

Roj: STS 3389/2011
Id Cendoj: 28079110012011100328
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 87/2009
Nº de Resolución: 283/2011
Procedimiento: Casación
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Abril de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los señores al margen indicados, el recurso de casación que con el n.º 87/2009 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D.ª Delia , representados por el procurador D. Jesús Aguilar España, contra la sentencia de 22 de octubre de 2008, dictada en grado de apelación, rollo n.º 2025/2008, por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5 .ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 864/2006, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Sevilla . Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida la procuradora D.ª Almudena Gil Segura, en nombre y representación de D. Vicente .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Sevilla dictó sentencia de 4 de octubre de 2007 en el juicio ordinario n.º 864/2006 , cuyo fallo dice:

«Fallo.

«Que estimando parcialmente la demanda formulada por la representación procesal de Dª Delia contra D Vicente , debo declarar y declaro que el demandado ha violado el derecho fundamental de la actora a no ser discriminada por razón de sexo y ha infringido el derecho al uso del nombre propio, condenando al demandado a estar y pasar por estas declaraciones, a cesar en el uso ilegítimo del nombre de la actora y a indemnizar a esta con la cantidad de doce mil euros (12 000 euros), sin hacer expresa condena en costas».

SEGUNDO. - La sentencia contiene los siguientes FFJJ:

« Primero.- Los hechos que han sido admitidos por las partes son los siguientes: el demandado es el titular de una clínica en el que la actora ha prestado sus servicios como médico especialista en cirugía estética y reparadora a cambio de un porcentaje en el precio abonado por los pacientes, porcentaje no determinado. Esta relación jurídica ha venido produciendo efecto al menos desde el año 2002.

»Según prueba la actora con los documentos nº 1 y 2 de la demanda, y se ha admitido por el demandado en la prueba de interrogatorio, con fecha 6 de julio de 2004 la actora hubo de darse de baja porque estaba embarazada y se trataba de un **embarazo** de alto riesgo. El demandado contrató a otro médico, D Pedro Francisco , cirujano plástico, "porque la actora no acudía". Este ultimo ha comparecido como testigo y ha manifestado que su "colaboración era temporal". Según ha declarado el demandado, cuando la actora volvió a reincorporarse, a finales de enero de 2005, ésta se negó a compartir el trabajo con otro especialista, de lo que se deduce que la situación modificada y, en principio, temporal, iba a mantenerse con independencia de la opinión de la demandada, porque, según se ha afirmado por el arrendador había trabajo para los dos, circunstancia esta no probada por el demandado, *art. 217.3 de la LEC* .

»Se trata de una relación jurídica por la que una profesional desarrolla su labor en un centro que

explota el demandado a cambio de una participación en el precio que se abona por los terceros que acuden a la clínica y que en el desarrollo de su profesión cuenta con una lista de pacientes propia. Dicha relación reviste los caracteres de arrendamiento de servicios prevista en el *art. 1544 del C. Civil*. En un momento determinado y por motivo de **embarazo** se encuentra incapacitada de forma temporal para su profesión, por lo que el arrendador contrata a otro médico especialista a fin de atender las necesidades del negocio. Cuando la profesional se quiere reincorporar se le imponen unas condiciones contractuales diferentes a las que existían antes de la baja, condiciones que aquella no acepta. Es claro que existe una relación de causalidad directa entre la modificación contractual y el **embarazo**, lo que equivale a la existencia de un trato desigual por razón de sexo, ya que la baja tiene un motivo indiscutido que es el **embarazo**, contingencia esta que afecta únicamente a mujeres.

»Segundo.- Lo anterior equivale a la existencia de una "**discriminación** directa" definida ya en la *Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002*, que modifica la *Directiva 76/207/CEE del Consejo* relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, de la siguiente forma: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo.

»Tanto la anterior como la *Directiva 2004/113/CE*, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro, han sido incorporadas al ordenamiento español por la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y si bien no es aplicable directamente a este caso por no encontrarse en vigor al ocurrir los hechos, como señala la STS de 20 de noviembre de 1996, las citadas Directivas han de servir de guía para la interpretación de los Derechos nacionales vigentes tanto anteriores como posteriores para alcanzar el resultado a que se refiere cuando no se haya adaptado el derecho interno a la misma.

»Así el régimen de prueba vigente es el establecido en el *art. 217 de la LEC*, que ha sido modificado por la citada *Ley Orgánica* ya que en la *Disposición Adicional Quinta* establece: Tres. Se añade un nuevo apartado 5 al artículo 217 de la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, pasando sus actuales apartados 5 y 6 a ser los números 6 y 7, respectivamente, con la siguiente redacción:

»5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de **discriminación** en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

»A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.»

»La *Ley Orgánica* entró en vigor el 24 de marzo, cuando el presente procedimiento ya se había iniciado, por lo que no le es de aplicación la modificación indicada, por aplicación de su *Disposición Transitoria Tercera*, sin embargo, como se ha dicho, el *art. 14* de la Constitución Española ha de ser interpretado atendiendo al contenido de las Directivas indicadas que no habían sido ejecutadas en el derecho interno y por ella, se estima que la actuación del demandado constituye un caso de **discriminación** directa por razón de sexo.

»Tercero.- En segundo lugar, ha quedado probado que a pesar de que la actora manifestó su falta de conformidad con las nuevas condiciones contractuales y no se reincorporó, el demandado mantuvo una placa de bronce a la entrada de la finca en la que se sitúa la clínica, local en planta baja C/ Moratín nº 23 de esta ciudad, en esa placa consta el nombre y apellidos de la actora. Según resulta de las actas notariales de presencia que se aportan con la demanda como documentos nº 3 y 4, la indicada placa ha permanecido al menos en el período comprendido entre junio de 2005 a 16 de enero de 2006, habiéndose admitido en la contestación que permaneció durante tres años y que no se retiró, según ha manifestado el demandado sino hasta unos meses después de la Navidad de 2006.

»La relación contractual termina desde que la actora no acepta las nuevas condiciones contractuales, se produce una resolución extrajudicial por incumplimiento de la parte arrendadora y de hecho, desde ese momento el contrato ha dejado de surtir efecto. El *art. 1256 del C. Civil* establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes y el *art. 1091* del mismo texto dice que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos. El demandado ha incumplido el tenor del contrato y por si y ante si ha establecido unas nuevas condiciones, no aceptadas por la otra parte habiendo cesado las prestaciones a cargo de cada una de ellas, desde ese momento el uso del nombre de la actora es una

utilización ilegítima y no autorizada. Lo anterior equivale a una infracción del *art. 18 de la CE* y en concreto del *art. 7.6 de la LO 1/1982* que prohíbe como intromisión ilegítima: "la utilización del nombre de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga".

»Cuarto.- En cuanto a la indemnización a abonar, llama la atención en este litigio además de la especial forma de relación jurídica entre las partes, la ausencia de datos económicos de la que adolecen tanto la demanda como la contestación, no se ha facilitado por ninguna de las partes cual fuera la cantidad percibida ni mensualmente ni anualmente ni por paciente, ni atendiendo a cualquier otro criterio y así, la suma reclamada en la demanda carece de equivalencia bien en pérdida económica, bien en ganancia por parte del demandado.

»Por lo tanto, la única alternativa posible es la fijación de la indemnización con arreglo a lo dispuesto en los *arts. 1101 y 1103 del C. Civil* y *art. 9.2 de la LO 1/1982*, que deberá venir referida a daño moral, dado que por el Ministerio Fiscal se solicitó en fase de conclusiones la cantidad de 6 000 euros por vulneración del derecho al uso del nombre, procede fijar en 12 000 euros la cantidad a abonar por apreciarse además infracción del derecho a la no **discriminación** por razón de sexo.

»La cantidad objeto de condena devengará los intereses legales previstos en el *art. 576 de la LEC*.

»Quinto.- Estimándose parcialmente la demanda y a tenor del *art. 394.1 de la LEC*, no procede hacer expresa condena en costas.

TERCERO.- La Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia de 22 de octubre de 2008 en el rollo de apelación n.º 2025/2008, cuyo fallo dice:

«Fallo.

» Que estimando el recurso interpuesto por la Procuradora Doña Rosario Periañez Muñoz, en nombre y representación de Don Vicente, contra la sentencia dictada el día 4 de octubre de 2007 por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Sevilla, debemos revocar y revocamos dicha resolución, dictando en su lugar otra por la que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Don Eduardo Capote Gil, en nombre y representación de Doña Delia, contra el apelante, debemos absolver y absolvemos al demandado de las pretensiones contra él deducidas en la demanda, con imposición de las costas procesales de la primera instancia a la actora, y sin hacer especial imposición de las de esta alzada».

