

CEF Legal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 281 | Junio 2024

ISSN: 2697-1631

El albaceazgo en las nuevas realidades sucesorias, vital, digital y empresarial

Francisco de la Torre Olid

Cruces y límites entre la información sobre sostenibilidad de las empresas y el secreto empresarial

María Isabel Candelario Macías

¿Puede el delito de revelación de secretos constituir un límite al derecho a comunicar y recibir información?

M.^a Dolores Pena Rey

Comunicados internos laborales y libertad de expresión

Vicente Magro Servet



Testament

CEF.- Oposiciones

Desde 1977 formamos a funcionarios que ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España. Descubre el **#MétodoCEF.-**

¿Te reservamos una plaza?

Preparadores especializados y temarios propios

- ✓ Administración General
- ✓ Administración Local
- ✓ Banco de España
- ✓ Comunidades Autónomas
- ✓ Cuerpos de Informática
- ✓ Empleo y Seguridad Social
- ✓ Ministerio de Hacienda
- ✓ Ministerio de Justicia
- ✓ Ministerio del Interior
- ✓ Unión Europea

Más de **30.000 opositores** aprobados gracias al **método CEF.-**

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Núm. 281 | Junio 2024

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

Consejo de redacción

Enrique Arnaldo Alcubilla. Catedrático de Derecho Constitucional. URJ y magistrado del Tribunal Constitucional

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Javier Avilés García. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Oviedo

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Catedrático de Derecho Civil. UAM y director de Bercovitz-Carvajal

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Lucía Casado Casado. Profesora titular de Derecho Administrativo. Universidad Rovira i Virgili

Ana Cremades Leguina. Socia de Pérez Llorca Abogados

Silvia Díaz Sastre. Profesora titular de Derecho Administrativo, acreditada a catedrática. UAM

Gabriel Domenech Pascual. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Valencia

Marlen Estévez Sanz. Socia en Roca Junyent. Área procesal, litigación y arbitraje

Esther de Félix Parrondo. Socia de Cuatrecasas Abogados

Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría. Socio en Ramón y Cajal Abogados

Antonio Fernández de Buján y Fernández. Catedrático de Derecho Privado, Social y Económico. UAM

Rafael Fernández Valverde. Magistrado emérito del Tribunal Supremo y consejero de Montero-Aramburu Abogados

José Damián Iranzo Cerezo. Magistrado de la Sala Contencioso-Administrativa. TSJ de Madrid

Pilar Gutiérrez Santiago. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de León

Blanca Lozano Cutanda. Catedrática de Derecho Administrativo en CUNEF y consejera de Gómez Acebo y Pombo

Luis Medina Alcoz. Profesor titular de Derecho Administrativo. UCM y letrado del Tribunal Constitucional

Carlos Francisco Molina del Pozo. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Esther Muñiz Espada. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Valladolid

José Ramón Navarro Miranda. Presidente de la Audiencia Nacional

Luis Pérez de Ayala Becerril. Socio de Derecho Público en Cuatrecasas y abogado del Estado excedente

Pedro Portellano Díez. Catedrático de Derecho Mercantil. UAM y Of Counsel en Garrigues

Antonio Ortí Vallejo. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Granada

Ángel José Sánchez Navarro. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM y letrado del Tribunal Constitucional

Edita

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid
Tel. 914 444 920
Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2024) (11 números) 192 € en papel / 100 € en digital

Solicitud de números sueltos (cada volumen) (en papel o en PDF)

Suscriptores 25 €

No suscriptores 30 €

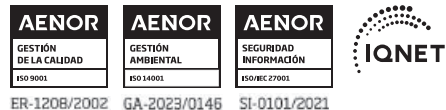
Edita

Centro de Estudios Financieros, SL
Correo electrónico: revistaceflegal@udima.es
Edición digital: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/index>
Depósito legal: M-8500-2001
ISSN: 2697-1631
ISSN-e: 2697-2239

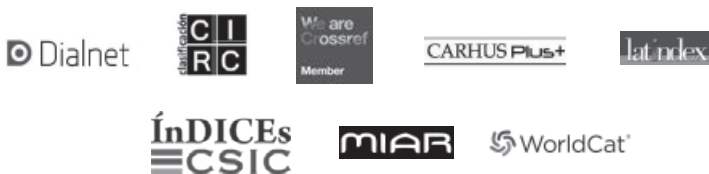
Entidad certificada por:

Imprime

Artes Gráficas Coyve
C/ Destreza, 7
Polígono industrial Los Olivos
28906 Getafe (Madrid)



Indexación y calidad



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional

Todos los derechos reservados.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización del Centro de Estudios Financieros, CEF., salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45). Transcurrido un año desde la fecha de publicación, los trabajos quedarán bajo Licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

CEFLegal. Revista práctica de derecho

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

Sumario

Estudios doctrinales

Civil-mercantil

El albaceazgo en las nuevas realidades sucesorias, vital, digital y empresarial. Una figura compleja de larga tradición y de conveniente proyección en la actualidad 5-36
The executor in the new succession, vital, digital and business realities. A complex figure with a long tradition and a convenient projection today
Francisco de la Torre Olid

Cruces y límites entre la información sobre sostenibilidad de las empresas y el secreto empresarial 37-74
Crossroads and limits between information on company sustainability and trade secret
María Isabel Candelario Macías

Penal

¿Puede el delito de revelación de secretos constituir un límite al derecho a comunicar y recibir información? (Análisis de la sentencia condenatoria por las noticias sobre el asesinato de Laura Luelmo) 75-96
Can the crime of unveiling secrets imply a limitation on the right to information? (Analysis of the guilty court verdict due to the news regarding the murder of Laura Luelmo)
M.^a Dolores Pena Rey

Comunicados internos laborales y libertad de expresión (Análisis de la STS 127/2024, de 8 de febrero) 97-122
Internal labor communications and freedom of expression (Analysis of the Supreme Court Ruling 127/2024, of February 8)
Vicente Magro Servet

Comentarios de resoluciones

Civil-mercantil

- Difusión de expresiones por correo y WhatsApp y derecho al honor (Comentario de la STS de 22 de abril de 2024) 123-130
José Ignacio Esquivias Jaramillo

Casos prácticos

Civil

- Relaciones paternofiliales para la patria potestad e interés del menor 131-141
Casto Páramo de Santiago

Administrativo

- Proceso selectivo de personal laboral e instalación de cámaras en el trabajo 142-184
Julio Galán Cáceres

Las opiniones vertidas por los autores son responsabilidad única y exclusiva de ellos. ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.

Quincenalmente los suscriptores reciben por correo electrónico un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, selección de jurisprudencia y doctrina administrativa de la DGRN. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <https://www.civil-mercantil.com>



El albaceazgo en las nuevas realidades sucesorias, vital, digital y empresarial. Una figura compleja de larga tradición y de conveniente proyección en la actualidad

Francisco de la Torre Olid

Doctor en Derecho Civil

Profesor contratado doctor.

ESIC Business & Marketing School. Valencia (España)

francisco.delatorre@esic.edu | <https://orcid.org/0000-0002-5188-6118>

Extracto

Abordar el estudio de una figura de larga tradición es interesante en tanto esa pervivencia en el tiempo evidencia su interés, utilidad y eficacia en la práctica jurídica. Por demás, el albaceazgo muestra una complejidad que requiere abundar en extremos de la institución para profundizar en su clarificación, al tiempo que, por exigir la comparativa con otras categorías, sugiere una enriquecedora labor de contraste. A todo ello se suman cuestiones y necesidades nuevas a las que el albacea va a servir de manera idónea para gestionar contenidos digitales del causante y para ejecutar disposiciones comprometidas con la bioética. En efecto, el testamento vital y el testamento digital justifican el recurso al albaceazgo incentivando esta designación testamentaria, lo que se suma a complicaciones que en la actualidad presenta tanto en el plano más personal como en el orden patrimonial, como son la necesaria armonización y satisfacción de intereses de herederos de distintos vínculos matrimoniales y las exigencias de la administración y gestión de activos patrimoniales vinculados cada vez más a empresas, cuanto más cuando de empresa familiar se trata y se debe atender a posibles pactos sucesorios. El interés de la tarea del albacea se explica, por añadidura, en la ventaja de contribuir a la solución extrajudicial de los conflictos de intereses que la sucesión expone.

Palabras clave: albaceazgo; testamento vital; testamento digital; mediación; sucesión *mortis causa*.

Recibido: 11-03-2024 / Aceptado: 10-04-2024 / Publicado (en avance *online*): 17-05-2024

Cómo citar: Torre Olid, F. de la (2024). El albaceazgo en las nuevas realidades sucesorias, vital, digital y empresarial. Una figura compleja de larga tradición y de conveniente proyección en la actualidad. *CEFLegal*, 5-36. *Revista Práctica de Derecho*, 281. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.21467>



The executor in the new succession, vital, digital and business realities.

A complex figure with a long tradition and a convenient projection today

Francisco de la Torre Olid

Abstract

Approaching the study of a figure with a long tradition is interesting because its survival over time evidences its interest, usefulness and effectiveness in legal practice. In addition, the executor shows a complexity that requires an abundance of points of the institution in order to deepen its clarification, while at the same time, by requiring comparison with other categories, it suggests an enriching work of contrast. In addition to all this, there are new issues and needs that the executor will serve in an ideal way to manage digital content of the deceased, to execute provisions committed to bioethics. In fact, the living will and the digital will justify the use of the executor by encouraging this testamentary designation, which adds to the complications that at present presents both at the most personal level and in the patrimonial order, such as the necessary harmonization and satisfaction of the interests of heirs of different marital ties and the demands of the administration and management of patrimonial assets increasingly linked to companies all the more so when it comes to family business and possible succession agreements must be taken into account. The interest of the executor's task is explained, in addition, by the advantage of contributing to the out-of-court settlement of conflicts of interest that the succession exposes.

Keywords: executor; living will; digital will; mediation; succession *mortis causa*.

Received: 11-03-2024 / Accepted: 10-04-2024 / Published (online preview): 17-05-2024

Citation: Torre Olid, F. de la (2024). El albaceazgo en las nuevas realidades sucesorias, vital, digital y empresarial. Una figura compleja de larga tradición y de conveniente proyección en la actualidad. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 281, 5-36. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.21467>



Sumario

1. Preámbulo. Planteamiento panorámico de cuestiones que ofrece el albaceazgo
 2. Profundización en ciertos aspectos configuradores del albaceazgo
 - 2.1. Relativo al concepto
 - 2.2. Sobre el título que lo constituye
 - 2.3. Sobre la naturaleza jurídica del cargo
 - 2.4. Sobre la configuración subjetiva y objetiva
 - 2.5. Autonomía del cargo
 - 2.6. Otros caracteres
 3. Análisis particular de algunas situaciones complejas que presenta el albaceazgo
 - 3.1. La ejecución del testamento digital y del testamento vital
 - 3.2. La titularidad del albacea en su trascendencia patrimonial real
 - 3.3. La necesaria delimitación de las tareas y competencias ejecutivas, dispositivas y administrativas
 - 3.4. El albaceazgo y los otros cargos intervinientes en la sucesión
 - 3.5. Clarificación del carácter privado del cargo y su interés público
 4. Argumentos a favor del impulso y actualidad del albaceazgo
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Preámbulo. Planteamiento panorámico de cuestiones que ofrece el albaceazgo

El albaceazgo se presenta como una figura jurídica muy experimentada y de alto interés porque sugiere adoptar una visión panorámica y poder relacionar este cargo con otras tantas instituciones como, por ejemplo, la mediación como instrumento de solución extrajudicial de conflictos; la figura del contador partidor, como ejecutor de la tarea estricta de la disposición del testador (sin más relevancia ni tareas añadidas, a diferencia del albacea, respecto al control de legalidad, a la disposición y pagos o al cuidado de la integridad patrimonial del caudal relicto); el contrato de mandato, en cuanto obligado a ejecutar una encomienda en interés, por cuenta y, en su caso, en representación de tercero; y los cuasicontratos, en su modalidad de gestión de negocios sin contrato de mandato. Es también el albaceazgo expresión de la radical confianza del derecho en la voluntad negocial, con la primacía del testamento como instrumento ordenador de la sucesión *mortis causa* y el posible recurso del otorgante a designar a su persona de confianza para garantizar la ejecución de lo dispuesto en las últimas voluntades.

En efecto, lo primero que permite abordar el albaceazgo es poder hacer una comparativa con otras figuras y profundizar en todas ellas para verificar notas comunes y depurar los caracteres que las separan, permitiendo conocer más de cada una de ellas y ganar en la enriquecedora visión general del ordenamiento. Esta tarea adiestra al estudioso en el análisis comparativo e integrador de las distintas instituciones jurídicas; al tiempo, nos ayuda a razonar y dar más calado a las categorías jurídicas complejas como es la del albaceazgo. Sirva de ejemplo de este compromiso en repensar, depurar, dar actualidad y proyección a la figura la necesidad de confirmar el albaceazgo en el derecho privado entrelazado a su lado público, en tanto este es el interés en que se ejecute el reparto de bienes, para la seguridad y dinámica del tráfico económico; como también preside resolver cuestiones tan personales como sociales si de una donación de órganos, por ejemplo, hablamos. De igual modo, profundizar en el albaceazgo nos permitirá entender que, a la principal función de ejecutar la voluntad del testador, se sumará la posibilidad de coadyuvar e impulsar una previa y necesaria liquidación de gananciales, atender o conciliar distintas voluntades que conformaron un posible pacto sucesorio (en casos puntuales de derecho común o más fre-

cuentas en derecho foral) o implicarse en una sucesión de empresa familiar, asumiendo lo jurídicamente relevante y respetando lo que de carácter meramente programático o meta-jurídico informe, de buena fe, la ejecución testamentaria.

Confirmamos la virtualidad de la figura del albaceazgo en dos notas como son la fiducia y la autonomía de voluntad. Con la primera se explican distintas soluciones, desde la posible excusa de la remuneración a la designación que hace el testador de un tercero que, fuera del círculo familiar, se presenta como allegado, revestido de idoneidad por su lealtad o competencia (dos rasgos fundamentales cuando, por lealtad, se va a implicar el albacea en cuestiones íntimas como un destino de restos mortales o la gestión de contenidos digitales personales; y cuando, con competencia, se va a responsabilizar de tareas varias como vender bienes y atender legados, extinguir depósitos, alquilar un piso, o gestionar criptomonedas). Y, con la segunda nota, tan nuclear como siempre se ha entendido la autonomía de la voluntad y la fijación del artículo 1255 del CC como motor del derecho, se aprecia la relevancia del marco negocial en el que nace, con el que acepta y en el que opera que, desde el respeto a la voluntad del testador, se continúa con una gestión componedora que evita la judicialización de un posible conflicto o debate.

Por demás, el cargo se articula con la exigencia de preservar la legalidad, lo que da confianza y seguridad jurídica. No en vano el derecho sucesorio está muy marcado por soluciones positivas que delimitan la libre disposición *mortis causa*, sobre todo en lo relativo al respeto de las legítimas, acotando el margen de libertad negocial por razones de orden público y moralidad o, al tiempo, flexibilizando este sistema con la posibilidad de hacer llamamientos sucesivos y la constitución de patrimonios separados, gravando la legítima con una sustitución fideicomisaria a favor de un hijo que padezca una discapacidad. Tal panorama, la autonomía de voluntad, sus límites y sus posibles variables, suman argumentos en favor de la designación del albacea que, en cuanto a lo primero, deberá velar por la aplicación de la ley, incluso por encima de lo ordenado en testamento; y, en cuanto a lo segundo, podrá gestionar y dar viabilidad a la sucesión gravada con la sustitución fideicomisaria de residuo.

Centrados en la figura en sí serán varios los extremos de interés sobre los que profundizar: el título de designación (como cargo testamentario), el perfil del nombrado (como cargo fiduciario, por tanto personalísimo) y, sobre todo, el contenido obligacional del albacea que tantas y variadas tareas agrupa, con mezcla de autonomía (aceptando el cargo, ejerciendo facultades dispositivas, asumiendo la legitimación *ad causam* y *ad procesum*) y de dependencia, debiendo dar cuenta (que no siempre rendir cuentas) en distintas direcciones ya que, si primeramente se debe a la voluntad del causante, ha de también satisfacer el interés de los herederos (aunque, en rigor, en esta dirección puede tener que actuar por encima o con independencia de ellos –si ha de liquidar previamente legados o si puede, con facultades testamentarias concedidas, disponer y vender sin la intervención de los herederos–).

Precisamente esta matización precisa una clarificación, para diferenciar el *dar cuenta* (o solo comunicar tu gestión) del *rendir cuentas* (o someter a verificación tu gestión) para en-

tender la eficacia del artículo 907 del CC. Conforme a la letra de este precepto confirmamos la primera de las tareas, lo que da más margen de autonomía al albacea, que es un carácter en el que abundaremos. No obstante, se puede confirmar que, como cargo de alta responsabilidad (que será otro extremo en el que incidiremos en este estudio), el albacea sí podría ser sometido a la rendición de cuentas, por ejemplo si en la ejecución de su cometido se cuestiona por los herederos su labor. Por tanto, si el escenario ordinario es el de dar cuenta, podremos abundar en ello y precisar, conforme a doctrina jurisprudencial (STS, 1.^a, de 7 de enero de 1942, RJ 1942/4, que, a su vez, citando un referente muy anterior, la STS, 1.^a, de 4 de enero de 1911), que dicha obligación queda cumplida con la práctica de las operaciones particionales, que constituyen el medio más adecuado que los albaceas tienen de dar cuenta de su encargo. Pudiendo añadir, que esta obligación de dar cuenta, aunque se puede entender de menor rigor o exigencia respecto a la de rendir cuentas, se debe confirmar como inexcusable, que lo impuesto en el artículo 907 del CC no admite disposición contraria y, por tanto, el testador no le puede liberar (STS, 1.^a, de 4 de junio de 1932, RJ 1932/1091).

El hecho de que en la actualidad se busque animar al otorgamiento del testamento es otra oportunidad para ganar frecuencia en la institución de albacea. Efectivamente, siempre se ha acogido el testar como principal referente para, desde la voluntad negocial, disponer la transmisión del patrimonio a favor de los herederos; y ahora se aviva este interés en testar para aprovechar ese otorgamiento y también pronunciarse sobre los contenidos digitales, de calado personal –como la gestión de datos– o de relevancia económica –como la gestión de derechos de autor o de criptomonedas–, y sobre las instrucciones previas de carácter bioético. De igual modo, el albacea puede ser útil para superar ciertas situaciones complicadas que se presentan cada vez con mayor frecuencia y que pueden venir del lado del testador, por ejemplo, por unos posibles pactos conyugales o, del lado de los herederos, por las posibles relaciones entre hijos de los distintos matrimonios que pueden haber tenido los causantes y que presenten dificultad de entendimiento y consenso.

Por otra parte, aunque el testamento es un negocio unilateral, personalísimo, sujeto a la expresa prohibición del otorgarlo de modo mancomunado, también es posible atender a ciertas soluciones con pactos sucesorios. Es por ello por lo que la actuación del albacea en los casos puntuales de estos pactos sucesorios tendrá que estar, además de a la voluntad unilateral testamentaria del causante, a la voluntad consensuada de los otorgantes. En efecto, que el testamento es un negocio jurídico unilateral queda confirmado en tanto el otorgante es uno (tal como se confirma en la literalidad del artículo 667 del CC cuando dispone que el testamento es el acto por el cual una persona dispone) y, además, porque la tradición romana de nuestro derecho común excluye la sucesión contractual (tal como se afirma en el artículo 669 del CC, que prohíbe el testamento mancomunado). Sin embargo, hay que considerar la posibilidad de pactos sucesorios.

Cabe invocar los artículos 1271 y 1056 del CC, que contemplan acuerdos entre vivos con previsión de que el testador pueda reproducir en disposición ulterior testamentaria y hacer definitivo lo programado sobre la transmisión de la empresa. También cabe reseñar lo dis-

puesto en los artículos 826 y 831 del CC en cuanto a la posibilidad de que existan acuerdos entre cónyuges al pactar el régimen económico matrimonial, acordando mejoras o que se encomiende en testamento a uno de los cónyuges que haga mejoras. Se tratarían, con estos pactos sucesorios, de soluciones excepcionales pero interesantes y cada vez más frecuentes (sobre todo en derecho foral, en derecho civil de Cataluña, Aragón, Baleares, Galicia, País Vasco y Navarra, donde se han acogido fórmulas de sucesión contractual de modo más amplio), en cuanto sirven a la preservación de la empresa familiar o a garantizar la protección económica a favor de un hijo necesitado.

Respecto a la empresa familiar cabe destacar que, de cara a su sucesión, puede quedar articulada en un protocolo cuya eficacia se garantiza de conformidad con el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares y, en cuyo texto, destaca la formulación del concepto jurídico protocolo familiar, que sería el conjunto de pactos suscritos entre socios y otros familiares para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa (cfr. art. 2.1). En todo caso, es cierto que la eficacia jurídica del contenido de este protocolo es relativa, ya que, en unos casos, tendría un valor meramente programático y, en otras ocasiones, su eficacia puede tener que depender de su armonización con los estatutos sociales. Del carácter indicativo no vinculante se habla cuando contemplen cláusulas relativas a la ordenación de la sucesión por ser contrarios a libertad de testar (Máximo Juárez, 2019), salvo que constituyan pactos sucesorios de los puntualmente admitidos. De todo lo cual lo que se evidencia es la necesidad de discriminar la materia jurídica y metajurídica, los compromisos adquiridos con vinculación jurídica, para hacerlos valer; estar también a lo dispuesto en el testamento como voluntad unilateral jurídicamente relevante, que pueda ser desarrollo de lo programado en el protocolo, y sobre lo que esté por concretar y ejecutar, entender la oportunidad de que el albacea, abordando este panorama complejo, ejecute su tarea.

Además del interés empresarial y societario, el pacto entre cónyuges puede también ser referente para dar viabilidad a la disposición testamentaria que quiera proteger o favorecer a un hijo que padezca alguna discapacidad (tal como se ofrece en el artículo 808 del CC, que merece destacarse no solo por la bondad de su finalidad, sino también por lo que supone al dar flexibilidad a la rigidez del sistema de legítimas y por el recurso a los patrimonios fiduciarios que posibilita), presentándose otra situación compleja que recomienda la presencia del albacea, del tercero gestor y ejecutor.

El análisis de la figura del albaceazgo aún presenta más retos, para diferenciar o depurar la cuestión relativa a la toma de posesión del caudal relicto, determinando si se trata de una mera tenencia, en administración, aunque con facultades dispositivas; o si se trata de una posesión con trascendencia real, que sería del tipo posesión natural, en tanto el albacea conoce que no toma posesión en concepto de dueño o posesión civil (cfr. art. 430 CC).

Es cierto que el artículo 440 del CC, al configurar la posesión civilísima, confirma la inmediatez y tracto sucesivo entra causante y heredero, retro trayendo los efectos jurídicos y des-

dibujando el periodo necesario del proceso sucesorio que materialmente debe discurrir (por encima de la literalidad de los artículos 657 y 661 del CC que afirman que los derechos se transmiten desde el momento de la muerte o que los herederos suceden al causante por el solo hecho de su muerte). Por ello, en principio no cabría entender la investidura posesoria a favor del albacea; sin embargo, en tanto la consolidación de la posesión a favor de los herederos no se produce hasta que no culminan las operaciones particionales (cfr. arts. 989 y 1068 CC), tendría sentido hablar de la posesión natural que toma el albacea. Entender que, en el ínterin, al poder encontramos con un caudal relicto como patrimonio sin titularidad o al confirmar que la comunidad hereditaria no es la titular definitiva ni la que a la postre se entenderá que ha tenido para sí patrimonio alguno (que lo tendría el heredero particular o ni siquiera este si el bien se enajena en la partición), el albacea asume la posesión –natural–, la tenencia con trascendencia real. No tendría una posesión en nombre de otro porque el causante dejó de ser titular y los herederos aún no lo son, aunque sí se trataría de una posesión de bienes ajenos.

Podremos, en esta cuestión y con base en los artículos 430, 440, 902, 989 y 1068 del CC, confirmar esta posesión o tenencia con trascendencia real como propia del albacea (en expositivos siguientes se abundará en ello). Posesión natural (que no en concepto de dueño) que reúne facultades dispositivas y que provoca, cuando enajena el albacea, la investidura posesoria a favor de nuevos dueños. En esta línea argumental confirmamos la viabilidad de la entrega, la consolidación de la posesión y de la propiedad a favor del legatario desde la tradición o investidura que le posibilita el albacea (hablamos así de la adquisición y significación del legado con la STS, 1.ª, núm. 397/2003, de 21 de abril). Así lo confirmó la doctrina (Vallet de Goytisolo, 1984), considerando que, al vender, el albacea no representa a los herederos, sino que ejerce una función propia y que, por la misma, impide la adquisición de esos bienes de la herencia. También, en esta línea doctrinal, se afirma que es cuando no existe la designación de albacea (en particular si no interviene el albacea universal) cuando se pone a los herederos en relación directa con el caudal hereditario (poder directo e inmediato como nota definidora de toda titularidad real).

Completando la relación de cuestiones que sugiere este estudio, aún sin ser novedosa pero mereciendo el interés y abundar en su clarificación, tratamos la distinción entre los actos de administración y los de disposición. Reconocemos al albacea con poderes en ambos, basta la lectura del catálogo recogido en el artículo 902 del CC, que refiere facultades de disponer y pagar, conservar y vigilar. Con las facultades dispositivas vamos a poder reforzar la anteriormente apuntada titularidad real posesoria o la autonomía en el cargo, en la que se abundará en expositivos ulteriores; y, con la tarea de administración se podrá proyectar la responsabilidad del albacea en preservar el patrimonio, en su gerencia responsable y en poder vigilar lo actuado por terceros (de culpa *in vigilando* hablaremos). El albacea como ejecutor realizará la voluntad del testador y, al tiempo, ha de cumplir, en todo caso, con la ley, en el sentido de velar porque lo dispuesto por el testador no transgreda los límites legales o que, aun en lo no previsto por el testador, se cumpla la voluntad de este (pagando un legado a costa de enajenar algún bien hereditario o liquidando unos impuestos). En la atención de ambos intereses, negociales y legales, comprobamos que su actuación puede

trascender de la mera administración o gestión de mantenimiento para actuar disponiendo. En ejercicio del poder de disposición se debe razonar en una doble dirección: en primer lugar, en clave positiva, para entender que tal poder de disposición es un argumento para entender la posición del albacea de titularidad real y poder directo sobre los bienes; y, en segundo lugar, en clave negativa, para explicar que tal disposición nunca puede permitir o implicar transgredir la prohibición del artículo 670 del CC (de no poder dejar la formación al arbitrio de un tercero, lo que se ha de entender siempre en armonía con lo dispuesto en el artículo 747 del CC, que sí contempla que, ante la indeterminación producida porque el testador dispuso para sufragios y obras piadosas sin especificar su aplicación, pueda el albacea vender y distribuir el importe según el reparto previsto en el precepto; como también, se debe aceptar la facultad del albacea, reconocida en el artículo 749 del CC, de poder calificar a los pobres y distribuir los bienes).

El estudio también brinda la oportunidad de dar significación al cargo personalísimo y a diferenciar una delegación de un auxilio, para proscribir la sustitución y acoger un apoyo. Cuanto más se aconsejará recurrir a esa colaboración de expertos profesionales si la actualidad requiere actuaciones ágiles y expertas para gestionar activos digitales integrados por criptomonedas, por ejemplo; o tener que interpretar y aplicar la herramienta que es el protocolo de la empresa familiar para garantizar su finalidad de dar continuidad a la empresa y servir al cambio generacional, deslindar cláusulas de valor programático de las de valor jurídico; o tener que mediar entre herederos que puedan concurrir, unos hermanos de padre y madre o de doble vínculo con otros medio hermanos o de vínculo sencillo. En suma, situaciones complejas y cada vez más frecuentes donde se precisa al asesor financiero, al asesor de empresas o al mediador.

En concreto, respecto a la función de mediación y, en general, de promover la sucesión *mortis causa* en el escenario extrajudicial, es tradicional recurrir a la cautela Socini, a propósito de la oportunidad de la cláusula testamentaria de prohibición de la intervención judicial de la herencia so pena de pérdida de lo legado en el testamento (que, tal como tiene afirmado el Tribunal Supremo, no es contrario al principio constitucional de tutela judicial efectiva, sino que es válida y eficaz salvo que se oponga a una norma imperativa o impida ejercer una acción de nulidad del testamento –STS, 1.ª, núm. 254/2014, de 3 de septiembre, NormaCEF NCJ058877–).

2. Profundización en ciertos aspectos configuradores del albaceazgo

2.1. Relativo al concepto

Abordando el concepto, en razón al contenido o haz de facultades que se confieren al albacea, se debe ajustar el estatuto jurídico a la confianza que la ley da a la voluntad del testador,

ofreciéndose en el Código Civil un catálogo de derechos, de débitos y de responsabilidades como régimen que opera en defecto de aquella voluntad, caso en que el testamento se limitó a la sola designación sin especificar cometidos. Desglosando los rasgos, la naturaleza del cargo, los caracteres y las competencias del albaceazgo verificamos la complejidad que la figura ha presentado en su configuración ordinaria y podremos dar más calado a su concepto.

En esta visión panorámica y general debemos concretar unos extremos clave para contar con fundamentos sólidos donde residenciar la proyección que queremos dar a la figura. En este orden nos cabe relacionar el cuadro de principios informadores que avala la legitimidad, oportunidad, actualidad y utilidad del albaceazgo. Reconocemos, entre los principios informadores, el principio de autonomía privada (autonomía que apreciamos, según hemos dicho, en la confianza del derecho en el testamento como instrumento idóneo y principal para la ordenación de la sucesión *mortis causa*; y autonomía que, en cierto margen, también se va a predicar para el albacea). También se reconoce latente el principio de desjudicialización, de solución extrajudicial, negociada o, en todo caso, de intervención judicial mínima (lo que se presenta, para el ámbito familiar, como un recurso conveniente de cara a preservar la armonía del círculo parental). Por demás, en este cuadro de principios cabe añadir el principio *favor partitionis*, que impulsa la realización de la voluntad del testador, la ordenación y transmisión de bienes, acomodando la titularidad patrimonial y facilitando el tráfico (en este caso *mortis causa*). Se suma a ello el principio *pro negotii*, que explica la preeminencia del testamento y, por tanto, de la efectiva designación del albacea. Para la realización práctica de su tarea hay que relacionar este *principio pro negotii* con el principio de legalidad, ya que, en caso de que con la designación no se haya dado contenido al encargo, se estará al haz de facultades y al contenido obligacional dispuesto en la ley. La legalidad, además de ese posible complemento de la voluntad testamentaria, ha de operar como límite a la misma. Y, completando el cuadro de principios cabe también destacar el de indelegabilidad del albaceazgo, el carácter personalísimo citado, en razón a la relación de confianza que ligaba al testador y al albacea.

A partir del cuadro de principios, profundizado primero en el concepto, tenemos repetidos referentes jurisprudenciales que definen al albacea como el ejecutor de la voluntad del testador (en cuanto que le da contenido al cargo, fijando la encomienda, de modo que el régimen de voluntad establecido por el testador excluye las normas contenidas en los arts. 902 y 903 –STS de 19 de junio de 1958, RJ 1958/2496–). A partir de este enunciado sencillo se pueden concretar los caracteres y sus posibles matizaciones, en particular para abundar en el albaceazgo como cargo testamentario, aunque se ha podido también hablar del albacea legítimo y del albacea dativo, así como también hay que contemplar que, con ocasión de la posible prórroga, la renovación tenga causa en la voluntad de los herederos. En este caso (como también si lo nombra el cónyuge supérstite para ejecutar un pacto sucesorio) se debe recordar y preservar lo esencial: como cargo que se ejerce con la finalidad de cumplir la voluntad del testador y, por tanto, sujeto a las facultades conferidas por este, aunque en defecto de tal concreción el cuadro de facultades lo concreta la ley; y, a lo esencial, poder sumar las otras voluntades y terceros que pueden informar la tarea del albacea.

2.2. Sobre el título que lo constituye

El albaceazgo es un cargo de libre designación que normal y principalmente se debe recoger en testamento (art. 892 CC), aunque su prórroga o renovación pasa por una designación de los propios herederos; e incluso, cuando se presenten pactos sucesorios, aunque sea puntualmente tal como se ha aceptado, deberá estarse a una designación conjunta de los otorgantes.

Por tanto, de partida, responde a aquella voluntad recogida en el testamento que es personalísimo (art. 670 CC), por lo que la intervención del albacea no podrá contravenir la prohibición de que se deje a un tercero la formación de la herencia. Nace con base en ese título formal que es el testamento, a la voluntad del otorgante del negocio unilateral, individual, no recepticio y perfeccionado con la declaración de voluntad del testador (arts. 667, 668, 669, 670 CC). Todo ello, insistimos, sin perjuicio de la intervención de voluntades de terceros: el cónyuge del causante que convino un pacto sucesorio o los herederos que prorrogan el cargo al albacea.

De igual modo, en esta posibilidad de trascender de la voluntad del causante que lo nombra en el testamento, hay que contemplar y distinguir por el origen del nombramiento, el albacea propiamente dicho, que es el albacea testamentario (art. 892 CC), del albacea legítimo previsto en el artículo 911 del CC, a cuyo tenor en los casos de extinción del albaceazgo y cuando el albacea no haya aceptado el cargo corresponderá a los herederos la ejecución de la voluntad del testador, siendo ellos los albaceas legítimos. También puede seguir hablándose del albacea dativo, que puede reconocerse al amparo del artículo 790.1 de la LEC, que contempla el caso en que el tribunal, cuando tenga noticia del fallecimiento de una persona y no conste la existencia de testamento ni de herederos, adoptará de oficio las medidas indispensables. A esta modalidad especial hay que sumar, en razón a los títulos y voluntades de nombramientos, la prórroga o renovación del cargo por el letrado de la Administración de Justicia o el notario (de conformidad con el supuesto recogido en el artículo 905 de la CC en relación con la posibilidad de prorrogar el cargo). Por demás, se podría avanzar en la clasificación si, distinguiendo tareas y cargos que irrumpen en la práctica, se habla del representante en las instrucciones previas o testamento vital en el marco sanitario, como también cabría aludir al albacea digital (en ello se abundará en expositivos siguientes con la propuesta, en aras de la armonización de las distintas proyecciones, de unificar la figura y el título).

En todo caso, en esta depuración del título formal y la causa o razón de la designación, hay que destacar para el albacea testamentario o, como se ha calificado, el albacea propiamente dicho, la confianza como argumento que explica la institución (aunque este presupuesto ha servido a quienes han criticado que el cargo recaiga en las personas jurídicas, reparo que se debe superar si la entidad inspira la suficiente fiducia). Esto es decisivo para, de un lado, favorecer la materialización del cargo, que se puede aceptar tácitamente (con base en esa cercanía y en presumir la voluntad de actuar con lealtad y compromiso), y para exigir al albacea que se ciña a la voluntad del de *cuius*.

En este punto se podrá confirmar, de modo general, que es un cargo que reviste formalidad escrita (en testamento –art. 892 CC–), siendo hoy importante que en un único instrumento se agrupen las distintas últimas voluntades que barajamos. Un cargo de designación en testamento que es un negocio jurídico solemne (art. 687 CC), confiado a la voluntad negocial que se refuerza y garantiza con esta exigencia de ritualismo o formalidad para verificar la autenticidad del instrumento y la correspondencia con la verdadera voluntad del testador (dado que, tras su muerte, se puede presentar alguna dificultad de interpretación). Formalidad en la mejor versión de testamento abierto otorgado en escritura pública, ganado en unidad de acto, asesoramiento, legalidad, fehaciencia y seguridad.

Esta normal fuente se debe armonizar con la intervención de otras voluntades si atendemos a la posibilidad de un pacto sucesorio con un cónyuge, en el antes; y a la posibilidad, en el durante y en el después, de la renovación y prórroga o de la venta de bienes, por o con los herederos. Ello sin perder de vista la regla y principal origen negocial residenciado en el testamento, que es lo que confirma la relevancia de la voluntad del testador para ordenar la sucesión *mortis causa*; y que también explica la virtualidad del nombramiento en razón al *principio pro negotii* relacionado anteriormente en el cuadro de principios informadores, lo que se podrá traducir en la práctica en declarar la nulidad de lo actuado por el albacea si transgrede la ley, aunque manteniendo la virtualidad y validez en lo que se acomode a la ley y sirva a la ejecución de la voluntad del testador, incluso si ello supone separarse de la voluntad o intereses de terceros o de herederos.

