva aparejado para quien figure en ella como demandado, una intromisión que, atendiendo al contexto referido, no puede tildarse de ilegítima, excesiva o no justificada, aun cuando posteriormente se haya demostrado que las imputaciones realizadas al magistrado eran falsas y que este actuó en todo momento conforme a derecho.

D) De ahí que deba entenderse que la sentencia recurrida vulnera el artículo 20 CE y, por ello, deba estimarse el presente motivo.

QUINTO.- *Enunciación del motivo segundo de casación.*

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del art. 477.1 de la LEC por vulneración del art. 1902 del CC, al no ser este de aplicación».

Se funda, en síntesis, en que la sentencia recurrida aprecia la existencia de un conjunto de actuaciones que son constitutivas de abuso de derecho además de una lesión al derecho al honor del demandante cuando ambas figuras son incompatibles y de hecho en la demanda se articularon alternativamente.

Sostiene el recurrente que lo anterior le provoca indefensión al no tener la certeza de cuál es el fundamento real del fallo que condena a indemnizar los daños morales. Añade que no es posible accionar contra un abogado, como tal, por abuso de derecho pues falta el requisito imprescindible del ejercicio de un derecho.

La estimación del motivo primero del recurso de casación deja sin contenido al presente motivo.

SEXTO.- *Enunciación del motivo tercero.*

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del art. 477.1 de la LEC por indebida aplicación del art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

El motivo se funda, en síntesis, en que no cabe atribuir al recurrente responsabilidad alguna al no existir intromisión ilegítima en el derecho al honor, dado que su intervención en el procedimiento ordinario n.º



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

51/2002 fue únicamente profesional al actuar en defensa de su cliente, con el fin de reparar el derecho a la tutela judicial efectiva que su cliente consideró conculcado, para lo cual utilizó la terminología jurídica que estimó conveniente dirigida a argumentar tal vulneración.

Considera que la indemnización por el daño moral se ha fijado sin atender a los criterios fijados en el art. 9.3 LPDH.

La estimación del motivo primero del recurso deja sin contenido al presente motivo.

SÉPTIMO.- *Enunciación del motivo cuarto.*

El motivo cuarto se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del art. 477.1 de la LEC por defectuosa aplicación del art. 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen».

El motivo se funda, en síntesis en que la acción ejercitada en la demanda ha caducado por haber transcurrido 4 años desde que el legitimado pudo ejercitarla, dado que no cabe entender que el momento inicial del cómputo sea el de la fecha en que finaliza el proceso ordinario n.º 51/2002, sino el de la fecha en que el actor tuvo conocimiento del contenido de la demanda en que se vertieron las expresiones que reputa ofensivas.

La estimación del motivo primero del recurso deja sin contenido al presente motivo.

OCTAVO.- *Enunciación del motivo quinto.*

El motivo quinto se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo de art. 477.1 de la LEC por inaplicación del art. 542.1.2 de la LO 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, modificado por la Ley 19/2003, de 23 de diciembre y la jurisprudencia constitucional que lo interpreta».

El motivo se funda, en síntesis en que la actuación del abogado debe estar presidida por la libertad e independencia siendo no solo un derecho sino una obligación.

La estimación del motivo primero del recurso deja sin contenido al presente motivo.

NOVENO.- *Estimación del recurso y costas.*

La estimación del recurso conduce a casar la sentencia recurrida, a estimar en su totalidad el recurso de apelación y a la desestimación de la demanda, apreciando esta Sala que concurren las circunstancias previstas en el artículo 394.1 LEC para no imponer las costas de la primera instancia.

Tampoco se imponen las costas de la apelación ni las de este recurso de casación, de conformidad con el artículo 398 LEC, en relación con el artículo 394 LEC,

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

FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Pedro Alomar Cerdó contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo 288/2008, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 5ª, de fecha 6 de octubre de 2008, cuyo fallo dice:
«Fallamos.

»Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Julián Ángel Montada Segura en nombre y representación de D. Pedro Alomar Cerdó, contra la resolución de fecha 28-XII-2007 dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 13 de Palma, en los autos del juicio ordinario n.º 706/2006 de que dimana el presente rollo de Sala n.º 288/2008, confirmar la meritada resolución, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.»

2. Casamos la sentencia recurrida, que declaramos sin valor ni efecto alguno, en lo que se refiere a la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Pedro Alomar Cerdó.

3. En su lugar, estimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Pedro Alomar Cerdó, contra la sentencia de 28 de diciembre de

2007 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia n.º 13 de Palma en el juicio ordinario n.º 706/2006, revocamos esta sentencia y, en su lugar desestimamos la demanda contra el interpuesta.

4. No ha lugar a la imposición de las costas de la primera instancia, ni las de apelación ni las de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Juan Antonio Xiol Ríos
Muñoz

Xavier O'Callaghan

Francisco Marín Castán
Quintana

José Antonio Seijas

Rafael Gimeno-Bayón Cobos

Román García Varela

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Juan Antonio Xiol Ríos**, 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.