CUARTO.- La sentencia contiene los siguientes FFJJ:

»Primero.- La parte demandada recurre la sentencia que la condena por infracción de los derechos fundamentales de la actora a no ser discriminada por razón de sexo y al uso de su propio nombre alegando, en esencia, con respecto a lo primero que la relación entre ambas partes no era **laboral**, sino de arrendamientos de servicios, y que, en todo caso, no hubo **discriminación** por el mero hecho de que pretendiera que el cirujano plástico que había trabajado en la clínica durante la ausencia de la actora por causa de su **embarazo** y por la necesidad de prestar atención a sus hijos recién nacidos, continuara haciéndolo tras reincorporarse ésta, ya que ello no le suponía perjuicio ni desventaja alguna. Por otra parte niega que haya hecho un uso indebido del nombre de la actora por razones comerciales, dado que el nombre en la placa de la clínica figuraba por haber prestado sus servicios en la misma y se ordenó su retirada en cuanto esta manifestó claramente su oposición a que siguiera dicho nombre en la puerta de la clínica, permaneciendo solo el tiempo que tardó en elaborarse una nueva placa, sin que ello reportara ventaja alguna especial para la clínica.

»Segundo.- Como resulta de la jurisprudencia constitucional que se cita en la propia demanda, la **discriminación** por razón de sexo requiere que en la relación que vincula a las partes implicadas, la que realiza la **discriminación** tenga potestades organizativas y disciplinarias, de forma que se dé una situación de subordinación por parte de quien es discriminado. Tal **discriminación** no parece que quepa en una relación en el que las partes se encuentran en un plano de igualdad. En segundo lugar, es preciso que la parte que discrimina adopte en el uso de esas potestades una decisión claramente desfavorable para el discriminado, bien porque le cause un perjuicio, bien porque atente contra su dignidad, aunque no es precisa la intención subjetiva de perjudicar. Finalmente debe quedar acreditado que tal decisión se ha tomado exclusivamente o de forma predominante por razón de una situación vinculada con el sexo del discriminado, bien directamente, bien por alguna situación que derive de esa condición sexual, como es el caso del **embarazo** en la mujer.

»La relación de arrendamiento de servicios que ambas partes reconocen que es la que regía entre ellos no se caracteriza por implicar subordinación o sometimiento de una de las partes a la otra. Por el contrario la actora es una médico que ejercía su profesión libremente, relacionándose con sus propios clientes y con plena libertad de ejercer su trabajo, teniendo la única obligación de compartir parte de sus ganancias con la parte demandada en función de utilizar su clínica para desarrollar su actividad. No parece que se trate por tanto de una relación equiparable o similar a una relación **laboral** propiamente dicha.

»En todo caso, como se reconoce en la propia sentencia, el demandado no rescindió unilateralmente el contrato que vinculaba a ambas partes.» Durante la ausencia de la actora como consecuencia de su **embarazo** y del cuidado de sus hijos se limitó a contratar con otro cirujano la prestación de un servicio similar, lo que en principio no constituye **discriminación** alguna. La discrepancia vino porque el actor se negó a rescindir su contrato con este segundo médico. Como ya se ha indicado no se ha acreditado que la contratación de otro médico con carácter permanente fuese incompatible con la permanencia de la actora en la clínica y con el desenvolvimiento de su actividad en los mismos términos en que se había venido produciendo antes del **embarazo**. Tampoco se ha acreditado que esta contratación supusiera un perjuicio económico para la actora, es decir, que necesariamente implicara una disminución de sus pacientes, ingresos o posibilidades de actuar, ni que su contrato con el demandado impidiera a este incorporar nuevos médicos a la clínica cuando lo estimase oportuno. Menos aún que la presencia de otro médico en la clínica afectara a su prestigio profesional o a su dignidad como persona y mujer en alguna forma.

»Finalmente tampoco existen indicios de que la decisión de contratar con un nuevo médico de forma permanente tuviera su fundamento de forma exclusiva o predominante en la condición sexual de la actora, de modo que no hubiera hecho lo mismo en el caso de que en lugar del **embarazo** de una mujer, se hubiera producido la situación como consecuencia de una baja por enfermedad ordinaria. Es decir, no tiene base suficiente la afirmación de que la decisión de permitir al segundo médico actuar en la clínica tras incorporarse la actora lo fuera en razón de la condición de mujer de la demandada y con la intención de suplir en todo o en parte su actividad, más allá del tiempo que estuvo de baja. Antes de esta situación trabajaban tres cirujanos en la clínica y no tiene por qué conllevar una presunción de **discriminación** el que el actor, visto el buen resultado de este segundo médico, decidiera contar de forma permanente con un cuarto médico, ni como ya se ha dicho existe el más mínimo indicio de que ello conllevara un perjuicio de cualquier tipo para la actora.

»Tercero.- Igual suerte estimatoria debe correr el segundo de los motivos relativo a la violación del derecho fundamental al uso del propio nombre. Como señala la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2007 el *artículo 7.6 de la LO 1/82* sólo es aplicable cuando el fin de la utilización de la imagen ajena es predominantemente casi exclusivo y absolutamente único el crematístico, comercial, publicitario y análogos.

»En el caso de autos el nombre de la actora figuraba en el rótulo de entrada de la clínica porque era una de los cirujanos que operaba en la misma y ha de presumirse su consentimiento al efecto cuando durante los tres años que duró la relación no se opuso a tal rótulo que necesariamente tenía que ver continuamente al acceder al lugar. No se ha probado por otra parte que la actora tenga un prestigio profesional tan netamente superior al del demandado, al del otro médico que figura en la placa o al de la clínica que la mera presencia de su nombre en tal rótulo proporcionase al demandado un beneficio publicitario, comercial o crematístico, pudiendo darse perfectamente la situación contraria, ante esa falta de pruebas al respecto, de que sea la actora la que se vea beneficiada en su prestigio al figurar junto con los otros médicos o amparada por la clínica. Lo normal por otra parte es que este tipo de rótulos tenga una finalidad meramente informativa para los pacientes que van buscando a un determinado médico.

»Finalmente se recoge en la sentencia que el demandado ha retirado la placa, sin que conste que haya transcurrido un tiempo excesivo entre esta retirada y el requerimiento fehaciente de la actora, cuya fecha no consta con exactitud más allá de la presentación de la demanda, es decir que haya transcurrido más del tiempo razonablemente necesario para encargar y obtener una nueva placa una vez conocido el deseo de la actora de no trabajar más para la clínica. La sentencia dice que el demandado afirma haber retirado la placa meses después de la Navidad de 2006, pero es erróneo ya que en realidad en su declaración hace referencia a la Navidad de 2005, es decir, como dice en el recurso, aproximadamente en marzo de 2006, antes de la interposición de la demanda que no tiene lugar hasta mayo de 2006.

»No se aprecia por tanto una infracción del derecho fundamental al uso del propio nombre, ni por tanto que por esta vía se haya afectado a un derecho esencial de la personalidad de la misma.

»Cuarto.- Las precedentes consideraciones deben conducir a estimar el recurso interpuesto y a

desestimar íntegramente la demanda, lo que conlleva conforme al criterio objetivo del vencimiento que en esta materia establece el *artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* que se impongan las costas procesales de la primera instancia a la parte actora.

»Quinto.- No procede hacer especial imposición de las costas procesales de esta alzada, dado que esto es lo que dispone el *artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* para el caso de que la apelación prospere en todo o parte.

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

Motivo primero.- «Se ha producido infracción, por inaplicación del *artículo 14* de la Constitución Española, que establece con toda claridad que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer **discriminación** alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

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

De la lectura literal de esta norma se extrae la necesaria consecuencia de la ausencia de todo fundamento de la frase contenida en el FJ 2.º de la sentencia impugnada, cuando sostiene que «la **discriminación** por razón de sexo requiere que en la relación que vincula a las partes implicadas, la que realiza la **discriminación** tenga potestades organizativas y disciplinarias, de forma que se de una situación de subordinación por parte de quien es discriminado». Carece de fundamento, en primer lugar, porque no existe norma alguna en nuestro ordenamiento jurídico que establezca esa limitación ni que permita semejante interpretación, no se puede afirmar que de no existir relación **laboral** strictu sensu no puede darse **discriminación** por razón de sexo; pues la jurisprudencia constitucional señala que la prohibición de **discriminación** por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica de la mujer (STC 17/2003, de 30 de enero , FJ 3), cualificándose la conducta discriminatoria por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la CE, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (*artículo 10.1 CE*). En el mismo sentido cita la STC 173/1994, 7 de junio .