El testamento para servir de instrumento donde se concentren las últimas voluntades debería formalizarse en abierto y en escritura pública, según se ha dicho, debidamente autorizado y dando constancia indubitada de todos los intereses del testador. En el abanico de los mismos nos preocupa acoger, desde la disposición patrimonial (que es como se ha definido tradicionalmente el testamento –art. 667 CC–) a otras disposiciones, también patrimoniales pero relativas a activos digitales y a disposiciones vitales o correspondientes a la personalidad y a las cuestiones comprometidas con la bioética.

Por demás, la relevancia negocial permite entender que, en lo relativo al contenido obligacional, se esté al objeto de la encomienda y, en el ejercicio de las facultades expresamente conferidas (confirmando como supletorias las facultades legamente enumeradas), se asuma el normal deber de dar cuenta y el posible deber de rendir cuentas. En efecto, según se viene clarificando, aunque de dar cuenta se ha hablado conforme a la letra del artículo 907 del CC, es cierto que en su alto nivel de responsabilidad el albacea ha de responder y, por tanto, también rendir cuentas, en distintas direcciones, a fin de demostrar, si se le cuestiona, haber cumplido la voluntad del testador; de haber observado los límites legales, de haber completado en tiempo y forma su tarea o de haber asumido la responsabilidad *in vigilando* de la ejecución indirecta. Le es, por tanto, exigible a todo el que ha gestionado intereses de ajenos y si se le impugna o cuestiona, el poder tener que rendir cuentas a las personas con las que el propio negocio jurídico le liga, que en este caso, por los resultados finales, son normalmente los herederos.

2.3. Sobre la naturaleza jurídica del cargo

A partir de las facultades que puede asumir y las actuaciones que puede desplegar el albacea se puede también clarificar la naturaleza jurídica del cargo, ya que se han manejado, apoyado y criticado distintas teorías, que van desde una primera favorable a encuadrarla en la representación hasta negar esta. Pudiendo estimar útil la primera de las posiciones para legitimar actuaciones directas, en juicio o fuera de él, por parte del albacea, además, es oportuno hablar de representación para entender la autonomía del albacea respecto de los herederos en cuanto la oposición de estos a su gestión no cabe ni deslegitima al albacea en sus actos, siempre que estén ejecutados en el marco de sus facultades, según criterio mantenido en doctrina jurisprudencial (así, en la STS de 31 de mayo de 1915, C.J. T. 132, núm. 154). Por el contrario, frente al reconocimiento de la representación, se podría objetar que el albacea no representa a la herencia, que dicha facultad correspondería a los herederos, salvo que el testador se la haya conferido expresamente. También se niega la representación por los que entienden que no cabe representar al que no es sujeto, porque la herencia carece de personalidad jurídica, y que no se representa a la persona que ya no vive, como tampoco se representaría a los herederos, ya que ni por ley ni por vía negocial le nombraron (y se puede llegar a actuar contra sus intereses, rompiéndose, entonces, el actuar «en nombre de» y «en interés de»).

A las anteriores posiciones, la favorable y la contraria a la representación, se puede añadir la reflexión que, insistiendo en su posibilidad, refiere la representación a que esta lo sea del interés social y de la justicia. Hablaríamos entonces de una representación *ex officium* –de conformidad con la doctrina recogida en la STS de 6 de febrero de 1982, RJ 1982/581– y acogemos esta doctrina en tanto se compece con un albacea que está llamado a ejecutar intereses patrimoniales cada vez más complejos (una sustitución fideicomisaria, una sucesión de empresa familiar, una gestión de activos digitales) e intereses no patrimoniales que ganan relevancia jurídica (gestión de datos personales y comunicaciones en internet, compromisos de calado bioético), que explican el papel y utilidad del albacea como *vir bonus*, tal y como se recoge en la citada sentencia de 6 de febrero de 1982. Como también, en nuestro estudio, nos parece hoy conveniente mantener la representación para asumir la de la personalidad del testador (recordando una interesante doctrina de la STS, 1.^a, de 22 de noviembre de 1997, C.J. T. 82, núm. 114) ya que, en expositivos ulteriores, vamos a abundar en la tutela que merece la memoria del fallecido (por extensión del art. 18 CE, defendiendo el honor, la intimidad y la imagen con la proyección que permite la ley orgánica para proteger esa memoria).

Y, completando este análisis, se puede sumar la teoría del mandato, que sería idónea para exigir que la actuación se ciña a la encomienda, que sea leal y fiel a la voluntad del testador, y aplicar, en general, el contenido obligacional propio del contrato de mandato (aunque sea evidente que esta postura resulte, en rigor, inapropiada para encajar el negocio jurídico de base en un contrato). La nueva regulación de la autotutela y el impulso de los mandatos preventivos (en el artículo 271 del CC, relativo al nombramiento de curador directamente por quien lo nombra en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el

ejercicio de su capacidad jurídica, en relación con el artículo 256 del CC, relativo a los mandatos y poderes preventivos) dan respaldo para el llamamiento al allegado, primero como asistente en vida y luego como executor y vigilante tras la muerte. En suma, avanzando para normalizar la designación del albacea, se propone esta continuidad del mandatario preventivo al albacea, aunque se tengan que articular en distintos momentos e instrumentos. Una persona, por demás, que debe reunir no más que una valoración de idoneidad, si de nombramiento judicial se hablara (cfr. art. 275 CC) y que, en caso de nombramiento directo, nos confirma el perfil con base en la fiducia y en la condición de allegado (cfr. art. 276.6 CC).

A partir de este debate sobre la naturaleza y los razonamientos que inspira, sobre la representación y el mandato y la posible solución práctica de enlazar mandatos preventivos y ulterior albaceazgo, nos cabe justificar la configuración doctrinal por autorizados tratadistas del derecho sucesorio, pudiendo afirmar que el albaceazgo es pura y simplemente el albaceazgo (Puig Brutau, 1975). Se puede considerar que el albacea es una figura jurídica independiente con sustantividad y autonomía propia, derivada de la autoridad del testador, independiente de los herederos y relativa a la gestión de los bienes hereditarios, de la que responderá en la principal obligación de dar cuenta y, en su caso, por cuestionamiento, revisión o impugnación, debiendo rendir cuentas.

2.4. Sobre la configuración subjetiva y objetiva

Cabe concretar, en la configuración subjetiva, que puede ser un cargo único o colegiado (art. 892 CC), conferido a una persona física o jurídica y que puede implicar una responsabilidad solidaria o mancomunada (art. 895 y art. 897 CC). En todo caso, sobre la persona jurídica, apoyamos superar todo reparo que, por entender que la confianza solo la mereciera la persona física, concluyera que aquella quedara descartada. Un cargo nombrado desde la confianza y que, en razón a la complejidad que se va evidenciando y aumentando, puede interesar que sean designados varios albaceas (como también que, por éstos, se normalice el llamamiento a auxiliares) o que se nombre a una entidad de confianza que, en su organización, responda a todos los cometidos que hoy se le piden a un albacea. En lo relativo a la configuración objetiva y en relación con lo anteriormente expuesto, decir que implica un haz de facultades de distinta índole al acumular competencias dispositivas y de administración (art. 902 CC). De igual modo, en el lado pasivo u obligacional, los deberes del albacea suman un catálogo amplio que van de lo más personal o doméstico a lo más relevante en el orden patrimonial.

Una y otra cuestión, la subjetiva y la objetiva, son definitivas para que se explique la responsabilidad del albacea. Por demás, y a propósito de esas distintas funciones que asume, se debe seguir entendiendo que ha de sujetarse a la encomienda recibida y que deben diferenciarse los actos dispositivos y los de mera administración para entender con aquellos una posible enajenación o gravamen y con estos una explotación o gerencia responsable, diligente y rentable.

Dicho lo anterior, dando proyección e interés al cargo, debemos acentuar la conveniencia de designar al albacea que, para ejecutar lo dispuesto por el testador, sea hábil mediador,

con técnica negociadora y conciliadora, entre hijos de distintos matrimonios; sea persona de confianza del testador y merezca la misma confianza del cónyuge superviviente que otorgó un pacto sucesorio; que cuente con competencias digitales; que conozca la empresa familiar a la que dar continuidad. Este catálogo de funciones sugiere la necesidad de la figura según se desarrolla nuestro derecho, desde la relevancia del artículo 1056 del CC, en el texto general y codificado, a la flexibilidad del sistema de legítimas, en favor de los hijos que padecen una discapacidad según, en derecho general, el artículo 807 del CC y, en el derecho especial, la disposición que ofrece el testamento digital, contenida en el artículo 90 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantías de los derechos digitales (LOPDGDD). Resultando de este ambicioso perfil un frecuente recurso al llamamiento de auxiliares, requiriéndose entonces una clarificación para distinguir delegado y auxiliar en el sentido que, en expositivo siguiente, se razona y clarifica.

En relación con el mantenimiento de la empresa familiar hay que reconocer el interés del legislador en esta pervivencia, dando soluciones tan prácticas como las que se recogen en el citado artículo 1056 del CC al permitir aplazar el pago de legítimas. Esta realidad empresarial está hoy incentivada y, por tanto, se mostrará con mayor frecuencia si tenemos en cuenta las medidas legales de apoyo al emprendimiento, la posibilidad de constituir una sociedad de capital con un solo socio y a partir de un euro de aportación al capital social (cfr. art. 4 de la Ley de sociedades de capital –el RDLeg. 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital–) o el beneficio fiscal con un tipo reducido en el impuesto sobre sociedades de un 15 % si la empresa que nace es de base tecnológica y se puede clasificar como *startup* (cfr. Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes). Con este panorama normativo y los incentivos al emprendimiento y constitución de sociedades, la realidad mercantil nos va a mostrar un mayor número de empresas, por lo que la figura del gestor-ejecutor que puede asumir el albacea se presenta más necesaria y recomendable.

2.5. Autonomía del cargo

Confirmamos este carácter del albaceazgo como un cargo autónomo, que es una nota en la que hemos incidido al hablar de la naturaleza del cargo, que se validaría, de entrada, en cuanto depende de la voluntad del propio albacea para la aceptación. No hay obligación legal de aceptarlo –cfr. arts. 899 y 900 CC–, si bien esta libertad se condiciona en dos sentidos: en primer lugar, porque el albacea podrá renunciar al cargo después de aceptarlo, aunque sujeto a dos condiciones, como son la de alegar causa justa y que, en todo caso, habrá de estar al prudente arbitrio del juez; (no podrá renunciar sino judicialmente) y, en segundo lugar, que con la aceptación, se constituye el albacea en la obligación de desempeñar el cargo lo que, ciertamente, le permitirá un margen de autonomía en su desempeño. Bien es cierto que tal libertad se delimita en cuanto habrá de estar a la voluntad del testador y a otros condicionantes, como el término legalmente impuesto y los límites legales que, en todo caso, informan sus facultades (cfr. arts. 901 y 904 CC); además, deberá tener

en cuenta otras voluntades que pueden ser influyentes o necesarias: en el antes, si ha de tramitarse el presupuesto de una liquidación de sociedad de gananciales; o en el durante, si ha de dar intervención a los herederos para vender bienes (salvo que esté dispensado de cumplir el artículo 903 del CC); o en el después, en cuanto deba dar cuenta –más que rindiendo cuentas– según lo previsto en el artículo 907 del CC.

Es también predicable la autonomía del albacea en cuanto que su cargo es personalísimo e indelegable (art. 909 CC), lo que se explica con base en esa confianza de base que inspiró el nombramiento. Y, en esa autonomía, además actuará con libertad para atender el pago de legados, como también gozará de independencia para acomodar la ejecución de la voluntad testamentaria a la ley, con determinación propia para conservar, gerenciar y administrar la herencia, y con margen para dar y rendir cuentas separándose de los intereses de los destinatarios o dueños finales del negocio. En esta autonomía que proclamamos, si bien del lado activo se le confieren amplias facultades y libertad de actuación, del lado pasivo le posiciona en un alto nivel exigencia de responsabilidad, distinta de una menor exigencia, por ejemplo, que la de un mero contador-partidor, por ejemplo, según se insistirá en expositivos ulteriores.

La autonomía también se ha predicado de conformidad con preceptos como los artículos 747 y 749 del CC, para individualizar el albacea al heredero ante la indeterminación testamentaria; y se ha destacado la autonomía respecto a los herederos, a los que no rendirles cuentas (art. 907 CC) e incluso contemplando actuar sin la intervención de estos (cuando se excusa en testamento el art. 903 CC) o quizá pudiendo contrariar sus intereses. En efecto, podría el albacea separarse de los intereses personales de los herederos o actuar separado de estos si las facultades que se le confirieron le dispensaban de buscar su intervención –excusando el art. 903 CC según la STS de 9 de junio de 1993, rec. núm. 3320/1990–.

Sin embargo, la autonomía se ventila con dificultad cuando la vinculamos con la voluntad del testador y la necesidad de preservar una leal administración evitando los conflictos de intereses que previene, y se explica con la prohibición de comprar del artículo 1459.3.º del CC. De otro lado, será más definitiva cuando, por imperativo legal, deba separarse de lo dispuesto por el testador (art. 901 CC), en tanto las facultades concedidas al albacea se legitiman en cuanto no sean contrarias a las leyes (por ejemplo, para respetar las legítimas, aunque en este caso, más que de autonomía, se podrá tener que asumir la nulidad de la encomienda o mandato si encarga transgredir esas reservas y destinos).

De igual modo, respecto del testador, el albacea cobra autonomía para actuar en lo que aquel no contempló (que puede ser un imponderable, si urge la venta de un activo para atender un legado o la disposición de criptomonedas, si urge gestionar según informe un mercado altamente especulativo, incluso cuando, en la imprecisión testamentaria, la ley deja de inspirarse con la costumbre del pueblo –art. 902.1.ª CC–), autonomía, en fin, que predicamos para aceptar el cargo, para pagar legados, para atender los pagos inmediatos y derivados del fallecimiento, para adoptar los cuidados en la conservación del patrimonio y defender en juicio y fuera de él el caudal relicto.

Resulta gráfico, en este rasgo que reconocemos, la facultad de vigilancia y protagonismo que le atribuye al albacea el artículo 902.3.º del CC, entendiéndose (Marín Castán, 2000) una especie de fiscalización y protagonismo en la efectiva realización de la voluntad del testador, sobre aquello que el albacea no tenga que ejecutar directamente, que ejecuten otros. Y, completando este margen de autonomía, en favor de la misma, podemos reiterar la importancia de resolver la compleja sucesión evitando su judicialización, desde aquel recuerdo antes ya mencionado a la cautela Socini y con la proyección que la mediación hoy sugiere.

2.6. Otros caracteres

- Relativo al contenido obligacional. Destacamos que el desenvolvimiento del albaceazgo tiene un contenido obligacional variable (art. 901 CC), por su fuente negocial o legal, por sus competencias con un amplio margen de libre disposición y con tareas de administración; con margen de autonomía y límites en la heteronomía de la ley. Esa libertad o autonomía que ha ido quedando explicada se concreta en la facultad dispositiva de promover la venta de bienes (art. 903 CC), bien es cierto que actuará con la finalidad concreta de satisfacer funerales y legados y actuando con la intervención de los herederos, aunque también es cierto que puede prescindir de esta intervención si tenía facultades testamentarias de plena disposición, excusando, entonces, el artículo 903 del CC tal como afirma la STS de 9 de junio de 1993, antes citada.
- En cuanto cargo temporal (art. 904 CC), primeramente destacamos la nota positiva de sujetar a un tiempo la ejecución de la tarea, que será el marcado por el testador o el concedido, en prórroga por este, por el tiempo expresamente marcado o por un año más sobre el fijado en testamento (art. 905 CC). En defecto de esa disposición por el testador, el plazo que la ley determina es de un año, contemplando la posible prórroga concedida por los herederos y legatarios de común acuerdo (art. 906 CC) y la que puede autorizar el letrado de la Administración de Justicia o el notario, vencido el tiempo previsto en testamento y en ley.

La temporalidad es una importante nota en favor del albaceazgo, para superar las frecuentes situaciones de indivisión que, en una tensión entre herederos, se acaba provocando, con la antieconómica inmovilización de activos. La temporalidad, además, marca el inicio de operaciones (arts. 898 y 899 CC) y el final de las actuaciones (en un año, por lo general –art. 904 CC–), y fija una especial exigencia al albacea que no se le impone a otros, como a los herederos, cuya facultad de instar la partición es imprescriptible –art. 1965 CC–. Implicará la temporalidad un término y su agotamiento la obligación general de dar cuenta y la eventual exigencia de rendir de cuentas, tanto a herederos como a la autoridad judicial (art. 907 CC), aunque en el ínterin, para disponer en venta, el albacea ya tuvo que recurrir a la intervención de los herederos (salvo que, en testamento, estuviere excusado y facultado).

- Como cargo gratuito (art. 908 CC) debe recordarse su razón en el vínculo personal, en la confianza base del cargo y el compromiso moral entre albacea y testador, que inspira la tarea ejecutora de fidelidad, afecto y compromiso. Si bien, la responsabilidad exigible, que aumenta a medida que el cargo se rellena con mayores cometidos, se deberá corresponder con normalizar la retribución, acorde a la profesionalización, la dedicación y, por demás, en correspondencia con el pago previsto en el referente que venimos invocando en la curatela. Cuanto más la profesionalización ya se contempla para el contador partidor en la división judicial de patrimonios (cfr. art. 784 LEC) y ahora, sobre esta tarea, acumulamos la más compleja del albacea que, además, en la actualidad se presenta con un cuadro de mayores cometidos y diversidad de intereses que atender y ejecutar, velar o representar (por lo que se seguirá motivando en favor de la posible designación de una persona jurídica o de un pluralidad de albaceas, con distintas especialidades y altas responsabilidades).
- En relación con el carácter personalísimo, se evidencia que no permite, en su ejecución, la facultad de delegar (art. 909 CC) salvo si hay autorización expresa del testador, lo que explica que el albaceazgo termine con la muerte del albacea (art. 910 CC). A propósito de este carácter cabe aclarar la diferencia entre delegar y servirse de auxiliares (Marín Castán, 2000), ya que debemos concluir que, no cabiendo la sustitución, siempre será posible recurrir a auxiliares, resultando esta posibilidad especialmente oportuna e incluso necesaria cuando venimos contemplando una complejidad en la composición, gestión y liquidación del caudal relicto, con activos de muy distinta naturaleza. En todo caso, el albacea que tuvo la autorización para delegar será responsable de lo ejecutado por el delegado; y, si no tuvo autorización, si delega lo actuado, será nulo.
- Como cargo de alta responsabilidad, en su compromiso moral y en su gestión patrimonial, el albacea asume un mayor grado, a partir de reconocer en la esfera más personal disposiciones relativas a decisiones vitales, la dignidad y la memoria del fallecido; y, en el orden económico, al considerar la administración de activos empresariales, muchos de ellos involucrados en un protocolo de empresa familiar o sumergidos en la red y en mercados digitales.

A propósito de la responsabilidad, abundando en ello, podemos confirmar que es un cargo de alta responsabilidad por deberse a la ley, al causante, a los herederos, a la autoridad judicial, a la diligencia necesaria que requiera la ejecución de la voluntad del testador y la tutela de la herencia, a los tiempos limitados de ejecución y a la complejidad de las tareas a las que progresivamente está siendo llamado (en el plano subjetivo, conciliando intereses de herederos que son extraños entre sí, en cuanto sean, por ejemplo, medio hermanos; o en el plano objetivo, en cuanto se tenga que ejecutar un contenido digital o completar una sucesión empresarial).

Con base en la literalidad de los preceptos que relacionan el contenido del cargo, se evidencia y se abunda en esta mayor responsabilidad que el albacea asume por distintos motivos como que, en su deber de velar por la ejecución de la sucesión,

asume responder por lo actuado directamente por él y lo que puedan hacer terceros («vigilar todo lo demás» dice el art. 902.3. CC). Esto implica un plus de responsabilidad en tanto le es exigible una cierta responsabilidad objetiva o responsabilidad *in vigilando* (solución ya acogida en el texto codificado –cfr. art. 1903 CC– para acoger la tendencia objetivadora, atemperando la exclusividad del principio de culpa). En definitiva, hablar de responsabilidad y de un alto grado de exigencia de la misma implica transitar de una diligencia ordinaria para acercarnos a una cierta *lex artis*.

La responsabilidad, en fin, es exigente en cuanto se proyecta y se puede hacer valer contra los herederos del albacea (es decir, que siendo personalísimo el cargo, extinguiéndose con la muerte del albacea, lo derivado del cargo, derechos y responsabilidades, sí se transmiten a sus herederos).

Hablar de responsabilidad, en fin, es particularmente interesante cuando, en un plano teórico, se precisa clarificar la literalidad del código, cuando en el artículo 901 del CC se habla de facultades (recordando lo que ya para la patria potestad también la letra del art. 154 CC se tenía que interpretar) para entender que lo que se enumera como facultades son, al mismo tiempo, derechos concedidos y obligaciones impuestas; y, en el plano práctico, la responsabilidad lleva a separar al albacea de otros cargos (como el de contador partidor al que, según el referente jurisprudencial que en expositivos ulteriores concretaremos, se le excusa una cierta deficiente actuación si es la propia de una diligencia del común que podía tener el testador; mientras que al albacea tal excusa no le cabe).

Este cuadro de caracteres explica la complejidad que, de siempre, ha presentado esta figura al reunir tantos rasgos que, por demás, pueden tensionar entre sí. Si a ello sumamos otros atributos o competencias que la actualidad pide, como cuando se requiere conciliar los intereses de herederos de distintas familias, gestionar contenidos digitales o ejecutar instrucciones previas contenidas en un testamento vital, se completaría el argumentario introductorio que en este estudio hemos planteado y sobre el que se ha seguido abundado para entender la relevancia de la figura, su tradición, su virtualidad y su proyección práctica.

3. Análisis particular de algunas situaciones complejas que presenta el albaceazgo

3.1. La ejecución del testamento digital y del testamento vital

En torno a la tarea tradicional de gestión y ejecución encomendada al albacea, en relación con el testamento otorgado como instrumento ordenador de la sucesión patrimonial (conforme al art. 667 CC), procede la revisión para atender nuevas fórmulas testamentarias y, por ende, nuevas encomiendas al albacea. Con la aparición del testamento digital y, antes en derecho, del testamento vital se plantea apostar por la unidad de acto, por otorgar un único

testamento que agrupe las últimas voluntades de relevancia económica, tanto si se trata de activos propios del mercado material como si su tráfico es digital; y las de carácter personal, ya sean relativas a preservar la memoria del causante como las que se correspondan con los sufragios y funerales, con el destino de los órganos y restos mortales o con la gestión de datos personales, signos de identidad o derechos de autor de contenidos de la red.

A partir de esta ampliación de los contenidos testamentarios debemos entender la correspondiente mayor labor que puede asumir el albacea. Cabe entender que resulte más conveniente su nombramiento para garantizar el cumplimiento de las últimas voluntades patrimoniales, vitales y digitales. Consideramos el albaceazgo como figura a revitalizar y cláusula a normalizar en el instrumento de expresión de aquellas distintas disposiciones, en un único testamento otorgado en la forma más conveniente, abierta y en escritura pública, para ganar en autenticidad, dar un marco de fehaciencia, recibir el asesoramiento notarial autorizado, dar seguridad a la designación, a su llamamiento, al control de legalidad y de plazos.

Para razonar la virtualidad de este instrumento, que debe acoger las nuevas formas testamentarias a impulsar, debemos advertir que, aunque el testamento se ha entendido sobre todo como disposición patrimonial (cfr. art. 667 CC, «el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos»), también se permite que contenga declaraciones o disposiciones sin contenido patrimonial (como es el caso del reconocimiento de un hijo –art. 741 CC–). Por tanto, la posibilidad de disponer sobre el acervo documentado en redes sociales, sobre la donación de órganos o sobre otros distintos extremos no patrimoniales quedaría acogida como contenido propio de un testamento. En este ámbito o esfera personal del causante hemos tenido ocasión de reconocer en el albacea, por la confianza de base, incluso desde el oportuno antecedente de lo que ya se dispuso en mandatos preventivos a propósito de ordenar la guarda legal en vida, la idoneidad para cumplir todo lo dispuesto o deseado por el testador, cuanto más se normalizan y encajan estos nuevos contenidos sucesorios (los correspondientes al testamento digital y al testamento vital) en la categoría típica del testamento (y por ende en los cometidos a ejecutar por el albacea), tanto si asumimos la dimensión económica que la actividad del testador en internet comporta (por ejemplo, por tener la explotación de derechos de autor o la titularidad de criptomonedas) como el interés creciente en regular las cuestiones comprometidas con la bioética. De nuevo, con el antecedente de la autocuratela, queremos ver una continuidad y acierto en prolongar el cargo de la persona de confianza desde su conocimiento de los negocios del testador.

De ambos instrumentos, el testamento digital y el testamento vital (que en el mejor caso deben formalizarse en un único testamento) tenemos que predicar su utilidad y conveniente articulación. Debemos referirnos a la ley de autonomía del paciente (la Ley 41/2002, de 14 de noviembre –LAP–), que principalmente recoge para el ámbito sanitario dos institutos, como son el consentimiento informado, para legitimar toda actuación profesional del facultativo; y las instrucciones previas, coloquialmente llamadas testamento vital. En este segundo instrumento se ratifica la primacía del principio de la autonomía que preside la bioética y hace corresponder esta con el bioderecho para entender la influencia mutua de la bioética con el derecho (Romeo

Casabona y Romeo Malanda, 2022), en particular en la preservación de la dignidad humana y la libertad y autonomía de la persona, brindando una oportunidad para, en vida, disponer lo relativo a los cuidados paliativos, evitando degenerar en una indigna situación de encarnizamiento terapéutico; y para ofrecer el final de la vida desde la reflexionada y responsable decisión de la persona que, en caso de padecer discapacidad pudo haber nombrado un interlocutor válido (según se permite en el artículo 5.2 la Ley de la eutanasia –LO 3/2021, de 24 de marzo–).

También, con este instrumento de disposición vital, se posibilitan otros provechos que sirven a la solidaridad y al interés general, como la donación de órganos o el destino a la ciencia de los restos mortales. En este escenario, propio del bioderecho y en correspondencia con el principio nuclear de la bioética, respetuoso con la autonomía del paciente, se encuentra la confianza como referente principal para nombrar al asistente o al representante, o que, a falta de designación expresa, se pueda recurrir a ese allegado (que no tiene por qué ser pariente y que puede ser un tercero, como se reconoce cuando el médico necesita recabar un consentimiento informado y el paciente no sea capaz, a criterio médico, de tomar decisiones –cfr. art. 9.3 LAP–).

En el artículo 11 de la LAP se determina que, a través del documento de instrucciones previas, se manifieste anticipadamente la voluntad sobre los cuidados, el tratamiento y el destino de los órganos y el cuerpo, así como la posibilidad de que el otorgante designe a un representante para el cumplimiento de estas instrucciones. Es importante la figura de un albacea ejecutor inmediato de las voluntades que expresa o tácitamente pueden resolver sobre una donación de órganos donde la norma presume la voluntad favorable (el art. 9 del RD 1723/2012 determina que, salvo que la persona fallecida hay dejado constancia expresa de su oposición, se entenderá el consentimiento para la donación), pudiendo evitar la dilación y tener que desplegar otras pesquisas.

Posteriormente, en 2018, la citada LOPDGDD incluyó en un primer catálogo de derechos digitales el testamento digital. El artículo 96 del LOPDGDD lleva por título el «Derecho al testamento digital», que se incluye dentro del título X sobre «Garantías de los derechos digitales», lo que, por demás, suma el interés propio del causante al interés social en acceder a unos contenidos que pueden ser merecedores de tutela como creación amparada por la propiedad intelectual (de hecho, el RDLeg. 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, reconoce a los herederos, en el artículo 15, legitimidad para defender la autoría y la integridad de la obra; quizá esta capacidad de accionar procesal podía predicarse para el albacea).

La herencia, en lo relativo al caudal recogido en internet, abarca un contenido variado que podemos enumerar con los perfiles en redes sociales, las cuentas de correo electrónico, las cuentas en servicios en línea de música, películas y otras creaciones artísticas, literarias o científicas, los datos personales alojados en servidores, los archivos digitales que el fallecido poseyera y criptomonedas o criptoactivos en general. Por tanto, en clave jurídica hablamos de contenidos personales y patrimoniales, contractuales y reales. Se trata de

reconocer el control de la huella digital del fallecido y evitar pérdidas de patrimonio online. En particular, en cuanto a los derechos económicos, la titularidad de unas criptomonedas explicaría la urgencia de actuación por un albacea, sin la dilación que pueda traer ultimar la partición, para velar por unos activos de alta especulación.

En el testamento digital, junto con el nombramiento del albacea, se presenta como necesario incluir la definición de los activos digitales: debe acoger cualquier contenido o derecho existente en forma digital que pertenezca a una persona. Esto abarca esa relación antes, *ad exemplum*, relacionada, donde destacan por frecuentes las cuentas de correo electrónico, redes sociales, blogs y cuentas de almacenamiento en la nube, hasta activos más tangibles como criptomonedas o derechos de autor en línea. Se evidencia la utilidad de la designación del albacea digital.

En otro orden de cosas, abundando en el papel que puede asumir el albacea, encajaría referir la tutela que se podrá ejercer para defender la memoria del finado en 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. En el artículo 4 de esta ley se determina que podrá accionar quien haya sido designado en testamento y que, no existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento y, a falta de todos ellos, el Ministerio Fiscal. Esta tutela de la memoria del fallecido gana razón en cuanto en la Constitución Española ya se trasciende del individuo para reconocer estos derechos a favor del colectivo familiar (en este sentido, por encima de la extinción de la personalidad, habrá intereses vivos que preservar). La protección de la memoria del fallecido se ampara en repetidos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal, pudiendo citar la STS, 1.ª, núm. 153/2021, de 16 de marzo (NormaCEF NCJ065487), relativa a la protección del derecho al honor y a la intimidad personal de una hermana de los actores que había fallecido y de la que, en programas de televisión de entretenimiento nocturno, se llegó a declarar que sufría de dependencias muy importantes, con ingesta constante y severa de alcohol, así como de cocaína, además de diversos fármacos psicotrópicos y ansiolíticos recetados por su médico, e incluso se aireaba la vida sentimental. Se consideró que estas declaraciones no se amparaban en la libertad de información, por no cumplir la veracidad de la información, ni en la libertad de expresión, al ser vejatorias y suponer un atentado contra la profesionalidad de la recurrente.

Esta dimensión de la honorabilidad, la intimidad y, en su extensión, la memoria, cobra especial actualidad con el desarrollo y posibilidades de la inteligencia artificial, que viene a proporcionar instrumentos donde la imagen, la voz y la animación del fallecido se prolonga tras su fallecimiento. Se habla de tecnología del duelo o de resucitar a personas fallecidas (en ello se ocupan empresas como la americana HereAfter que, recogiendo recuerdos de la persona, posibilita la comunicación después de su fallecimiento de un avatar con los familiares).

Estas nuevas situaciones y las referencias normativas que hacemos requieren, primero, clarificar la formulación del testamento, antes de determinar su encomienda al albacea,

para normalizar la consideración de auténtico testamento, donde hay disposición patrimonial respecto a activos digitales o hay ordenación relativa a cuestiones propias de la bioética y el bioderecho o para aceptar la defensa de los derechos de la personalidad a favor de un causante que, con su fallecimiento, extinguió tal atributo del derecho pero merece el respeto de su memoria o proyecta su personalidad, si de derecho a la intimidad familiar hablamos, a un círculo de parientes que le sobreviven. Agrupando tan variados contenidos entendemos la oportunidad de un albacea ejecutor de una compleja herencia.

3.2. La titularidad del albacea en su trascendencia patrimonial real

Otra cuestión de interés, sobre la que anteriormente ya hemos advertido su relevancia y el posible debate, es la relativa a la titularidad del albacea sobre los bienes del caudal relicto. Tanto en el contenido crediticio como real, la titularidad patrimonial merece tratarse para abundar en su clarificación en tanto, de entrada, se debe superar hablar de patrimonio sin sujeto y, además, debemos dar razones a favor del posicionamiento que entendemos más lógico y más acorde a la realización de la voluntad del testador.

La masa patrimonial testamentaria cuenta, en principio, con la titularidad interina de la comunidad hereditaria aunque, en rigor, al depender de una ulterior y definitiva adjudicación individual a cada heredero, cabrá afirmar la titularidad real del albacea, cuanto más si el periodo intermedio se difumina con la eficacia retroactiva de la posesión civilísima. Sobre la titularidad real del albacea, más allá de una mera detentación, se puede determinar una posesión natural en tanto hablar de mera detentación es forzado cuando luego toca reconocer actos de libre disposición a favor del albacea; como también entender la posesión en nombre de otros se dificulta si no está ese tercero ni como mandante ni como definitivo nuevo dueño. Procede hablar de posesión natural, descartada la posesión civil que, el propio albacea, en su investidura posesoria ya asume (de bienes ajenos, pendiente de que otros consoliden dominio).

Dicho esto y aunque en la doctrina civilista haya posiciones autorizadas que nieguen esta titularidad real, se tiene que entender que es el propio legislador el que en preceptos como los artículos 1600, 1730 y 1780 del CC, desde la mera titularidad crediticia, afirma la trascendencia real –respectivamente para el contrato de obrar, el contrato de mandato y el contrato de depósito–. Cuando en el albaceazgo vemos esta posesión, si ni siquiera hay un mandante vivo, el albacea puede disponer vendiendo (art. 903 CC) con posible dispensa testamentaria de participar a los herederos, incluso contra o sin encargo del finado y también contra o en paralelo a una voluntad de los herederos. El albacea dispondría con un margen de autonomía y con facultades que, a mayor trascendencia, se han de entender revestidas de posesión para poder realizar la investidura posesoria al comprador (tal como los artículos 609 y 1461 del CC prescriben, el primero de los preceptos para confirmar la vocación traslativa de dominio en la compraventa, exigiendo la entrega para que el contrato, una vez perfeccionado, se ejecute hasta culminar esta función; y, el segundo de los precep-

tos, como referente principal para acoger la teoría del título y el modo en nuestro sistema). De igual modo, confirmaríamos en la práctica la titularidad real posesoria a favor del albacea cuando este, en la gestión responsable y rentable, precisa ceder en arrendamiento un inmueble del caudal relicto para producir renta (recordando que el arrendador mantiene al arrendatario en el tracto sucesivo –art. 1554 CC–). Por demás, esta afirmación de la toma de posesión por el ejecutor ya llegó suficientemente motivada desde la doctrina clásica (Cicu, 1959), excusando que tuviera que haber una voluntad expresa del testador en este sentido.

Es cierto que, en ningún caso, hay poder de disposición sobre bienes propios, que se trataría de disposición sobre bienes ajenos (cfr. art. 432 CC), pero también es cierto que cabe deducir la voluntad del causante de que el albacea tome posesión de la herencia (Albaladejo García, 1979). Confirmamos así esta titularidad posesoria en tanto se dispone de los bienes, no solo para partir y adjudicar –que quizá no requeriría forzar el reconocimiento de la posesión–, sino para vender para satisfacer legados (caso este en el que nunca llegaría la transferencia del causante al heredero, nunca entraría la transferencia en el efecto retroactivo de la posesión civilísima). En suma, la posibilidad de la transferencia posesoria en la compraventa se posibilitaría desde el reconocimiento de la investidura previa a favor del albacea, y así (conforme a una posesión natural, que no civil –según distingue el art. 430 CC–) se puede legitimar al albacea en su facultad dispositiva, al causante en su disposición sobre legados, a los herederos en su titularidad dominical definitiva de caudal neto y valorar la perfección de una venta ajustada a su título y modo. En todo caso, como planteamiento general, confirmamos la titularidad real posesoria con la motivación recogida.