En este contexto, no puede sostenerse que solo cuando estás incurso una relación **laboral** pueda generarse una conducta de esta naturaleza.

De sostenerse la postura anterior, quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la **discriminación** como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su carrera profesional por la maternidad) y, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia, de cuya virtualidad interpretativa de lo dispuesto en el *artículo 14 CE* no cabe dudar. Así sucedería con el *Convenio n.º 111* de la OIT que prohíbe también las discriminaciones «en el empleo y la ocupación». Y el *Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979* (ratificado 16 de diciembre de 1983), cuyo *artículo 11* extiende el compromiso de los Estados firmantes a establecer mecanismos adecuados de tutela contra la **discriminación** de la mujer en relación con el empleo.

Por otra parte, a nadie se le escapa la difusa barrera que, cada vez con más notoriedad, existe entre la relación **laboral** y la relación de arrendamiento de servicios; así, en el caso presente, el demandado da ocupación a otros médicos poniendo a su disposición su establecimiento, su clínica, y sus medios técnicos, materiales y personales, etc., lo que genera una vinculación que crea unas legítimas expectativas en los contratados, expectativas que no pueden verse frustradas por un mero capricho del demandado y que obliga a éste a respetar no solo los contratos formalizados y sus cláusulas sino también a ejecutarlos dentro del ordenamiento jurídico, del que el principio de igualdad y no **discriminación** por razón de sexo constituyen pilares básicos.

En el caso presente, ha quedado probado que el demandado contrata a un nuevo médico, hombre, a los pocos días del **embarazo** de la recurrente, y que lo contrata con la idea preconcebida de que permanezca no temporalmente en sustitución de la misma sino indefinidamente, es decir, ocupando el lugar de ésta, lo que rompe sus legítimas expectativas de seguir en su ocupación, tanto más cuanto que ha visto crecer su familia; en tal sentido, es clara la sentencia de primera instancia, ante la que se practicó la prueba, al señalar que existe una relación de causalidad directa entre la modificación contractual y el

embarazo, lo que equivale a la existencia de un trato desigual por razón de sexo, ya que la baja tiene un motivo indiscutido que es el **embarazo**, contingencia que afecta únicamente a mujeres (FJ 1.º).

Mantiene la sentencia impugnada que no ha quedado acreditado que la contratación de otro médico supusiera un perjuicio económico para la demandante, pero tal afirmación choca, primero, con el sentido común, pues es de perogrullo sostener que si hay dos, ganan menos que uno y, en segundo lugar, choca con la teoría de la carga de la prueba y su inversión en este tipo de procedimientos, porque tanto el Tribunal Constitucional como las Directivas europeas citadas por la sentencia de primera Instancia convienen en que en estos procedimientos basados en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de **discriminación** en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, literalidad que ha quedado incorporada a nuestro ordenamiento jurídico con la LO 3/2007, de 22 de marzo, pero que ello no empece a que resultara aplicable con anterioridad en virtud del sentido interpretador que deben tener las Directivas europeas de los derechos nacionales vigentes tanto anteriores como posteriores (STS 20 noviembre 1996). Y en tal sentido, ninguna prueba ha articulado el demandado en relación a qué la causa de la rescisión o modificación contractual no obedeciera al **embarazo** de la actora (bien podría haber probado que en otros casos similares con personal femenino en estado de **embarazo** no se produjo tal situación), ni en relación a la no disminución de las retribuciones o número de pacientes de la actora (pues sin duda al demandado como gestor de la clínica, le hubiera resultado más fácil probar este extremo).

Pero donde más sorprende la sentencia impugnada es cuando afirma que no tiene base suficiente la afirmación de que la decisión de permitir al segundo médico actuar en la clínica tras incorporarse la actora lo fuera en razón de la condición de mujer de ésta y con la intención de suplir en todo o en parte su actividad, mas allá del tiempo que estuvo de baja. Antes de esta situación trabajaban en la clínica tres cirujanos. Pero es de una evidencia casi grosera el hecho de que efectivamente se pretendía suplir en todo o en parte la actividad de la demandante, de hecho era su «plaza» su «lugar» lo que se estaba ocupando y, por otra parte, carece de prueba el hecho de la existencia de tres cirujanos compartiendo la plaza de la actora, hecho absolutamente inaudito y no conforme a la verdad, pues era la única especialista en medicina plástica y reparadora vía MIR de la clínica. Y, por tanto, la única habilitada para hacer operaciones de esa índole, era la recurrente; de hecho, su ausencia durante el período de **embarazo** fue lo que llevó al demandado a buscar un sustituto que pudiera practicar ese tipo de intervenciones.

Motivo segundo.- «Se ha producido infracción, por inaplicación del *artículo 18 de la Constitución Española, 18* (derecho a la propia imagen e intimidad personal), de la Constitución y *artículos 1, 7 y 9 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, cuyo apartado seis establece que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales de naturaleza análoga».

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

Sostiene la sentencia impugnada que ha de presumirse el consentimiento de la actora en el tiempo que duró la relación entre ella y el demandado y divaga posteriormente sobre el prestigio profesional de la demandante y el nuevo médico, al que parece referirse, extremo que esta parte nunca ha tratado ni puede servir de base para dirimir la presente contienda.

En efecto, hay que admitir un consentimiento tácito en la recurrente a que se utilizara su nombre en la placa publicitaria mientras duró su relación de servicios para con la clínica, pero aplicando este mismo criterio, habrá que sostener, por pura lógica, que tal consentimiento desaparece en el mismo instante en que se rompe esa relación. Por tanto, no cabe justificación de ningún tipo para sostener la legitimidad del uso del nombre de la recurrente en la placa de reclamo publicitario cuando ella ya no operaba en la clínica, durante más de año y medio, desde finales de 2004 (fecha del intento de reincorporación como ha quedado probado) hasta mediados de 2005, alegando nada menos que razones técnicas para quitar una placa y sustituirla por otra, operación que puede durar una semana poco más o menos.

El uso ilegítimo del nombre de la recurrente como reclamo publicitario es un hecho objetivo y habrá que determinar que se ha producido la vulneración del derecho fundamental alegado.

Termina solicitando de la Sala «que, habiendo por presentado este escrito, con los documentos acompañados y sus copias, en tiempo y forma, se digne admitir todo ello, teniendo por interpuesto recurso de casación preparado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, en el juicio ordinario núm. 2025/2008, del Juzgado de Primera Instancia núm.1 de los de Sevilla, interpuesto por mi

principal Delia , contra Vicente , y, en su día, previos los trámites reglamentarios, se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida, estimando las pretensiones de esta parte, con arreglo a los motivos expresados en el presente recurso».

SEXTO.- Por ATS de 22 de septiembre de 2009 se admite el recurso de casación.

SÉPTIMO.- En el escrito de oposición del recurso presentado por la representación procesal de D. Vicente se formulan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

Primera.- La recurrente no acredita el contenido o relevancia casacional de su recurso solo pretende agotar instancias para intentar negociar con esta parte. La casación no es una tercera instancia ordinaria y los hechos declarados probados en la primera y segunda instancia no pueden ser revisados contra lo que pretende la recurrente y no cita la doctrina o normas legales infringidas.

Esta parte alegó que la demanda era imprecisa y contradictoria. Y el recurso adolece de los mismos vicios. En primer lugar, se alude a una *Ley 62/1978* que está derogada. Y, en segundo lugar, no se decía cómo se habían calculado las cuantías. Ello nos generó indefensión, en el siguiente sentido: en la audiencia previa se indicó por la demandante y el juzgado que el asunto se tramitaba por la LO 1/1982, pero en tal caso, como señaló en dicha audiencia, la competencia hubiera sido de un juzgado de Espartinas (domicilio de la demandante) y no de Sevilla, con lo cual se nos privó del derecho al juez predeterminado por la ley (ya no se podía plantear declinatoria). Y es que juez y fiscal han ido supliendo las carencias de la demanda pese a lo cual no prosperó finalmente.

Esta parte alegó además que la placa se puso con consentimiento de la recurrente y que no hubo **discriminación** alguna sino ruptura del contrato por su parte, aunque no se modificaron sus condiciones de colaboración.