3.3. La necesaria delimitación de las tareas y competencias ejecutivas, dispositivas y administrativas

La tarea del albacea muestra la dificultad y necesaria clarificación de los actos de pura disposición y la distinción con los de mera administración. Si en los primeros entendemos, normalmente, unos actos propios de una titularidad real, en cuanto que requiere el poder directo sobre la cosa; en los segundos reconocemos la tarea de llevanza, explotación ordinaria o gestión del negocio para su mantenimiento y desarrollo propio. Bien es cierto que la separación es más fácil en la teoría de lo que puede ser la práctica ya que, de entrada, algunos deberes del albacea se resuelven con la disposición directa, al hacer pagos o liquidar deudas, ya sea a la Administración tributaria o a un legatario; y, en otras situaciones, se verifica al buen gestor que administra en una tenencia ordinaria, defendiendo y preservando el caudal relicto para su entrega a los herederos. Sin embargo, este panorama se puede complicar y entrelazar la disposición y la administración.

En la disposición, en cuanto se puede dar una venta, enajenación o gravamen, encaja la predicada titularidad real que se tiene razonada; y, en la administración, al gestionarse activos de alta complejidad, cuando sea capital social o se trate de criptomonedas u otros bienes que requieren experiencia y competencia, la que pudiera ser sencilla gestión pasa a

ser una tarea más complicada. Cuanto más, disponer y administrar se entrecruzan, pudiendo implicar la buena administración actos donde rentabilizar bienes, por ejemplo, cediendo en alquiler y, como arrendador, manteniendo en el goce pacífico a un inquilino desde la antes entendida posesión. Por demás, son actuaciones comprometidas y complejas las que se refieren a asuntos de la personalidad, la defensa de la memoria del causante o las decisiones en el destino de los restos mortales o de los órganos del cuerpo. También se entremezclan administrar y disponer si el albacea, debiendo vigilar lo ejecutado por otros, asumiendo esa responsabilidad *in vigilando*, o también cuidando y conservando la masa patrimonial, tiene que desplegar gestiones ejecutivas de muy variado carácter.

3.4. El albaceazgo y los otros cargos intervinientes en la sucesión

La necesaria distinción del albaceazgo con la función que asume el contador partidor, siendo una cuestión asentada en el tiempo, sigue mereciendo una clarificación no solo en el contenido obligacional, donde el primero acumula normalmente la tarea del segundo, sino sobre todo cuando se habla de la responsabilidad del cargo. Consideramos oportuno abundar en ello a fin de razonar sobre el mayor grado de responsabilidad que en el albacea venimos exponiendo. En efecto, de una parte tenemos que las funciones tuitivas que integran el cometido del albacea abarcan las correspondientes a los contadores-partidores (art. 1057 CC); y, de otra parte, la jurisprudencia (así la STS, 1.^a, núm. 252/2004, de 30 de marzo, rec. de casación núm. 1604/1998) se ha ocupado de profundizar en la conveniente separación de ambas figuras, reconociendo en el albacea una mayor implicación y asunción de responsabilidades, por ejemplo, cuando procede realizar actuaciones previas a la partición que pueden ir desde la precisa liquidación de la sociedad de gananciales hasta la ejecución de disposiciones u obligaciones, como ordenar funerales o liquidar el impuesto sobre sucesiones. Precisamente, en la STS núm. 954/2005, de 14 de diciembre, (Norma-CEF NCJ044178), se aborda esa necesaria tarea y responsabilidad del albacea de realizar la previa liquidación de la sociedad de gananciales.

En el albaceazgo habría una función representativa de la herencia (tarea que le confiere poder directo sobre el caudal relicto y es argumento para defender su titularidad, antes de entender que se trata de un patrimonio sin titular) mientras que, según la doctrina jurisprudencial, el contador partidor tendrá que ocuparse únicamente de distribuir la herencia entre los herederos y demás beneficiarios, según le mandó el testador y sustituyendo a este (por lo que se le dispensa, en caso de un defectuoso modo de actuar, la misma consideración que si el propio causante se hubiese equivocado, por lo que, antes que reclamarle habría que optar por corregir el cuaderno particional, agotar los medios procesales y extraprocesales de corrección). El albacea, en cambio, suma al cumplimiento del testamento y a la precisa partición las gestiones precisas para la conservación (ejecutando actos directos o vigilando lo que terceros deban ejecutar) y la custodia de la herencia (pudiendo, en una diligente administración, poner en explotación y rendimiento bienes, como por ejemplo alquilando un inmueble), asumiendo tanto actos de disposición (por ejemplo, con el pago de legados o la

venta de bienes para recabar dinerario preciso) como, incluso, de ejecución separada de la voluntad del causante para atender un mandato legal (por ejemplo, de liquidar un impuesto) o una negociación (por ejemplo, con un consejo de familia en relación con la sucesión de empresa o con un cónyuge superviviente, si procede ejecutar un puntual pacto sucesorio).

Abundando en la delimitación de la figura y distinción de cargos vemos que un mero administrador (caso, por ejemplo, del art. 801 y art. 804 CC) cuida la herencia, gestiona sin facultades dispositivas; un árbitro depende, sobre todo, de la existencia de una contienda que requiera pacificar y solucionar; un cónyuge puede intervenir para la posible mejora que se contempla en el artículo 831 del CC o en el caso extraordinario del pacto sucesorio. De todas formas, no es excluyente que el albacea conviva o acumule tareas que puedan darse en los cargos distintos que señalamos.

3.5. Clarificación del carácter privado del cargo y su interés público

La principal consideración de servir el albacea a la ejecución del testamento, de recibir el nombramiento desde y para la voluntad del testador, encuadra el albaceazgo como institución de derecho privado, aunque no podemos dejar de reconocer argumentos que contribuyen a completar el perfil con un rasgo público, a partir de la doctrina del *officium* anteriormente apuntada, de representar el interés social y la justicia (esto se ha podido validar como criterio jurisprudencial, de representación no del mandante y sí *ex officium* –STS de 6 de febrero de 1982 antes citada–, razón que sirve al debate anteriormente planteado y la explicación dada sobre la naturaleza del cargo).

La tesis anterior se suma, para abundar en el lado público, a la fuerza del principio de legalidad relacionado entre el cuadro de principios y a la presencia del interés general en que se ejecute y se haga efectiva partición (evitando que, entre herederos por bien o por mal avenidos, quede indivisa y como patrimonio inmovilizado, en *status quo*, lo que es contrario a la dinámica del tráfico). Se viene a garantizar con la labor del albacea la distribución de la titularidad de bienes de contenido económico y, con ello, que se preserve y mantenga la empresa familiar como realidad económica de rendimiento social. Avalando y abundando en el interés general en la gestión del albacea, a la obligación de ejecutar el testamento en un tiempo limitado, se suma el logro de evitar una indivisión entre coherederos y la evitación de la contienda judicial.

El carácter privado y el interés público de la encomienda merece abordarse para entender que, junto al nuclear cometido de ejecutar la disposición privada del particular testador, hay que atender el control de la legalidad y las actuaciones y relaciones con las administraciones, como puede ser la tributaria o la de justicia (para liquidar el impuesto sobre sucesiones o para defender en juicio activos del caudal relicto), confirmando ese rasgo propio del derecho público. Esta dimensión, que trasciende lo privado, arranca de la ordenación misma de la sucesión *mortis causa*, que ha evidenciado siempre un entronque con cues-

tiones de orden público, explicando la sujeción de la voluntad negocial a las formalidades o ritualismo (como negocio jurídico solemne) y explicando los límites legales a la voluntad negocial, llevando todo ello a entender el control de legalidad y judicial. Por tanto, siendo una noción privatista, se ha de acoger esa dimensión o proyección pública. La proyección pública se ha confirmado con ocasión de haber profundizado en la distinción entre albacea y contador partidor (atribuyendo a aquel una mayor responsabilidad en su actuación que puede, incluso, tener que separarse de la sola voluntad del testador para hacer valer las limitaciones o exigencias legales, mientras que al contador partidor se le puede excusar una deficiente actuación, ya que se entendería que no tiene que asumir más diligencia que la común, solamente la exigible a la persona misma del causante).

Y, abundando en el argumentario sobre la relevancia de la labor del albacea, que trasciende al interés particular que tuviera el testador, la intervención del albacea destacará respecto a los contenidos digitales que puedan tener vocación de hacerse públicos con su ulterior demanialización (caso de los que son objeto de la propiedad intelectual) o que puedan requerir la gestión financiera (caso de la administración de criptomonedas); y en la posible disposición en favor de la donación de órganos, donde el compromiso social e interés público es definitivo.

4. Argumentos a favor del impulso y actualidad del albaceazgo

Recurrir al albaceazgo es siempre interesante, como demuestra su larga vida como figura jurídica, evidenciando el interés y, según la actualidad nos sugiere y vamos razonado, la virtualidad práctica que proyecta. Sumamos un ramillete de argumentos para su preservación e impulso con propuestas y apuntes de distinta consideración, tal como venimos insistiendo y describiendo, que van desde las cuestiones más personales, como la armonización de intereses de herederos de distintas ramas familiares; a los asuntos de índole patrimonial y mayor trascendencia económica, como la realidad y compromiso empresarial de muchos activos del caudal; incluyendo los asuntos relativos a la personalidad y la dimensión moral, sumados todos a la razón práctica de evitar la contienda judicial y favorecer una ejecución testamentaria negociada, para lo que se ha recordado la eficacia de la cautela Socini.

La utilidad de la figura para conferir autoridad a un tercero, que en el mejor caso (en favor de la independencia, equidad y autonomía) sea distinto a los herederos, sirve para hacer valer la voluntad del testador, en tanto la autoridad que ostenta el albacea la recibe de aquel y permite al ejecutor intervenir en un patrimonio separado del patrimonio de los herederos, cuanto más se interesa esta figura si al ejecutor le reconocemos la titularidad, aunque interina, provisional y transitoria, sobre el patrimonio que conforma la masa o caudal hereditario. Titularidad que consideramos conveniente reconocer sabiendo que entre el hecho del fallecimiento, la apertura de la sucesión y la finalización de la misma, discurre un proceso que se alarga en el tiempo y que separa la transmisión y la adquisición definitiva (por lo que, sobre la literalidad de los artículos 657 y 661 del CC, que disponen que los

herederos sucedan por el hecho solo de la muerte, tenemos el artículo 440 del CC, relativo a la posesión civilísima, y los artículos 989 del CC –que confirma el efecto de la aceptación que se retrotrae al momento de la muerte– y 1068 del CC –que determina que será la terminación de la partición la que confiera la propiedad a cada heredero–).

Esta revitalización de la figura, por demás, se explica también por la mayor exigencia de responsabilidad que al albacea le es exigible, frente a otros interventores, como el contador partidario o los propios herederos, lo que da rigor jurídico y económico al cargo. Argumento este que parece sugerir, al tiempo, la profesionalización del albacea, lo que, sin separarse de la fiducia, lleva a generalizar la posibilidad de que sea una persona jurídica (predicada ya respecto a la guarda legal –art. 275 CC–), y la normalización del pago de los servicios (igualmente asentada en la regulación del 2021 de la asistencia a la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica), además del recurso frecuente a los auxiliares que, según se ha ido razonando, debe normalizarse. Precisamente la referencia que hacemos a la guarda legal sugiere la identificación temprana de la persona de confianza que, además, desde la experiencia de lo actuado en vida, pueda continuar la gestión del patrimonio convertido en herencia. En este sentido se presenta como muy aconsejable hacer uso de los mandatos preventivos, del reconocimiento de la autocuratela (arts. 256 y 271 CC), para luego nombrar en testamento al albacea (y normalizar la retribución, como se contempla para el curador en el art. 281 CC). Cabe, así, abundar en el régimen establecido con la Ley 8/2021, en los artículos 249, 250, 268, 270, 276 y 282 CC, y concluir en favor de la voluntad y los deseos de cada persona (salvo que tenga afectada su capacidad para formar libremente su voluntad y, en tal caso, sí quepa adoptar decisiones que contraríen sus deseos –de conformidad con el criterio objetivo que se confirma en STS 269/2021, de 6 de mayo, rec. de casación núm. 2235/2020–). Se trata, así, desde una interesante continuidad que pueda tener el mandato preventivo con el testamento, de acoger y garantizar con preferencia la materialización de los deseos y sentimientos de las personas con discapacidad, en el sentido que abunda y razona la doctrina (Corpas Pastor, 2023).

En línea con lo argumentado, en favor de la figura del albacea y de animar a su designación, tenemos que completar esta utilidad práctica, en un panorama complejo que la actualidad expone, abundando en el estatuto jurídico del cargo que goza de una confianza, base de su nombramiento, y que asume una alta responsabilidad en tanto, como ejecutor de la voluntad del testador, debe servir con lealtad y honestidad. Cuanto más, esta fidelidad es precisa cuando se tratan cuestiones sensibles, como la preservación del nombre y la memoria del fallecido (digna de tutela con base en el referente constitucional –art. 18 CE– y al amparo de la Ley Orgánica 1/1982, antes citada); o cuando se requiere el cumplimiento de las voluntades que, en el marco de la bioética, se manifestaron. Anudando este compromiso en lo personal, de calado moral, con la precisa tarea de vigilar las actuaciones, también las que no asume directamente (es decir, vigilando –de ahí la responsabilidad *in vigilando* antes citada–), las que realicen terceros, para así garantizar el albacea la integridad del caudal relicto, su conservación, su buena administración y su realización. De este modo el albacea es el que va a servir a preservar la masa hereditaria, en sus activos, gerencia, explotación y rentabilidad (por tanto, desplegando, una *lex artis*, más allá de la sencilla *diligencia civiliter*).

Todo ello reforzado con una exigente atención a los límites legales y al cuidado de los contenidos virtuales, personales y patrimoniales que el causante tuviera, mereciendo particular interés, a título de ejemplo gráfico, la gestión de criptomonedas, que por desenvolverse en un mercado altamente especulativo, requiere un actuación ágil y experta.

5. Conclusiones

Primera. El albaceazgo expresión de equilibrio entre la solución autónoma y heterónoma

La virtualidad y eficacia de la autonomía de la voluntad explica la primacía del testamento como instrumento primero y principal de ordenación de la sucesión *mortis causa*. A tal fortaleza de la voluntad negocial, que es también expresión de un ordenamiento jurídico respetuoso y confiado en la libertad individual, entendemos la bondad de un cargo que es testamentario, expresión del testador y garante de la ejecución de su disposición. A ello se ha de sumar, entre los límites que marcan el margen de autonomía privada, la sujeción a la ley y, para ello, la oportuna presencia del albacea, que asume ese control y responsabilidad, trascendiendo de los intereses particulares, de testador o de herederos. Cuanto más, ese preciso acomodo a la legalidad cuando la materia sucesoria está marcada por un cuadro de valores y principios de orden público que justifican los límites legales a preservar en un escenario de realización privado y extrajudicial.

En la vía negocial preside el testamento, aunque también es preciso considerar la posible aparición de pactos sucesorios o los compromisos programáticos y reguladores contenidos en protocolos, como el relativo a la sucesión de empresa familiar. Y si el albacea aparece según una designación testamentaria, se revalida para conciliar las distintas voluntades e intereses que se añaden a los del testador. También cobra fuerza negocial la posibilidad de proyectar, dando continuidad, lo contenido en un mandato preventivo para que siga actuando en la ejecución testamentaria. Voluntad negocial, además, que se hace patente en el margen de autonomía reconocido al albacea o cuando el albacea ha de acoger la intervención de herederos o su beneplácito (cuando no esté excusado de ello en testamento); también en el caso en que ha de contar con el cónyuge supérstite para liquidar los gananciales o dar entrada a otros herederos para prorrogar el cargo o para disponer de bienes. Negociación que se extenderá con relación a la tarea que completa la actuación misma del albacea, al dar cuenta en su autonomía, y a la rendición de cuentas en los asuntos en que pueda ser compelido.

Segunda. Revisión necesaria de una figura de larga tradición

Abordar el estudio de figuras jurídicas asentadas en nuestro ordenamiento, heredadas de nuestros referentes históricos, como la tradición romanista que nos caracteriza, brinda la oportunidad de profundizar en conceptos jurídicos fundamentales y, en su caso, contri-

buir a su mayor clarificación. En este sentido, podemos comprobar que es oportuno acudir a la configuración clásica del albaceazgo para su reflexión y, en su caso, revisión. Desde su concepto, el albaceazgo requiere mayor precisión en tanto la asignación de una principal tarea de ejecución de la voluntad testamentaria se debe coordinar con otras voluntades negociales con las que puede estar comprometida aquella (derivadas, por ejemplo, de posibles pactos sucesorios, de transacciones con los herederos, de disposición y realización de bienes del caudal hereditario e, incluso, desde un margen de autonomía del cargo, entender la voluntad negocial del propio albacea, en particular cuando ejecuta actos dispositivos y actúa desde una titularidad jurídico-patrimonial real posesoria). La revisión resulta también conveniente respecto a la naturaleza jurídica de la figura, ya que junto a la representación del interés particular se debe barajar un importante interés público lo que, manteniendo el cargo encuadrado en el derecho privado, ha acentuado su dimensión y proyección pública (en favor de la realización de justicia y de atender el interés social).

De igual modo, en este compromiso revisor y de mayor calado, destaca la responsabilidad exigible al albacea, que aumenta si se repara en que la tarea de vigilancia le aboca a una cierta objetivación y a poder hablar de *culpa in vigilando* en lo relativo a la ejecución testamentaria en aquellos extremos o caudal que no ejecuta directamente el albacea y que realizan terceros. El grado de responsabilidad también se incrementa con la variedad y complejidad de contenidos que son objeto de disposición testamentaria y que recomienda, por dedicación y competencia, una profesionalización (cuando de activos patrimoniales, de tipo empresarial o sumergidos en un mercado virtual se trata o cuando se requiere disponer administrando responsablemente el caudal para preservar su integridad).

Al tiempo, este compromiso con las instituciones consolidadas ofrece la posibilidad de comparar, concordar y, por ende, clarificar puntos para la mayor coherencia y unidad del ordenamiento (por ejemplo, al invocar instituciones como la representación o relaciones contractuales como el mandato). Se ha buscado dar calado a ciertos extremos que, siendo propios de la tarea del albacea, deben ser acentuados para completar la configuración del cargo, en particular cuando se trata su titularidad y el carácter patrimonial real y lo correspondiente a la responsabilidad, exigente en muchos sentidos, desde el tiempo previsto para la ejecución hasta la auditoría que implica su acto de rendición de cuentas, diferenciando, como en rigor se necesita, actos de administración de los de ejecución, o esta rendición de cuentas del otro deber menos exigente como es dar cuentas. Responsabilidad, además, que hemos debido depurar para acentuarla en la posible *culpa in eligendo* que, además, ha llevado a depurar la distinción entre sustitutos y auxiliares.

Es a partir y consecuencia de este análisis de calado del albaceazgo como alcanzamos a concluir que es de interés de ley su actuación, para limitar la voluntad del testador y garantizar un control de legalidad, por lo que abordar el tratamiento de la figura, darle significación y valor debe contribuir a su mayor aplicación práctica. Como también, comentando sus caracteres, podemos realizar la crítica: valorar positivamente la temporalidad del cargo, en interés del tráfico jurídico, al resolver la transmisión *mortis causa* cumpliendo la liquidación

en lugar de dejar indivisa y estancada, por motivos varios que, con frecuencia, aconsejan ser superados, una partición. Y en esta visión crítica también valorar, ahora negativamente, el mantenimiento de otros caracteres, como la gratuidad cuando de responsabilidad y competencia hablamos, con cada vez mayor exigencia, encontrando en la apuesta por la profesionalización o en el conveniente recurso a la colaboración de auxiliares la compensación económica que para la guarda legal se prevé, en la reforma del Código Civil, al regular la curatela, o que en la Ley de enjuiciamiento civil se fija al requerir el perfil profesional de abogado.

Tercera. La proyección del albaceazgo y su actualidad, la necesidad de aunar las disposiciones patrimoniales, digitales y vitales

Asumir la realidad de que el testamento pueda integrar una pluralidad de contenidos (de carácter patrimonial o personal, vital o digital) sugiere otorgarlo y designar en el mismo a un albacea. En efecto, el testamento debe acoger en un único instrumento, expresión de la última voluntad, las disposiciones típicas de transmisión patrimonial, que ya presentan alta complejidad, en tanto, en el orden objetivo, suelen corresponderse con activos empresariales, y en el orden subjetivo, cada vez más los círculos de herederos y legatarios se conforman con personas carentes de vínculos personales; y debe contener también las encomiendas relativas a los contenidos digitales y a las cuestiones vitales o relacionadas con el momento de la muerte, si se da el contexto eutanásico o el tratamiento y destino de los órganos y restos mortales.

En la práctica jurídica interesa normalizar el nombramiento de un albacea por distintas razones, que van desde la garantía de la realización efectiva de la partición, que se hará en un año vista (evitando patrimonios indivisos e inmovilizados a causa de una tensión o falta de implicación de los herederos), hasta el argumento más técnico que una actualidad más compleja presenta, como es la ejecución de activos empresariales, la sucesión de la empresa familiar o la mediación entre herederos con distintos intereses, cuanto más cuando su voluntad de entendimiento es menor al carecer, con frecuencia, de lazos afectivos y de vínculos de estirpes.

También se hace hoy más recomendable la designación del albacea por la variedad de contenidos que conforman hoy la disposición testamentaria, que va desde la normal voluntad de transmitir un patrimonio a la ordenación de la gestión de contenidos digitales, que requieren inmediata actuación para gestionar criptomonedas o para proteger cuentas de correos o claves, o la ejecución de un tratamiento de los restos físicos o de órganos, sumando argumentos para impulsar la figura. De hecho, la reforma de la guarda legal, además de facilitar un referente, para normalizar una identificación de la persona de confianza, su profesionalización y el pago de los servicios, nos da un antecedente donde, impulsando los mandatos preventivos y la autocratela, se lleve al testamento a ese allegado que tiene ganada la confianza de la persona y conoce su voluntad y negocios para poder desenvolver la sucesión *mortis causa* de la mejor manera.

En un plano más formal o procedimental, completando lo sustantivo, el albacea sirve a la desjudicialización a la amigable composición, buscando soluciones negociadas en el compromiso con el testador que articuló con tal fuente negocial su sucesión y con lealtad a unos herederos que, por vínculos parentales y compromisos económicos, deben evitar el conflicto y apostar por mantener la relación personal. Cuando más, esa vía negocial y mediación es idónea para una gestión de contenidos en la red que, con frecuencia, se desenvuelven, en un escenario supranacional, y para dar estabilidad a la realidad familiar empresarial.

Referencias bibliográficas

- Albaladejo García, M. (1978). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Tomo XII, Vol. 2). Edersa.
- Cicu, A. (1959). *El Testamento*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Corpas Pastor, L. (2023). El notario en el testamento de las personas con discapacidad. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 271-272.
- Marín Castán, F. (2000). *Comentario del Código Civil* (Tomo 5). Edersa.
- Máximo Juárez, J. (2019). El protocolo familiar: valor y eficacia jurídica, coordinación del protocolo con los estatutos sociales y con la organización jurídica personal de sus miembros. En *El protocolo familiar: Consejos prácticos para su elaboración*. Sección de Empresa Familiar de la Asociación Española de Asesores Fiscales.
- Puig Brutau, J. (1975). *Fundamentos de Derecho Civil* (Tomo V, Vol. 1). Bosch.
- Romeo Casabona, C. y Romeo Malanda, S. (2022). El bioderecho y su corpus iuris. *Manual de Bioderecho*. Dykinson.
- Vallet de Goytisolo, J. (1984). *Panorama de Derecho de Sucesiones II*. Civitas.

Francisco de la Torre Olid. Profesor universitario. Doctor en Derecho (UGR), acreditado por la ANECA, con dos sexenios de investigación; con cargos de gestión (decano, secretario general y asesor jurídico de varias universidades). Secretario del Comité de Justicia Deportiva de la Región de Murcia. Nombrado magistrado suplente y calificación núm. 1 en fase de concursos de magistrados especialistas de cuarto turno. Autor de más de un centenar de publicaciones. Director de 13 tesis doctorales y autor de un amplio número de dictámenes. <https://orcid.org/0000-0002-5188-6118>

Cruces y límites entre la información sobre sostenibilidad de las empresas y el secreto empresarial

María Isabel Candelario Macías

Profesora titular de Derecho Mercantil.

Universidad Carlos III de Madrid (España)

icandela@der-pr.uc3m.es | <https://orcid.org/0000-0002-8646-9242>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Ramón Navarro Miranda, doña Marlen Estévez Sanz, doña Esther de Félix Parrondo, don Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, doña Esther Muñiz Espada y don Pedro Portellano Díez.

Extracto

En este trabajo se examinan dos instituciones y su conexión, como son, de un lado, el secreto empresarial como muestra de la innovación, investigación y desarrollo de una empresa. A tal efecto, se analiza desde su concepto y reconocimiento legal hasta los procedimientos y requisitos a observar para ser apreciado como secreto empresarial. De otro lado, se esboza la Directiva CSRD destinada a impulsar el informe de sostenibilidad que tienen que proporcionar determinadas empresas en orden a ayudar a la transición ecológica-sostenible y adoptar decisiones de inversión o mitigar los efectos derivados del cambio climático, ajustándose a los compromisos adquiridos en diferentes ámbitos de actuación. Delimitadas y planteadas ambas instituciones para comprender el alcance de cada una de ellas, se agrega un plus, y se pondera cómo pueden interrelacionarse, en particular, al demandar la Directiva CSRD en los informes sobre sostenibilidad de las empresas *la divulgación de información sobre los recursos inmateriales distintos de los reconocidos en el balance*. De aquí surgen varios interrogantes sobre los posibles conflictos de interacción entre ambos, y es lo que se ha puesto de manifiesto e interpretado de acuerdo con la legislación tanto europea como nacional, en orden a proporcionar claridad y poner de relieve los límites de esta problemática en el futuro más inmediato.

Palabras clave: secreto empresarial; información empresarial; sostenibilidad; activos intangibles; Directiva CSRD; legislación europea.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado: 03-06-2024

Cómo citar: Candelario Macías, M.^aI. (2024). Cruces y límites entre la información sobre sostenibilidad de las empresas y el secreto empresarial *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 281, 37-74. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.19013>



Crossroads and limits between information on company sustainability and trade secret

María Isabel Candelario Macías

This work has been selected for publication by: Mr. José Ramón Navarro Miranda, Mrs. Marlen Estévez Sanz, Mrs. Esther de Félix Parrondo, Mr. Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, Mrs. Esther Muñiz Espada and Mr. Pedro Portellano Díez.

Abstract

In this work, two institutions and their connection are examined, such as, on the one hand, trade secret as an example of the innovation, research and development of a company. To this end, it is analyzed from its concept and legal recognition to the procedures and requirements to be observed to be appreciated as a trade secret. On the other hand, the CSRD Directive is outlined, intended to promote the sustainability report, which certain companies must provide in order to help the ecological-sustainable transition and adopt investment decisions and/or mitigate the effects derived from climate change, adjusting to the commitments acquired in different areas of action. Having delimited and raised both institutions to understand the scope of each of them, a plus is added and how they can be interrelated is considered, in particular, by demanding the CSRD Directive in companies' sustainability reports for the disclosure of information about resources intangible assets other than those recognized in the balance sheet. From here several questions arise about the possible conflicts of interaction between the two and this is what has been revealed and interpreted in accordance with both European and national legislation, in order to provide clarity and highlight the limits of this problem in the more immediate future.

Keywords: trade secret; business information; sustainability; intangible assets; CSRD Directive; European legislation.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published: 03-06-2024

Citation: Candelario Macías, M.^a I. (2024). Cruces y límites entre la información sobre sostenibilidad de las empresas y el secreto empresarial *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 281, 37-74. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.19013>



Sumario

- 1. Introducción
 - 2. El secreto empresarial
 - 2.1. Terminología empleada
 - 2.2. Legislación aplicable
 - 2.3. Concepto legal y exigencias
 - 3. Información sobre sostenibilidad de las empresas
 - 3.1. La directiva CSRD
 - 3.2. Criterio sobre reporte de activos inmateriales
 - 4. A modo de conclusión
- Referencias bibliográficas

Nota: Este trabajo es resultado del aprovechamiento del Proyecto TED2021-130344B-I00, «Desafíos y Retos de la ordenación de las innovaciones de cambio climático», financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la UE NextGenerationEU/PRTR como IP. Asimismo, es fruto y se incardina dentro del proyecto PID2022-138339OB-I00, «Vacíos normativos y desarrollo progresivo de la Agenda 2030 y del principio de sostenibilidad. Especial relevancia para España», financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/«FEDER. Una manera de hacer Europa».

1. Introducción

En la denominada «economía del capital humano»¹ o sociedad del conocimiento, tiene cada vez más predicamento y singularidad otro tipo de intangibles, que no se registran y cuyo valor estriba en mantenerse en secreto (metodologías de trabajo, bases de datos, técnicas de producción, información de clientes y desarrollos científicos)². Es verdad que el secreto empresarial no ha contado con una definición acabada, ni tampoco con un régimen legal uniforme hasta hace muy poco tiempo. El tratamiento de los secretos empresariales siempre se ha apreciado como un complemento o una alternativa a la protección jurídica, que reciben el resto de las creaciones intelectuales o industriales (derechos de autor, patente, modelo de utilidad, entre otros).

Se viene abundando en el planteamiento que las creaciones de invención e intelectuales resultan imprescindibles para asegurar una certera competencia en el mercado, siempre que estas se hallen debidamente amparadas y registradas (Gómez Segade, 2021). No obstante, multiplicar las patentes resulta muy costoso como estrategia empresarial, especialmente en Europa, donde, en ausencia de una patente internacional reconocida fuera de Europa, las empresas tienen que presentar sus patentes en cada país, derivado del principio de territorialidad, que rige a las diferentes modalidades de la propiedad industrial. La globalización y la cada vez más «cruda» y «despiada» competencia empujará a los Estados a diseñar protecciones internacionales para el correcto y buen funcionamiento del mercado, de ahí que se busquen otros mecanismos, que sean menos costosos que las patentes.

¹ Cfr., sobre el particular, Valencia Rodríguez (2005).

² Véase, como ejemplo, el hecho de que, durante la noche del 1 al 2 de octubre del año 2005, al fabricante francés Michelin le fue robado el neumático «mágico». Este neumático era un concentrado de tecnología, resultado de varios millones de euros en inversiones. Después de varios años de investigación y desarrollo, se convirtió en una innovación estratégica que permitió en esa temporada ampliar la brecha con sus competidores. Como consecuencia de este suceso, Michelin cambió su política de secreto. Para sus productos destinados al público en general, ahora, Michelin registra patentes. Hasta hace poco, el grupo había registrado muy pocas patentes por temor a revelar sus tecnologías a empresas competidoras. De todo ello se descuelga que las apuestas tecnológicas y económicas se convierten en un lujo de precauciones y secretos, que rodea esta disciplina. Cfr. la noticia en el diario francés *Le Monde*: «Victime d'espionnage, Michelin s'interroge sur son culte du secret» del 25 de octubre 2005. Caso Michelin en https://www.lemonde.fr/economie/article/2005/10/26/victime-d-espionnage-michelin-s-interroguesur-son-culte-du-secret_703515_3234.html

Es consabido que la creatividad y la innovación resulta ser un estímulo para el desarrollo y el crecimiento económico de hoy en día, además de propiciar el surgimiento de nuevos modelos empresariales basados en el uso exclusivamente de estas. Es por ello por lo que muchas organizaciones valoran sus secretos empresariales tanto como los otros tipos de derechos de la propiedad industrial (marcas, patentes, diseños industriales, etc.). Estos últimos, dentro del marco general del derecho mercantil, ya se encuentran muy instaurados y tutelados; sin embargo, el secreto empresarial, en comparativa, resulta más desconocido tanto en su extensión como en su modulación y reglamentación.

En parecida línea argumentativa, también se repite de forma continuada, es el hecho de que los datos y la información constituyen hoy en día uno de los valores de mayor importancia para la empresa y la economía contemporánea –planteamiento que no se pone en duda–, de ahí que el secreto empresarial y su reglamentación se hayan convertido en «piezas» claves y estrategias de gestión para proteger el buen devenir de cualquier empresa.

El secreto empresarial se concibe, *rectius*, como patrimonio empresarial³. A tal fin, las empresas innovadoras y las instituciones de investigación invierten grandes sumas de dinero en la adquisición, desarrollo y aplicación de conocimientos técnicos (*know-how*) e información comercial.

Igualmente, resulta cierto que la evolución de la tecnología ha aumentado los riesgos de vulneración de los datos. No resulta extraño que con la Directiva (UE) 2016/943⁴, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgada, forme parte de una tendencia legislativa al nivel europeo para fortalecer la protección de los datos de las empresas (Falce, 2015). Y, en similar línea, nos encontramos con el Reglamento Europeo de Protección de Datos⁵, que entró en vigor el 25 de mayo de 2016, que también protege los datos, en este caso, los datos personales.

Sumado a lo expuesto, a su vez, hemos de mirar dentro del contexto global y digitalizado (Agra Viforcós, 2020, pp. 139 y 140) en que nos ubicamos, toda vez que nuestro entorno se encuentra amenazado por diferentes desafíos, ilustrados en el cambio climático⁶, con

³ Cfr., sobre este tópico, Massaguer Fuentes (2019), Girona Domingo (2022) y Ramos Gil de la Haza (2022).

⁴ Vid. Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. DOUE L 157, de 15 de junio de 2016. Interpreta esta disposición legal Bustillos Saiz (2020).

⁵ Cfr. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). DOUE L 119, de 4 de mayo de 2016.

⁶ En el plano nacional, la legislación generada en torno al cambio climático se recoge en <https://www.miteco.gob.es/en/cambio-climatico/legislacion/documentacion/normativa-y-textos-legales/default.aspx>

sus devastadores efectos en la economía, de modo que para preservar la sostenibilidad del planeta se hayan apostado por atender a determinados compromisos⁷ tendentes a lograr una economía descarbonizada y una neutralidad climática. En efecto, la sostenibilidad⁸ se convierte en el foco de atención pertinente sobre el cual tiene que girar desde la legislación⁹ hasta la actuación de todos los agentes y operadores en el mercado, tanto a nivel global¹⁰

⁷ A nivel de compromisos, sobre el particular, *cfr.* Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), adoptada en Nueva York, 9 de mayo de 1992, en <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>. Para abordar el cambio climático y sus impactos negativos, los líderes mundiales en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP21), en París, realizaron un avance más, el 12 de diciembre de 2015, con el histórico Acuerdo de París de 2015 sobre cambio climático, adoptado en la 21.^a Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático («Acuerdo de París»), en https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf. También, *vid.* Estrategia Europea de Descarbonización a 2050 en https://ec.europa.eu/clima/sites/its/its_es_es.pdf. Siguiendo dentro del ámbito europeo, el Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima») (DO L 243 de 9 de julio de 2021), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1119>. Predica en su considerando 7: «La acción por el clima debe ser una oportunidad para todos los sectores de la economía de la Unión de contribuir a asegurar el liderazgo industrial en materia de innovación en el plano mundial». Y 11: «La transformación digital, la innovación tecnológica y la investigación y el desarrollo son también factores importantes para alcanzar el objetivo de neutralidad climática». Desde la óptica doctrinal, véase, *in extenso*, Kirchner y Kirchner-Freis (2013).

⁸ Para Noeliz García, «Desarrollo sostenible: el camino más certero en tiempos turbulentos», en <https://www.economista.es/actualidad/noticias/12002420/10/22/Desarrollo-sostenible-el-camino-mas-certero-en-tiempos-turbulentos.html>:

A medida que trabajamos para reducir el impacto que nuestro consumo tiene en el planeta, cada vez más empresas, en reconocimiento de esto, están tomando medidas para tratar de disminuir el impacto ambiental de sus productos y prácticas. Estamos ante una evolución natural, donde los pasos son cumplir la ley, en primer lugar; gestionar los impactos negativos; y maximizar los impactos positivos en todo aquello que tuviera que ver con el desarrollo económico, social, y ambiental. Según el informe del Pacto Mundial de la ONU España, en colaboración con la Fundación Canal, «ODS Año 7. Innovación para lograr la Agenda 2030: nuevos modelos de negocio sostenibles», prácticamente la mitad de las empresas españolas afirma estar llevando a cabo algún tipo de innovación con un enfoque en sostenibilidad y ODS, aunque solo el 16 % asegura que todas sus innovaciones están enfocadas en este sentido. Por tanto, el dato alarmante es que el 51 % del total no están llevando a cabo este tipo de innovaciones, fundamentalmente aquellas que no tienen un conocimiento profundo de la Agenda 2030.