Cita las Directivas 2002/73/ CE y 2004/113 /CE como base de su recurso con una curiosa interpretación de lo que es el efecto directo de las directivas comunitarias. Estas Directivas han sido traspuestas por la LO 3/2007 de 22 de marzo, que no estaba en vigor al suceder los hechos, pero la recurrente entiende que las Directivas citadas deben ser valoradas por el TS. Hay una incongruencia en el recurso frente a la demanda. Y es que la acción formulada aludía a la *Ley 62/1978* y señalaba el artículo 7 LPDH en cuanto a la placa, pero la causa principal del petitum era que el recurrido había rescindido el contrato de la actora por su **embarazo**. Sin embargo, quedó probado y así se reconoce en sentencia que no hubo tal ruptura del contrato por el recurrido sino que fue la recurrente quien de forma tácita (no vuelve) rompe el contrato. Ahora se pide que prospere el recurso por tener a otro médico en la consulta, por una reducción de ingresos que no se produjo. Ello supone que se pide la estimación de la demanda por un hecho distinto del alegado: no es cierto que mi cliente rompiera el contrato.

Tampoco se valora la probada existencia de consentimiento para que se instalase la placa en la calle, con lo cual la recurrente debió señalar con claridad cuando le requirió para que la retirase. Pero de nuevo se omite que no hay retirada de ese consentimiento.

Los hechos que han quedado acreditados son los siguientes:

- 1) No hubo despido, ni ruptura del contrato, sino desistimiento unilateral de la actora.
- 2) Este desistimiento fue tácito y no expreso, pues la demandante se marchó y dejó de ir a la consulta, pero no dijo que fuera de forma definitiva como lo prueba el hecho de que dejara allí su bata, historiales clínicos, etc.
- 3) La recurrente no vio sus emolumentos recortados ni se ha probado que así fuera a suceder. Simplemente se le dice que hay mucho trabajo y que pueden colaborar dos médicos cirujanos, pero en ningún momento se ha acreditado que fuera a operar menos o cobrar menos, pues se podía atender a más gente con dos cirujanos. El demandado dijo que las condiciones de la demandante no iban a cambiar salvo en tener otro compañero cirujano plástico, sin que ello sea un perjuicio para la demandante ni se haya acreditado la existencia, siquiera indiciaria, del mismo.
- 4) El doctor Pedro Francisco tiene el mismo o mayor prestigio que la recurrente, con lo cual no cambiar el nombre de una por el de otro en la placa, fue simple cuestión de esperar a su decisión definitiva. La tesis de la demanda es que mi cliente la necesitaba para poder hacer cirugía plástica, pero eso decae cuando ya tenía otro cirujano al menos con la misma titulación. Más cierto es que las placas siempre tardan cierto tiempo en modificarse desde que alguien se va. Y, en este caso, ni siquiera era claro que la doctora

se hubiera ido. Por tanto, no es cierto que la placa se mantuviese con algún fin oscuro: hubiera bastado con cambiar a un cirujano por otro.

5) Lo cierto es la placa estuvo durante tres años en la calle con permiso de la recurrente y es uso social que se coloquen las mismas. Su retirada debe exigir requerimiento. La sentencia puede sentar una doctrina contraria a usos sociales.

6) No se ha acreditado ventaja comercial alguna del recurrido con el mantenimiento de la placa, ni explotación del nombre de la recurrente, pues los pacientes iban a la clínica al margen de quien fuera el cirujano.

La declaración del recurrido fue rotunda: él ponía los clientes y la otra parte cobraba por operar.

7) La propia recurrente mantuvo publicidad en internet (tras el momento en que deja de colaborar con el recurrido) que situaba su consulta en la calle Moratín (es decir, en la consulta del recurrido). ¿Debe entenderse que mantuvo esa publicidad por descuido o para beneficiarse? Cabe pensar que fue un simple olvido o que no tenía claro si iba a volver o no. Esta prueba fue aportada en la audiencia previa y no impugnada de contrario.

8) La actora no probó nada. La declaración del doctor Pedro Francisco (omitida por completo en la sentencia) dejó bien claro que fue llamado para cubrir la ausencia de una persona y que luego, visto que había mucho trabajo, se ofreció a ambos colaborar juntos. Y esta declaración, no tachada, fue clara porque el recurrido nunca resolvió el contrato, ni quiso perjudicar a la recurrente: es el recurrido quien pone enfermeras, médicos y materiales sin que la simple contratación de otro médico pueda ser perjudicial para nadie, pues no se había alterado el contrato (que no tenía exclusividad) y ni siquiera se ha probado que fuera a cobrar menos la recurrente si había más cirujías.

9) El mantenimiento de una simple placa no vulnera el *artículo 7 LPDH* porque la placa era corralario de una relación comercial entre las partes que nunca se rompió de forma expresa.

10) La parte actora ni pidió apenas pruebas ni protestó o recurrió contra la denegación de la que propuso en primera instancia. Por el contrario, esta parte aportó un testigo relevante: el doctor que señala que había más trabajo y por eso se pidió mantener la colaboración con los dos.

11) El certificado del rotulista Sr. Luis Manuel deja bien claro que no era fácil retirar las placas antiguas por estar pegadas a la pared y que se estaba a la espera de saber si en la nueva placa se hacía constar el nombre de la señora Delia o no. Esta prueba es muy relevante.

Segundo.- No hay error en la aplicación del derecho.

La recurrente rompe con la doctrina de los actos propios, pues alega que no le pidieron permiso para poner la placa pero estuvo tres años instalada y sin queja por su parte, lo cual no es propio de alguien descontento. En cuanto a la teoría de los actos propios, su basamento último radica en el principio general de derecho, a tenor del cual está vetado "venire contra factum proprium". (STS de 19 de febrero de 1948).

Es obvio que lo reconocido antaño por la recurrente le vincula: una conducta anterior al hecho y objetivamente contradictoria con el ejercicio posterior puede constituir un *factum proprium*. Y la recurrente nunca protestó por la presencia de la placa cuando se instaló (ni durante tres años), ni se quejó en estos dos años tras dejar de ir a la consulta. Nada dijo, aunque llamase a un notario (bien pudo enviar un requerimiento notarial previo).

Se omite la doctrina en materia de derecho a la propia imagen.

El *artículo 2.2 LPDH* excluye la intromisión ilegítima cuando el titular del derecho hubiera dado su consentimiento. Y la recurrente lo dio para que se fijase la placa, sin que ejerciera nunca la facultad de revocación prevista en el *artículo 2.3* de la misma norma. La mera fijación (o no retirada) de una placa en la calle tiene un carácter más informativo que comercial o publicitario, con lo cual no se ha podido vulnerar el *artículo 7.6 LPDH*, pues el recurrido disponía de otros médicos y el nombre de la actora carece de la fama o prestigio especial que puedan llevar a pensar en usurparlo con ánimo de lucro.

Inexistente vulneración del derecho a la propia imagen.

Ninguno de los hechos imputados al recurrido son constitutivos de una vulneración de este derecho,

pues como tal se entiende la reproducción gráfica de la figura humana, su captación o difusión.

La recurrente confunde su derecho al nombre -que nadie ha usurpado- con el derecho al buen nombre, en caso de que se hubiera vilipendiado o difamado a la demandante, lo cual ni siquiera se alega. Una placa que se instaló con su permiso (aunque no lo recuerde) no puede constituir intromisión ilegítima en los derechos de la LPDH. Si la recurrente pensaba que la placa daba información inexacta, pudo requerir su retirada o plantear una demanda por publicidad ilícita (acción de cesación).

En cuanto al concepto a la propia imagen cita la STS de 9 mayo de 2000 y las SSTC 99/1994 de 11 de abril y 117/1994 de 25 de abril .

En el mismo sentido, cita la SAP de Valencia, Sección 8.ª, de 20-4-2005 .

Tercera.- Correcta aplicación de la doctrina sobre la carga de la prueba.

El *artículo 217 LEC* obligaba a la demandante a acreditar nuestra negligencia o mala fe, pero el recurso invierte la carga de la prueba. En todo caso, ha quedado acreditado que no había ánimo discriminatorio alguno. No se ha acreditado ni el requerimiento previo (que no lo hubo) para retirar la placa, ni el perjuicio causado a la demandante ni el beneficio del demandado ni que sus condiciones de colaboración empeorasen con fines discriminatorios.