⁹ En esta línea de actuación, nos podemos encontrar, entre otras, la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, COM (2022) 71 final, de 23 de febrero de 2022. Más en Comentario... (2021), Cohen Benchetrit (2022) y Guamán (2021).

¹⁰ Se sigue trabajando y ejemplo es la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP27) de Egipto, noviembre de 2022, en <https://www.europarl.europa.eu/news/es/agenda/briefing/2022-12-12/13/cop27-debate-sobre-el-resultado-de-las-negociaciones-sobre-clima-en-egipto>

como a nivel regional (UE)¹¹ o estatal¹². Con este panorama, nos encontramos, en primer término, con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que fueron delineados el 25 de septiembre del 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas¹³ (ONU) para abordar los grandes retos globales, que vino a perfilar una agenda y un compromiso de desarrollo que afronte desafíos y necesidades globales actuales, focalizándose en una programación de 17 grandes objetivos, que deberían cumplirse en 2030. Como se extrae del tenor de la propia Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, estamos ante una propuesta a observar de forma común: el desarrollo global y humano sostenible, teniendo muy presente que la agenda es global y tiene como destinatarios no solo a los ejecutivos-gobiernos de las naciones, sino que también incluye y compromete a empresas, organizaciones sociales y otros actores que operan a nivel internacional, nacional, regional y local.

En la misma sintonía, nos encontramos como manifestación de lo precedente un instrumento de *soft law*, como es el Pacto Verde Europeo¹⁴, destinado a integrar las diferentes herramientas y políticas para alcanzar una economía circular (Alenza García, 2020) y sostenible¹⁵. Bajo este contexto, hay que escudriñar acerca de la reciente Directiva (UE) 2022/2464¹⁶ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por lo que

¹¹ A nivel europeo, *cf.* Decisión (UE) 2022/591 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de abril de 2022, relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2030, DOUE L 114/22, 12 de abril de 2022, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D0591&from=ES>

¹² Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética. BOE n.º 121, de 21 de mayo de 2021.

¹³ *Cfr.*, más en <https://www.un.org/es/impacto-acad%C3%A9mico/page/objetivos-de-desarrollo-sostenible>

¹⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 11 de diciembre de 2019: El Pacto Verde Europeo [COM(2019) 640 final]. «El Pacto Verde pretende disociar el crecimiento económico del uso de los recursos y garantizar que todas las regiones y ciudadanos de la Unión participen en una transición socialmente justa hacia un sistema económico sostenible, de manera que ninguna persona ni territorio se queden atrás. Va a contribuir al objetivo de crear una economía al servicio de los ciudadanos, reforzar la economía social de mercado de la Unión y garantizar que esté preparada para el futuro y genere estabilidad, empleo, crecimiento e inversión sostenible». En <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0640&from=ES>

¹⁵ Iniciativas interesantes sobre este particular, *cf.*, Proyecto Visión 2050 del Consejo Empresarial Mundial para el Desarrollo Sostenible (WBCSD, en sus siglas en inglés), donde 29 empresas miembros del WBCSD han desarrollado una visión de un mundo centrado en la sostenibilidad de aquí a 2050, y una hoja de ruta que conduce a tal finalidad, siempre que se incorporen cambios fundamentales en las estructuras de gobierno, las reglas económicas, en los negocios y en el comportamiento de las empresas y los ciudadanos. Se ha hecho patente que esos cambios son necesarios, viables, y que ofrecen importantes oportunidades de negocios a las empresas que integran la sostenibilidad en su estrategia. La Visión 2050 reconoce que nos enfrentamos a tres retos sin precedentes: emergencia climática; pérdida de biodiversidad; aumento de las desigualdades. En <https://www.wbcsd.org/contentwbc/download/6532/110809/1>

¹⁶ Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la

respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas¹⁷. Se proclama en el considerando 11 de la referida directiva:

En los últimos años se ha producido un aumento muy significativo de la demanda de información sobre sostenibilidad de las empresas, especialmente por parte de la comunidad inversora. Este aumento de la demanda se debe a la naturaleza cambiante de los riesgos a los que se enfrentan las empresas y a la creciente concienciación de los inversores sobre las implicaciones financieras de dichos riesgos. [...] En cierta medida, el aumento se habría producido, en cualquier caso, debido a la rápida evolución de la concienciación de los ciudadanos, las preferencias de los consumidores y las prácticas de mercado¹⁸.

El objetivo de este análisis, cabalmente, estriba en poner en correlación lo que es y supone el secreto empresarial con respecto a las obligaciones introducidas por la Directiva (UE) 2022/2464, en orden a proporcionar información sobre sostenibilidad por parte de las empresas y calibrar si pueden entrar en conflicto o, por el contrario, las normas delimitan correctamente sus ámbitos y contenidos de actuación, para, con ello, extraer inferencias interpretativas críticas y de aproximación a ambos textos legales y sus consecuencias.

2. El secreto empresarial

2.1. Terminología empleada

En lo tocante a la expresión «el secreto empresarial», cabe apuntar que en la legislación se emplean diferentes términos como: secreto comercial, industrial, profesional o em-

Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas. DOUE L 322, de 16 de diciembre de 2022. Al respecto, *vid.* Bienvenu (15 de diciembre de 2022).

¹⁷ *Cfr.* las reflexiones previas a la publicación de la disposición legal: Valmaña Ochaía (2021), Martí Moya, (2022) y Rodríguez Alcocer, (2022). También, *vid.* en https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12129-Presentacion-de-informacion-corporativa-en-materia-de-sostenibilidad_es

¹⁸ Se complementa con el tenor del considerando 28, al decir:

La lista de cuestiones de sostenibilidad sobre las que las empresas deben informar debe ser lo más coherente posible con la definición de los términos «factores de sostenibilidad» establecida en el Reglamento (UE) 2019/2088 y evitar un desajuste entre la información requerida por los usuarios de los datos y la información que han de presentar las empresas. Dicha lista también debe corresponder a las necesidades y expectativas de los usuarios y empresas, que a menudo utilizan los términos «medioambiental», «social» y «gobernanza» como medio para clasificar las tres cuestiones principales de sostenibilidad.

presarial¹⁹. Ciertamente es que en las últimas legislaciones el adoptado de forma preferente es el término «secreto empresarial», en lugar de los otros, toda vez que el mismo engloba o es más genérico en cuanto a las diferentes referencias, conocimientos, comportamientos, que bien pueden ser objeto de protección y, por ende, de secreto.

En efecto, si hacemos un recorrido por la legislación española –sin ir más lejos–, nos encontramos que el legislador español hace mención, en su ya modificado artículo 13 de la Ley de competencia desleal²⁰ (en adelante, LCD), a «secretos industriales o cualquier otra clase de secretos empresariales»; del mismo modo, el Código Penal se refiere a «secreto de empresa». En parecida línea, le siguen el Estatuto de los Trabajadores²¹ (ET), al hablar de «deber de sigilo», y la Ley de sociedades de capital²² (LSC), de «deber de reserva». Estos concretamente no mencionan el término, pero de alguna manera se entiende que el secreto empresarial²³ se encuentra implícito en ellos.

Como consecuencia, la Comisión Europea armonizó el secreto comercial para establecer un régimen común a todos los Estados miembros. La ya aludida Directiva (UE) 2016/943²⁴, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados, permite poner fin a las discordancias sobre el secreto empresarial existentes en los Esta-

¹⁹ Cfr., al respecto, Vega Justríbó (2017) precisa que

la protección jurídica del secreto en el ámbito empresarial y de la competencia permite identificar tres categorías diferenciadas: los secretos industriales, los secretos comerciales y las informaciones reservadas, concernientes a otros aspectos de la organización interna de la empresa, como son su situación financiera o proyectos de actuación y contratos (*know how*) o «saber hacer» (p. 758).

²⁰ Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (BOE N.º 10, de 11 de enero de 1991).

²¹ Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE n.º 255, de 24 de octubre de 2015). También, T. Sheikh, «Los secretos comerciales y la lealtad de los empleados», en https://www.wipo.int/sme/es/documents/trade_secrets_employee_loyalty.html

²² Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE n.º 161, de 3 de julio de 2010).

²³ Aprecia Vega Justríbó (2017):

El término «secreto comercial» ha sido objeto de críticas probablemente, es fruto de la incorrecta traducción del término inglés *trade secrets*, porque el calificativo «comercial» puede plantear la duda de no incluir el secreto industrial. No obstante, esta duda puede ser fácilmente superada desde el momento en que la Directiva alcanza tanto a los secretos comerciales como a los industriales. Quizá, hubiera sido más preciso referirse a los «secretos empresariales», denominación que comprende tanto el secreto comercial como el secreto industrial, acorde con el ánimo omnicompreensivo de la norma que considera tanto la innovación tecnológica como secretos de naturaleza económica, financiera organizativa, etc. (p. 775).

²⁴ Más información sobre la directiva en Niebel (2018). Más en «Protección de los secretos comerciales de las empresas», en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2016/580872/EPRS_ATA\(2016\)580872_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2016/580872/EPRS_ATA(2016)580872_ES.pdf). También en «Estudio de la transposición de la Directiva 2016/943 sobre secretos comerciales por parte de los Estados Miembros», en <https://www.abogacia.es/post-bruselas/estudio-de-la-transposicion-de-la-directiva-2016943-sobre-secretos-comerciales-por-parte-de-los-estados-miembros/>

dos miembros, que deben implementarla. Sin embargo, no olvidemos que cada país adopta un régimen propio, con especificidades que impiden la existencia de una armonización europea perfecta. Esas discordancias aparecen como un reto real en Europa²⁵. La protección se dispensa al titular de un secreto empresarial, que es cualquier persona física o jurídica que legítimamente ejerza el control sobre el mismo, y se extiende frente a cualquier modalidad de obtención, utilización o revelación de la información constitutiva de aquel que resulte ilícita o tenga un origen ilícito con arreglo a lo previsto en esta norma. Según un estudio de la Comisión Europea en relación con el papel de los secretos empresariales sobre la economía, con fecha de enero del año 2014²⁶, los secretos empresariales representan una pérdida de facturación del 56 %. De esta forma, la protección de estos secretos y el castigo de su violación permiten dinamizar la economía y limitar la pérdida de beneficios. Con este marco legislativo, se intenta mejorar las condiciones para el intercambio de conocimientos en el mercado interior.

2.2. Legislación aplicable

En lo que hace al marco legal que comparece para amparar y tutelar el secreto empresarial, es amplio y nos da muestras del valor intrínseco y singular de este instituto.

La primera definición oficial de la noción de secreto empresarial fue establecida por la Organización Mundial del Comercio (OMC). De hecho, los acuerdos relativos a los «Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio» (en adelante, ADPIC)²⁷, enumeran, entre otras cosas, los requisitos necesarios para la caracterización del secreto empresarial. Este acuerdo sobre los ADPIC, anexo 1C del convenio y por el cual se crea la Organización Mundial del Comercio (OMC), Ronda Uruguay de 1994, lo firmaron tanto Estados Unidos como la Unión Europea. Es a partir de aquí donde se comienza a dar una definición más uniforme al término «secreto comercial», destacándose en el artículo 39.2 como «la posibilidad de impedir la divulgación de información sin consentimiento cuando esta sea secreta, en el sentido de que no haya sido accesible al público; tenga valor comercial y haya sido objeto de protección».

Esta norma proporcionaba unas mínimas pautas a todos aquellos Estados miembros de la OMC, dejándoles a estos la posibilidad de expandir las protecciones. Esto causó que cada país miembro de la OMC tuviese diferencias que podían ser sustanciales a la hora de resolver un conflicto. De suerte que la nueva definición fue adoptada por numerosos paí

²⁵ Véase la opinión de la prensa en <https://europeanjournalists.org/blog/2016/04/14/adoption-of-the-trade-secrets-directive-by-the-european-parliament-investigative-journalism-must-be-guaranteed/>

²⁶ *Vid.* «La protection du secret des affaires dans l'Union Européenne», rapport présenté par Monsieur Jérôme FRANTZ et adopté à l'Assemblée générale du 11 septembre 2014». En https://data.over-blog-kiwi.com/0/12/22/11/20180401/ob_0bc8bc_protection-secrets-affaires-rapport-fr.pdf

²⁷ El acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, anexo 1C del Convenio por el que se crea la OMC firmado en 1994. (BOE n.º 20, de 24 de enero de 1995).

ses, pero queda una noción y una legislación muy a la carta y deformada. Podemos decir, no obstante, que en el año 2013, según la Organización Mundial de la Propiedad Industrial (OMPI/WIPO) esta «fórmula general de las leyes sobre secretos comerciales ha sido adoptada por más de 100 de los 159 miembros de la Organización Mundial del Comercio»²⁸. Gracias al acuerdo, los poseedores de secretos pueden acceder a procedimientos judiciales civiles con la garantía de la no divulgación del secreto (*cfr.*, arts. 42 a 49). Sin embargo, tal garantía no puede funcionar debidamente si existe un secreto industrial dispar y oscilante por culpa de la diversidad de las legislaciones nacionales.

Dentro del ámbito de la Unión Europea, nos encontrábamos con una situación diferenciada antes de la aprobación de la Directiva (UE) 2016/942 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales), contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, que tiene como principal pretensión un intento de aproximar el «secreto empresarial» entre los países miembros y dar una guía en el tipo de acciones civiles que se pueden reclamar, entre otras cuestiones²⁹. Los objetivos pretendidos por la norma son:

- Conseguir un buen funcionamiento del mercado interior en torno a la investigación e innovación.
- Establecer normas para la protección armonizada en sede jurisdiccional civil de los secretos empresariales.
- Prevenir y otorgar protección a los titulares de los secretos empresariales, en caso de violación de estos.

Conforme a su regulación, se pretende una interpretación uniforme de la misma por los tribunales, comenzando por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y cuya finalidad es obtener beneficios económicos, así como seguridad jurídica y confianza en el mercado como pilares que sustentan la directiva.

Una de las novedades legislativas de la directiva es la tutela del «capital intelectual» de la empresa que puede ser protegido. A este respecto, podemos señalar que la directiva no establece con mucha claridad si sus propias disposiciones y las relativas a la protección de patentes o diseños (dibujos y modelos) están destinadas a aplicarse de forma acumulativa o alternativa, y si esta opción está abierta para los titulares de invenciones patentables. De lo contrario, se puede negar la protección del secreto empresarial a cualquier persona que no sea diligente al no presentar una patente o diseño. No obstante, será el titular principal de esta información el que tiene que demostrar que cumple con las condiciones para estar protegido por el secreto empresarial y, en particular, el valor añadido al hecho de que sea

²⁸ Así se manifiesta Pooley (2013).

²⁹ *Cfr.* Vega Justribó (2017).

apreciado como secreto; aunque estas informaciones sean protegidas por este régimen, no significa que no puedan ser utilizadas.

Por último, cabe apuntar, respecto a la Directiva de la (UE) 2016/943, que ha sido una de las grandes inspiraciones para la Ley de secreto empresarial nacional, puesto que gran parte de sus disposiciones se mantienen en la misma dirección que aquella.

En el suelo patrio, cabe señalar que, hasta el año 2019, la regulación del secreto empresarial en España partía de la definición de la ADPIC. Esto no significa que el sistema español estaba desprovisto de protección legal para el secreto empresarial³⁰, sino que este se encontraba disperso en diferentes mandatos y legislación³¹. Partiendo del ya mencionado artículo 13³² de la Ley 3/1991 sobre la competencia desleal³³, es verdad que, para los casos

³⁰ Vid. «Qué es y cómo se protege un secreto industrial en España?» en <https://economia3.com/2013/12/19/16271-quees-y-como-se-protege-un-secreto-industrial-enespana/>

³¹ BOE n.º 671, de 2 de febrero de 1988. En la legislación española, el ya derogado Real Decreto 1750/1987, de 18 de diciembre, por medio del cual se regulaba la transferencia de tecnología y la prestación de asistencia técnica extranjera a empresas españolas, hacía una alusión indirecta al *know how* como «conocimientos secretos no patentados aplicables a la actividad productiva».

³² Establece en su apartado 1.º, que «se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas». En el apartado 2.º, de este mismo precepto, se decreta que «tendrá asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo». Finalmente, el artículo 13.3 de la LCD establece una disposición finalista cuando previene que será preciso en todo caso que la violación haya sido hecha con ánimo de obtener provecho propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto, exigiéndose la necesidad de una consecuencia económica favorable para el infractor o un tercero, o desfavorable para el titular del secreto. Para la SAP de Barcelona núm. 83/2015, de 31 de marzo de 2015 (rec. núm. 113/2013), se declara que el objeto del proceso se centra en el ejercicio de una pluralidad de acciones de competencia desleal por la realización de una serie de ilícitos desleales, en especial, la divulgación y explotación de secretos empresariales, tipificada en el artículo 13 de la LCD. La conducta señalada del ilícito desleal, concretamente, es la siguiente: «La divulgación, reproducción, violación y explotación de secretos industriales y comerciales que son propiedad de las actoras [...], de forma ilegítima, desde una empresa paralela competidora, la mercantil codemandada [...], constituida coetáneamente a la violación y divulgación de los secretos mencionados». Es decir, se trata de un supuesto de empresas asociadas, las cuales demandan a otra por competencia desleal, la cual es constituida coetáneamente en el tiempo de comisión de un ilícito desleal. Asimismo, identifica los secretos empresariales como «diseños, ideas técnicas, aplicaciones, utilidades, características, gráficos, condiciones técnicas, comerciales, especificaciones para la cartera de proveedores y de cliente». Al respecto, *cfr.* Vega Justribó (2017).

³³ *Cfr.* la interpretación de la SAP de Vizcaya núm. 81/2011, de 9 de febrero (rec. núm. 155/2010), que confirma una ausencia legal sobre el concepto de secreto empresarial, ya que para poder deslindar el mismo, acuden al artículo 39 de los ADPIC. En el cual se observa, que para determinar si una información podía ser tutelada como un acto de competencia desleal tipificado en el artículo 13 de la LCD, era necesario que concurriera una serie de presupuestos esenciales: ser secreto, tener valor comercial y que haya sido objeto de medidas razonables. No obstante, se comienzan a perfilar algunos aspectos, en especial, se hace más hincapié en el requisito de ser secreto, al señalar que no puede tratarse de

más graves, se aplicarán los tipos delictivos contemplados en los artículos 278³⁴ y 279³⁵ del Código Penal. En efecto, el Código Penal³⁶ español, en sus artículos 278 a 280, ya referenciados *ut supra*, también otorga protección a los secretos empresariales, imponiendo penas de prisión que pueden alcanzar hasta los cinco años. Sin embargo, los tribunales españoles (González Pachón, 2014). son bastante reacios a considerar la existencia de tales delitos, siendo más proclives a entender que se trata de ilícitos civiles, pero no penales. Hasta este momento, los secretos comerciales o empresariales han venido protegiéndose desde las empresas, con carácter preventivo, a través de la firma de cláusulas o acuerdos de confidencialidad o NDA (*non disclosure agreement*).

Se ha de tener presente la concurrencia de otras reglas –ya aludidas–, como las impuestas por la Ley de sociedades de capital³⁷, el Estatuto de los Trabajadores³⁸, o la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno³⁹. Antes de la más actual y vigente

una información fácilmente disponible, la cual podría eliminar ese carácter secreto de la misma. De igual manera, se destaca la protección del secreto empresarial en el ámbito del derecho de la competencia desleal, considerándose un instrumento de valor competitivo.

³⁴ El artículo 278 del CP recoge el denominado «espionaje empresarial», el cual dispone:

1. El que, para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.
2. Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos.
3. Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos.

³⁵ El artículo 279 del CP manda:

La difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Si el secreto se utilizara en provecho propio, las penas se impondrán en su mitad inferior.

En este caso, la conducta delictiva consiste en acciones más concretas, aunque de igual manera el elemento esencial es el secreto empresarial. Sin embargo, la responsabilidad penal solo puede incidir sobre unas personas que expresamente reúnan una serie de características. Además, concreta un subtipo atenuado (privilegiado) para aquellos en los que la persona obligada a guardar el secreto lo aprovecha en beneficio propio.

³⁶ *Vid.* Vega Justribó (2017, p. 777) trata el tema de la protección del secreto empresarial en el Código Penal y el Estatuto de los Trabajadores.

³⁷ *Vid.* el artículo 228 de la LSC recoge la obligación por parte del administrador de «guardar el secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera».

³⁸ Piensa Girona Domingo (2023): «Este marcado carácter proteccionista de los conocimientos secretos no puede en ningún caso llegar al extremo de que pueda limitar derechos laborales de los trabajadores».

³⁹ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE n.º 295, de 10 de diciembre de 2013).

Ley 1/2019, de 20 de febrero, Ley de secretos empresariales⁴⁰ (LSE), y como complemento de lo anterior, se han de apreciar los principios de buena fe enunciados en el artículo 7⁴¹ del Código Civil. También se recoge normativa relacionada en los artículos 5, 20.2, 54.2 d) del ET⁴², ya referido; los artículos 259.3 y 4, 307, 328.3, 332, 347.1 y 371 de la Ley de enjuiciamiento civil⁴³; y en los artículos 18.3, 21.3 y 4, 68, 73.2, 84, 124.4 de la Ley de patentes⁴⁴.

2.3. Concepto legal y exigencias

El concepto legal de secreto empresarial pasa por la definición de la palabra «secreto»⁴⁵. Nuestro sistema legal utiliza este término para indicar un documento o información que

⁴⁰ Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales (BOE n.º 45, de 21 de febrero de 2019). Al respecto, Valenzuela Garach (2021).

⁴¹ Decreta el artículo 7 del Código Civil:

1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.
2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

⁴² El ET es importante tenerlo en cuenta y primordial en el ámbito laboral, hasta el punto de que la LSE ha establecido límites para mantener la protección de los derechos de los trabajadores. En el artículo 65 del ET se recoge la capacidad y el sigilo profesional, determinando que:

- Los miembros del comité de empresa y, en su caso, los expertos asistentes, deberán observar el deber de sigilo respecto a aquella información de interés para la empresa, la cual les haya sido comunicada con carácter reservado.
- El comité no podrá utilizar fuera de la empresa ningún documento entregado para fines distintos a los encomendados.
- Este deber continuará incluso tras la finalización de su mandato.
- La empresa no está obligada a comunicar informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, cuya divulgación pudiera afectar a la empresa.

Si se analiza con atención el artículo mencionado, se aprecia la mención del «deber de sigilo». Por ello nos preguntamos si este «deber de sigilo» es lo mismo que «deber de secreto». La doctrina ha contemplado dos tesis en lo que respecta a este derecho: la primera tesis apoya que el deber de sigilo se trata de una estricta obligación del deber de secreto, considerándose ambas figuras como equivalentes y, por tanto, procediéndose a una plena equiparación conceptual entre ambos términos. Al respecto, *cf.* Santamaría Pastor (1985). La segunda tesis, en cambio, confirma que la institución de sigilo profesional se trata de una figura independiente y más compleja que el secreto, asimilándolo más bien a un deber de discreción.

⁴³ BOE n.º 7 de 8 de enero de 2000.

⁴⁴ BOE n.º 177 de 25 de julio de 2015.

⁴⁵ El término «secreto», según la Real Academia Española, se entiende por:

Del lat. *Secrētum*

1. m. Cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta.

debe permanecer en la esfera de conocimiento del autor; se piensa en la voluntad secreta (Gómez Expósito, 2021, pp. 6 y ss.) o en la investigación secreta más general, el secreto de Estado o el secreto oficial, etc.

Ya se ha destacado el dato de que hasta hace muy poco tiempo no ha existido una definición consensuada en torno al secreto empresarial (Gómez Segade, 1995). En un sentido amplio, podemos entender por secreto industrial la información no divulgada. Un término equivalente a este es el *know-how*. En derecho español, igualmente, no existía ninguna definición legal u oficial del secreto industrial, conocido también como el *know-how* o «saber hacer». El profesor J. A. Gómez Segade⁴⁶ lo define como «todo conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales que el empresario, por su valor competitivo para la empresa, desea mantener ocultos».

Como ejemplos de información y conocimientos que se pueden proteger como secreto empresarial, se incluyen:

- Las soluciones técnico-científicas adquiridas y desarrolladas (*know-how*).
- Los resultados de las pruebas experimentales, incluidas las pruebas clínicas.
- La existencia y contenido de contratos y acuerdos de colaboración o licencia.
- Información comercial como análisis de mercado, lista de clientes (Fernández Díaz, 2016) y estrategias de marketing y publicidad, políticas de fidelización (clientes/proveedores), análisis de pronósticos económicos.
- Datos financieros y datos de personal (salarios, incentivos, comisiones, etc.) (Suñol Lucea (2020-2021).

2. m. Reserva, sigilo.

3. m. Conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio.

4. m. Misterio (cosa que no se puede comprender).

5. m. Misterio (negocio muy reservado).

6. m. Escondrijo que suelen tener algunos muebles para guardar papeles, dinero u otras cosas.

7. m. En algunas cerraduras, mecanismo oculto, cuyo manejo es preciso conocer de antemano para poder abrirlas.

8. m. Despacho de las causas de fe, en las cuales entendía secretamente el antiguo tribunal eclesiástico de la Inquisición.

9. m. Secretaría en que se despachaban y custodiaban estas causas.

10. m. Pieza aplanada del cerdo posterior a la paleta.

11. m. Mús. Tabla armónica del órgano, del piano y de otros instrumentos semejantes.

12. m. desus. secreta (examen para tomar el grado de licenciado).

⁴⁶ *In extenso, vid. Gómez Segade (1974).*

La conservación más tradicional de un secreto empresarial o *know-how* se lleva a cabo en un lugar seguro (es decir, en bancos, cajas fuertes domésticas, etc.). Nótese que la carga de la prueba corresponde al titular, quien debe probar el origen cronológico y la validez de estos documentos. En este punto y hasta la fecha, el notario sigue siendo la «herramienta» más segura, aunque más costosa, para los titulares, a fin de garantizar la protección de los activos estratégicos para los que las empresas han invertido gran cantidad de dinero en investigación y desarrollo.

Cierto es que por el hecho de mantener secreta la información, el poseedor del secreto obtiene y mantiene una ventaja competitiva⁴⁷, ya comentada. El derecho español no nos ha proporcionado una definición unívoca del secreto empresarial en sus diferentes normativas. Para la Comisión Europea, la información protegida por el secreto empresarial puede ser estratégica durante décadas, por ejemplo, una receta, o bien convertirse en algo efímero.

Sí podemos intuir una definición, según lo relatado, acerca de lo que sea el «secreto empresarial», como aquella información que no es conocida por el público, con valor económico o comercial por su carácter confidencial y que ha sido objeto de protección por su titular. El secreto empresarial puede estar compuesto desde listados de clientes hasta datos económicos, recetas, procedimientos o bases de datos, en fin, todo esto y más forma parte de lo que se conoce como «secreto empresarial».

Observemos el recorrido en torno a la conceptualización del secreto empresarial partiendo de lo que establece el acuerdo sobre los ADPIC. Su artículo 39 trata de lo que se designa como «protección de la información no divulgada». Se puede apreciar como información no divulgada, es decir, como secreto empresarial, cuando se establece que las personas físicas y jurídicas tienen la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento, de manera contraria a los usos comerciales honestos. Tres condicionantes han de observarse, a saber:

- Sea secreta, en el sentido de que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para las personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión.
- Tenga un valor comercial por ser secreta.
- Haya sido objeto de medidas razonables para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

⁴⁷ Cfr. María Negro, «La ley del secreto empresarial, ¿por qué es tan importante para las empresas?». <https://www.economista.es/opinionlegal/noticias/9224647/06/18/...reto-empresarialpor-que-es-tan-importante-para-lasempresas.html>

Explicado de otro modo, se requiere de tres elementos imprescindibles que deben existir simultánea y acumuladamente para que un secreto empresarial exista. El primer requisito es un elemento objetivo: el objeto debe ser secreto, debe tener la salvaguarda de que no es conocido por el mundo o fácilmente accesible.

El segundo es una condición patrimonial: el objeto debe tener un valor comercial o económico para la empresa y, por supuesto, una ventaja frente a la competencia. La última exigencia es un elemento subjetivo, gracias a la manifestación de voluntad del empresario por la adopción de medidas razonables⁴⁸ de mantener el objeto en secreto. Parece evidente que tal objeto puede ser un secreto empresarial únicamente si tiene una aplicación industrial o comercial y es lícita o hace referencia a una actividad legal.

Entonces, han de concurrir estas tres características⁴⁹ y se podrá considerar que existe un secreto empresarial digno de protección legal. En consecuencia, para poder pretender la protección legal de estos secretos empresariales, lo primero que tiene que hacer su poseedor es determinar si su objeto es realmente algo que no sea generalmente conocido, ni fácilmente accesible dentro del sector comercial o industrial en el que se desenvuelve. Deberá pues adoptar medidas internas con sus empleados y las personas de su organización para evitar su divulgación y para que dichas personas que puedan tener conocimiento del secreto empresarial sean conscientes de que efectivamente se trata de un secreto empresarial. Para ello, entendemos que se hace imprescindible marcar expresamente esta información con una mención de su carácter especial y secreto, con el uso de expresiones tales como «Confidencial» o «No divulgable», y hacer firmar a aquellos empleados o colaboradores que deban tener acceso a la misma por razón de su trabajo contratos de confidencialidad y de obligación de guardar secreto de toda aquella información no divulgada y secreta que se considere como tal por la empresa o titular. En el mismo sentido, firmar acuerdos o contratos de confidencialidad con todos aquellos colaboradores externos, proveedores o clientes a los que se faciliten datos o información que tengan dicho carácter de secreto empresarial.

Siguiendo con nuestro trayecto cronológico, y si acudimos de seguido a la Directiva (UE) 2016/943, por cuanto hace referencia al término «secreto comercial»⁵⁰, cabe llamar la

⁴⁸ Sobre este requisito y su interpretación, *cfr.* García Pérez (2022).

⁴⁹ Vega Justríbó (2017) manifiesta que

tradicionalmente la doctrina ha identificado tres requisitos que necesariamente debe cumplir toda información para ser considerada un secreto industrial: carácter reservado, el requisito objetivo traducido en el interés que ofrece para la empresa por proporcionarle una ventaja competitiva, y el requisito subjetivo consistente en la voluntad de su titular de aislarlo y mantenerlo secreto (p. 762).

⁵⁰ Expresa el artículo 2 de la directiva (Definiciones), a los efectos de la presente directiva se entenderá por:

1) «secreto comercial»: la información que reúna todos los requisitos siguientes: a) ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus compo-

atención aquí que la Ley de secretos empresariales ha preferido mantener la expresión «secretos empresariales» para designar el objeto de protección, y de «titular» para designar a quien legítimamente posee el secreto empresarial y se beneficia de su protección jurídica, atribuyendo las disposiciones de esta ley al titular de dicho secreto un derecho subjetivo de naturaleza patrimonial, susceptible de ser objeto de transmisión, en especial de cesión o transmisión a título definitivo y de licencia o autorización de explotación, con el alcance objetivo, material, territorial y temporal que en cada caso se pacte.

Centrándonos en lo que disciplina el artículo 1, de la Ley 1/2019⁵¹, este mandato amplía lo decretado en la definición de la Directiva (UE) 2016/942. Téngase en cuenta que este precepto se encuadra dentro del capítulo I de la ley, relativo a disposiciones generales, al apreciar como «secreto empresarial» en vez de «secreto comercial» a cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna los tres condicionantes de la Directiva (UE) 2016/942. Es decir, observamos cómo nos ofrece un marco de referencia al tipo de información protegida. Es relevante el cambio del término comercial a empresarial, toda vez que desde nuestra perspectiva se intenta promover al empresario y su empresa.

A la pregunta: ¿qué es el secreto empresarial?, contesta el artículo 1 de la LSE al decir que el secreto empresarial es

cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

- a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;
- b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y

entes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas; b) tener un valor comercial por su carácter secreto; c) haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control; 2) «poseedor de un secreto comercial»: cualquier persona física o jurídica que legítimamente ejerza el control de un secreto comercial; 3) «infractor»: toda persona física o jurídica que haya obtenido, utilizado o revelado de forma ilícita un secreto comercial; 4) «mercancías infractoras»: aquellas mercancías cuyo diseño, características, funcionamiento, proceso de fabricación o comercialización se beneficien de manera significativa de secretos comerciales obtenidos, utilizados o revelados de forma ilícita.

⁵¹ Cfr. E. Astiz, «La protección del secreto industrial en España». <https://www.madrimasd.org/informacionidi/analisis/opinion/opinion.asp?id=62787>

c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto.

La definición se complementa, además, con las características que ha de cumplir el secreto empresarial. Se trata de tres requisitos cumulativos, es decir, o se dan los tres o no hay secreto.

Precisamente, una de las cuestiones más notables es la aportación de un concepto de esta figura, tal y como se desprende del artículo 1 de la LSE. Del análisis e interpretación del mandato se observa una definición muy similar, por un lado, a la contenida en el artículo 39 del acuerdo sobre los ADPIC, tal y como se ha explicado y, por otro, a lo establecido en la Directiva (UE) 2016/943, que inspira aquella. No obstante, esta definición del legislador español es más amplia y, a la vez, más precisa: delimitando como objeto susceptible de ser protegido cualquier ámbito de la información o conocimiento que mantiene una empresa o del desarrollo de su negocio. Prácticamente, cualquier información que una empresa determine y que cumpla con los requisitos mencionados puede considerarse secreto empresarial. Por consiguiente, la ley española intenta dar un paso adelante en lo que respecta a la definición, tratando de proporcionar una «definición legal» e intentando acotar el concepto: qué ha de considerarse por «secreto empresarial» y, por ende, lo que va a resultar objeto de protección. De ello, se deducen los rasgos característicos de: exclusividad, licitud, valor económico y confidencialidad ex artículo 1 de la LSE.

Deteniéndonos en los presupuestos que caracterizan al secreto, cabe decir y puntualizar que el primer requisito hace referencia a que efectivamente el conocimiento debe ser secreto. No puede tratarse de una definición que versa sobre algo evidente, ni por supuesto tratarse de una información que haya entrado en dominio público. Tiene que tratarse de una información del empresario, como resultado de un esfuerzo realizado para poder obtenerla y posteriormente desarrollarla, para su beneficio. Aun así, no hace falta que únicamente lo conozca el empresario, puede conocerlo un número limitado y reducido de personas. El objeto de conocimiento no debe ser notorio, es decir, su información no debe ser conocida en su ámbito de actuación.

Por cuanto hace al valor comercial o empresarial objeto de la información, este es un valor relativo, pues obedece en gran medida a las circunstancias de cada caso concreto, en función del interés y relevancia que tiene esa información para el titular de esta. Se deberá atender a las necesidades y preferencias que dicha información suponga para su titular, lo que da lugar a que ese valor comercial varíe de un individuo a otro.

En lo tocante al tercero de los requisitos de la definición, la confidencialidad de esta información y conocimiento debe ser adecuada y mantenida por el titular, tanto para evitar la violación del secreto empresarial como para obtener la aceptación de la solicitud de medidas correctivas en el caso que la violación haya ocurrido. De hecho, la autoridad judicial, que determina una violación, ha de estar a la definición de las medidas correctivas *ex lege* y también tendrá en cuenta las medidas adoptadas por el titular para proteger el secreto empresarial.

De seguido tenemos que saber: ¿a quién protege este derecho? A cualquier persona física o jurídica que legítimamente ejerza el control sobre el mismo. La protección se extiende frente a cualquier modalidad de obtención, uso o revelación de información que resulte ilícita o de origen ilícito conforme a esta ley. Esta protección no afectará a la autonomía de los interlocutores o a su derecho de negociación colectiva, ni podrá restringir la movilidad de los trabajadores, de tal manera que no se podrá usar para justificar y limitar el uso de estos en experiencia o competencias adquiridas durante su carrera profesional.

Así las cosas, resulta esencial para una empresa u organización: 1) identificar sus secretos comerciales; 2) verificar el nivel real de protección; 3) implementar las medidas de protección que se consideren pertinentes.

Sea como fuere, la protección adecuada del secreto requiere, en primer lugar, hacer que la información que contiene aquel no sea de fácil acceso y en cualquier caso sea difícil rastrear el acceso. También debe recordarse que las violaciones de un secreto empresarial no son ejecutadas única o directamente por empresas competidoras; de hecho, y con frecuencia, los sujetos que llevan a cabo el menoscabo de la información se consideran sujetos como (ex)empleados, proveedores, clientes y socios industriales. Luego, a la vista de la situación, resulta conveniente utilizar siempre instrumentos legales como acuerdos de confidencialidad y de no divulgación o marcados de documentación intercambiada con notas de confidencialidad, entre otros. Además, se ha de realizar una labor de concienciación y formación a los propios empleados, también preparando protocolos de seguridad escritos. Es aconsejable, por tanto, adoptar instrumentos de protección física (limitación del número de personas involucradas, adopción de una política de *clean desk*, áreas separadas, destrucción de documentos o soportes de datos físicos) y, respecto al uso de las tecnologías informáticas: empleo de contraseñas-*passwords*, cifrado de datos, cortafuegos-*firewalls*, elementos de «huella digital» de codificación de documentos y trazabilidad de acceso.

Algunas de las preguntas que se infieren de la exposición que acabamos de realizar son las siguientes: ¿cuáles son las «medidas razonables» (Cueto García, 2022) a adoptar? ¿Y cómo mantiene un titular de secretos empresariales su información segura y, al mismo tiempo, la hace accesible para poder presentarla como prueba en procedimientos contra terceros? En caso de violación de un secreto empresarial, el tribunal competente tendrá que tener varios elementos disponibles para determinar la propiedad del secreto y su posible violación, tales como: (a) una descripción del secreto empresarial para verificar si cumple con los requisitos mínimos, (b) un documento que certifique cronológicamente el momento de su creación a fin de determinar la propiedad y la creación/existencia, y (c) la garantía de que el titular mantiene segura esta información. Una de las posibles soluciones, en este sentido, puede consistir en el uso del *blockchain*⁵², entendido como una red descen-

⁵² Cfr. sobre este tópico a Balbo (2018), que manifiesta:

En este punto, es legítimo preguntar cómo *Blockchain* se puede insertar legalmente en el contexto de los secretos comerciales y cómo puede contribuir al cumplimiento de las definiciones

tralizada que ofrece la posibilidad de almacenar y transferir datos o valores de forma segura a través de un sistema encriptado. La cadena de bloques, de hecho, debería permitir a los poseedores de secretos empresariales cargar documentos que puedan describir la información que desean proteger (notas preliminares, recetas, procesos, etc.), evitando así la carga de tener que mantener esa información siempre segura y temiendo la pérdida de dichos documentos y, por lo tanto, proporcionando un «sello» temporal, un certificado de propiedad (de información intangible en posesión en un momento dado) y la garantía de incorruptibilidad y seguridad⁵³.

En definitiva, puede apreciarse que la parte más sobresaliente dentro de las novedades de la ley española es la definición y descripción del objeto de la ley (el secreto empresarial), atribuyendo este a su titular un derecho subjetivo de naturaleza patrimonial, susceptible de ser objeto de transmisión, cesión o autorización de explotación, y ponderar hasta dónde presenta su carácter de secreto la conveniencia de divulgar o no algunos aspectos de esa información.

y requisitos establecidos por la Directiva. La respuesta se encuentra en el artículo 2, párrafo 1, letra c) de la Directiva: las «medidas razonables» que el titular debe tomar para mantener el secreto comercial en condiciones seguras. De hecho, *Blockchain* permite proteger información comercialmente valiosa en la Red mediante encriptación, lo que permitiría al titular del secreto comercial cumplir con el requisito del artículo 2, párrafo 1, letra c) de la Directiva. *Blockchain* en realidad también puede ser la herramienta a través de la cual proteger un secreto comercial, aunque parece apropiado señalar que el tipo de *Blockchain* que se utilizará en este contexto debe ser una Red pública de *Blockchain* (cuanto más grande sea *Blockchain*, más incorruptible será) o autorizada (interno o proporcionado por un tercero garantizado). En este caso, parece razonable entender que *Blockchain* es un lugar seguro para cargar información de acuerdo con el requisito de «medidas razonables», dada la extrema dificultad (si no imposible) de piratear la cadena (de hecho, para acceder a las redes de *Blockchain*, se necesitan claves de acceso y, además, en el improbable caso de «piratería», el pirata informático debe modificar los datos en cada nodo de *Blockchain*: un nodo es cada computadora/dispositivo conectado a la red, dejando así información relevante que podría permitir al titular del secreto comercial rastrear al autor de la violación). Una de las empresas que ya proporciona este tipo de servicio es, por ejemplo, *Bernstein*, un servicio basado en *Blockchain* que permite a los propietarios cargar una huella digital (es decir, una copia del documento) del secreto comercial de forma confidencial en la Red pública de Bitcoin, liberando al titular un certificado que indica que este documento, al que *Bernstein* u otros terceros no pueden acceder en cualquier momento, se ha cargado (y, por lo tanto, prueba de propiedad) en una fecha determinada. Sin embargo, *Blockchain* no es la única solución disponible para cumplir con los requisitos de la Directiva y, a la espera de ver si las pruebas basadas en *Blockchain* serán aceptadas y evaluadas ante los Tribunales de los Estados miembros de la UE (o simplemente esperarán el informe del Observatorio de la EUIPO sobre tendencias de litigios que se publicará antes del 9 de junio de 2021), es apropiado, en la actualidad, ocuparse de otras formas de protección de secretos comerciales. La demanda de derechos de autor del Tribunal de Internet de Hangzhou el 27 de junio mostró que la evidencia basada en *Blockchain* es perfectamente capaz de proporcionar pruebas seguras, con una indicación de tiempo basada en una plataforma criptográfica incorruptible.

⁵³ Así se manifiesta Balbo (2018).

3. Información sobre sostenibilidad de las empresas

Las empresas están obligadas a comunicar información no financiera (sobre sostenibilidad) según la Directiva 2013/34/UE⁵⁴, conocida bajo las siglas NFRD (*non financial reporting directive* = directiva de informes no financieros). Esta norma europea se conecta con la información que demanda el artículo 8⁵⁵ del Reglamento de Taxonomía Europeo⁵⁶.

Con el transcurso del tiempo, se han detectado diferentes fallas en la aplicación de la Directiva NFRD, y de ahí que se revise la misma, persiguiendo una serie de objetivos, a saber:

- Fortalecer la pertinencia, comparabilidad y confiabilidad de la información publicada.

⁵⁴ Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo. DOUE L 182, de 29 de junio de 2013. Esta directiva ha sido modificada por la Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera NFRD. DOUE L 330, de 15 de noviembre de 2014.

⁵⁵ Ordena el artículo 8: *Transparencia de las empresas en los estados no financieros*:

1. Toda empresa obligada a publicar información no financiera con arreglo a lo dispuesto en los artículos 19 bis o 29 bis de la Directiva 2013/34/UE incluirá en su estado no financiero o en su estado no financiero consolidado información sobre la manera y la medida en que las actividades de la empresa se asocian a actividades económicas que se consideren medioambientalmente sostenibles con arreglo a lo dispuesto en los artículos 3 y 9 del presente Reglamento.

2. En particular, las empresas no financieras divulgarán la siguiente información: a) la proporción de su facturación que procede de productos o servicios relacionados con actividades económicas que se consideren medioambientalmente sostenibles con arreglo a lo dispuesto en los artículos 3 y 9, y b) la proporción del total de su activo fijo y la proporción de sus gastos de explotación relacionadas con activos o procesos asociados a actividades económicas que se consideren medioambientalmente sostenibles con arreglo a lo dispuesto en los artículos 3 y 9.

3. Si una empresa publica información no financiera con arreglo a lo dispuesto en los artículos 19 bis o 29 bis de la Directiva 2013/34/UE en un informe separado, con arreglo a lo previsto en el artículo 19 bis, apartado 4, o en el artículo 29 bis, apartado 4, de dicha Directiva, la información a que se refieren los apartados 1 y 2 del presente artículo se publicará en dicho informe separado. 4. La Comisión adoptará un acto delegado con arreglo al artículo 23 para complementar los apartados 1 y 2 del presente artículo a fin de especificar las normas de contenido y presentación de la información que deba divulgarse en virtud de dichos apartados, incluida la metodología que haya de emplearse para el cumplimiento de lo dispuesto en ellos, teniendo en cuenta las particularidades tanto de las empresas financieras como de las no financieras y los criterios técnicos de selección establecidos en virtud del presente Reglamento.

⁵⁶ Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088. DOUE L 198, de 22 de junio de 2020.

- Promover la implementación exitosa del Pacto Verde Europeo y el logro de sus objetivos.
- Contribuir a centralizar la recopilación de información esperada por los actores en términos de sostenibilidad, con el fin de limitar los costes.

De esta suerte, la información extrafinanciera (sobre sostenibilidad) de las empresas vendrá a contenerse y recogerse en la nueva Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014⁵⁷, la Directiva 2004/109/CE⁵⁸, la Directiva 2006/43/CE⁵⁹ y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas⁶⁰, en adelante directiva CSRD, conocida bajo estas siglas (*corporate sustanaibility reporting directive*), que es nuestro objeto de interés.

A tal efecto, la disposición europea viene a reforzar las disposiciones acerca de la información ambiental⁶¹, de gobernanza⁶² y social⁶³ que deben comunicar las empresas en sus informes (Muñoz Prieto y Enciso de Yzaguirre). Dentro de esta información se incluirá: asuntos ambientales⁶⁴ (cfr., arts. 9 a 15 del Reglamento de Taxonomía Europeo, ya referido);

⁵⁷ Reglamento (UE) n.º 537/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público y por el que se deroga la Decisión 2005/909/CE de la Comisión. DOUE L 158, de 27 de mayo de 2014.

⁵⁸ Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE. DOUE L 390/38, de 31 de diciembre de 2004.

⁵⁹ Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo. DOUE L 157, de 9 de junio de 2006.

⁶⁰ Véase la comunicación del Consejo General de Economistas sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y el Reglamento (UE) n.º 537/2014, en lo que respecta a la presentación de informes de sostenibilidad empresarial, en <https://rea.economistas.es/Contenido/REA/RSC/Comunicaci%C3%B3n%20Comisi%C3%B3n%20EINF%20%2B%20RSC%20e%20II%20n%C2%BA%201%20dftva.%20150621%20def.pdf>

⁶¹ Cfr. Decisión (UE) 2022/591 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de abril de 2022, relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2030, DOUE L 114/22, 12 de abril de 2022, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D0591&from=ES>

⁶² Ilustrativo resulta sobre este tópico el considerando 50 de la directiva CSRD (Miquel Rodríguez, 2021).

⁶³ Clarificador sobre los aspectos sociales resulta el considerando 49 de la directiva CSRD.

⁶⁴ Sobre este campo, hemos de estar al artículo 9 (Objetivos medioambientales) del Reglamento de Taxonomía Europea, que comprende:

asuntos sociales y de trato a los trabajadores; el respeto por los derechos humanos⁶⁵; medidas contra la corrupción y soborno; diversidad en los consejos de administración de las empresas en función de determinados criterios, en particular, en la igualdad de género⁶⁶, por ejemplo. Es decir, el «rosario» de criterios y elementos que entraría dentro de los informes de sostenibilidad es ambicioso y amplio, al incorporar de forma global y sintética: derechos medioambientales, derechos sociales, derechos humanos y parámetros de gobernanza⁶⁷.

Al hilo de lo hasta aquí expuesto, podría pensarse que es mucha la información a proporcionar y, por ende, cabría la duda razonable de poner en tela de juicio qué sucede con los secretos empresariales como información con valor comercial, económico y estratégico; ¿perdería el carácter de secreto o queda bien amparado por su delimitación en el cuadro normativo comentado *ut supra*? Sobre este particular, hay que ser cautelosos y prudentes, toda vez que la no aportación de determinada información iría en contra del cumplimiento de la legislación europea, de ahí que haya que fijar de forma clara cuáles son los márgenes en orden a trazar la información sobre sostenibilidad para ofrecer y cuáles no, para no imposibilitar el sistema⁶⁸ o no cumplir la finalidad última: proporcionar información que responda a la imagen fiel de las acciones, comportamientos, decisiones, políticas y riesgos derivados de las empresas afectadas.

3.1. La directiva CSRD

Observemos de seguido la disciplina contenida en la directiva CSRD, ya mencionada, y tal como puede intuirse a primera vista de su propio enunciado y título, la disposición viene

A efectos del presente Reglamento, serán objetivos medioambientales los siguientes: a) mitigación del cambio climático; b) adaptación al cambio climático; c) uso sostenible y protección de los recursos hídricos y marinos; d) transición hacia una economía circular; e) prevención y control de la contaminación; f) protección y recuperación de la biodiversidad y los ecosistemas.

⁶⁵ *In totum*, cfr. Martínez Nadal (2021).

⁶⁶ Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas, DOUE L 315, de 7 de diciembre de 2022.

⁶⁷ En el alcance nacional, hemos de estar a lo disciplinado en la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. BOE n.º 88, de 13 de abril de 2021. Como se enuncia en su exposición de motivos (1): «Un compromiso de los accionistas eficaz y sostenible es una de las piedras angulares del modelo de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas, que depende, entre otras cosas, de mecanismos internos de control y equilibrio entre los distintos órganos y partes interesadas».

⁶⁸ En esta línea, véase el informe elaborado por Grant Thornton: «Reporting ESG: el camino hacia la sostenibilidad para el mid-market» en <https://www.grantthornton.es/perspectivas/tendencias/reporting-esg-el-camino-hacia-la-sostenibilidad-para-el-mid-market/>

a modificar varias reglas y, en particular, a actualizar o remozar sus contenidos en diferentes apartados y preceptos. En este sentido, se ha de enfatizar el cambio de terminología, al pasar de la «información no financiera» a emplearse la expresión «información sobre sostenibilidad»⁶⁹, que resulta más acorde a los diferentes y extensos criterios que han de configurar e integrar el reporte.

De hecho, la Directiva 2022/2464/UE⁷⁰ viene a modificar diferentes disposiciones, siendo la más relevante la referida a su predecesora, la Directiva sobre divulgación de información no financiera (2014/95/UE)⁷¹, con el propósito de remediar algunas de las deficiencias puestas de manifiesto en la información (reporte) no financiera⁷², así como incrementar el abanico de agentes y sujetos obligados a informar sobre cuestiones de sostenibilidad. Téngase en cuenta que la Ley 11/2018⁷³, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad⁷⁴, venía a transponer la pretérita directiva NFRD⁷⁵.

⁶⁹ Atiéndase al razonamiento que proporciona el considerando 8 de la directiva CSRD:

Muchas partes interesadas consideran que el término «no financiera» es inexacto, en particular porque implica que la información en cuestión carece de relevancia financiera. Sin embargo, dicha información tiene cada vez más relevancia financiera. Muchas organizaciones, iniciativas y profesionales del campo de la información sobre sostenibilidad hacen referencia a «información sobre sostenibilidad». Por lo tanto, es preferible utilizar el término «información sobre sostenibilidad» en lugar de «información no financiera». Procede, por tanto, modificar la Directiva 2013/34/UE para tener en cuenta dicho cambio de terminología.

⁷⁰ Cfr. todos los documentos preparatorios de esta directiva en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/HIS/?uri=CELEX:32022L2464>

⁷¹ Esta Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, ya modificaba la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. DOUE L 330, de 15 de noviembre de 2014. *Vid.* Hummel y Jobst (2022).

⁷² Cfr. Val Talens (2019), Saiz Marquínez (2022) y Marín y Ortiz (2022).

⁷³ BOE n.º 314 de 29 de diciembre de 2018.

⁷⁴ Véase la interpretación de esta norma en: Consulta auditoría 1v- BOICAC 117/Marzo 2019 (publicada en la web del ICAC el 13 de febrero de 2019): Sobre si el verificador del estado de información no financiera, en aplicación de lo establecido en la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, podría ser el auditor de cuentas de la entidad o qué condiciones debe reunir este. (TOL7.222.978). BOICAC n.º 117/2019 Consulta 1: Sobre determinadas cuestiones relacionadas con el ámbito de aplicación de la obligación de publicar el estado de información no financiera. Situaciones planteadas. En relación con la información no financiera exigida por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad (TOL7.201.457).

⁷⁵ Al respecto, *vid.* Enciso Alonso-Muñumer (2020), Chamorro Domínguez (2022) y Villacorta Hernández (2022).

Por cuanto hace a la entrada en vigor de la directiva CSRD, expresamente el artículo 7 prescribe:

La presente Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. El artículo 4 de la presente Directiva se aplicará a partir del 1 de enero de 2024 a los ejercicios que comiencen el 1 de enero de 2024 o en una fecha posterior.

Según lo expresado, la directiva entró en vigor el 5 de enero de 2023, y desde esta fecha, como *dies a quo*, los Estados miembros tendrán hasta el 6 de julio de 2024 para su debida transposición.

La pretensión de la directiva CSRD se alinea con la finalidad de igualarse⁷⁶, en la medida de lo posible y transcurrido el tiempo que sea necesario, a la información financiera que están obligadas las empresas a ofrecer. De esta suerte se posibilita al público (sociedad civil), consumidores, el acceder y contrastar datos que sean certeros, fiables y comparables⁷⁷, y como se comprende e intuye, especialmente destinada esa información a los inversores⁷⁸ y grupos de interés⁷⁹, que precisan de forma adecuada calibrar los diferentes

⁷⁶ Vid. considerando 24 de la directiva CSRD, en aras de establecer el mecanismo destinado a determinar la equivalencia de la información exigida en virtud de dicha directiva y criterios de equivalencia general relativos a las normas de contabilidad.

⁷⁷ Informe de posicionamiento de DIRSE (asociación española de los profesionales de la sostenibilidad y los aspectos ASG [ambientales, sociales y de gobierno corporativo]) sobre la directiva de reporte en sostenibilidad en <https://www.dirse.es/posicionamiento-dirse-csrd/>

⁷⁸ Vid. el tenor legal de los considerandos 11, 12 y 14, respectivamente, de la directiva CSRD.

⁷⁹ El considerando 9 de la directiva CSRD delimita quiénes son los principales beneficiarios de esta información:

Si las empresas mejorasen la información sobre sostenibilidad, ello redundaría en última instancia en beneficio de los *ciudadanos y ahorradores, incluidos los sindicatos y los representantes de los trabajadores*, que estarían adecuadamente informados y, por lo tanto, podrían participar en mejores condiciones en el diálogo social. Los ahorradores que deseen invertir de forma sostenible van a tener la oportunidad de hacerlo, mientras que todos los ciudadanos disfrutarían de un sistema económico estable, sostenible e integrador. Para materializar estos beneficios, la información sobre sostenibilidad presentada en los informes anuales de las empresas debe llegar en primer lugar a *dos grupos principales de usuarios*. El primer grupo de usuarios lo constituyen los *inversores, incluidos los gestores de activos*, que desean conocer mejor los riesgos y oportunidades que suponen las cuestiones de sostenibilidad para sus inversiones y las repercusiones de dichas inversiones en las personas y el medio ambiente. El segundo grupo de usuarios está formado por *agentes de la sociedad civil, incluidas las organizaciones no gubernamentales y los interlocutores sociales*, que desean que las empresas asuman un mayor nivel de responsabilidad por su impacto en las personas y el medio ambiente. Otras partes interesadas también podrían hacer uso de la información sobre sostenibilidad presentada en los informes anuales, en particular para favorecer la comparabilidad entre diferentes sectores del mercado y dentro

riesgos de inversión (Amargant Arnau y Gutiérrez del Arroyo González, 2022) (riesgos de crédito, de mercado, de liquidez, operativos, legales, reputacionales o de retroalimentación) generados por el cambio climático y otros problemas vinculados a la sostenibilidad, en aras de adoptar las decisiones más convenientes⁸⁰. En definitiva, las implicaciones de esta directiva en el modo de proceder de las empresas en orden a proporcionar información, que no sea financiera (Zolomian, 2022), o, dicho de otro modo, relativas a la sostenibilidad, se convierten en el epicentro de la norma y, a tal fin, no existan brechas, ni disparidades legislativas, que puedan afectar al corazón del mercado único europeo⁸¹.

En similar medida, se ha de precisar que la norma europea comentada se incardina dentro de aquellas que propician que las empresas tiendan a aplicar y proyectar una perspectiva responsable⁸² en (y para) sus actividades y, a la par, examinar las conductas y desempeños asociados a la sostenibilidad, como «guía» y parte del Pacto Verde Europeo, ya comentado. Pareciese, de este modo, estar contribuyendo al diseño de una cultura o sensibilización (Ruiz Muñoz, 2020) hacia la transparencia, derivada del impacto de las empresas, tanto en las personas como en el medio ambiente y, construyendo con ello, la RSC/RSE (Embid Irujo, 2020).

A mayor abundamiento, se ha buscado también poner fin al fenómeno del lavado de imagen verde o *greenwashing*⁸³, llevado a cabo por algunas empresas. Al contrario, se aus-

de cada uno de ellos. *Los socios comerciales de las empresas, incluidos los clientes*, podrían basarse en la información sobre sostenibilidad para conocer los riesgos y repercusiones para la sostenibilidad a lo largo de sus propias cadenas de valor y, en su caso, informar de ello. *Los responsables políticos y las agencias de medio ambiente* pueden utilizar esta información, en particular de forma agregada, para hacer el seguimiento de las tendencias medioambientales y sociales, contribuir a las cuentas medioambientales y modular las políticas públicas. (El énfasis es de nuestra autoría).

⁸⁰ Adviértase que la Comisión presentó una nueva estrategia para hacer más sostenible el sistema financiero de la Unión Europea y proponer un nuevo estándar de bonos verdes de la Unión Europea. En https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_3405

⁸¹ Vid. los considerandos (15) y (16) de la directiva CSRD.

⁸² Cfr. «Faire de la RSE une ambition et un atout pour chaque entreprise (Hacer de la RSC una ambición y un activo para todas las empresas)» en <http://www.senat.fr/rap/r22-089/r22-0896.html>

⁸³ Cfr. el considerando 13 de la directiva CSRD y nota del despacho Uría Menéndez «Directiva relativa a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (Corporate Sustainability Reporting Directive)», en https://www.uria.com/documentos/circulares/1614/documento/13161/Nota_ESG.pdf?id=13161&forceDownload=true, se relata en p. 2:

La Unión Europea necesita disponer de un marco de presentación de información *sólido* y *asequible* para las empresas, acompañado de prácticas de auditoría eficaces, para garantizar la fiabilidad de los datos y evitar el blanqueo ecológico (*green washing*) y la doble contabilización y las sobrestimaciones en la información que se publique. La falta de parámetros y métodos generalmente aceptados para medir, valorar y gestionar los riesgos relacionados con la sosteni-

picia el fomentar la economía social y verde de mercado en la Unión Europea, beneficiario de contar con estándares globales sobre sostenibilidad estables.

Sumado a esta directiva CSRD, se prevé por parte de la Comisión Europea⁸⁴ establecer actos delegados de desarrollo del contenido de la precitada norma a lo largo del 2023 mediante estos instrumentos legales, con el propósito de tratar y confeccionar reglas armonizadas y consolidadas de cómo presentar los informes de sostenibilidad (Abad Navarro *et al.* 2022). A tal efecto, se atenderá a los estándares de sostenibilidad⁸⁵ (Estándares Europeos de Informes de Sostenibilidad [ESRS]), aprobados en noviembre de 2022 por la EFRAG⁸⁶ (entidad que asesora a la Comisión Europea sobre la adopción de las normas internacionales de presentación de información financiera).

Se destaca que la información sobre sostenibilidad de las empresas puede proporcionarse por los protocolos telemáticos que se acuerden e, igualmente, dicha información estará supeditada a auditorías independientes y procedimientos de certificación en aras de ofrecer la información más fiable al mercado y que los agentes opten a comparar la misma. En este sentido, no se escapa que se armoniza/estandariza la información a proporcionar por parte de la empresa, cuestión que provoca una reducción de costes a medio y largo plazo, amén de saber a qué atender en orden a la configuración y trazabilidad de los informes.

En efecto, se descuelga de lo comentado, de un lado, que la nueva directiva CSRD viene a exigir que las empresas, incluidas aquellas que no negocien sus valores en mercados regulados dentro de la Unión Europea, presenten sus informes de gestión sobre sostenibilidad en formato electrónico, tal y como viene estipulado en el artículo 3⁸⁷ del Reglamento Delegado (UE) 2019/815⁸⁸ de la Comisión, y subrayen su información sobre sostenibilidad, incorporando la información que demanda el artículo 8 del Reglamento de Taxonomía Eu-

bilidad supone también un obstáculo a la hora de que las empresas se esfuercen por garantizar la sostenibilidad de sus modelos de negocio y actividades.

⁸⁴ También, *vid.* el considerando 81 de la directiva CSRD.

⁸⁵ Más en <https://www.efrag.org/lab6>. También: «Faire de la RSE une ambition et un atout pour chaque entreprise (Hacer de la RSC una ambición y un activo para todas las empresas)», en <http://www.senat.fr/rap/r22-089/r22-0896.html>, se da buena cuenta de las directrices EFRAG sobre materialidad dual.

⁸⁶ Para más información véase el considerando 39 de la directiva CSRD.

⁸⁷ Prescribe el artículo 3, *Formato electrónico único de presentación de información*: Los emisores elaborarán la totalidad de sus informes financieros anuales en el formato XHTML.

⁸⁸ *Vid.* el extenso Reglamento Delegado (UE) 2019/815 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2018, por el que se completa la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la especificación de un formato electrónico único de presentación de información. DOUE L 143, de 29 de mayo de 2019.

ropeo, ya referido, y en el protocolo electrónico de presentación de información ordenado en el precitado Reglamento Delegado (UE) 2019/815.

De otro lado, si queremos hacer creíble y segura la equiparación⁸⁹ entre proporcionar información financiera y no financiera por parte de las empresas, es conveniente que dicha información sea verificada por un prestador independiente de servicios de verificación, en concreto, si se quiere una normalización de estas. Nótese que está en juego la credibilidad⁹⁰, y de ahí que se requiera por la directiva CSRD, con carácter progresivo en el tiempo, la obligación de una auditoría que emita el certificado o dictamen⁹¹, según proceda, respecto a la información que requieren las normas respecto a la sostenibilidad. Aquí se estará a observar lo disciplinado por el Reglamento de Taxonomía Europeo, ya anotado. Por último, tampoco podemos descuidar en este campo de actuación que la legislación objeto de atención se rodea y se respalda con diferentes disposiciones normativas que han de coadyuvar al fin último de auxiliar y avanzar hacia una economía sostenible.

El ámbito subjetivo de esta directiva CSRD alcanza a (1) todas las grandes empresas, ya sean las que cotizan o no en los mercados de valores y tengan naturaleza pública o privada. De igual modo, están sujetas a los condicionantes de información que requiere la legislación europea aquellas empresas que presenten una entidad o volumen relevante (García Sánchez, 2021) dentro de la Unión Europea; se consideran aquellas cuyo volumen de negocios es superior a 150 millones de euros y posean filiales o sucursales en el territorio de la Unión Europea. Asimismo, se incluyen dentro de este arco de actuación, (2) las pymes que negocien (coticen) sus acciones en Bolsa⁹², a *sensu contrario*, (3) se excluye explícitamente a las pymes que no coticen en Bolsa⁹³ y, especialmente, a las microempresas.

⁸⁹ Se destaca esta equiparación –equivalencia– a lo largo del articulado de la directiva, *v. gr.*, considerando 37 de la directiva CSRD: «La elaboración de normas comunes obligatorias de presentación de información sobre sostenibilidad es necesaria para lograr una situación en la que esa información tenga un estatus comparable al de la información financiera».

⁹⁰ *Cfr.* el trabajo de Pérez Cansino (2022).

⁹¹ *Vid.* la noticia: «Los auditores alertan que las empresas aplican de forma arbitraria las normas de sostenibilidad», en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/11/28/companias/1669655350_482565.html

⁹² Standard Ethics es una agencia de calificación de la sostenibilidad autorregulada, que se adapta al modelo *applicant-pay*, donde sus clientes son empresas cotizadas y no cotizadas que han solicitado una calificación de sostenibilidad. Véase el informe para España en <https://www.standardethics.eu/media-en/research-methodology>

⁹³ Se puede traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 18 de junio de 2015. Asunto C-508/13:

La presente Directiva debe garantizar que los requisitos para las pequeñas empresas se armonicen en gran medida en toda la Unión. La presente Directiva se basa en el principio de «pensar primero a pequeña escala». A fin de evitar cargas administrativas desproporcionadas a dichas empresas, procede que los Estados miembros solo exijan unas pocas comunicaciones de información mediante notas adicionales a las notas explicativas obligatorias. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0508&qid=1673620948120>

3.2. Criterio sobre reporte de activos inmateriales

La directiva CSRD deja claro que la información a ofrecer por parte de las empresas es la relativa a la sostenibilidad. El interrogante que surge de seguido es qué tipo de información entraría dentro de esta propuesta y, en particular, cómo ha de entenderse el criterio de *recursos inmateriales fundamentales*.

Ab initio, hemos de llamar la atención como el artículo 1 de la directiva CSRD, en su punto 3), viene a modificar el contenido del artículo 19, apartado 1, Directiva 2013/34, y se añade el párrafo siguiente:

Las grandes empresas y las pequeñas y medianas empresas, a excepción de las microempresas, que sean entidades de interés público tal como se definen en el artículo 2, punto 1, letra a), presentarán información sobre los recursos inmateriales fundamentales y explicarán de qué manera el modelo de negocio de la empresa depende fundamentalmente de dichos recursos y cómo constituyen dichos recursos una fuente de creación de valor para la empresa.

Se desgana del tenor legal del precepto, la incorporación en la información sobre sostenibilidad de las empresas, la pertinencia de introducir con qué recursos inmateriales se cuenta y cómo estos sirven para generar valor añadido, y apreciarlo desde la óptica de cómo influye en el modelo de negocio. Ciertamente es que el ámbito subjetivo –por el momento– no abarca a todas las empresas, sino a aquellas que sean de interés público de acuerdo con la normativa, si bien, aquí deberíamos tener muy en cuenta todos los activos intangibles de una empresa ilustrados en la propiedad intelectual en sentido extenso y, en particular, la propiedad industrial. Consideremos que, en paralelo, a la demanda a las empresas de informar en torno a la sostenibilidad, la Unión Europea es más que consciente de la conveniencia de amparar, fomentar y reglamentar los aspectos medioambientales y de economía circular asociados a la propiedad industrial⁹⁴, pero también hemos de pensar que dentro de la categoría genérica «recursos inmateriales fundamentales», que estamos tratando, *v. gr.*, se incorpora y reconoce el secreto empresarial en aras de dar contenido y sentido al Pacto Verde Europeo y los ODS y, a la par, propiciar la RSC/RSE⁹⁵.

⁹⁴ Ejemplo manifiesto es lo que está sucediendo con la ecoinnovación para lograr productos sostenibles https://ec.europa.eu/info/energy-climate-change-environment/standards-tools-and-labels/products-labelling-rules-and-requirements/sustainable-products/ecodesign-sustainable-products_es. También, la comunicación de la Comisión: Hacer que los productos sostenibles sean la norma, COM (2022) 140 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022DC0140>. *Vid.* Vence y Pereira (2019). En el ámbito nacional se recogen las acciones en torno a la economía circular en la Unión Europea en <https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/economia-circular/comision-europea/>

⁹⁵ *In totum*, *vid.* Sanz Larruga (2013) y Mora Ruiz (2022).

Según se desprende de la directiva CSRD, la información⁹⁶ sería aquella que incide sobre los riesgos y oportunidades derivados de cuestiones sociales y ambientales en los que se ve envuelta la empresa, así como sobre los impactos de las actividades que desarrolla la empresa, tanto en las personas⁹⁷ como el medio ambiente⁹⁸, tal y como venimos reiterando.

⁹⁶ Para Martínez Pina (21 de diciembre de 2022),

se amplía la información sobre sostenibilidad incidiendo, entre otras cuestiones, en información sobre los planes de la empresa para garantizar que su modelo de negocio y su estrategia sean compatibles con la limitación al calentamiento global a 1,51 °C, sobre cómo los órganos de administración y dirección supervisan las cuestiones de sostenibilidad y sus conocimientos al respecto y los efectos negativos reales o potenciales de las propias actividades de la empresa y su cadena de valor en materia de sostenibilidad. Se amplía también la información sobre activos intangibles, incluido el capital humano, intelectual, social y relacional.

⁹⁷ Véase la nota que publica el despacho Uría Menéndez, «Directiva relativa a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (Corporate Sustainability Reporting Directive)», *op. ult. cit.*, se manifiesta en p. 2:

La Unión Europea es consciente de que la pandemia de COVID-19 ha acelerado aún más el aumento de las necesidades de información de los usuarios, en particular porque ha puesto de manifiesto las vulnerabilidades de los trabajadores y de las cadenas de valor de las empresas, y considera que disponer de información sobre los impactos medioambientales también es pertinente a la hora de mitigar los riesgos de futuras pandemias, ya que las perturbaciones causadas en los ecosistemas por influencia humana están cada vez más relacionadas con la aparición y propagación de enfermedades.

⁹⁸ Aquí puede traerse a colación lo disciplinado en el artículo 1 de la Ley 11/2018, al decretar:

El estado de información no financiera consolidado incluirá información significativa sobre las siguientes cuestiones: I. Información sobre cuestiones medioambientales: Información detallada sobre los efectos actuales y previsibles de las actividades de la empresa en el medio ambiente y, en su caso, la salud y la seguridad, los procedimientos de evaluación o certificación ambiental; los recursos dedicados a la prevención de riesgos ambientales; la aplicación del principio de precaución, la cantidad de provisiones y garantías para riesgos ambientales.

– Contaminación: medidas para prevenir, reducir o reparar las emisiones de carbono que afectan gravemente el medio ambiente; teniendo en cuenta cualquier forma de contaminación atmosférica específica de una actividad, incluido el ruido y la contaminación lumínica.

– Economía circular y prevención y gestión de residuos: medidas de prevención, reciclaje, reutilización, otras formas de recuperación y eliminación de desechos; acciones para combatir el desperdicio de alimentos.

– Uso sostenible de los recursos: el consumo de agua y el suministro de agua de acuerdo con las limitaciones locales; consumo de materias primas y las medidas adoptadas para mejorar la eficiencia de su uso; consumo, directo e indirecto, de energía, medidas tomadas para mejorar la eficiencia energética y el uso de energías renovables.

– Cambio climático: los elementos importantes de las emisiones de gases de efecto invernadero generados como resultado de las actividades de la empresa, incluido el uso de los bienes y servicios que produce; las medidas adoptadas para adaptarse a las consecuencias del cambio climático; las metas de reducción establecidas voluntariamente a medio y largo plazo para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y los medios implementados para tal fin.

Detengámonos a examinar qué se entiende en la norma europea por *recursos inmateriales fundamentales*. Y, a tal finalidad, hemos de acudir al tenor legal recogido en el considerando 32 de la directiva CSRD:

La Directiva 2013/34/UE no exige la divulgación de información sobre los recursos inmateriales distintos de los reconocidos en el balance. Es un hecho ampliamente reconocido que no se informa suficientemente sobre los activos inmateriales y otros factores inmateriales, incluidos los recursos inmateriales generados internamente, lo que impide la correcta evaluación de la evolución, los resultados y la situación de la empresa, así como el seguimiento de las inversiones. Para que los inversores puedan comprender mejor la brecha creciente entre el valor contable de muchas empresas y su valoración de mercado, que se observa en muchos sectores de la economía, debe exigirse una presentación de información adecuada sobre los recursos inmateriales de todas las grandes empresas y de todas las empresas, a excepción de las microempresas, cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado de la Unión. No obstante, determinada información sobre recursos inmateriales es intrínseca a las cuestiones de sostenibilidad y, por tanto, debe formar parte de la presentación de información sobre sostenibilidad. Por ejemplo, la información sobre las capacidades, las competencias, la experiencia, la lealtad a la empresa y la motivación de los empleados para mejorar los procedimientos, los productos y los servicios es información sobre sostenibilidad relativa a cuestiones sociales que también podría considerarse información sobre recursos inmateriales. Del mismo modo, la información sobre la calidad de las relaciones entre la empresa y sus interlocutores, en particular los clientes, los proveedores y las comunidades afectadas por las actividades de la empresa, es información sobre sostenibilidad pertinente para cuestiones sociales o de gobernanza que también podría considerarse información sobre recursos inmateriales. Estos ejemplos ilustran cómo en algunos casos no es posible distinguir la información sobre recursos inmateriales de la información sobre cuestiones de sostenibilidad.