Actualmente se acude a la teoría de la disponibilidad y facilidad probatoria (*artículo 217.6 LEC* aplicable a este caso), que entre particulares debe ser la misma siendo flexible la carga de la prueba.

Lo menos que se puede pedir a la demandante es una valoración de daños y perjuicios o que acreditase que la presencia de otro cirujano plástico con ella y no en lugar de ella, la perjudicaba.

Cita STS de 4-5-2000 , según la cual, debe probar en cada caso quien pueda hacerlo por su posición.

Y el recurrido solo puede probar que no rompió el contrato y se limitó a cubrir una ausencia siendo probatio diabólica y contraria al *artículo 217 LEC* que se le pida acreditar que no pretendía discriminar a nadie. Aun así, su propio testimonio y el del doctor Pedro Francisco , lo acreditan. En este sentido se pronuncian las SSAP A Coruña de 7-2-2002 y 31-10-2001 .

Cita la SAP Alicante de 4-3-2002 , sobre el *artículo 1214 CC* .

Cita las SSAP Asturias de 25-2-2002 y Badajoz de 5-9-2001 que recogen los únicos casos en que cabe inversión de la carga de prueba.

Cita la SAP Granada de 24-12-2001 que coincide con el criterio de las SSAP Teruel de 4-10-2001 y de Salamanca 28-1-2002 ; así, es cierto que el daño se presume cuando hay intromisión, pero es que la intromisión misma hay que acreditarla.

Y en este caso solo consta que la recurrente no quiso colaborar más porque había otro cirujano con ella. Nada más.

Cuarta.- Incorrecta alegación del derecho comunitario.

La *Directiva 2002/73 / CE del Parlamento y el Consejo, de 23-9-2002* , se refiere a igualdad de trato entre hombres y mujeres en el empleo y las condiciones de trabajo, dejando excluidos los contratos mercantiles como el litigioso. Cuando se produjeron los hechos ni siquiera se había agotado el plazo de transposición de la misma (que era hasta el 5-10-2005).

La Directiva se refiere en todo momento a las relaciones laborales.

La *Directiva 2004/113/CEE de 13-12-2004* está pendiente de transposición y debe producirse antes del 21-12-2009. La LO 3/2007 española la acoge en parte, pero no es aplicable a este caso (en todo caso, es ley posterior). Ninguna de las dos Directivas pueden ser alegadas por tanto, como basamento de una sentencia, puesto que no cabe el efecto directo horizontal de las Directivas comunitarias como es sabido y la juez, acaso confundiendo el sentido de la sentencia Faccini Dori, parece no recordar.

La LO 3/2007 de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres se refiere a la

posibilidad de suspender el contrato de trabajo por riesgo durante el **embarazo**. Pero dicha norma no tiene efecto retroactivo y no contempla las relaciones mercantiles. Estas, además de la CE son las normas empleadas por la juez para condenarnos. Por tanto, si no eran aplicables, en que se ha basado.

Deben ser impuestas las costas a la recurrente de conformidad con la vigente LEC.

Termina solicitando de la Sala «que teniendo por presentado este escrito con las manifestaciones en él contenidas, se sirva admitirlo, lo una a los autos de su razón, y en sus méritos tenga a esta parte por opuesta al recurso de casación interpuesto ex adverso, desestimando el mismo, con los pronunciamientos que le son inherentes y especialmente con la imposición de costas a la recurrente por su acreditada mala fe».

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal informa en resumen, lo siguiente:

Considera la recurrente que la contratación de un nuevo médico varón sustituyéndola en la baja por **embarazo** la discrimina al haber ocupado su lugar permanentemente produciéndole de este modo los consiguientes perjuicios.

Consideramos que existe una **discriminación** directa en base a las *Directiva 2002/73 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002* por aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en las condiciones de trabajo, ya que la recurrente ha sido tratada de manera diferente por razón de su sexo. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha reconocido reiteradamente la legitimidad, en virtud del principio de igualdad de trato, de proteger la condición biológica de la mujer durante y tras el **embarazo**. Ha establecido reiteradamente, además, que todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el **embarazo** o la maternidad constituye **discriminación** sexual directa. En el mismo sentido se pronunció la STC 173/1994 .

Las Directivas han de servir de guía para la interpretación de los Derechos nacionales vigentes tanto anteriores como posteriores para alcanzar el resultado a que se refiere cuando no se haya adaptado el derecho interno a la misma. Esa Sala ya se pronunció en el sentido de que el *artículo 14 CE* debe ser interpretado teniendo en cuenta el contenido de las Directivas comunitarias en su sentencia de 20 de noviembre de 1996 .

Asimismo el *artículo 8 LOIEMH que traspuso la Directiva* establece que «constituye **discriminación** directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el **embarazo** o la maternidad».

Entendemos que un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su **embarazo** o su permiso de maternidad constituirá **discriminación** que es lo que ocurre en el presente supuesto.

Asimismo entendemos que la relación existente entre el recurrido demandado y la recurrente, si bien es un contrato de arrendamiento de servicios puede llevar implícita o encubierta una relación jurídica de naturaleza **laboral**, puesto que la relación entre ambas partes no es igualitaria, ya que el arrendador es el propietario de las instalaciones y el que decide quien trabaja en ellas existiendo en definitiva una relación de subordinación y dependencia de la recurrente al recurrido. Las condiciones de trabajo de la arrendataria han variado tras su incorporación, al mantener al medico que fue contratado para sustituirla durante su baja, perjudicándole esta nueva situación que se ha producido a consecuencia de su condición de mujer.

Por todas las razones expuestas solicitamos el apoyo del presente motivo.

Por infracción del *artículo 18 CE* y de los *artículos 1, 7 y 9 LO 1/1982* .

Considera la recurrente que se ha utilizado su nombre ilegítimamente en la placa publicitaria de la clínica.

Partiendo del respeto de la base fáctica de la sentencia recurrida consideramos al igual que ésta y por los argumentos recogidos en el tercero de sus fundamentos que el nombre de la recurrente figuró en el rótulo con su consentimiento y que fue retirado tras la decisión de la actora de no trabajar más en la clínica.

En consecuencia y dado que prestó su consentimiento no puede entenderse vulnerado su derecho y por lo tanto interesa la impugnación del presente motivo.

NOVENO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 31 de marzo de 2011, en que tuvo lugar.

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

CC, Código Civil

CE, Constitución Española.

DA, disposición adicional.

DF, disposición final.

DT, disposición transitoria.

FJ, fundamento jurídico.

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

LIEMH, LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

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*.

OIT, Organización Internacional del Trabajo.

RC, recurso de casación.

SAP, sentencia de la Audiencia Provincial.

SSAP, sentencias de la Audiencia Provincial.

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional.

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

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

STEDH, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

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

TS, Tribunal Supremo.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Resumen de antecedentes.*

1. D.^a Delia interpuso demanda contra D. Vicente titular de una clínica en la que prestó servicios como médico especialista en cirugía plástica y reparadora, de acuerdo con los siguientes hechos: (a) la demandante mantuvo una relación de arrendamiento de servicios con el demandado desde 1999 hasta 2005 en base a la cual, prestaba sus servicios en la clínica propiedad del demandado a los clientes de éste a cambio de una remuneración consistente en un porcentaje sobre el total facturado al cliente; (b) el 6 de julio de 2004 se dio baja por un **embarazo** de alto riesgo; (c) tras el parto se acogió al permiso de maternidad hasta mediados de enero de 2005; (d) durante ese tiempo la demandante siguió en contacto con la clínica y aparentemente todo iba normal hasta que llegó el momento de su reincorporación en que el demandado le comunicó que recogiera sus instrumentos de cirugía porque resolvía el contrato de arrendamiento de servicios que les vinculó; (e) el demandado le ocultó que había contratado a otro especialista para ocupar su lugar hasta el momento de su reincorporación; (f) la resolución unilateral sin

causa del contrato supone una flagrante violación del principio constitucional de no **discriminación** por razón de sexo que debe lugar a la correspondiente indemnización y solicita 12 000 #; g) en la puerta de la clínica se colocó una placa con el nombre de la demandante como reclamo publicitario sin su consentimiento y aunque hubiera dado un consentimiento tácito desaparece de igual manera; g) la existencia de la placa es un fraude a los clientes de la clínica que acudían a la misma por el buen nombre y quehacer de la demandante, por tanto, se produjo también una violación del derecho personalísimo al uso del nombre y solicita una indemnización de 12 000 #