De la lectura de esta proposición hemos de extraer varias interpretaciones. En primer lugar, la regla europea proporciona una especie de casuística y ejemplos para poder entender el valor que tienen los recursos inmateriales para una empresa y su proyección a futuro, en particular, para la adopción de decisiones por parte de los inversores. Claro, el interrogante que surge de seguido, cabalmente, es que si esta información se caracteriza y protege como secreto empresarial, la confidencialidad asociada va a impedir una toma de decisiones correcta a la imagen fiel de la capacidad y evolución del negocio. Agregado a ello, el legislador se percató de que en los informes actuales no se proporciona toda la in-

– Protección de la biodiversidad: medidas tomadas para preservar o restaurar la biodiversidad; impactos causados por las actividades u operaciones en áreas protegidas.

formación o esta es inadecuada para los destinatarios del resto de información, que configuran los informes de sostenibilidad, que resulta una información más acabada.

En segundo lugar, se pone especial énfasis en poner de relieve que tanto los activos como los factores inmateriales inciden sobre las cuestiones de sostenibilidad vinculadas a las empresas. Piénsese en toda la eco-innovación en sus diferentes manifestaciones. Se pone el acento en la diferencia entre *el valor contable de muchas empresas y su valoración de mercado*. De igual modo, se pone como referencias para entender que integran estos recursos inmateriales: *la experiencia, la lealtad a la empresa y la motivación de los empleados para mejorar los procedimientos, los productos y los servicios*. Y, a lo relatado, se incide y une: *información sobre la calidad de las relaciones entre la empresa y sus interlocutores, en particular los clientes, los proveedores y las comunidades afectadas por las actividades de la empresa*. De nuevo vuelve a surgir el interrogante: ¿esto que es? Según hemos explicado en apartados de este análisis, perfectamente, cabría dentro de estos planteamientos la figura del secreto empresarial, tal y como es conceptualizado y reglamentado. No es extraño que nos hagamos estas preguntas, toda vez que, si bien se entiende la finalidad perseguida por la directiva CSRD, absolutamente loable, también hay que entender la identidad y razón de ser de los secretos empresariales, que integran también los activos intelectuales⁹⁹. Pueden surgir conflictos o colisión; pareciese que el legislador habrá de delimitar claramente hasta dónde en un caso u otro, así como la interpretación, *ad hoc*, de los tribunales.

Agregado a lo hasta aquí relatado, también hemos de plantearnos cómo interpretar la aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno¹⁰⁰. Nótese el artículo 14 de esta ley, donde se recogen los límites al derecho de acceso a la información pública. Concretamente, en relación con el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial, estableciéndose:

1. El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: [...] j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. [...] l) La protección del medio ambiente.
2. La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso.

⁹⁹ Recomendación (UE) 2023/499 de la Comisión, de 1 de marzo de 2023, relativa a un Código de buenas prácticas en materia de gestión de los activos intelectuales para la valorización del conocimiento en el Espacio Europeo de Investigación, 7 de marzo de 2023, DOUE L 69, que define «activo intelectual»: todo resultado o producto generado por cualquier actividad de I+D+i (como los derechos de propiedad intelectual e industrial, los datos, los conocimientos técnicos, los prototipos, los procesos, las prácticas, las tecnologías y los programas informáticos).

¹⁰⁰ BOE n.º 295, de 10 de diciembre de 2013.



En este caso, se colocan al mismo nivel como límites a la información tanto el respeto al secreto empresarial como el amparo del medio ambiente.

Se entiende, entonces, el motivo de este plus en la incorporación dentro de la información de sostenibilidad por parte de la directiva CRSD, pero también hay que retener la complejidad asociada en la práctica, precisamente, por abarcar muchos aspectos y fenómenos dentro de la expresión: recursos inmateriales y sus cruces y límites con herramientas como el secreto empresarial.

4. A modo de conclusión

A lo largo de este trabajo hemos contextualizado dos fenómenos de especial interés para las empresas y que, además, interactúan cada vez más en orden a potenciar más el valor de las empresas y, con ello, poder competir y posicionarse en el mercado. Hemos indagado, en un primer paso, en el análisis del secreto empresarial como instrumento con valor comercial, de gestión y estratégico para las empresas, visto desde su reconocimiento legal, conceptual y alcance asociados a los procedimientos y requisitos a cumplir. En una segunda fase de examen, nos hemos aproximado a la directiva CRSD en aras de saber los objetivos perseguidos por esta disposición europea y, en concreto, poner el foco sobre el informe de sostenibilidad al que están obligadas a proporcionar determinadas empresas.

Vinculando el informe de sostenibilidad y el secreto empresarial con el fin de coadyuvar a la sostenibilidad tan necesaria para el planeta y los agentes, además de ser pretensiones de obligado cumplimiento, baste observar la panoplia informativa cada vez más intensa y profusa –no sé si confusa, en algunas circunstancias–, nos damos cuenta de que surgen varios interrogantes, que se han puesto de manifiesto a lo largo del análisis, si bien lo más llamativo por lo novedoso es la exigencia que se demanda ahora por parte de la directiva CSRD, al exigir en la presentación del informe sobre sostenibilidad que se tenga que informar sobre los *recursos inmateriales distintos de los reconocidos en el balance* hasta el momento.

De inmediato provoca el esmero de saber y, en particular, con los ejemplos proporcionados por la propia norma europea, dónde queda el secreto empresarial, se va a ver afectado, o parte de la información con valor comercial se ha de comunicar en orden a dar obligado cumplimiento, y los destinatarios de dicha información, como son los inversores, tengan una información más acabada y, por ende, puedan valorar de mejor forma la evolución y proyección de la empresa y del modelo de negocio. Se le debería requerir a la legislación de los diferentes Estados miembros que han de transponer la directiva CRSD, con relación a no provocar problemas de *forum shopping*, ser muy cautelosos en orden a fijar de forma clara y precisa cuáles son los criterios e ingredientes que van a delinear los recursos inmateriales sobre los cuáles se ha de divulgar y publicitar, para no distorsionar y entrometer-

se en institutos ya consagrados como el secreto empresarial que, *per se*, y en su esencia –dónde reside también su funcionalidad y virtualidad–, es ser una información no divulgada.

Estaremos atentos al desarrollo y recorrido de la legislación europea y la práctica.

Referencias bibliográficas

- Abad Navarro, M.^a C., Bravo Urquiza, F. y Reguera Alvarado, N. (2022). Las normas europeas de divulgación de información corporativa en materia de sostenibilidad y la hipótesis de la Reina Roja. *AECA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, 138, 8-11.
- Agra Viforcos, B. (2020). La protección del secreto empresarial en la era digital. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 452, 117-144.
- Alenza García, J. F. (2020). La economía circular en el Derecho ambiental. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 102(2), 225-249. Ejemplar dedicado al congreso homenaje al prof. Ramón Martín Mateo, «VIII Congreso Nacional Derecho Ambiental (Vulnerabilidad Ambiental)».
- Amargant Arnau, R. y Gutiérrez del Arroyo González, F. (2022). El efecto del cambio climático y la transición energética sobre el sector financiero y la reacción al desafío por parte de la UE. *Papeles de Energía*, 16, 72-75.
- Balbo, A. (26 de noviembre de 2018). Segreti commerciali: La Blockchain é una «misura ragionevole» per mantenerli al sicuro? <https://www.cyberlaws.it/2018/blockchain-segreti-commerciali/>
- Bienvenu, A. (15 de diciembre de 2022). CSRD, la nueva normativa en materia de sostenibilidad <https://www.expansion.com/economia-sostenible/2022/12/15/639b3db2468aeb4a448b458f.html>
- Bustillos Saiz, M.^a M. (2020). *Protección del secreto empresarial en la Directiva (UE) 2016/943 y en la Ley 1/2019*. Marcial Pons.
- Chamorro Domínguez, M.^a de la C. (2022). Otro paso más en el conjunto de normas de la UE sobre sostenibilidad y cambio climático: Normas técnicas del Reglamento de Taxonomía. *Revista de Derecho de Sociedades*, 64.
- Cohen Benchetrit, A. (2022). Primera aproximación a la Propuesta de Directiva sobre gobierno corporativo sostenible y diligencia debida. *Diario La Ley*, 10031.
- Comentario sobre el Proyecto de Directiva del Parlamento Europeo sobre la Diligencia Debida y la Responsabilidad de las Empresas Grupo de Expertos en Derecho de Sociedades Europeo. (2021). *Revista de Derecho de Sociedades*, 62.
- Cueto García, A. (2022). La excepción de la ingeniería inversa en la nueva ley de secretos empresariales y su tratamiento en otros países comunitarios. En E. Ortega Burgos, *Propiedad Intelectual*. Tirant lo Blanch.
- Embid Irujo, J. M. (2020). Aproximación al significado jurídico de la responsabilidad social corporativa. *Revista de Derecho Mercantil*, 316.

- Enciso Alonso-Muñumer, M. (2020). Transparencia y sostenibilidad: nuevos retos de la información no financiera. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 27, 242-281.
- Falce, V. (2015). Trade Secrets-Looking for (Full) Harmonization in the innovation Union. *Review of Intellectual Property and Competition Law*, 46(8), 940-964.
- Fernández Díaz, C. (2016). La lista de clientes como objeto del secreto empresarial. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7, 251-274.
- García Pérez, R., (2022). La adopción de medidas razonables para mantener secreta la información como requisito para la existencia de un secreto empresarial. *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 42, pp. 81-106.
- García Sánchez, I. M.^a (2021). Los estados no financieros de empresas multinacionales. *Economistas*, 175, 59-70.
- Girona Domingo, R. (2022). El secreto empresarial como objeto del contrato. En F. González Castilla y U. Nieto Carol (Dirs.), *Retos de la contratación mercantil moderna* (pp. 647-662). Tirant lo Blanch.
- Girona Domingo, R. M. (2023). Principales aspectos jurídico-laborales de la Ley 1/2019, de 20 de febrero de secretos empresariales. *Revista de Treball, Economia i Societat*, 109.
- Gómez Expósito, A. (2021). Secretos empresariales y derecho de acceso a la información ambiental. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 12(2), 1-31. <https://doi.org/10.17345/rcda>
- Gómez Segade, J. A. (1974). *El secreto industrial (know-how): concepto y protección*. Tecnos.
- Gómez Segade, J. A. (1995). Secreto industrial. En *Enciclopedia Jurídica Básica* (vol. IV). Civitas.
- Gómez Segade, J. A. (2021). La protección de los macrodatos (big data) mediante las normas sobre secretos empresariales. En A. García Vidal (Dir.), *Big data e internet de las cosas: nuevos retos para el derecho de la competencia y de los bienes inmateriales* (pp. 115-152). Tirant lo Blanch.
- González Pachón, L. (2014). Sentencia de 26 de febrero de 2014. La protección jurídica del secreto empresarial. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 96, 431-442.
- Guamán, A., (2021). La Unión Europea y la diligencia debida: contexto, propuestas y razones para el paso del *soft al hard law*. En F. J. Zamora Cabot, L. Sales Pallarés y M.^a Chiara Marullo (Dirs.), *La lucha en clave judicial frente al cambio climático* (pp. 93-113). Aranzadi.
- Hummel, K. y Jobst, D. (2022). The Current State of Corporate Sustainability Reporting Regulation in the European Union. <https://ssrn.com/abstract=3978478>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3978478>
- Kirchner, A. y Kirchner-Freis, I. (Dirs.). (2013). *Green innovations and IPR management*. Wolters Kluwer.
- Marín, S. y Ortiz, E. (2022). Claves Europeas para la armonización de la Información no Financiera o en materia de Sostenibilidad. *Revista de Contabilidad y Dirección*, 33, 69-83.
- Martí Moya, V. (2022). El incesante proceso de positivización de la responsabilidad social en la UE de la información no financiera al informe de sostenibilidad. *La Ley Mercantil*, 93.
- Martínez Nadal, A. (2021). Empresa y derechos humanos: perspectiva de Derecho mercantil. *Revista de Derecho Mercantil*, 320.
- Martínez Pina, A. M. (21 de diciembre de 2022). La nueva información sobre sostenibilidad que proporcionarán las empresas.

- <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-nueva-informacion-sobre-sostenibilidad-que-proporcionarán-las-empresas/>
- Massaguer Fuentes, J. (2019). De nuevo sobre la protección jurídica de los secretos empresariales. A propósito de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 51, 46-70.
- Miquel Rodríguez, J. M. (2021). Quo vadis, corp. Gov. *Revista de Derecho del Sistema Financiero: Mercados, Operadores y Contratos*, 2, 95-128.
- Mora Ruiz, M. (2022). La responsabilidad social corporativa de contenido ambiental: marco jurídico y principales instrumentos. En M.ª J. Revuelta Pérez y J. Ochoa Monzón (Dirs.), *Economía Circular y Responsabilidad Social* (pp. 17-48). Aranzadi.
- Muñoz Prieto, M. P. y Enciso de Yzaguirre, V. (2021). La Contabilidad ambiental como herramienta para la incorporación de la sostenibilidad ambiental en las empresas de Economía Social. CIRIEC - España. *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 103, 249-277.
- Niebel, R. (2018). The EU Trade Secrets Directive: all change for trade secret protection in Europe? *Journal of Intellectual Property Law and Practice*. Oxford University Press, 13, 445-457.
- Pérez Cansino, I. (2022). *La credibilidad de los informes de sostenibilidad en el contexto de la Directiva 2014/95/UE: evidencia en empresas energéticas y petrolíferas europeas*. Universidad de Sevilla. <https://idus.us.es/handle/11441/136384>
- Pooley, J. (2013). El secreto comercial: el otro derecho de propiedad intelectual. *Revista OMPI*, 3. https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2013/03/article_0001.html
- Ramos Gil de la Haza, A. (2022). El secreto empresarial en el sector de la moda. En E. Ortega Burgos (Dir.) y F. García Pérez y I. Antón Juárez (Coords.), *Tratado de Derecho de la Moda (Fashion Law)*. Vol. 1: *Propiedad Industrial e Intelectual, Contratación mercantil, Derechos de las nuevas tecnologías, penal y aduanas* (pp. 225-268). Aranzadi.
- Rodríguez Alcocer, L. M. (2022). El proceso de aprobación de la directiva de Información Corporativa en Materia de Sostenibilidad (Corporate Reporting Sustainability Directive o CSRD). *Técnica Contable y Financiera*, 55, 110-120.
- Ruiz Muñoz, M. (2020). Sobre la moralización de la «empresa». *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 118(4), 43 y ss.
- Saiz Marquínez, A. (2022). Directiva europea sobre presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/12/20/directiva-europea-sobre-presentacion-de-informacion-sobre-sostenibilidad-por-parte-de-las-empresas>
- Santamaría Pastor, J. (1985). Sobre derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5, 159-180.
- Sanz Larruga, F. J. (2013). Aspectos jurídicos sobre la eco-innovación y el diseño ecológico. En F. J. Sanz Larruga, M. García Pérez, J. Pernas García y J. Rodríguez-Arana (Dirs.), *Libre mercado y protección ambiental: intervención y orientación ambiental de las actividades económicas* (pp. 421-461). Instituto Nacional de Administración Pública.
- Suñol Lucea, A. (2020-2021). La protección de los datos como secreto empresarial en la era de la inteligencia artificial. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* (t. 41, pp. 193-220).
- Val Talens, P. (2019). Información no financiera y responsabilidad social corporativa.

- En B. de la Vega Justribó y M. Ruiz Muñoz (Dirs.), *Responsabilidad social corporativa (RSC): economía colaborativa y cumplimiento normativo* (pp. 171-191).
- Valencia Rodríguez, M. (2005). El capital humano, otro activo de su empresa. *Entramado*, 1(2) <https://www.redalyc.org/pdf/2654/265420471004.pdf>
- Valenzuela Garach, F. J. (2021). Los secretos empresariales. Aspectos sustantivos de su regulación legal (1/2019, de 20 de febrero). En J. L. Pérez-Serrabona González y F. J. Pérez-Serrabona González (Dirs.), *Contratación privada, empresa y responsabilidad* (pp. 701-723). Aranzadi.
- Valmaña Ochaía, M.^a (2021). Propuesta de Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifican la Directiva 2013/34/UE, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y el Reglamento (UE) 537/2014, por lo que respecta a la información corporativa en materia de sostenibilidad. *Revista de Derecho de Sociedades*, 63.
- Vega Justribó, B. de la (2017). El secreto empresarial o industrial (know-how). En Ruiz Muñoz (Dir.), *Derecho de la Propiedad Intelectual. Derecho de autor y Propiedad Industrial* (pp. 755 y ss.). Tirant lo Blanch.
- Vence, X. y Pereira, A. (2019). Eco-innovation and Circular Business Models as drivers for a circular economy. *Contaduría y Administración*, 64(1) 1-19. <http://dx.doi.org/10.22201/fca.24488410e.2019.1806>
- Villacorta Hernández, M. A. (2022). Propuestas para mejorar el estado de información no financiera. *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 475, 189-228.
- Zolomian, M. (2022). Reporting extra-financier: la Directive CSRD en vue ! *Lettre Creda-Sociétés*, 10. <https://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/2022-07/Lettre-CREDA-Societes-2022-10print.pdf>

María Isabel Candelario Macías. Profesora titular de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid. Licenciada en Derecho por la Universidad de Salamanca y Escuela de Práctica Jurídica de la precitada universidad. Diplomada en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas por el Centro de Estudios Constitucionales. Máster en Dirección General de Empresas MBA-Internacional por ESDEN, Madrid. Premio de Excelencia 2010 del Consejo Social, modalidad joven personal investigador, Universidad Carlos III de Madrid y Banco Santander. Concesión de la Cátedra de Excelencia, Universidad Carlos III de Madrid-Banco Santander. Coordinadora/responsable del grupo de investigación Proindten, Propiedad Industrial y Nuevas Tecnologías, UC3M. <https://orcid.org/0000-0002-8646-9242>



¿Puede el delito de revelación de secretos constituir un límite al derecho a comunicar y recibir información?

Análisis de la sentencia condenatoria por las noticias sobre el asesinato de Laura Luelmo

M.^a Dolores Pena Rey

*Licenciada en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela
Graduada en Periodismo por la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA
Ejercicio libre de la abogacía (España)*

mariadolorespenarey@gmail.com | <https://orcid.org/0009-0003-2659-7730>

Extracto

La Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Huelva ha dictado una sentencia en el recurso de apelación 96/2023, condenando a una periodista del Diario Huelva Información, SA, y al propio medio como responsable civil, por un delito de revelación de secretos del artículo 197.3, 2.º párrafo del Código Penal, al haber publicado contenido del sumario por el asesinato de doña Laura Luelmo, sujeto a secreto de sumario, lo que constituye la primera condena de este tipo a un periodista o medio de comunicación. Con ello se realiza una interpretación de los artículos 197.2 y 3 del Código Penal y la colisión entre el derecho fundamental a la libertad de información del artículo 20.1 d) de la CE y el derecho a la intimidad del artículo 18.1, así como el artículo 24, que regula la tutela judicial efectiva.

Palabras clave: secreto de sumario; revelación de secretos; dato personal; periodista; secreto profesional; derecho a la información; derecho a la intimidad.

Recibido: 28-02-2024 / Aceptado: 15-03-2024 / Publicado: 03-06-2024

Cómo citar: Pena Rey, M.^aD. (2024). ¿Puede el delito de revelación de secretos constituir un límite al derecho a comunicar y recibir información? (Análisis de la sentencia condenatoria por las noticias sobre el asesinato de Laura Luelmo). *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 281, 75-96. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.21451>



Can the crime of unveiling secrets imply a limitation on the right to information?

Analysis of the guilty court verdict due to the news regarding the murder of Laura Luelmo

M.^a Dolores Pena Rey

Abstract

The 3rd Section of the Provincial Court of Huelva has issued a judgment in the appeal 96/2023, condemning a journalist from Diario Huelva Información, SA and the newspaper itself as civilly responsible, for a crime of disclosing secrets under article 197.3, 2nd paragraph of the Criminal Code. This conviction arises from the publication of content from summary related to the murder of Mrs. Laura Luelmo which was declared secret by the court. This represents the first such conviction of a journalist or media outlet. The judgment involves an interpretation of articles 197.2 and 3 of the Penal Code, addressing the collision between the fundamental right to freedom of information under article 20.1 d) of the Spanish Constitution and the right to privacy under article 18.1, as well as article 24, which regulates the right to effective judicial protection.

Keywords: summary secrecy; disclosure of secrets; personal data; journalist; professional secrecy; right to information; right to privacy.

Received: 28-02-2024 / Accepted: 15-03-2024 / Published: 03-06-2024

Citation: Pena Rey, M.^a D. (2024). ¿Puede el delito de revelación de secretos constituir un límite al derecho a comunicar y recibir información? (Análisis de la sentencia condenatoria por las noticias sobre el asesinato de Laura Luelmo). *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 281, 75-96. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.21451>



Sumario

1. Introducción
2. Resolución de la colisión entre el derecho de información y el derecho a la intimidad conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
3. Cláusula de conciencia y secreto profesional versus secreto sumarial
4. Qué es un dato personal y su tratamiento automatizado
5. Aplicación del artículo 197.2 y 3 del CP conforme a la sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Huelva
6. Conclusiones

Referencias bibliográficas



1. Introducción

Recientemente hemos tenido conocimiento de la condena de la periodista del *Diario de Huelva* y del propio medio de comunicación, que teniendo acceso a los autos de la instrucción por el asesinato de doña Laura Luermo, procedió a su publicación continuada y permanente, cuando estos se encontraban sujetos a secreto de sumario.

Resulta inicialmente llamativa la noticia puesto que, en nuestro país, no es algo novedoso conocer el contenido de los procedimientos judiciales de cierta repercusión social a través de los medios de comunicación, y ello pese a encontrarse en secreto sumarial, sino que nos atrevemos a decir que es lo habitual, haciendo que las propias partes del procedimiento conozcan el contenido de esa manera y no por la información del propio juzgado, en donde se encuentra su instrucción. En la práctica dichas publicaciones estaban exentas de reprimenda penal, al acogerse tanto el periodista redactor de la noticia como el director del medio al secreto profesional y a la cláusula de conciencia, para así no informar de cómo habían accedido a la información publicada o, en definitiva, para no dar a conocer la fuente de la que se obtiene la información, a pesar de encontrarnos ante una clara revelación de secretos contenidos en la causa. Todo ello por considerarse prioritario el derecho a la información del artículo 20.1 de la CE frente al derecho a la intimidad del artículo 18.1, con base en el interés general informativo.

En este caso los magistrados de la sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Huelva consideran que la publicación de la información ha ido más allá del derecho a la información, al aportar la periodista en sus artículos datos que vulneran el derecho a la intimidad, carentes de interés público, y, por lo tanto, prevalecería este derecho sobre el derecho fundamental a la información. Y lo hacen con un análisis exhaustivo de cada una de las noticias publicadas a lo largo de varios días e interpretándolas conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la materia, desde todos los aspectos discutidos, argumentando paso a paso hasta llegar a la resolución final.

La cuestión radica en si la divulgación de datos que afectan a la intimidad y que exceden de toda relevancia informativa o son irrelevantes, gratuitos o innecesarios podemos justificarlos con base en el derecho a la información y por ello eludir la responsabilidad penal que ello conlleva. En estos datos irrelevantes estaría describir de manera profusa datos sobre las lesiones y violación sufrida por la víctima, así como, por ejemplo, la práctica de diligencias necesarias para la investigación, pero intrascendentes para la opinión pública, en cuanto a su derecho a obtener información.

Las críticas que se han realizado por los diferentes medios de comunicación han llegado a calificarla como una sentencia contra el periodismo y el derecho a la información, pero el sentido de la misma es diferente y va a determinar las pautas que deben seguirse en situaciones similares para respetar ambos derechos fundamentales, tanto el derecho a la información y la protección de aquel que publica la misma en el ejercicio de su actividad profesional, como el derecho a la intimidad de los intervinientes en el procedimiento penal, tanto del investigado como de la víctima del delito.

2. Resolución de la colisión entre el derecho de información y el derecho a la intimidad conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El derecho a la información se encuentra regulado en el artículo 20. 1 de la CE¹, el cual consiste en «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión», mientras que el apartado a) reconoce el derecho a la libertad de expresión, es decir, el derecho a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción». El Tribunal Constitucional en sus resoluciones deja claro que hay que diferenciar entre ambos derechos, y aunque el derecho a la información es también un derecho de todos los ciudadanos, en la práctica actúa «sobre todo de salvaguardia de quienes hacen la búsqueda y difusión de la información su profesión específica», acorde a la STC 6/1981². Así, también lo manifiestan los magistrados en el fundamento jurídico primero de la sentencia analizada, cuando recalcan que al ejercitar la libertad de expresión no es exigible la prueba de la verdad, o la diligencia en su averiguación, que por el contrario condiciona la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, al añadir el artículo 20.1 d) de la CE al término «información» y el adjetivo «veraz».

¹ Constitución española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

² STC, Sala 2.ª, 6/1981, de 16 de marzo, rec. de amparo 211/1980. Promovido por don Alfredo Feliu Corcuera y otros en relación con las sentencias del Tribunal Supremo y Audiencia Nacional en proceso sobre vulneración de la libertad de expresión y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1981).

Por ende, es un derecho inexorablemente unido a la profesión periodística, ya que se refiere esencialmente a la comunicación de hechos y noticias, sin perjuicio de que pueda ejercerlo, asimismo, cualquier ciudadano, por ejemplo, a través de artículos de opinión, cartas al director, mediante su participación en programas televisivos o radiofónicos, etc. (López Acuña, 2017, p. 61), y hoy en día, deberíamos añadir comentarios a través de redes sociales como X, anteriormente conocida como Twitter. Por tanto, el derecho a la información versa necesariamente sobre el derecho a la transmisión de información que sea veraz y sobre el derecho a ser informado, e igualmente en cuanto a su objeto la información debe versar acerca de hechos de trascendencia pública; su objeto es la noticia, mientras que en la libertad de expresión es la opinión. Así lo determina el Tribunal Constitucional cuando en la STC 12/2012 recuerda que el derecho a la información no busca proteger solo un interés individual, sino que es garantía de toda la colectividad, en garantía de la opinión pública libre³.

Está claramente relacionado el derecho a la información con la necesidad de que en un Estado democrático, como el nuestro, es fundamental la existencia de una opinión pública libre, tal y como determina la CE en el artículo 1.1, y el Alto Tribunal desde el comienzo así lo ha determinado, como por ejemplo en la STC 6/1981, donde ha señalado que sin una opinión pública libre

quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de libertad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política⁴.

En cuanto a la intimidad, es un derecho fundamental reconocido en nuestro artículo 18.1 de la CE, donde se garantiza el derecho al honor, a la intimidad y propia imagen, e igualmente la norma que lo regula, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁵. Esta norma, podemos decir que en la actualidad está en cierta medida obsoleta, puesto que no se ajusta

³ STC, Sala 1.^a, 12/2012, de 30 de enero (NormaCEF NCJ056353), recursos de amparo acumulados 4821/2009 y 4829/2009, promovidos por Canal Mundo Producciones Audiovisuales, SA en relación con las sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial de Valencia y el Juzgado de Primera Instancia de dicha localidad por supuesta vulneración del derecho a comunicar libremente información veraz del artículo 20.1 d) de la CE y prevalencia del derecho a informar sobre los derechos individuales de las personas, en concreto el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2012).

⁴ STC, Sala 2.^a, 6/1981, de 16 de marzo, rec. de amparo 211/1980, promovido por don Alfredo Feliu Corcuera y otros en relación con las sentencias del Tribunal Supremo y Audiencia Nacional en proceso sobre vulneración de la libertad de expresión y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1981).

⁵ Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo de 1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982).

a la realidad social actual. El concepto de intimidad varía de una época a otra, así que lo que se consideraba intimidad personal antaño no lo es actualmente y en el futuro tampoco sabemos que se entenderá por dicho concepto.

Este derecho, junto con el derecho al honor y a la propia imagen, se trata de derechos de la esfera personal, ya que son inherentes a la persona por el mero hecho de ser persona. Es más, podemos decir que se encuentran ineludiblemente unidos a la dignidad personal, dignidad que también se encuentra recogida en el texto constitucional, concretamente en el artículo 10 (Martínez Maroto, 2000, p. 197). Con respecto al derecho a la intimidad personal y familiar, este «tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de vida [...] frente a la acción y el conocimiento de los demás, ya sean poderes públicos o particulares»⁶. Es decir, se pretende que cada uno pueda revelar de su esfera personal lo que considere y sin que terceras personas puedan inmiscuirse en ella.

La colisión entre tales derechos ha sido analizada en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional hasta la fecha; la jurisprudencia venía dictando la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la intimidad basándose en dos aspectos fundamentales: por un lado, la veracidad de la información y, por otro lado, que la información publicada comentase asuntos de interés general o relevancia pública, lo que supone que se priorice el derecho del artículo 20. 1 sobre el artículo 20.4 de la CE. Ya en la STC 6/1981 se destacaba la trascendencia del ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información y que acontece uno de los pilares de la sociedad libre y democrática, de forma que se protege constitucionalmente la información veraz referida a asuntos de interés general o relevancia pública. Así lo recalca también la Audiencia Provincial de Huelva en su sentencia, pero también argumentan que el derecho fundamental a la información no por ello es ilimitado, pues su ejercicio sin límite claramente podría lesionar otros bienes constitucionalmente relevantes, de igual rango constitucional, como es el derecho a la intimidad de los ciudadanos. Por tanto, no está protegida por la libertad de información la divulgación de datos que afectando a la intimidad sean enteramente ajenos a lo «noticiable, excedan de cuanto pueda tener relevancia informativa o puedan calificarse de irrelevantes, gratuitos o innecesarios»⁷.

⁶ STS, Sala 1.ª, 719/2009, de 16 de noviembre (NormaCEF NCJ051460).

⁷ STC, Sala 1.ª, 134/1999, de 15 de julio, rec. de amparo 209/1996, promovido por Publicaciones Heres, SA en relación con las sentencias del Tribunal Supremo, Audiencia Provincial de Barcelona y Juzgado de Primera Instancia de dicha localidad por supuesta vulneración del derecho a comunicar libremente información veraz: derecho al honor como límite a la libertad de información (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1999). STC, Sala 1.ª, 154/1999, de 14 de septiembre, rec. de amparo 3454/1995, promovido por doña Sara Caldero Prieto en relación con las sentencias del Tribunal Supremo, Audiencia Provincial de Madrid por supuesta vulneración de la libertad de información (BOE núm. 250, de 19 de octubre de 1999). STC, Sala 2.ª, 52/2002, de 25 de febrero, rec. de amparo 5056/1999 (NormaCEF NCJ049830), promovido por Editorial Prensa Canaria, SA en relación con las sentencias del Tribunal Supremo por supuesta vulneración del derecho a la libre información (BOE núm. 80, de 3 de abril de 2002). STC, Sala 2.ª, del 127/2003, de 30 de junio, rec. amparo 1074/2003 (NormaCEF NCJ041630), promovido por NN en

Entre la información como bien común y el honor, intimidad y propia imagen como bien particular, debe primar el primero cuando se ejercite de forma correcta, al ser un derecho de toda la comunidad. No obstante, al no ser un derecho absoluto, y existiendo limitaciones a este, habría que atenerse al caso concreto que se plantee para dar una respuesta precisa a esta cuestión. (González Ballesteros, 1989, p. 47). Y aunque no existe una respuesta unitaria acerca de cuál de estos derechos debe prevalecer, debemos tener presente que el derecho a la información se configura como una garantía institucional, y recordar que posee una carga colectiva de la cual carecen los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Ello hace que, en principio, el bien jurídico que garantiza el derecho a la información «pese más en una hipotética balanza», reiterando que según el Alto Tribunal, para dar prioridad al derecho a la información sobre el otro derecho fundamental, deben darse los siguientes aspectos: relevancia pública de la información, la veracidad de la información y el respeto a la dignidad de las personas. Todo ello unido a lo que ya hemos comentado de la importancia de tener una opinión pública libre como base de nuestra democracia.

En este sentido, y como dice Llamazares Calzadilla (1999), su fundamento se debe a que

si lo que justifica la prevalencia de un derecho con una vertiente institucional sobre un derecho cuya naturaleza se agote en su aspecto subjetivo personal es la garantía del pluralismo político y del sistema democrático, tal sacrificio del derecho personal solo es justificable en tanto en cuanto vaya encaminado a conseguir esa finalidad (p. 273).

Así, este requisito consiste en que la información difundida verse acerca de hechos de trascendencia pública, es decir, que la información se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiera, ya que ello contribuye a la formación de una opinión pública y libre, garantía de un Estado democrático (Acuña Ledesma, 2010, p. 5). En cuanto a su objeto, entre las materias o hechos que pueden considerarse relevantes para la conformación de la opinión pública destacan las de contenido político o relativas al funcionamiento de las instituciones democráticas, organismos y servicios públicos, así como las noticias relacionadas con la comisión de delitos cuando actúen las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Llamazares Calzadilla, 1999, p. 293).

En este sentido, podemos citar la STC 107/1988, donde el Tribunal Constitucional argumenta que

el valor preponderante de las libertades públicas del artículo 20 de la Constitución, en cuanto se asienta en la función que estas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, sola-

relación con las sentencias del Tribunal Supremo, Audiencia Provincial de Oviedo y Juzgado de Primera Instancia de dicha localidad por supuesta vulneración del derecho al honor, y vulneración de la intimidad (BOE núm. 181, de 30 de julio de 2003).

mente puede ser ejercido en conexión con asuntos que son de interés general [...], y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública⁸.

Conforme a estas manifestaciones podríamos pensar que las noticias sobre el asesinato de Laura Luelmo, que había calado en la opinión pública dejándola consternada por la gravedad del suceso, tienen la trascendencia o relevancia pública que haría que la periodista se pudiera amparar en el derecho a la información y el secreto profesional para eludir la condena que finalmente se le impone, pero el tribunal sentenciador, de manera muy detallada y argumentada, determina que la relevancia de una noticia para el interés general no es por sí solo motivo para eximirse del delito de revelación de secretos al publicar datos que inciden directamente en la intimidad de la persona, por lo que necesidad de conocimiento de la noticia para el interés general sí, pero no todo lo relativo a esa noticia reviste la condición de interés general.

3. Cláusula de conciencia y secreto profesional versus secreto sumarial

Los periodistas tienen reconocido, conforme a nuestra CE, el secreto profesional y la cláusula de conciencia como intermediarios de la libre comunicación social, necesaria en un Estado democrático. Todo ello diferenciándolos de los demás trabajadores y garantizando su independencia frente a los poderes públicos o los propios intereses de la empresa en la que trabajen. La cláusula de conciencia se ha desarrollado conforme a la correspondiente ley orgánica, en concreto la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información⁹, lo que determina que resulte paradójico que el periodista (cuya profesión consiste en informar) sea protegido para que pueda ocultar la identidad de su fuente. Y también es paradójico que esta posibilidad de ocultar las fuentes de información, tan esencial para el ejercicio del periodismo sea, sin embargo, merecedora de un tratamiento jurídico tan confuso y que en España, contando con reconocimiento constitucional expreso, no goce de una regulación jurídica que lo desarrolle (Moretón Toquero, 2014, p. 122). En el ámbito europeo no se encuentra expresamente mencionado, ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁰, ni en el Pacto Inter-

⁸ STC, Sala 1.ª, 107/1988, de 8 de junio, rec. de amparo 57/1987, promovido por don José Luis Navazo Gancedo en relación con las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid y el Juzgado de Instrucción de dicha localidad por supuesta vulneración del derecho a la libertad de expresión y derecho a comunicar libremente información (BOE núm. 152, de 25 de junio de 1988).

⁹ Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información (BOE núm. 147 de 20 de junio de 1997).

¹⁰ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

nacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹, ni en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹², ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, donde sí se regula la libertad de expresión e información con carácter general. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 10 del convenio, por lo que la libertad de recibir información comporta la protección absoluta de las fuentes de los periodistas¹³.

Como dice Fernández-Miranda Campoamor (1990, p. 104), a diferencia del secreto profesional reconocido en el ámbito de otras profesiones (abogados, religiosos, médicos, etc.), la fundamentación del secreto del periodista no se encuentra en la protección de la intimidad ni en un deber jurídico de sigilo de la fuente, sino en el derecho a la información como derecho cuya titularidad corresponde a la sociedad, siendo el periodista un mero, pero imprescindible, intermediario.