2. El Juzgado estimó parcialmente la demanda fundándose, en síntesis, en que: (a) los hechos admitidos por las partes son los siguientes: (i) el demandado es el titular de una clínica en la que la demandante ha prestado sus servicios en virtud de un contrato de arrendamiento de servicios como médico especialista en cirugía estética y reparadora al menos desde el año 2002, a cambio de un porcentaje en el precio abonado por los pacientes, porcentaje no determinado; (ii) la demandante se dio de baja por un **embarazo** de alto riesgo; (iii) el demandado contrató a otro médico que ha comparecido como testigo y ha manifestado que su colaboración era temporal; (iv) según ha declarado el demandado cuando la demandante se reincorporó a finales de enero de 2005 se negó a compartir el trabajo con otro especialista, de lo que se deduce que la situación modificada y, en principio, temporal iba a mantenerse con independencia de la opinión de la demandante porque había trabajo para los dos (circunstancia no probada por el demandado); (b) tras el **embarazo** y la baja de maternidad cuando la demandante se quiere reincorporar se le imponen una condiciones contractuales diferentes a las que existían antes de la baja que ella no aceptó; (d) existe una relación de causalidad directa entre la modificación contractual y el **embarazo** lo que equivale a la existencia de un trato desigual por razón de sexo; existe una «**discriminación** directa» (*Directiva 2002/73/CE* que modifica la *Directiva 76/207/CEE del Consejo* relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo y *Directiva 2004/113/CE*, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro); (e) estas Directivas han sido incorporadas a nuestro ordenamiento por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres que no es aplicable directamente a este caso por no encontrarse en vigor al ocurrir los hechos, pero según la STS de 20 de noviembre de 1996, las Directivas han de servir de guía para la interpretación de los Derechos nacionales vigentes tanto anteriores como posteriores para alcanzar el resultado a que se refiere cuando no se haya adaptado el derecho interno a las Directivas; (f) el régimen de prueba vigente es el *artículo 217.5 LEC modificado por la DA 5.ª* de la citada LO, pues aunque esta LO entró en vigor el 24 de marzo cuando el presente procedimiento ya se había iniciado, hay que tener en cuenta que el *artículo 14 CE* ha de ser interpretado atendiendo al contenido de las citadas Directivas que no habían sido ejecutadas en el derecho interno y, por ello, estima que la actuación del demandado constituye un caso de **discriminación** directa por razón de sexo; (g) ha quedado probado que el demandado mantuvo una placa de bronce a la entrada de la finca en la que se sitúa la clínica, local en planta baja C/ Moratín nº 23, en la que figuraba el nombre y apellidos de la demandante según las actas notariales de presencia aportadas y que no se retiró según ha manifestado el demandado sino hasta unos meses después de la Navidad de 2006; (h) desde el momento en que cesaron las prestaciones a cargo de la demandante el uso de su nombre es una utilización ilegítima y no autorizada (*artículo 7.6 LPDH*); y (i) en cuanto a la indemnización ante la ausencia de datos económicos, la única alternativa es la fijación de la indemnización con arreglo a lo dispuesto en los *artículos 1101 y 1103 CC* y 9.2 LPDH, referida al daño moral y como el Ministerio Fiscal solicitó en fase de conclusiones la cantidad de 6 000 # por vulneración del derecho al uso del nombre, procede fijar 12 000 # de indemnización por apreciarse además infracción del derecho a la no **discriminación** por razón de sexo.

3. Contra esta sentencia interpuso recurso de apelación el demandado.

4. La Audiencia Provincial de Sevilla estimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado fundándose, en síntesis, en que: (a) la **discriminación** por razón de sexo requiere que: (i) en la relación que vincula a las partes implicadas, la que discrimina tenga potestades organizativas y disciplinarias de forma que se de una situación de subordinación por parte de quien es discriminado y tal **discriminación** no parece que quepa en una relación en la que las partes se encuentran en un plano de igualdad; (ii) es preciso que la parte que discrimina adopte en el uso de esas potestades una decisión claramente desfavorable para el discriminado bien porque le cause un perjuicio bien porque atente contra su dignidad aunque no es precisa la intención subjetiva de perjudicar; (iii) debe quedar acreditado que tal decisión se ha tomado exclusivamente o de forma predominante por razón de una situación vinculada con el sexo del discriminado o por alguna situación que derive de esa condición sexual como es el caso del **embarazo** en la mujer; (b) el arrendamiento de servicios no se caracteriza por implicar subordinación o sometimiento de una de las partes a la otra; así, la demandante es médico, ejercía su profesión libremente relacionándose con sus propios clientes y solo tenía obligación de compartir parte de sus ganancias con el demandado por utilizar su clínica para desarrollar su actividad. Por tanto, no es una relación equiparable o similar a una

relación **laboral** propiamente dicha; (c) el demandado no rescindió unilateralmente el contrato que vinculaba a ambas partes; (d) la discrepancia vino porque el demandado se negó a rescindir su contrato con el médico que contrató durante la baja de la demandante y no se ha acreditado que: (i) la contratación de ese médico con carácter permanente fuese incompatible con la permanencia de la demandante en la clínica y con el desenvolvimiento de su actividad en los mismos términos que antes del **embarazo**; (ii) la contratación de este médico supusiera un perjuicio económico para la demandante; (iii) el contrato de la demandante con el demandado impidiera a éste incorporar nuevos médicos a la clínica; (iv) que la presencia de otro médico en la clínica afectara a su prestigio profesional o a su dignidad como persona y como mujer en alguna forma; (v) no hay base suficiente para afirmar que la decisión de permitir al segundo médico actuar en la clínica tras incorporarse la demandante lo fuera en razón de la condición de mujer de la demandante y con la intención de suplir en todo o en parte su actividad más allá del tiempo que estuvo de baja; (e) en cuanto a la violación del derecho fundamental al uso del propio nombre según la STS de 28 de noviembre de 2007, el artículo 7.6 LPDH sólo es aplicable cuando el fin de la utilización de la imagen ajena es predominantemente crematístico, comercial, publicitario y análogos; (f) el nombre de la demandante figuraba en el rótulo de la clínica porque era una de los cirujanos que operaba en la misma y ha de presumirse su consentimiento durante los tres años que duró la relación; (g) no se ha probado que la demandante tenga un prestigio profesional superior al del demandado, al del otro médico que figura en la placa o al de la clínica y que la presencia del nombre de la demandante en el rótulo proporcionase al demandado un beneficio publicitario, comercial o crematístico, pudiendo darse perfectamente la situación contraria ante la falta de pruebas al respecto; (h) el demandado ha retirado la placa y no consta que haya transcurrido un tiempo excesivo entre esta retirada y el requerimiento fehaciente de la demandante cuya fecha no consta con exactitud más allá de la presentación de la demanda; y (i) según la sentencia de instancia el demandado afirma haber retirado la placa meses después de la Navidad de 2006, pero es erróneo ya que en su declaración se refiere a la Navidad de 2005, es decir, como dice en el recurso, aproximadamente en marzo de 2006 antes de la interposición de la demanda en mayo de 2006.

5. Contra esta sentencia interpone recurso de casación la demandante que ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.1.º LEC, por referirse el procedimiento a derechos fundamentales.

6. El Ministerio Fiscal, al evacuar el informe correspondiente interesa la estimación del motivo primero y la desestimación del motivo segundo.

SEGUNDO.- *Enunciación del motivo primero.*

Se introduce con la siguiente fórmula:

«Se ha producido infracción, por inaplicación del artículo 14 de la Constitución Española, que establece con toda claridad que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer **discriminación** alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que: (a) carece de fundamento el FJ 2.º de la sentencia recurrida, pues no se puede afirmar que de no existir relación **laboral strictu sensu** no puede haber **discriminación** por razón de sexo; (b) en el presente caso ha quedado probado que el demandado contrató a un nuevo médico, hombre, a los pocos días del **embarazo** de la recurrente y que lo contrató con la idea preconcebida de que permaneciera no temporalmente en sustitución de la misma sino indefinidamente, es decir, ocupando el lugar de esta (FJ 1.º de la sentencia de primera instancia); (c) la sentencia recurrida atribuye a la recurrente una falta de prueba lo que choca: (i) con el sentido común y, (ii) con la teoría de la carga de la prueba y su inversión en este tipo de procedimientos porque tanto el Tribunal Constitucional como las Directivas europeas convienen que en los procedimientos basados en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de **discriminación** en las medidas adoptadas y su proporcionalidad; (iii) aunque este principio fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por la LO 3/2007, de 22 de marzo, resulta aplicable a los hechos anteriores en virtud del sentido interpretador que deben tener las Directivas europeas de los derechos nacionales vigentes (STS 20 noviembre 1996).

Dicho motivo debe ser estimado.

TERCERO .- *Principio de no **discriminación** por razón de sexo.*

A) Artículo 14 CE .

Según este artículo «[l]os españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer

discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social».

B) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

A propósito del *artículo 14 CE* se ha pronunciado, entre otras, la STC 37/2007, de 15 de enero, F. 2, en los siguientes términos: «[...] ha de recordarse que el *art. 14 CE* contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de suerte que, para introducir diferencias entre ellos, deba existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.

»Sin embargo, la virtualidad del *art. 14 CE* no se agota en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que, a continuación, el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de **discriminación**. Esta referencia expresa a tales motivos o razones no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de **discriminación** (STC 75/1983, de 3 de agosto, F. 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el *art. 10.1 CE* (SSTC 128/1987, de 16 de julio, F. 5 ; 166/1988, de 26 de septiembre, F. 2 ; 145/1991, de 1 de julio, F. 2 ; 17/2003, de 30 de enero, F. 3). En tal sentido, este Tribunal ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados en los que operan como factores determinantes los concretos motivos o razones de **discriminación** que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de **discriminación** por el *art. 14 CE*, como por ejemplo, la **discriminación** por razón de sexo (entre otras, SSTC 128/1987, de 16 de julio, F. 6 ; 145/1991, de 1 de julio, F. 3 ; 147/1995, de 16 de octubre, F. 2 ; 126/1997, de 3 de julio, F. 8)».

En cuanto a la prohibición de **discriminación** por razón de sexo la STC 74/2008, de 23 de junio, FJ 2, establece que «[...] la prohibición de **discriminación** por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero, F. 3), cualificándose la conducta discriminatoria por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (*art. 10.1 CE*). En consecuencia, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión del *art. 14 CE* cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio **laboral**, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio.

»Como ha recordado en diversas ocasiones este Tribunal, este tipo de **discriminación** no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, recogiendo la doctrina precedente, SSTC 182/2005, de 4 de julio, F. 4 ; 214/2006, de 3 de julio, F. 3 ; 17/2007, de 12 de febrero, F. 3 ; y 233/2007, de 5 de noviembre, F. 6). Tal sucede con el **embarazo**, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio, F. 2 ; 20/2001, de 29 de enero, F. 4 ; 41/2002, de 25 de febrero, F. 3 ; 17/2003, de 30 de enero, F. 3 ; 98/2003, de 2 de junio, F. 4 ; 175/2005, de 4 de julio, F. 3 ; 214/2006, de 3 de julio, F. 3 ; y 342/2006, de 11 de diciembre, F. 3). Hemos afirmado así que «la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el **embarazo** o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de **discriminación** directa por razón de sexo (STC 182/2005, de 4 de julio, F. 4).

»Por ello, partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el **embarazo**, o motivados por la concurrencia de bajas laborales causadas por el **embarazo** (STC 17/2007, de 12 de febrero, F. 6), al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una **discriminación** directa por razón de sexo proscrita por el *art. 14 CE* ; [...]. Ciertamente, como hemos dicho en la STC 17/2003, de 30 de enero (F. 3), la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el **embarazo** y después de este, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al **embarazo** y al parto, sino

que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación **laboral**, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado».

C) El principio de igualdad y la prohibición de **discriminación** por razón de sexo es, asimismo, un principio fundamental en la Unión Europea. Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre unas y otros son un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros.

La prohibición de **discriminación** por razón de sexo dio lugar a que se aprobaran diversas Directivas sobre igualdad de sexos de gran amplitud.

En este punto destacan dos Directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/ CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 , que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Y la Directiva 2004/113 / CE, de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Y, por último, la Directiva 97/80 / CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 , relativa a la carga de la prueba en los casos de **discriminación** por razón de sexo.

D) Transposición de las Directivas citadas en la LIEMH.

Para incorporar al ordenamiento español las dos Directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE y la Directiva 2004/113 /CE y la Directiva 96/80 / CE sobre la carga de la prueba, se aprobó, según su exposición de motivos, la LO 3/2007, de 22 de marzo , para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta Ley según su DF 8 .ª entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE de 23 de marzo de 2007 y según su DT 3.ª no es aplicable a los procedimientos judiciales iniciados con anterioridad a su entrada en vigor que se rigen por la normativa anterior.

En consecuencia, esta LIEMH no resulta aplicable en el caso que nos ocupa, pues la demanda se presentó el 9 de mayo de 2006. Sin embargo, hay que tener en cuenta que las Directivas a las que se ha hecho referencia deben informar el ordenamiento jurídico en las materias a las que se refieren y en este sentido, la STS de 10 de abril de 1999, RC n.º 2934/1999 , que se refiere expresamente a la Directiva CE 97/90 a propósito de la desigualdad por razón de sexo prohibida por el artículo 14 CE .

Y sobre el valor de las Directivas se pronunció esta Sala en su sentencia de 20 de noviembre de 1996, RC n.º 3930/1992 , al decir: «[...] ha de servir de guía para la interpretación de los Derechos nacionales vigentes tanto anteriores como posteriores para alcanzar el resultado a que se refiere cuando no se haya adaptado el Derecho interno a la misma, pero sin que sea aplicable directamente en cuanto confiere derechos a los particulares respecto de otros. Así lo dice el Tribunal de Justicia C.E. en la sentencia de 14 de julio de 1994 (asunto Faccini Dori contra Recreb Srl, C-91/92)».

La LIEMH dedica su título I al principio de igualdad y la tutela contra la **discriminación** y su artículo 3 define el concepto de igualdad de trato entre mujeres y hombres como «[...] la ausencia de toda **discriminación**, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil».

Por su parte, según el artículo 4 LIEMH «La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas».

Por último, el artículo 8 , establece que «[c]onstituye **discriminación** directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el **embarazo** o la maternidad».

E) Régimen de prueba en los casos de **discriminación** por razón de sexo.

La LIEMH dedica su artículo 13.1 a la prueba de la existencia de la **discriminación** en los siguientes términos: «De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de **discriminación** en las medidas adoptadas y su

proporcionalidad».

En consecuencia según la DA 5.^a Tres de la LIEMH se añade un nuevo apartado 5.º al *artículo 217 de la LEC 1/2000*.

No obstante, esta previsión normativa debe relacionarse con la doctrina del Tribunal Constitucional que desde su STC 38/1981, de 23 de noviembre, ha reiterado que, cuando se prueba con indicios que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de su concurrencia. Solo una vez cumplida esta primera e inexcusable carga recaerá sobre la parte demandada la de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada (SSTC 29/2002, de 11 de febrero, F. 5 ; 30/2002, de 11 de febrero, F. 3 ; 17/2003, de 30 de enero, F. 4 ; y 342/2006, de 11 de diciembre F.4).

CUARTO.- Aplicación del principio de no *discriminación* por razón de sexo.

La aplicación de la doctrina expuesta en el FJ anterior al supuesto que nos ocupa conlleva la estimación del motivo de casación, conclusión que es conforme con el informe del Ministerio Fiscal al evacuar el trámite correspondiente con base en las siguientes consideraciones:

A) Facultades del Tribunal para valorar los hechos.

Es doctrina de esta Sala que cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, como ocurre en el caso examinado, con el derecho a la igualdad y la prohibición de **discriminación** por razón de sexo, esta Sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados (SSTC, entre otras, de 7 de diciembre de 2005, 27 de febrero de 2007, 18 de julio de 2007, RC n.º 5623/2000, 25 de febrero de 2008, RC n.º 395/2001, 2 de junio de 2009, RC n.º 2622/2005, 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006 y 15 de noviembre de 2010, RC n.º 194/2008).

Sin embargo, este principio no puede llevar a desvirtuar la naturaleza del recurso de casación, solicitando del Tribunal Supremo que corrija la concreta fijación de los hechos efectuada en la sentencia recurrida o que realice una nueva valoración de la prueba en su conjunto, o proponiendo una calificación que hace supuesto de dicha revisión. En consecuencia, al examinar el recurso de casación interpuesto debemos verificar las valoraciones realizadas por la sentencia recurrida para la apreciación de la posible existencia de una vulneración del derecho a la no **discriminación** por razón de sexo de la recurrente, pero no podemos prescindir de los hechos concretos de carácter objetivo que aquella considera probados.