Lo que persigue el secreto es guardar discreción sobre la identidad de la fuente para asegurar el derecho a la información; dar garantías jurídicas que aseguren su anonimato y evitar las posibles represalias que puedan derivarse después de haber desvelado una información. El periodista debe asumir esta exigencia en la medida en que está en juego su propia credibilidad ante la fuente informativa. El interés público de la noticia justifica su difusión, que prevalece sobre la identidad del confidente (Carrillo López, 1994, p. 175). Por ello, la estrecha vinculación del secreto profesional con la libertad de información coloca al legislador en el difícil punto de equilibrio que media entre el deber de facilitar el flujo informativo y la necesidad de obtener información para otros fines socialmente relevantes, como son, por ejemplo, la protección del honor y la intimidad de las personas, la persecución de los delitos, la seguridad ciudadana, etc. (Moretón Toquero, 2004, p. 102). En todo caso, no cabe duda de que el secreto periodístico despliega todos sus efectos cuando se ejerce frente a los órganos judiciales, cuando los órganos judiciales instan al periodista a declarar la identidad de sus fuentes, especialmente en las causas penales. No obstante, este derecho que comporta la posibilidad de dar información en beneficio de una opinión pública libre no es un derecho ilimitado, y ello se evidencia en la resolución analizada.

El derecho a la cláusula de conciencia de los informadores, también recogida en el artículo 20.1 d) de la CE, tiene como elemento fundamental garantizar el ejercicio del derecho a una comunicación pública libre por parte de los profesionales de la información,

¹¹ Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (BOE núm. 103 de 30 de abril de 1977).

¹² Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE núm. 83 de 30 de marzo de 2010).

¹³ Entre las sentencias del TEDH que se ocupan del secreto profesional se encuentran, entre otras: casos *Roemen y Schmidts vs. Luxemburgo*, rec. núm. 51772/99, STEDH de 25 de febrero de 2003; caso *Damman vs. Suiza*, STEDH de 25 de abril de 2006, y el caso *Sanoma vs. Holanda*, rec. núm. 38224/03, STEDH de 14 de septiembre de 2010.

bien sea del derecho a la información en su vertiente activa, bien en lo que se refiere a la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional recoge la autonomía de ambos conceptos, la libertad de comunicación y libertad de expresión, en la STC 105/1983¹⁴ y se consolida en la Sentencia de 21 de enero de 1988 asentando la doctrina actual de que «la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones ..., las creencias y los juicios de valor», mientras que el derecho a la información versa «sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables» (Castillo Córdoba, 2006).

No obstante, existe una clara conexión entre ambos conceptos, y así también lo determina el Alto Tribunal cuando manifiesta que «cada una de ellas tenga matices peculiares que modulan su respectivo tratamiento jurídico, impidiendo el confundirlas indiscriminadamente»¹⁵.

La regulación de la cláusula de conciencia en la ley orgánica faculta al periodista a que, si es despedido por haber alegado la misma de contrario a la empresa o medio que le ha contratado, debe ser indemnizado por despido improcedente. Porque la cláusula de conciencia debe ser no solo un derecho subjetivo, sino una garantía para la formación de una opinión pública libre¹⁶.

Por su parte, el secreto profesional, también recogido en nuestra CE, en el artículo 20.1 d) «secreto profesional de los periodistas» y en el artículo 24, donde se recoge una referencia genérica al «secreto profesional», es alegado frecuentemente por los profesionales cuando son requeridos por los tribunales. Lo cierto es que esto es contrario al principio de transparencia en la información, pero es utilizado por los periodistas para servir de cobertura a conductas de revelación indebida de información, que, por uno u otro motivo, deben permanecer ocultas por tener carácter secreto, por ejemplo, un sumario judicial como la sentencia que estamos analizando. Porque en estos casos el periodista se ve obligado a guardar el secreto de la identidad de la persona que, incumpliendo su deber de custodia o reserva, filtra a un medio de comunicación información sobre la que existe un interés público o privado de que permanezca oculta. Por lo que el que facilita esa información es la fuente

¹⁴ STC, Sala 2.ª, 105/1983, de 23 de noviembre, recurso de amparo 107/1983, promovido por don Francisco Javier Vinader Sánchez en relación con la sentencia de Audiencia Nacional, por vulneración del derecho de defensa en delito de imprudencia en el ejercicio de la profesión periodística (BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1983).

¹⁵ STC, Sala 1.ª, 165/1987, de 27 de octubre, recurso de amparo 441/1986, promovido por don Manuel Rubio Cañadas y don Josep Pitarque Narejos en relación con las sentencias del Tribunal Supremo, Audiencia Provincial de Barcelona y Juzgado de Primera Instancia de dicha localidad acerca del contenido y límites del derecho a comunicar libremente información (BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 1987).

¹⁶ STC, Sala 1.ª, 225/2002, de 9 de diciembre, recurso de amparo 2847/1998 (Norma CEF NSJ012032), promovido por don Francisco Escobar Jiménez en relación con las sentencias de lo Social del TSJ de Madrid y sentencia Juzgado de lo Social de dicha localidad por vulneración del derecho a la cláusula de conciencia (BOE núm. 9, de 10 de enero de 2003).

de la noticia, prevaleciendo el interés público en conocer esa información y el interés del titular o depositario de la información para que su identidad permanezca oculta, para evitar las consecuencias del incumplimiento de su deber de secreto (Moretón Toquero, 2004, p. 125). No obstante, el periodista puede ser interrogado acerca de la identidad de sus fuentes informativas en diferentes ocasiones, además del interrogatorio judicial alegado; esto puede ocurrir en una comisión de investigación parlamentaria, tan habituales en nuestro país, o por requerimiento de sus superiores en el medio donde preste sus servicios, o como recogen algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de manera indirecta en un registro domiciliario, despacho o en el lugar de trabajo, etc.

Este derecho al secreto profesional puede ser ejercitado por el periodista en su doble vertiente, como un derecho en sí mismo, fruto del ejercicio de su profesión, o en aquellos casos que comparece como investigado en el procedimiento, como el derecho a no declarar, inherente a toda aquella persona a la que se le investiga por la comisión de un presunto ilícito penal. Por lo que donde más despliega sus efectos este derecho es en el ámbito judicial. Esto es alegado por la periodista del *Diario de Huelva* cuando se inician diligencias contra ella por la publicación de noticias del caso sujeto a secreto de sumario, no otorgando la identidad de la persona que le ha facilitado los datos, y negándose a declarar en el juicio contestando únicamente a las preguntas de su letrado, para, como dice la sentencia en el fundamento jurídico quinto, «básicamente para hablar de su profesionalidad y justificar su conducta», pero la audiencia provincial considera que ello no es óbice para la absolución de la misma, dado que la información publicada excede con creces el interés informativo y, por lo tanto, prevalece la lesión del derecho de intimidad sobre ella, además de resaltar que la misma conocía el contenido sumarial secreto de la información que publicaba, de lo que se jactaba en sus artículos manifestando que disponía de la exclusiva o primicia.

Aun así, y en relación con la información de la conocida como «vida judicial», se puede hacer mención a las sentencias del Tribunal Constitucional 178/1993, 320/1994, 154/1999, entre muchas otras, y donde se ha fundamentado la conveniencia y necesidad de que la sociedad sea informada sobre sucesos de relevancia penal, y con independencia de la condición del sujeto privado o persona o personas afectadas por la noticia. De hecho, entendemos que la información tendría que ser y tiene que ser continuada y permanente cuando los delitos cometidos comporten una cierta gravedad o hayan causado un impacto considerable en la opinión pública, y se tiene que extender a todos los datos o hechos novedosos que se puedan ir descubriendo en el curso de las investigaciones judiciales¹⁷. Igualmente, conforme al criterio jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se admite la posibilidad de amparo del profesional, aun cuando se trate de divulgación de información

¹⁷ Recuperado de <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-innovacion-legal/derecho-a-la-informacion-versus-derecho-a-la-intimidad-e-imagen-en-la-sociedad-de-la-informacion/> (fecha de consulta 19 de diciembre de 2023).

declarada reservada o confidencial, como el caso que nos ocupa. Eso sí, la información que se transmita debe ser veraz y resultar de interés público.

No obstante, la normativa sobre la publicidad de los actos procesales, recogida en los artículos 24.2 y 120.1 de la CE, tanto la normativa civil como la criminal, prevén, en su caso, que el tribunal puede limitar la publicidad de los mismos siempre que concurren circunstancias especiales y que puedan suponer perjudicar los intereses de la justicia. También hay que tener en cuenta que, en el procedimiento penal, esta publicidad solo se puede aplicar a la sentencia y al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas, y no así a la fase de instrucción, algo que ocurre en estas publicaciones.

¿Por qué entonces se produce la condena de la periodista de este diario, si como dice el Alto Tribunal, se ha limitado a publicar de forma continuada y permanente un delito que ha revestido gravedad y que ha causado un impacto en la opinión pública? Pues precisamente porque en la publicación que se ha efectuado de los hechos se ha utilizado información sujeta a secreto de sumario que pertenece a la intimidad de la víctima y su familia, y que no reviste interés general, sino que son datos irrelevantes para la opinión pública que podrían incurrir más en una información de contenido morboso que en un interés informativo, y cuyo contenido se engloba en el tipo penal del artículo 197.3, 2.º párrafo del CP.

4. Qué es un dato personal y su tratamiento automatizado

Dado que la sentencia analizada parte de la comisión del delito de revelación de secretos al publicar datos sujetos al secreto de sumario, debemos analizar lo que supone la vulneración de unos datos personales que están automatizados, dado que inciden en aspectos de la intimidad de las personas. En este sentido el tribunal entiende como datos reservados aquellos que no son susceptibles de ser conocidos por cualquiera. Y ello es lo que determina un elemento del tipo del delito del artículo 197 del CP, cuando el precepto aclara por partida doble que el delito lo comete el que accede a datos o los utiliza «sin estar autorizado», evidencia de que no son datos al alcance de cualquiera.

Debemos entender por dato personal, tal y como determinaba el artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal¹⁸, derogada por la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos y garantía de los derechos digitales¹⁹, «toda información sobre una persona física identificada o identificable». Y añadía que «se considera persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determi-

¹⁸ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999).

¹⁹ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294 de 6 de diciembre de 2018).

narse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona». Por lo que la información que se ha llamado «historia social», que según el tribunal no puede ser objeto de acceso y conocimiento público en contra de la voluntad de la interesada, puede tener plena cabida en el concepto normativo de dato reservado de carácter personal²⁰. Esta definición, pese a la derogación de la norma, persiste en la actualidad y así se puede ver en la página web de la Comisión Europea, aunque no aparece un artículo como tal en la nueva norma que lo defina²¹.

Igualmente, el artículo 197 del CP, que regula el delito de revelación de secretos, resalta que los datos cuya difusión determina la comisión del delito deben ser recogidos (registrados) en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier tipo de archivo o registro público o privado. Y, conforme a ello, ¿qué debemos entender por fichero? Por fichero debemos entender todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuera la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso (art. 3 b de la LPDP derogada). En este sentido, el Tribunal Supremo determina que según el artículo 197.2 debe exigirse que se trate de un conjunto organizado de información relativa a una generalidad de personas. Dado el carácter reservado de los datos, los ficheros o registros han de ser de acceso y utilización limitada a personas concretas y con finalidad específicas, siendo indiferente su naturaleza: personal, académica o laboral, médica, económica, etc. Se trata, en realidad, de informaciones de carácter personal relacionadas más con la privacidad que con la intimidad. No tienen por qué ser informáticos, porque se acoge también a cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado²².

Lo que sí debemos exigir es que los datos o información pertenezcan al ámbito privado y personal o familiar del sujeto; es necesario que afecten a la intimidad personal. Y el término reservados que utiliza el Código hay que entenderlo como secreto o no público. Secreto será lo desconocido u oculto, refiriéndose a todo conocimiento reservado que el sujeto activo no conozca o no este seguro de conocer y que el sujeto pasivo no desea que se conozca²³.

Y es que, como decía Heredero Higuera (1992),

el problema de los datos registrados en soporte informático no es ese, sino el de la posibilidad de la adopción de decisiones por parte de las Administraciones pú-

²⁰ STS 538/2021, de 17 de junio, rec. de casación 3157/2019 (NormaCEF NCJ065628).

²¹ <https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data-es#:~:text=Los%20datos%20personales%20son%20cualquier,constituyen%20datos%20de%20car%C3%A1cter%20personal>

²² STS 666/2006, de 19 de junio, rec. de casación 1392/2005.

²³ STS 358/2007, de 30 de abril, rec. de casación 1805/2006.

blicas o entidades privadas, que afecten a un individuo en su esfera personal, laboral, profesional, etc., merced a refinados procesos de inferencia automática y de predicción de conductas [...]. Cada vez más la información de carácter personal constituye un bien objeto de tráfico comercial y, como tal, es materia prima de determinadas actividades mercantiles [...]. La información personal se convierte así en algo intangible y que escapa al dominio del interesado.

«La información memorizada, elaborada y transmitida en lenguajes de computadora, es decir, la informática, constituye a la par que un bien jurídico y económico, una nueva forma de poder» (Frosini, 1982, p. 173).

Debemos, en este sentido, tener en cuenta el artículo 18.4 de la CE, donde se dice que «la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el derecho al honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos», lo que determina el derecho que se tiene como ciudadano a que determinados datos no sean conocidos, lo que viene a establecer la autodeterminación informativa o libertad para decidir qué datos personales pueden ser obtenidos y tratados por otros. Artículo visionario teniendo en cuenta que en 1978 la informática era aún una actividad incipiente.

También el Tribunal Constitucional determina en la STC 134/99 que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a una persona o a su familia, pudiendo imponer a terceros (sean estos simples particulares o poderes públicos) su voluntad de no dar a conocer dicha información, prohibiendo su difusión no consentida²⁴.

La cuestión a debatir es si se considera un expediente judicial un fichero que encaja en el artículo 197 2 del CP. La respuesta es sí, porque no es necesario la aprehensión física de los ficheros, sino que basta con su aprehensión virtual, y tal y como recogen los magistrados, los archivos judiciales, policiales y de organismos auxiliares de la Administración de Justicia, como el Instituto de Medicina Legal, Toxicología y Policía Científica, no constituyen en sentido estricto ficheros automatizados, pero el tratamiento de los datos utilizados por estas instituciones públicas en sus correspondientes programas tiene un ámbito restringido a los fines de la averiguación del delito. Y pese a ese carácter restringido, la periodista accedió a ellos y procedió a su difusión a través de un medio de comunicación. Y aunque la misma no es responsable de la aprehensión de esos datos realizada por una tercera persona de identidad desconocida, sí procedió a su difusión.

²⁴ STC, Sala 1.ª, 134/1999, de 15 de julio, recurso de amparo 209/1996, promovido por Publicaciones Heres SA, en relación con las sentencias del Tribunal Supremo, Audiencia Provincial de Barcelona y Juzgado de Primera Instancia de dicha localidad por supuesta vulneración del derecho a comunicar libremente información veraz: derecho al honor como límite a la libertad de información (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1999).

5. Aplicación del artículo 197.2 y 3 del CP conforme a la sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Huelva

En el artículo 197.2 del CP²⁵ se castiga a quien, sin ser autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro archivo o registro público o privado, y también a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero. La conducta prevista en el apartado 2 del artículo 197 tiene como bien jurídico la vertiente positiva de la libertad informática en tanto todo ciudadano tiene derecho a controlar sus datos personales frente a los múltiples riesgos de conocimiento y utilización no consentidos generados en las sociedades modernas a partir de su tratamiento informatizado (Montserrat Sánchez-Escribano, 2015). Disposición sobre los datos que, conforme a la interpretación constitucional, abarca cualquier dato que guarde relación con la personalidad, esto es, todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituyan una amenaza para el individuo; en el ámbito penal, la vulneración de este derecho queda circunscrita únicamente a aquellos supuestos en los que se vea comprometida la intimidad.

El párrafo 3.º establece una pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los apartados anteriores.

Para incluir los hechos enjuiciados en este tipo penal el tribunal sentenciador realiza un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su interpretación del artículo 197 y las diferentes conductas que en el mismo se regulan, y así encajar los hechos en el artículo 197.3.2.º del CP, determinando la condena de 2 años de prisión y multa de 18 meses, a una cuota diaria de 6 euros, e inhabilitación de la profesión periodística durante el tiempo que dure la condena para la periodista del *Diario de Huelva* por un delito de revelación de secretos, e igualmente se señalan unas indemnizaciones para los padres de Laura Luelmo, siendo responsable subsidiario de estas el Diario Huelva Información, SA. No se produce la condena a la misma por el artículo 197.2 del CP porque no se ha acreditado que la misma fuese la que accediera personalmente al contenido sensible, es decir, que la misma fuese quien accediese a los datos que luego publica.

Es claro que el bien jurídico protegido es la intimidad individual regulada en el artículo 18 de la CE, al incluirse dentro del capítulo I «Del descubrimiento y revelación de secretos», del título X del libro II del Código Penal, que se rotula como «Delitos contra la intimidad, el derecho

²⁵ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio». La intimidad del sujeto pasivo, en relación con las conductas de apoderarse, acceder y utilizar los datos, la intimidad conocida como libertad informática o *habeas data*, encuentra su apoyo en el artículo 18.4, donde se dispone que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos», lo que viene a conocerse como el derecho a la autodeterminación informativa, entendido como la libertad de decidir qué datos personales pueden ser obtenidos y tratados por otros²⁶.

El artículo 197.2 se diferencia del párrafo 1.º en que este se refiere a datos que están en la custodia del titular de los mismos y este a datos que están fuera de la custodia de su titular, en bancos de datos y pueden causar perjuicios a terceros distintos del propio sujeto al que se refiere la información concernida. Así, hay doctrina que determina que el artículo 197.2 protege dos bienes jurídicos, por un lado, la intimidad del sujeto pasivo en relación con las conductas de apoderarse, acceder y utilizar los datos. Y, por otro lado, la integridad de los datos, en relación con los comportamientos de modificar o alterar (Anarte Borrallo, 2002).

La conducta que engloba el apoderamiento se refiere no solo al apoderamiento físico de los mismos, sino que basta con la aprehensión virtual, de manera que el sujeto activo se haga con su contenido de cualquier forma técnica que permita su reproducción posterior y que se consuma tan pronto el sujeto activo «accede» a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición, pues solo con eso se ha quebrantado la reserva que los cubre²⁷. Y en esa conducta de apoderamiento está el utilizar los referidos datos, pues en la mayoría de los casos la información contenida muy difícilmente podrá ser apoderada, pues en la mayoría de los casos tiene una realidad inmaterial y difícilmente adquirible.

Otro requisito que determina la aplicación de este tipo penal es que subjetivamente se exige que la conducta se lleve a cabo en perjuicio de tercero, aunque no haya un ánimo específico de perjudicar²⁸. Y basta con que la acción se realice con la finalidad dicha, sin que resulte necesaria para la consumación la producción del resultado lesivo. «Se trata por tanto de un delito de peligro que no requiere la ulterior producción de un resultado de lesión».

En el caso analizado el perjuicio, como resalta el tribunal, es evidente, por cuanto hay un acceso in consentido de datos reservados y personales de la víctima del asesinato, pues se ofrecen hasta tres variantes del desarrollo de los últimos momentos de la vida de la

²⁶ STC, Sala 1.ª, 11/1998, de 13 de enero, rec. de amparo 2264/1996 (NormaCEF NSJ002117), promovido por don Ignacio Candel Nacarino en relación con las sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid y dictada en procedimiento de tutela de derechos fundamentales por supuesta vulneración del derecho a la libertad sindical (BOE núm. 37 de 12 de febrero de 1998).

²⁷ STS 803/2017, de 11 de diciembre, rec. de casación 572/2017; STS 260/2021, de 22 de marzo, rec. de casación 2354/2019; STS 392/2020, de 15 de julio, rec. de casación 4025/2018, y STS 312/2019, de 17 de junio de 2019, rec. de casación 831/2018 (NormaCEF NCJ064246).

²⁸ STS 1084/2010, de 9 de diciembre.

joven asesinada por parte de quien se declaró por dos veces responsable de dicha muerte, para exculparse en una tercera ocasión. Y como recalca el tribunal, el contenido descriptivo de esos momentos no puede menos que pertenecer a la intimidad y no a cualquier circunstancia de menor grado, sino a la intimidad más intensa que puede experimentar una persona, como es la de sus últimos momentos en el tránsito de la vida a la muerte, y en los de la previa agonía, al serle injustificadamente arrebatada la vida. Aspectos que no revisten interés general que justifiquen la exención de su revelación en un medio de comunicación por fascículos.

El tribunal reprocha la redacción dada en las noticias como motivo para no exculpar a la periodista de su responsabilidad como sujeto activo del delito por el que es finalmente condenada, manifestando que

la reproducción de las versiones no oculta la banalidad del relato en el que se describen ataques físicos y sexuales con frases totalmente fuera de contexto como identificar el impulso sexual con enamorarse, o el tener contacto sexual sin consentimiento y con violencia como sinónimo de relacionarse sexualmente. Aunque tales eufemismos proceden de las declaraciones del investigado la reproducción textual en el artículo ataca directamente la intimidad de la víctima y de su familia²⁹.

En el procedimiento penal, el derecho a la publicidad de los actos procesales está recogido en los artículos 24.2 y 120.1 de la CE. Tanto la normativa civil como la criminal prevén que el tribunal pueda limitar la publicidad de los actos procesales siempre que concurren circunstancias especiales o que puedan suponer perjuicios a los intereses de la justicia. En el procedimiento penal la publicidad se puede aplicar de la sentencia y del juicio oral en el que se producen o reproducen pruebas, y no así de la fase de la instrucción.

Precisamente en la sentencia analizada nos encontramos con un procedimiento en secreto de sumario, y por lo tanto, en fase de instrucción, que se revela al público a través de un medio de comunicación aportando datos muy sensibles para las personas que intervienen en el mismo, especialmente en cuanto a la víctima y también de la persona investigada por esos hechos. Por lo que estamos ante un supuesto del artículo 197.2, ya que son datos reservados que pertenecen al titular, pero que no se encuentran en su ámbito de protección directo, directamente custodiados por el titular, sino inmersos en bases de datos, en archivos cuya custodia aparece especialmente protegida en orden a la autorización de su inclusión, supresión, fijación de plazos, cesión de información, etc., de acuerdo con la legislación de protección de datos, delimitando claramente la titularidad y manejo y cesión de la información contenida en los mismos³⁰, en este caso el procedimiento judicial custodiado

²⁹ SAP de Huelva de 6 de junio 2023, rec. 4/2022, FJ 4.º

³⁰ STS 1084/2010, de 9 de diciembre.

por el juzgado instructor, que además se encontraba bajo secreto de sumario, sin estar a disposición de las partes.

Son exactamente seis las noticias publicadas que constituyen la base para la condena a la periodista por un delito de revelación de secretos. En la primera de las publicaciones analizada el tribunal considera que carece de interés público informativo al tratarse de diligencias rutinarias y carentes de significación propias del desarrollo habitual de una instrucción. En el artículo periodístico la misma informa de que se va a producir una nueva declaración del investigado tras el cambio de versión de lo sucedido, pero ello no justifica la publicación de la propia diligencia judicial que se encontraba bajo secreto sumarial. Igualmente carece de interés general la segunda noticia, y además podría generar confusión en el público al desconocer la trascendencia y valor que puedan tener unas y otras manifestaciones, dado que reproduce en la noticia las versiones dadas por el investigado en diferentes momentos y ante distintas partes: policía, juez o funcionarios de prisión. La tercera noticia, que anexionaba el informe de la autopsia de la víctima, carece también de trascendencia pública. En este caso los magistrados consideran que la profusión de datos sobre lesiones y violencia sufrida por la víctima, así como de fundamentos técnicos y los detalles proporcionados exceden de la necesaria labor informativa que necesita la comunidad en general sobre el curso de la investigación de la muerte y circunstancias en que se produjo el triste suceso. La cuarta noticia es considerada igualmente por la sala como innecesaria, al versar sobre detalles técnicos y el desarrollo pormenorizado de las actuaciones de investigación, incluyendo el hallazgo de ADN en el lavado vaginal que, aunque como dice la sala pueda avalar la tesis de la agresión sexual, no es algo que deba someterse a la opinión de la periodista o del público. En cuanto a la quinta noticia, es igualmente intrascendente para el interés general, pues detalla el recorrido de la víctima antes de la agresión, describiendo la ropa que llevaba, las estanterías del supermercado en donde se para y los productos que adquiere, el pago en la caja o incluso un bostezo de la misma. Y, por último, la sexta noticia vuelve a incidir en la versión del investigado en la última declaración judicial y se refiere a su encaje en función de los resultados ofrecidos por el informe de autopsia y de restos biológicos. Aquí si le otorga un mayor valor informativo que en las noticias anteriores, al observar en el contenido de la noticia una mayor generalidad.

Es claro que la periodista accedió a una información restringida al ámbito estricto de la investigación penal y realizó la difusión de estos datos en un medio de comunicación, tal y como ella misma reconoció, motivo por el que se trasladó a todo el territorio nacional, al hacerse eco de esa noticia el resto de medios. Los datos que la misma reveló pertenecían a actuaciones judiciales y a investigaciones forenses, científicas y policiales. No se conoce cómo la misma accedió a esos datos, pero lo hizo sabiendo que carecía de falta de autorización para el conocimiento de esa información y alegó que la información la contrastó con medios fiables, que acogiéndose a su derecho al secreto profesional no quiso revelar. Pese a tales declaraciones con el fin de exculparse, no se cuestiona aquí la veracidad de la información, que parece indudable, sino si la misma ha vulnerado o no la intimidad de la víctima o su familia, sin que el interés general justifique su publicación, y es también indudable que es así, de ahí la condena final.

6. Conclusiones

La sentencia objeto de análisis en este trabajo es muy importante para todos los operadores jurídicos, de hecho el mismo fiscal interviniente en el caso manifestó que

los hechos son graves y el juicio es muy importante porque no hay muchos precedentes, yo diría que no hay casi ningún precedente exactamente igual, con lo cual es posible que a lo mejor consigamos que haya un pronunciamiento específico, en su momento, del Tribunal Constitucional sobre la cuestión que aquí debatimos o reformas legislativas que establezcan, por un lado, una mayor seguridad para todos los intervinientes en un procedimiento penal, y una mayor garantía y seguridad para las víctimas³¹.

Es una sentencia no firme, habiendo sido recurrida por las partes, incluido el propio Ministerio Fiscal, quien la ha recurrido manteniendo la existencia del delito de revelación de secretos, pero argumentando que existe una eximente incompleta al haber actuado la periodista condenada en el ejercicio de su actividad profesional en defensa del derecho de la información, solicitando una rebaja de la pena impuesta por la audiencia provincial.

Aun así, es claro que nos encontramos ante un nuevo debate y posible cambio jurisprudencial, que podría motivar también un cambio legislativo que permita regular estas conductas conforme a la situación actual. La colisión entre el derecho a la información regulado en el artículo 20.1 de la CE y el derecho a la intimidad del artículo 18.1 es una constante en nuestro Estado democrático y también en nuestro entorno. Hasta la fecha se ha priorizado al primero sobre el segundo en aras del interés general y la veracidad de la noticia. Esta sentencia supone un cambio, matizando aquel contenido que afecta directamente a la intimidad de las personas y que no reviste interés para la opinión pública, más allá de un interés morboso de la materia publicada.

La entrada de la digitalización en la justicia y en la sociedad en general nos lleva a que la información relativa a nuestra intimidad requiera una protección especial para evitar el acceso a la misma por terceros y su divulgación posterior, con los perjuicios que ello puede suponer para el propio interesado o terceras personas. Reviste especial relevancia el tema relativo a las causas judiciales sujetas a secreto de sumario; esta situación implica que el procedimiento está oculto para todo el mundo, incluidas las partes del procedimiento, en aras de lograr la investigación del delito, por lo que el acceso al mismo es un delito y su divulgación también.

Hasta esta sentencia, el periodista que teniendo acceso a la información de un caso judicial sujeto a secreto de sumario procedía a su publicación, cuando era citado como in-

³¹ https://www.diariodesevilla.es/juzgado_de_guardia/actualidad/Huelva-condena-periodista-revelacion-secretos-video_0_1809119857.html

investigado se acogía al secreto profesional y cláusula de conciencia para no revelar la fuente de la que había obtenido la información, y ello constituía casi una eximente para eludir cualquier reprimenda penal, al alegar el interés general de la información y la veracidad de la misma; ello porque normalmente se trata de procedimientos que han generado un interés en la opinión pública, bien por las personas implicadas en el mismo o bien por la gravedad del delito objeto de investigación.

La nueva redacción del artículo 197 del CP ha venido a aportarnos un nuevo escenario: se trata con este artículo de proteger los datos personales de los ciudadanos y evitar la divulgación de los mismos sin su autorización por cualquier medio, castigando a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero. Por ello, no todo se puede amparar en el interés general que una información pueda revestir, sino en si las noticias que se publican realmente son de interés general para poder prevalecer sobre ese derecho a la intimidad que protege este artículo.

Lo que determina esta sentencia es que no, que no todo es noticia, ni todo se puede englobar en el interés general, sino que dentro de un hecho noticable hay aspectos que se engloban en la intimidad de las personas que no pueden revelarse, ya que con ello solo se está causando un perjuicio grave a los afectados, y que se puede informar sin necesidad de incluir aspectos irrelevantes, gratuitos o innecesarios justificándolos con base en el derecho a la información, y por ello eludir la responsabilidad penal que ello conlleva.

Lo que evidencia esta sentencia es que hay necesidad de un cambio legislativo, puesto que la normativa que regula el secreto profesional y cláusula de conciencia y la Ley orgánica del derecho a la intimidad están obsoletas, habiendo cambiado la sociedad desde el momento de su publicación a la actualidad, más aun teniendo en cuenta los cambios tecnológicos, que han afectado a nuestra forma de comunicarnos, como son las redes sociales.

Referencias bibliográficas

- Acuña Ledesma, M. (2010). La libertad de información en relación con el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En *La Comunicación Social, en estado crítico. Entre el mercado y la comunicación para la libertad*. Actas del II Congreso Internacional Latina de Comunicación Social, Universidad de La Laguna.
- Anarte Borralló, E. (2002). *Sobre los límites de la protección penal de los datos personales*. *Derecho y conocimiento* (Vol. 2, pp. 225-254).
- Carrillo López, M. (1993). *La cláusula de conciencia y secreto profesional de los periodistas*. Civitas.

- Castillo Córdova, L. (2006). *Libertad de cátedra en la relación laboral con ideario*. Tirant lo Blanch.
- Fernández-Miranda Campoamor, A. (1990). *El secreto profesional de los informadores*. Tecnos.
- Frosini, V. (1982). *Cibernética, Derecho, Internet y Sociedad*. Tecnos.
- González Ballesteros, T. (1989). La genérica libertad de expresión y la específica libertad de información. *Cuenta y Razón*, 44-45, 41-48.
- Herederó Higuera, M. (1992). La protección de datos de carácter personal registrados en soporte informatizado con fines estadísticos en el derecho español. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, 3, 53-63.
- Llamazares Calzadilla, M. (1999). *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*. Civitas.
- López Acuña, C. (2017). *La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional*. *Relevancia de la jurisprudencia en la profesión periodística* [Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid].
- Martínez Maroto, A. (2000). El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En J. R. Amor Pan (Ed.), *Sexualidad y personas con discapacidad psíquica*. FEAPS.
- Montserrat Sánchez-Escribano, M. I. (2015). Libertad informática y protección de datos: desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y tutela penal en el delito de descubrimiento y revelación de secretos. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 323-363.
- Moretón Toquero, A. (2014). La protección de las fuentes de información. La integración del modelo español con la Jurisprudencia del TEDH. *Estudios Jurídicos de Deusto*, 62(2), 121-144.
- Requero Ibáñez, J. L. (1997). Los Tribunales y la cláusula de conciencia. En L. Escobarde de la Serna (Coord.), *La cláusula de conciencia* (pp. 65-70). Universitas.

M.^a Dolores Pena Rey. Licenciada en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela y graduada en Periodismo por la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA. Actualmente ejercicio libre de la abogacía, colegiada en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y profesora en prácticas en las universidades de Alcalá de Henares y de Complutense de Madrid en el Máster de Acceso a la Abogacía y en el Grado de Derecho. Becaria en el Servicio de Orientación Jurídica (SOJ) dependiente del ICAM. SOJ en el Ayuntamiento de Collado-Villalba. Abogado colaborador en las oficinas judiciales implementadas en la Comunidad de Madrid de la Organización de Consumidores y Usuarios. <https://orcid.org/0009-0003-2659-7730>



Comunicados internos laborales y libertad de expresión

Análisis de la STS 127/2024, de 8 de febrero

Vicente Magro Servet

Doctor en Derecho

Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (España)

<https://orcid.org/0000-0003-2531-9731>

Extracto

Se procede al análisis de la STS 127/2024, de 8 de febrero (Norma CEF NCJ067086), en virtud de la cual se procede al estudio de en qué medida se puede incurrir en un exceso en la libertad de expresión y cometer delitos de calumnias o injurias graves por la difusión, en circuitos internos laborales, tales como grupos de WhatsApp, o páginas web, así como en mecanismos públicos en redes sociales, de cuestiones de orden laboral en el seno de una empresa, que pueden afectar, o no, a la comisión de estos delitos o quedar en el marco de la libertad de expresión.

Palabras clave: injurias; calumnias; libertad de expresión.

Recibido: 04-03-2024 / Aceptado: 30-04-2024 / Publicado: 03-06-2024

Cómo citar: Magro Servet, V. (2024). Comunicados internos laborales y libertad de expresión (Análisis de la STS 127/2024, de 8 de febrero). *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 281, 97-122. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.21447>



Internal labor communications and freedom of expression

Analysis of the Supreme Court Ruling 127/2024, of February 8

Vicente Magro Servet

Abstract

We proceed to the analysis of the ruling of the Supreme Court 127/2024, of February 8 (NormaCEF NCJ067086), by virtue of which we proceed to the study of to what extent freedom of expression can be incurred in excess and crimes of slander or slander committed, serious insults through dissemination in internal labor circuits such as WhatsApp groups or web pages, as well as in public mechanisms on social networks, for disseminate labor issues within a company may or may not affect the commission of these crimes or fall within the framework of freedom of expression.

Keywords: insults; slander; freedom of expression.

Received: 04-03-2024 / Accepted: 30-04-2024 / Published: 03-06-2024

Citation: Magro Servet, V. (2024). Comunicados internos laborales y libertad de expresión (Análisis de la STS 127/2024, de 8 de febrero). *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 281, 97-122. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.21447>



Sumario

1. Introducción
2. ¿Cómo se ha enfocado en el Tribunal Supremo el tema de la libertad de expresión y sus límites para no cometer delitos de calumnia o injurias graves o de enaltecimiento del terrorismo?
 - 2.1. STS, Sala 2.^a, de lo Penal, 135/2020, de 7 de mayo, rec. núm. 3344/2018 (NormaCEF NCJ064813)
 - 2.2. STS, Sala 2.^a, de lo Penal, 311/2022, de 29 de marzo, rec. núm. 5935/2020 (NormaCEF NCJ066026)
 - 2.3. STS, Sala Segunda, de lo Penal, 620/2018, de 4 de diciembre, rec. núm. 2299/2017 (NormaCEF NCJ063664)
 - 2.4. STC, Pleno, 177/2015, de 22 de julio (NormaCEF NCJ060206)
 - 2.5. STS, Sala 1.^a, de lo Civil, 1748/2023, de 18 de diciembre, rec. núm. 7595/2021
 - 2.6. STC 83/2023, de 4 de julio (NormaCEF NCJ066717)
3. STS, Sala 2.^a, de lo Penal, 127/2024, de 8 de febrero, rec. núm. 107/2022 (NormaCEF NCJ067086)



1. Introducción

Tema muy recurrente es hoy en día el relativo al alcance, límites y condiciones del ejercicio de la libertad de expresión por los ciudadanos cuando actúan y operan en el seno de grupos por medio de las expresiones que pueden proferir en un contexto laboral, a la hora de emitir opiniones acerca de las actuaciones que llevan a cabo los miembros de ese grupo, o personas que con ellos se relacionan.