B) La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla estima el recurso de apelación interpuesto por el recurrido fundándose en que no ha quedado acreditado que la contratación del otro médico con carácter permanente fuese incompatible con la permanencia de la demandante en la clínica y con el desenvolvimiento de su actividad en los mismos términos que antes del **embarazo**. A juicio de la Audiencia Provincial tampoco ha quedado acreditado que la contratación de este médico supusiera un perjuicio económico para la demandante o que afectara a su prestigio profesional o a su dignidad como persona o como mujer y que el contrato de la demandante con el demandado impidiera a éste incorporar nuevos médicos a la clínica.

Las circunstancias del caso examinado, una vez valorados los hechos por parte de esta Sala teniendo en cuenta lo expuesto en el FJ anterior sobre la carga de la prueba en este tipo de procesos permiten llegar a la conclusión de que está suficientemente justificado que existió una **discriminación** por razón de sexo, pues tras el **embarazo** y la baja de maternidad de la recurrente se produjo una modificación en sus condiciones de trabajo. La recurrente era la única especialista MIR para realizar en la clínica operaciones de cirugía estética y reparadora en el momento en que se produjo la baja y cuando se reincorporó a finales de enero de 2005 había otro médico también especialista contratado para efectuar dichas operaciones.

Además, el titular de la clínica no acreditó que había trabajado tanto para la demandante como para el otro médico que había contratado en principio con carácter temporal como reconoció en la prueba testifical

el médico contratado para cubrir la ausencia de la clínica de la recurrente motivada por su **embarazo** de alto riesgo y después del parto por el permiso de maternidad. Y tampoco el titular de la clínica ha probado que el contrato suscrito con la recurrente le permitía contratar otros médicos.

En cambio, la recurrente aportó indicios de **discriminación** suficientes, consistentes en que las condiciones habían cambiado por la circunstancia objetiva de su **embarazo** y el demandado titular de la clínica no justificó que su actuación fuera absolutamente ajena a todo propósito atentatorio del derecho fundamental.

En tal sentido, de la lectura de las resoluciones judiciales de instancia y de apelación se desprende que mientras el Juzgado consideró suficientemente acreditada la existencia de indicios de **discriminación** de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional y las Directivas citadas en el FJ anterior. La Audiencia Provincial de Sevilla consideró que la demandante no acreditó la existencia de la **discriminación**. Pues bien, este criterio de la sentencia recurrida no se ajusta a la doctrina del TC en materia de **discriminación** por razón de sexo, pues aunque está referida al ámbito de las relaciones laborales, esta Sala no aprecia obstáculo en su aplicación a un supuesto como el que nos ocupa en que la relación existente entre las partes se basa en un contrato de arrendamiento de servicios.

En definitiva, no se ha acreditado la existencia de causa fundada y real que permita destruir la apariencia discriminatoria creada y alcanzar la necesaria convicción de que la decisión del titular de la clínica fue ajena a todo propósito atentatorio al derecho fundamental al no tener por causa el **embarazo** de la recurrente.

QUINTO.- Enunciación del motivo segundo.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Se ha producido infracción, por inaplicación del *artículo 18 de la Constitución Española, 18* (derecho a la propia imagen e intimidad personal), de la Constitución y *artículos 1, 7 y 9 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, cuyo apartado seis establece que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales de naturaleza análoga».

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que, (a) existió un consentimiento tácito de la recurrente a que se utilizara su nombre en la placa mientras duró su relación de servicios con la clínica, pero aplicando este mismo criterio, por lógica, tal consentimiento desaparece en el mismo instante en que se rompe esa relación; (b) no hay justificación de ningún tipo para sostener la ilegitimidad del uso del nombre de la recurrente en la placa cuando ella ya no operaba en la clínica durante más de año y medio desde finales de 2004 hasta mediados de 2005 con base en razones técnicas para quitar una placa y sustituirla por otra.

Dicho motivo debe ser desestimado.

SEXTO.- Utilización del nombre.

A) En consonancia con lo que dispone el *artículo 7.6 LPDH*, tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el *artículo 2 LPDH* «[l]a utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga».

A propósito de dicho *precepto* la STS de 5 de octubre de 1989, consideró que la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, en su *artículo 7.6* tipificaba expresamente como intromisión ilegítima en el ámbito de protección delimitado en el *artículo 2*, la utilización del nombre de una persona para fines publicitarios, comerciales, o de naturaleza análoga, bastando el empleo sin necesidad de acreditar o acudir a otras motivaciones, habida cuenta del carácter imperativo con que se pronuncia el precepto (en el mismo sentido, la STS de 26 de enero de 1990).

Por otra parte, la palabra «utilización» del *artículo 7.6* debe interpretarse conforme a los usos sociales, (STS 10 de julio de 1997, RC n.º 1849/1993).

Y, por último, no se apreciara la existencia de intromisión ilegítima cuando el titular haya otorgado su consentimiento expreso (*artículo 2.2 LPDH*).

B) En definitiva, la consideración de las circunstancias concurrentes, una vez valorados los hechos por parte de esta Sala de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal permiten llegar a la conclusión de que atendiendo a los usos sociales debe tenerse en cuenta que la recurrente prestó su consentimiento a la instalación de la placa desde que comenzó la relación de prestación de servicios y después fue retirada, sin que pueda tomarse en consideración que la existencia de la placa reportara alguna ventaja especial para la clínica o que se utilizara el nombre de la recurrente para fines publicitarios o comerciales o de naturaleza análoga. Y, por tanto, debemos desestimar el motivo de casación y confirmar la sentencia recurrida, cuya valoración es sustancialmente acorde con todo lo aquí razonado.

SEPTIMO.- Estimación parcial del recurso.

Según el *artículo 487.2.º LEC*, si se tratare de los recursos de casación previstos en el *artículo 477.2.1 y 2* la sentencia que ponga fin al recurso de casación confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida. La estimación del primer motivo de casación conduce a casar la sentencia recurrida y a estimar parcialmente el recurso de apelación y la demanda. Para fijar la indemnización esta Sala considera proporcionada la suma de 12 000 # que se concedió en primera instancia, pues aunque el Juzgado apreció también la existencia de una utilización ilegítima del nombre y este motivo no ha sido estimado en este recurso de casación, no obstante, el núcleo esencial de la infracción por la existencia de una **discriminación** por razón de sexo tiene la suficiente relevancia para mantener dicha cifra.

Se devengarán los intereses procesales desde la fecha de la sentencia de primera instancia, con arreglo al *artículo 576 LEC*, dado que en ella se establece la condena al pago.

No ha lugar a la imposición de las costas de apelación ni a las de este recurso de casación. Así se infiere del régimen establecido en los *artículos 394 y 398 LEC*.

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

FALLAMOS

1. Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Delia, contra la sentencia de 22 de octubre de 2008 dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla en el rollo de apelación n.º 2025/2008 cuyo fallo dice:

«Fallo.

» Que estimando el recurso interpuesto por la Procuradora Doña Rosario Periañez Muñoz, en nombre y representación de Don Vicente, contra la sentencia dictada el día 4 de octubre de 2007 por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Sevilla, debemos revocar y revocamos dicha resolución, dictando en su lugar otra por la que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Don Eduardo Capote Gil, en nombre y representación de Doña Delia, contra el apelante, debemos absolver y absolvemos al demandado de las pretensiones contra él deducidas en la demanda, con imposición de las costas procesales de la primera instancia a la actora, y sin hacer especial imposición de las de esta alzada».

2. Casamos y anulamos en parte la referida sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo a la **discriminación** por razón de sexo y la indemnización correspondiente, manteniendo subsistentes los restantes pronunciamientos.

3. En su lugar, estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Don Vicente contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Sevilla el 4 de octubre de 2007, en el procedimiento ordinario n.º 864/2006, la revocamos en lo relativo a la existencia de **discriminación** por razón de sexo. En consecuencia, confirmamos parcialmente la sentencia de primera instancia que estimó parcialmente la demanda y condenamos a D. Vicente a que indemnice a la demandante en la cantidad de 12 000 # por la existencia de una **discriminación** por razón de sexo y se desestima la petición relativa a la utilización ilegítima del nombre.

4. No ha lugar a imponer las costas de este recurso de casación ni las devengadas en primera y segunda instancia.

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 Rios, Jesus Corbal Fernandez, Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Antonio Salas Carceller, Encarnacion Roca Trias. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.