Es cierto y verdad que vivimos en la actualidad en un momento en donde los excesos en la libertad de expresión se ponen de manifiesto de forma constante ante el ejercicio de una violencia verbal que predomina en muchas personas, que consideran que la elevación del nivel de agresividad verbal en sus manifestaciones y opiniones les empoderan para conseguir una *personal credibilidad*, que ellos entienden que alcanzarán mediante la emisión de manifestaciones que están en el límite de esa *línea roja* que divide lo que es posible manifestar, sin que se les pueda reprochar nada, o lo que excede de los límites de la libertad de expresión y entra de lleno dentro de los delitos de calumnia e injuria graves, perseguidos penalmente.

Es, así, una práctica habitual situarse encima de esa *línea roja* para hacer comentarios, o expresar opiniones que bordean la tan reclamada libertad de expresión, que, en muchas ocasiones, podría entrar en lo que podemos denominar *libertinaje de expresión*, cuando se utiliza este derecho reconocido en la Constitución como una forma de ataque a los demás, y no como forma de expresar opiniones de forma libre, en un contexto donde la convivencia debe desarrollarse con el respeto a los demás y no con la imposición de opiniones manifestadas con violencia verbal y sin que se guarde la debida compostura, en la forma de concentrarse en el contexto de una sociedad civilizada.

El problema ante este debate lo encontramos en que algunas personas ponen el escudo de la libertad de expresión frente a los excesos que llevan a cabo en su lenguaje, a la hora de dirigirse a otras personas o comentar situaciones con las que no están de acuerdo, pero en lugar de utilizar el debate de forma educada hoy y correcta, articulan y utilizan

el mensaje del odio, de los excesos verbales y de la exigencia de que el resto de personas deben pensar como ellos y opinar de la misma manera, bajo la idea de que en caso contrario caerá sobre ellos todo tipo de expresiones difamatorias y que atentan contra su honor.

El mensaje de los ataques a quienes piensan u opinan de forma contraria por parte de quienes practican la intolerancia tiene un claro objetivo psicológico, de mandar un mensaje de que en el caso de que algunas personas quieran seguir pensando de forma distinta a quienes quieren proclamar e implantar sus ideas y su ideología sobre determinados conceptos y cuestiones, hoy recibirán los ataques en forma de difusión por redes sociales y públicas, para llevar a cabo más daño y trasladar la idea del mensaje intimidatorio, hoy bajo la idea de intolerancia verbal y la dictadura del pensamiento por parte de quienes practican estos ataques a los demás, bajo el «abrigo», «paraguas» y amparo de la pretendida libertad de expresión, que utilizan como una especie de abogado defensor para que les intente cubrir estos ataques y utilizarlo como escudo para tratar de justificar la corrección y legalidad de lo que están haciendo, cuando estos accesos deben ser sancionados, bien por la vía civil o bien la penal, según el grado del ataque llevado a efecto, hoy bajo la idea de la *tolerancia cero* ante los ataques desmedidos a la forma de pensar distinta de las personas, frente a los que practican esta intolerancia verbal.

La difusión de ideas, pensamientos o expresiones que atentan contra el honor de los demás y, de esta manera, profieren calumnias, o injurias graves, suponen una difusión y extensión del mensaje del miedo dirigido hacia aquellos que piensan de forma diferente, y es un ejercicio de la *dictadura del pensamiento*, manifestada mediante la violencia verbal y la intolerancia vestida de libertad de expresión.

No otra forma puede considerarse la pretendida forma de actuar de quien utiliza el *traje* de libertad de expresión para difundir ideas o pensamientos que atentan contra la forma de ser pensar de los demás, lo cual supone un *totalitarismo intelectual* que ejerce una presión psicológica en los demás para trasladar el mensaje del cambio de forma de pensar y el ajuste que deben hacer los demás que no piensan o actúan como quienes les agreden verbalmente, porque tratan de imponer cómo se deben hacer las cosas y practican esa intolerancia del pensamiento.

¿Cuáles son los tipos penales que tipifican los ataques al honor de las personas y que no pueden tener amparo en la libertad de expresión?

a) Delito de injurias básico (art. 208 CP).

Es injuria la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias sean tenidas en el concepto público por graves, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 173.

Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

b) Injurias graves agravadas (art. 209 CP).

Las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de 6 a 14 meses y, en otro caso, con la de 3 a 7 meses.

c) *Exceptio veritatis* (art. 210 CP).

El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando estas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de infracciones administrativas

d) Delito de calumnias (art. 205 CP).

Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

e) Mayor gravedad si es con publicidad (art. 206 CP).

f) *Exceptio veritatis* en la calumnia (art. 207 CP).

g) Enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP). El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

Supone este tipo una justificación y promoción de delitos de terrorismo y una humillación a las víctimas del terrorismo.

Ello no supone un ataque al honor, sino que tiene relación con el amparo en la libertad de expresión, que sus autores propugnan para «justificar» sus acciones delictivas.

h) Delitos de odio (arts. 510 y ss. CP).

En los excesos en la expresión de las personas que puedan suponer delitos de odio señala Zárate Conde¹ que

serán objeto de persecución penal aquellas conductas que supongan una infracción de las normas más elementales de tolerancia y convivencia que afecten a los valores y principios comunes a la ciudadanía, invadiendo la es-

¹ Antonio Zárate Conde, fiscal provincial de Madrid, sección Ciberodio: (2021). El tratamiento penal de las noticias falsas en los delitos de odio, calumnias e injurias. *La Ley Penal*, 148, Sección Legislación aplicada a la práctica, Wolters Kluwer.

fera de dignidad propia de cualquier ser humano y que, como tales, deben ser consideradas como un ataque a los elementos estructurales y vertebradores del orden constitucional y, en definitiva, a todo el sistema de derechos y libertades propio de una sociedad democrática.

¿Cómo evaluar si ha existido un ataque al honor o si debe prevalecer la libertad de expresión?

Se trata de una cuestión de ponderar uno y otro derecho y ver cuál debe prevalecer atendiendo el caso concreto.

Señala a tal efecto en este juicio de ponderación Muñoz Lorente² que

la doctrina de la posición preferente o *preferred position* de las libertades de expresión e información es originaria de EE.UU., en donde se asigna una posición preferente a aquellas libertades que constituyen una condición indispensable para el mantenimiento de una sociedad abierta y de una opinión pública libre.

Esta doctrina de la posición preferente de las libertades de expresión e información ha sido asumida con carácter general en Europa, especialmente en Alemania, y, como consecuencia de ello, también en España, en donde nuestro Tribunal Constitucional se ha hecho eco de ello a partir, como se ha señalado, del año 1986, que es el que establece un punto de inflexión en la doctrina constitucional. Pues bien, desde ese momento, nuestro Tribunal Constitucional alude al carácter preferente de las libertades de expresión e información frente al derecho al honor, pero, para resolver el conflicto entre estos derechos fundamentales, siempre, como se ha señalado, remite la solución a la ponderación judicial del caso concreto pero, eso sí, reservándose el propio Tribunal Constitucional, expresamente, la facultad de revisar tal ponderación.

Añade Zárate Conde en este contexto que

el Tribunal Constitucional ha señalado, en torno al juego de estos derechos y sus límites, lo siguiente:

1.º «Que cabe establecer, con carácter general, el criterio de que la libertad en juego será la de expresión cuando su ejercicio haya supuesto la exteriorización de pensamientos, ideas y opiniones, con inclusión de las creencias y de los juicios de

² José Muñoz Lorente, profesor titular de Derecho Penal, Universidad Carlos III de Madrid: (2006). Injurias, calumnias y libertades de expresión e información. Elementos de interacción. *La Ley Penal*, 28, Sección Estudios, Editorial La Ley.

valor; se tratará, en cambio, de la libertad de información cuando lo publicado verse sobre hechos que puedan considerarse noticiables» (STC 78/1995, de 22 de mayo).

2.º Que no toda expresión objetivamente injuriosa será constitutiva de delito. La antijuridicidad queda excluida cuando la conducta puede ampararse en la libertad de expresión e información consagrada en el mencionado art. 20.1 CE.

2. ¿Cómo se ha enfocado en el Tribunal Supremo el tema de la libertad de expresión y sus límites para no cometer delitos de calumnia o injurias graves o de enaltecimiento del terrorismo?

El Tribunal Supremo ha realizado una sólida y constante doctrina jurisprudencial sobre la materia de la libertad de expresión y los límites sobre la misma, que sistematizamos en la siguiente jurisprudencia para concentrar y encajar con claridad y concreción cuáles son esos límites y la fijación de los contenidos y continentes de la libertad de expresión, acerca de hasta dónde se puede llegar, y sin que ello suponga un exceso perseguido civil o penalmente.

2.1. STS, Sala 2.ª, de lo Penal, 135/2020, de 7 de mayo, rec. núm. 3344/2018 (NormaCEF NCJ064813)

Los parámetros del alcance de la «libertad de expresión» y la «opinión política o ideológica».

1. La libertad de expresión se reconoce como un derecho humano en virtud del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y se reconoce en el derecho internacional de los derechos humanos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El artículo 19 de la Declaración establece que «todos tendrán derecho a opinar sin interferencia» y que «todos tendrán derecho a la libertad de expresión, este derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo, independientemente de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impreso, en forma de arte, o por cualquier otro medio de su elección».
2. Esta libertad de expresión del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y de los artículos 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, no puede «abrazar» conductas como las declaradas probadas, tendentes a enaltecer el terrorismo y la violencia. Con base en los argumentos de John Milton, la libertad de expresión se entiende como un derecho multifacético que incluye no solo el derecho a expresar o difundir información e ideas, sino también tres aspectos más:

- a) El derecho a buscar información e ideas.
 - b) El derecho a recibir información e ideas.
 - c) El derecho a impartir información e ideas.
3. La libertad de expresión no puede utilizarse como «paraguas» o «cheque en blanco» para ensalzar autores relacionados con el terrorismo, fomentando sus actividades y ensalzándolas. No se trata de ataques a gestores públicos o crítica ideológica.
 4. No hay libertad de expresión cuando el exponente que se refleja en los mensajes públicos es violento y tiene un claro carácter de incitar a la violencia, poniendo el referente del terrorismo.
 5. No hay libertad de expresión cuando no se trata de mera crítica política o ideológica, sino que se entra en el terreno de la violencia. Amparar la violencia no puede ser entendido como libertad de expresión; dar cobertura a la difusión de tuits que amparan, promueven, jalean, provocan e incitan a la violencia.
 6. Determinadas restricciones a la libertad de expresión pueden ser no solo legítimas, sino hasta necesarias ante conductas que puedan incitar a la violencia o, como sucede en la humillación a las víctimas, provocar un especial impacto sobre quien la sufre en un contexto terrorista.
 7. La libertad de expresión no es, en suma, un derecho fundamental absoluto e ilimitado, sino que tiene lógicamente, como todos los demás, sus límites, de manera que cualquier expresión no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional.
 8. La libertad de expresión comprende la libertad de crítica, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. Los hechos probados no suponen una crítica, ni una opinión, ni un uso democrático de las redes sociales. Se trata de un enaltecimiento de conductas violentas y busca reforzar el ideario de quienes llevaron a cabo actos terroristas, por su ensalzamiento. Esto no es libertad de crítica o política, o estar en contra de las instituciones. No supone un ataque institucional o al Estado. Supone mucho más. Y ello conlleva reproche penal.
 9. La libertad de expresión que se reclama entra en conflicto con los derechos a vivir en paz y tranquilidad en una sociedad no violenta; lejos de lo que se propone, provoca e incita en los mensajes el recurrente.
 10. No existe en este caso un asociacionismo de la libertad de expresión con la libertad de crítica o encasillar estas conductas con una denominada «libertad artística». No es arte en modo alguno lo que se recoge en los hechos probados. Es difusión y provocación del mensaje violento de amparo al terrorismo con aptitud, idoneidad y eficacia en el *modus operandi* utilizado.

11. El discurso del odio no es «libertad de expresión».
12. En lo que hace referencia a que la libertad de expresión entraña la posibilidad de manifestar sin impedimento las opiniones, sentimientos o creencias que se profesan, no puede resolverse el conflicto otorgando a este derecho subjetivo un alcance ilimitado, como tampoco puede concederse una acrítica protección al interés tutelado por la ley penal. Dado que el ejercicio de los derechos está sujeto a que se desarrolle dentro de los límites constitucionales propios de la sociedad democrática en la que se ejerce, no puede prescindirse de una evaluación sobre la presencia o no de excesos en su disfrute. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 221/2017, de 29 de marzo de 2017, rec. núm. 1998/2016).

Y en ese análisis, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 8 de julio de 1999, *Sürek vs. Turquía*, y de 4 de diciembre de 2003, *Müslüm vs. Turquía*), como el Tribunal Constitucional (STC 235/2007, de 7 de noviembre [NormaCEF NCJ043010]) y esta misma sala (SSTS 812/2011, de 21 de julio, o 4/2017, de 18 de enero [NormaCEF NCJ062006]) vienen destacando que el llamado «discurso del odio», entendido como la alabanza o justificación de acciones terroristas, no merece la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión (art. 20 CE) o la libertad ideológica (art. 16 CE), pues el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de la comunidad que lo sufre y su discurso se basa «en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en generar un terror colectivo que sea el medio con el que conseguir esas finalidades» (STS 224/2010, de 3 de marzo)».

13. El dolo de estos delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar (STS, Sala Segunda, de lo Penal, 72/2018, de 9 de febrero, rec. núm. 583/2017).
14. Se evidencia que no se trata de una situación momentánea, hay reiteración y conducta reiterativa e intencional, aunque no se exija dolo directo, sino que se admita el eventual.

2.2. STS, Sala 2.^a, de lo Penal, 311/2022, de 29 de marzo, rec. núm. 5935/2020 (NormaCEF NCJ066026)

La acción que llevan a cabo los acusados no está amparada por la libertad de expresión, que tiene un límite expreso en el respeto a la libertad de expresión del contrario, teniendo en cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos niega ese amparo a los que tienen como discurso el odio, término que abarca todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia.

2.3. STS, Sala Segunda, de lo Penal, 620/2018, de 4 de diciembre, rec. núm. 2299/2017 (NormaCEF NCJ063664)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció por primera vez sobre la limitación de la libertad de expresión en la sentencia dictada el 25 de noviembre de 1982, en el llamado caso *Wingrove c. Reino Unido*. En esta sentencia, tras apelar al carácter básico que tiene la libertad de expresión en toda sociedad democrática, remite al artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y entendió que la protección de los sentimientos religiosos, en términos generales, está incluida entre las posibles restricciones legales de la libertad de expresión.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 13 septiembre 2005, en su apartado 23, expone:

El Tribunal recuerda los principios fundamentales que se desprenden de su jurisprudencia relativa al artículo 10, tales como los que expuso en las Sentencias *Handyside contra Reino Unido* (Sentencia de 7 diciembre 1976, serie A, núm. 24), y *Fressoz y Roire contra Francia* (núm. 29183/1995, ap. 45, CEDH 1999-I): la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno. De acuerdo con el párrafo 2 del artículo 10, no solo es válido para las «informaciones» o «ideas» admitidas a favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para las que son contrarias, chocan o inquietan.

Pero a continuación señala determinados límites, en los apartados 24, 25 y 26:

Tal como reconoce el párrafo 2 del artículo 10, el ejercicio de esta libertad comporta deberes y responsabilidades. Entre ellos, en el contexto de las creencias religiosas, puede legítimamente figurar la obligación de evitar expresiones que son gratuitamente ofensivas al prójimo o profanadoras (ver, por ejemplo, *Otto-Preminger-Institut contra Austria*, Sentencia de 20 septiembre 1994, serie A núm. 295-A, ap. 49, y *Murphy contra*, núm. 44179/1998, ap. 67, CEDH 2003-IX). Resulta que en principio se puede considerar necesario sancionar los ataques injuriosos contra los objetos de veneración religiosa.

Al examinar si las restricciones a los derechos y libertades garantizados por el Convenio pueden considerarse «necesarias en una sociedad democrática», el Tribunal ha declarado en varias ocasiones que los Estados Contratantes gozan de un margen de apreciación cierto pero ilimitado (*Wingrove contra Reino Unido*, Sentencia de 25 noviembre 1996). La falta de una concepción uniforme, entre los países europeos, de las exigencias aferentes a la protección de los derechos del prójimo tratándose de ataques a convicciones religiosas, amplía el margen de apreciación de los Estados Contratantes, cuando regulan la libertad de expresión

en ámbitos susceptibles de ofender las convicciones personales íntimas que dependen de la moral o de la religión (ver *Otto-Preminger-Intitut*, ap. 50; *Wingrove*, ap. 58, y *Murphy* ap. 67).

Un Estado puede legítimamente considerar necesario adoptar medidas que traten de reprimir ciertos comportamientos, incluida la comunicación de informaciones e ideas incompatibles con el respeto de la libertad de prensa, de conciencia y de religión (ver, en el contexto del artículo 9, *Kokkinakis contra Grecia* [TEDH 1993, 21], Sentencia de 25 mayo 1993, serie A, núm. 260-A, y *Otto-Preminger-Intitut*, ap. 47). Sin embargo, corresponde al Tribunal resolver de manera efectiva sobre la compatibilidad de la restricción con el Convenio y lo hace apreciando, en las circunstancias del caso, si la injerencia corresponde a una «necesidad social imperiosa» y si es «proporcionada con la finalidad perseguida» (*Wingrove*, ap. 53, y *Murphy*, ap. 68).

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 17 de julio de 2018 (asunto *Mariya Alekhina y otras v. Rusia*). En el párrafo 197 señala:

De acuerdo con la jurisprudencia consolidada de este Tribunal, la libertad de expresión, garantizada por el artículo 10.1, constituye uno de los fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones esenciales para su progreso y la realización personal del individuo. En el ámbito del párrafo 2, este no se aplica únicamente a la «información» o a las «ideas» positivamente recibidas o contempladas como inofensivas o irrelevantes, sino también a aquellas que ofenden, escandalizan o molestan; así se pide pluralismo, tolerancia y una actitud abierta, sin las cuales no existe una «sociedad democrática». Además, el artículo 10 del Convenio no solo protege el fondo de conceptos e informaciones manifestados, sino también la forma en la que se transmiten (ver, entre otros muchos precedentes, *Oberschlick v. Austria* (n.º 1), de 23 de mayo de 1991, § 57, Serie A n.º 204, and *Women El Waves y otros v. Portugal*, n.º 31276/05, §§ 29 y 30, de 3 de febrero de 2009).

Pero de igual manera en los párrafos siguientes establece una serie de excepciones y limitaciones:

De acuerdo con lo previsto en el artículo 10, la libertad de expresión está sometida a excepciones, que sin embargo deben estar sólidamente fundamentadas, y la necesidad de establecer cualquier tipo de limitación debe establecerse de forma convincente (ver *Stoll v. Suiza* [GC], n.º 69698/01, § 101, ECHR 2007-V).

Con el fin de que una injerencia pueda justificarse con arreglo al artículo 10, esta debe estar «prevista en la ley», perseguir uno o más objetivos legítimos relacionados en el segundo párrafo de dicha disposición y ser «necesaria en una sociedad democrática» –es decir, proporcional al objetivo perseguido (ver, como

ejemplo, *Steel y otros v. Reino Unido*, de 23 de septiembre de 1998, § 89, Informes 1998-VII). [...]

Los Estados contratantes disponen de cierto margen de apreciación al analizar la existencia de dicha necesidad, siempre mano a mano con el control europeo, adoptando la legislación y las decisiones aplicables, incluso aquellas emitidas por un tribunal independiente. Este Tribunal dispone por tanto de competencia para resolver definitivamente sobre si la «limitación» es compatible con la libertad de expresión amparada por el artículo 10 (ver, entre otros muchos precedentes, *Perna v. Italia* [GC], n.º 48898/99, § 39, ECHR 2003-V; *Association Ekin v. Francia*, n.º 39288/98, § 56, ECHR 2001-VIII; y *Cumpana y Mazare v. Rumanía* [GC], n.º 33348/96, § 88, ECHR 2004-XI).

Al evaluar la proporcionalidad de la injerencia, tanto la naturaleza como la gravedad de la condena impuesta se encuentran entre los factores a tener en cuenta (ver *Ceylan v. Turquía* [GC], n.º 23556/94, § 37, ECHR 1999-IV; *Tammer v. Estonia*, n.º 41205/98, § 69, ECHR 2001-I; y *Skalka v. Polonia*, n.º 43425/98, § 38, de 27 de mayo de 2003).

En España, la libertad de expresión es un derecho reconocido en el artículo 20 de la Constitución española, pero no es un derecho absoluto, sino que tiene sus límites en los derechos reconocidos en el título I de la misma, «los derechos fundamentales», entre los que se encuentra la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades.

2.4. STC, Pleno, 177/2015, de 22 de julio (NormaCEF NCJ060206)

Conforme a una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo, y recuerdan, entre otras, las más recientes SSTC 41/2001, de 11 de abril, FJ 4.º, y 50/2010, de 4 de octubre (NormaCEF NCJ052837), se ha subrayado repetidamente la «peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión», en cuanto que garantiza para «la formación y existencia de una opinión pública libre», que la convierte «en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática». Y después de advertir que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, «aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática (SSTC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4.º [NormaCEF NCJ041530], y 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4.º [NormaCEF NCJ048955])», no obstante explica que la libertad de expresión no es «un derecho fundamental absoluto e ilimitado, sino que tiene, lógicamente, como todos los demás, sus límites, de manera que cualquier expresión no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional». Y concluye señalando que «el órgano judicial debe valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión».

2.5. STS, Sala 1.^a, de lo Civil, 1748/2023, de 18 de diciembre, rec. núm. 7595/2021

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy contra Finlandia* (sentencia de 27 de junio de 2017) declaró que:

126. El Tribunal ha reconocido, en repetidas ocasiones, el papel vital de los medios de comunicación para facilitar y fomentar el derecho del público a recibir y difundir información e ideas. No solo la prensa tiene la tarea de transferir dicha información e ideas; el público también tiene derecho a recibirlas. Si no fuera así, esta no podría desempeñar su función vital de «guardián del público» (véase, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría* [GC], n.º 18030/11, § 165, 8 de noviembre de 2016, TEDH 2016; y otras autoridades).

127. Además, el Tribunal ha sostenido sistemáticamente que no le corresponde, al igual que a los tribunales nacionales, sustituir sus propias opiniones por las de la prensa en cuanto a las técnicas de información que deben adoptarse en un caso concreto (véanse las sentencias *Jersild c. Dinamarca*, 23 de septiembre de 1994, § 31, Serie A n.º 298; y *Stoll c. Suiza* [GC], n.º 69698/01, § 146, TEDH 2007 V).

Y en el asunto *Artemio contra España* (sentencia de 14 de junio de 2016) recordó que:

La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y de la plenitud de cada persona. Sin perjuicio del apartado 2 del artículo 10 del Convenio, no es solo válida para las «informaciones» o «ideas» que se reciben con agrado o que se consideran como inofensivas o indiferentes, sino también para las que hieren, ofenden o inquietan; así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe «sociedad democrática» (*Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, § 49, serie A n.º 24, y *Lindon, Otchakovsky-Laurens y July c. Francia* [GC], núms. 21279/02 y 36448/02, § 45). Tal como lo consagra el artículo 10 del Convenio, la libertad de expresión va acompañada de unas excepciones que requieren, sin embargo, una interpretación restrictiva, y la necesidad de limitarla debe determinarse de forma convincente.

35. La prensa juega ciertamente un papel esencial en una sociedad democrática; aun no debiendo rebasar ciertos límites, para amparar especialmente la protección de la reputación y los derechos ajenos; le incumbe, sin embargo, comunicar, en cumplimiento de sus deberes y de sus responsabilidades, informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general (*De Haes y Gijssels c. Bélgica*, 24 de febrero de 1997, § 37, Compendio de sentencias y decisiones 1997-I, *Fressoz y Roire c. Francia* [GC], n.º 29183/95, § 45, CEDH 1999-I, y *Bédat c. Suiza* [GC], n.º 56925/08, § 50, 29 de marzo de 2016). En razón a esta función de la prensa, la libertad periodística implica también el posible recurso

a una cierta dosis de exageración, incluso de provocación (Gaweda c. Polonia, n.º 26229/95, § 34, CEDH 2002-II).

41. Por otra parte, en sus sentencias Lingens (anteriormente citada, § 46) y Oberschlick c. Austria (23 de mayo de 1991, n.º 11662/85, § 63, serie A n.º 204), el TEDH ha establecido una distinción entre declaraciones de hecho y juicios de valor. La materialidad de las declaraciones de hecho se puede probar, por el contrario, los juicios de valor, al no prestarse a una demostración de su exactitud, es imposible el cumplimiento de la obligación de la prueba correspondiente, y vulnera la propia libertad de opinión, elemento fundamental del derecho protegido por el artículo 10 del Convenio (De Haes y Gijssels c. Bélgica, 24 de febrero de 1997, § 42, Compendio 1997-I). Sin embargo, en caso de un juicio de valor, la proporcionalidad de la injerencia depende de la existencia de una «base fáctica» suficiente en la cual se sustentan las palabras litigiosas: si no la hubiere, este juicio de valor podría revelarse excesivo (De Haes y Gijssels, anteriormente citada, § 47, Oberschlick c. Austria [n.º 2], n.º 20834/92, § 33, Compendio 1997-IV, Brasilier c. Francia, n.º 71343/01, § 36, 11 de abril de 2006, y Lindon, Otchakovsky-Laurens y July, anteriormente citada, § 55). Para distinguir una declaración de hecho de un juicio de valor, hay que tener en cuenta las circunstancias del caso y el tono general de las palabras (Brasilier, anteriormente citada, § 37), entendiéndose que unas afirmaciones sobre cuestiones de interés público pueden constituir, por ello mismo, más bien unos juicios de valor que unas declaraciones de hecho (Paturel c. Francia, n.º 54968/00, § 37, 22 de diciembre de 2005).

2.6. STC 83/2023, de 4 de julio (NormaCEF NCJ066717)

Sobre el contenido de la libertad de expresión y sus límites existe una consolidada doctrina constitucional que se remonta a las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4.º, y 12/1982, de 31 de marzo, FJ 3.º, y que recuerdan, entre otras, las SSTC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2.º (NormaCEF NCJ060206); 112/2016, de 20 de junio, FJ 2.º (NormaCEF NCJ061437), y 89/2018, de 6 de septiembre, FJ 3.º (NormaCEF NSJ058917). Esta doctrina subraya repetidamente la «peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión», en cuanto que garantiza para «la formación y existencia de una opinión pública libre», que la convierte «en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática». De modo congruente, se ha insistido en la necesidad de que la libertad de expresión ha de gozar «de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones», que ha de ser «lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor» (SSTC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4.º [NormaCEF NCJ040975]; 50/2010, de 4 de octubre, FJ 7.º [NormaCEF NCJ052837]; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2.º [NormaCEF NCJ060206], y 112/2016, de 20 de junio, FJ 2.º [NormaCEF NCJ061437]). Tanto los límites a la libertad de expresión, como su contenido, han de ser «interpretados de tal modo que el derecho fundamental no resulte desnaturalizado» (SSTC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 4.º; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2.º [NormaCEF NCJ060206], y 112/2016, de 20 de junio, FJ 2.º [NormaCEF NCJ061437]).

Este juicio de ponderación debe ser efectuado con especial rigor cuando la libertad de expresión entra en aparente conflicto con otros derechos fundamentales, como el derecho al honor; su mutua interacción exige realizar entonces una auténtica delimitación de contenidos. Este tribunal ha reiterado que el derecho al honor constituye no solo «un límite a las libertades del art. 20.1 a) y d) CE, expresamente citado como tal en el núm. 4 del mismo artículo, sino que también es, en sí mismo considerado, un derecho fundamental protegido por el art. 18.1 CE, que, derivado de la dignidad de la persona, confiere a su titular el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás» (SSTC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4.º; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7.º [NormaCEF NCJ050195]; y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 7.º [NormaCEF NCJ050233]). En consecuencia, el mencionado derecho fundamental protege frente al «desmerecimiento en la consideración ajena» (STC 52/2002, de 25 de febrero, FJ 4.º [NormaCEF NCJ049830]), pues lo perseguido por el art. 18.1 CE «es la indemnidad de la imagen que de una persona puedan tener los demás» (STC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 5.º).

A pesar de ello, este tribunal ha venido afirmado que la libertad de expresión puede comprender también la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, 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, asunto *Castells c. España*, § 42, y de 29 de febrero de 2000, asunto *Fuentes Bobo c. España*, § 43). De modo que, como subraya la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4.º (NormaCEF NCJ043010), la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones «acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población».

No obstante, quedan fuera de la protección del art. 20.1 a) CE aquellas expresiones que en las concretas circunstancias del caso sean absolutamente injuriosas, ultrajantes u oprobiosas, es decir, las expresiones ofensivas que no guardan relación con las ideas u opiniones que se expongan o que resulten innecesarias para la exposición de las mismas, toda vez que el referido precepto constitucional «no reconoce un pretendido derecho al insulto» (entre otras muchas, SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5.º [NormaCEF NCJ052261]; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2.º [NormaCEF NCJ060206]; 112/2016, de 20 de junio, FJ 2.º [NormaCEF NCJ061437], y 89/2018, de 6 de septiembre, FJ 3.º [NormaCEF NSJ058917]). En tal sentido hemos afirmado que «el ejercicio del derecho de crítica no permite emplear expresiones formalmente injuriosas o innecesarias para lo que se desea expresar, que bien pueden constituir intromisiones constitucionalmente ilegítimas en el honor o en la intimidad personal o familiar ajenas» (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4.º; 85/1992, de 8 de junio, FJ 4.º; 200/1998, de 14 de octubre, FJ 3.º; 192/1999, de 25 de octubre, FJ 3.º, y 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6.º [NormaCEF NCJ051941]).

Idéntica posición sostiene la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a través de una reiterada doctrina, ha venido afirmando que el ejercicio de la libertad de expresión (art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos, CEDH) puede amparar la utilización de «frases vulgares o soeces» cuando estas se encuentran irremediabilmente vinculadas al mensaje que se trata de transmitir. De esta manera, el empleo de este tipo de locuciones quedará fuera del ámbito de protección del art. 10 CEDH cuando aparezcan desvinculadas de la crítica que se trate de verter, cuando supongan «una vejación gratuita» (STEDH de 28 de septiembre de 2020, asunto Lopes Gomes da Silva c. Portugal, § 34) o «cuando el único propósito de la declaración ofensiva sea insultar» (STEDH de 27 de mayo de 2003, asunto Skalka c. Polonia, § 34).

El nivel de tolerancia debe ser aún mayor cuando las expresiones críticas se dirigen a los representantes políticos, autoridades y cargos públicos. Respecto a estos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que «los límites a la crítica aceptable son más amplios con respecto a un político que actúa en su capacidad pública que en relación con un individuo privado. Quienes participan voluntariamente en el debate político público quedan expuestos, de forma inevitable y consciente, al escrutinio minucioso de sus acciones y manifestaciones, tanto por parte de los periodistas como del público en general, por lo que deben mostrar un mayor grado de tolerancia, especialmente, cuando hacen declaraciones públicas que son susceptibles de crítica. Ciertamente tienen derecho a que se proteja su reputación, aun cuando no actúen en condición de particular, pero los requisitos de esta protección deben sopesarse frente a los intereses de la discusión abierta de cuestiones políticas, ya que las excepciones a la libertad de expresión deben interpretarse estrictamente» (STEDH de 28 de septiembre de 2020, asunto Lopes Gomes da Silva c. Portugal, § 30).

¿Cuándo existirá calumnia o injuria atendiendo a la doctrina reciente sobre los excesos en la libertad de expresión.

Siguiendo a Zárate Conde³,

a) Calumnia

Habrá delito de calumnias cuando concurren los siguientes elementos objetivos y subjetivos:

1. En primer lugar, tiene que existir una imputación a otra persona de un delito, ya sea de palabra, por escrito o por cualquier otro medio visual o gráfico. Dicha im-

³ Vid. nota 1.

putación ha de ser precisa, recaer sobre un hecho inequívoco, concreto y debe dirigirse a una persona determinada o determinable, sin que sea necesario que se realice con la denominación legal exacta de la infracción, aunque sí catalogable criminalmente. No cabe apreciar una imputación de una infracción administrativa y todo ello con independencia del grado de ejecución del delito imputado.

2. En segundo lugar, la imputación debe realizarse «con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad». Estamos pues ante un delito doloso, que exige que el sujeto activo conozca que su comportamiento lesiona la dignidad de otra persona, y quiera hacerlo, por lo que no cabe incriminación imprudente, sin que resulte exigible, además del dolo delictivo, ningún ánimo específico del injusto. Desde un punto de vista de la prueba, corresponde a la acusación acreditar el conocimiento de la falsedad o el temerario desprecio a la verdad (STS de 14 de febrero de 2001, rec. núm. 4846/1998 [NormaCEF NCJ053243]).

3. Por último, el tipo penal precisa de un elemento subjetivo consistente en que la imputación se realice con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, con lo que viene a contemplarse su comisión con dolo directo o con dolo eventual: «ha de predominar la finalidad de descrédito o pérdida en la estimación pública, aunque puede concurrir con cualquier otro móvil inspirador (criticar, informar, divertir, etc.), con tal de que el sujeto agente conozca el carácter ofensivo de su imputación, aceptando la lesión del honor resultante de su actuar» (STS 856/97, 14-6).

b) Injurias

Señala Zárate Conde que

la conducta típica, en este caso, consiste en realizar acciones o proferir expresiones lesivas de la dignidad ajena, menoscabando con ello la fama o la propia estimación de la víctima. Por tanto, la injuria aparece mediante una expresión o una acción capaz de lesionar el honor ajeno, ya sea a través de expresiones orales o escritas, por gestos, dibujos o representaciones.

Dos clases de injurias típicas: las consistentes en la imputación de hechos y las que se concretan en juicios negativos de valor.

La primera consiste en imputar a un sujeto hechos idóneos para distorsionar negativamente su proyección personal en el foro social, y sin que lleguen a ser constitutivos de un delito de calumnias (la STS 607/2014 mantiene la condena de instancia por un delito de injurias a varios policías que habían atribuido a un sargento haber «conseguido puestos a base de abrirse de piernas», que «su hijo era del Jefe de la Policía» y que «hacia la calle porque le venía de familia»).

La segunda son aquellas expresiones que, pese a no consistir en la imputación de hechos y por tanto no estar sujetas a un juicio de falsear, lesionan el honor

del injuriado en tanto que menoscaban el núcleo mínimo de dignidad personal indisponible.

En cualquier caso, nótese que respecto de las injurias solo las graves son delito, no las leves. Porque el artículo 208.2 del CP señala que «solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves excepto el art. 173.4 CP».

Así, solo en los casos de violencia de género y doméstica la injuria leve es delito, ya que castiga el artículo 173.4 del CP a «quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173»⁴.

Las injurias leves y que no tengan el concepto de graves están despenalizadas, por lo que habrá que ver qué se entiende por injurias graves, para derivar a la vía penal aquellas que estén consideradas de forma objetiva como afrentosas, de forma relevante al honor de las personas, y no pueda por ello ampararse el autor en la libertad de expresión, porque hay que decir que no cabe una «libertad de expresión» para injuriar o calumniar a los demás.

¿Cuándo será la injuria grave?

Como aspectos a tener en cuenta destaca Zárata Conde:

- a) Circunstancias personales de los implicados
- b) La propia naturaleza de las expresiones y/o acciones
- c) Los efectos producidos y
- d) Por su alcance en los perjudicados.

En todo caso, el propio Código Penal en el artículo 208 se encarga de concretar una regla específica para determinar la gravedad cuando la injuria consista en la imputación de hechos, caso este en que solo podrá considerarse grave cuando «se realicen con conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio a la verdad».

⁴ *Violencia doméstica y de género.*

2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

3. STS, Sala 2.^a, de lo Penal, 127/2024, de 8 de febrero, rec. núm. 107/2022 (NormaCEF NCJ067086)

Interesante resulta la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 127/2024, de 8 de febrero de 2024, que trata sobre el tema que ahora analizamos en torno a los límites de la libertad de expresión y hasta dónde se puede llegar, y que, en todo caso, no toda reflexión efectuada en redes sociales o circuitos internos, o públicos, puede ser considerada como delictiva como injurias graves o calumnias, debiendo ponderarse el alcance de la expresión proferida y su «intención».

Se refiere esta sentencia a un caso de una profesora que envía un comunicado, a través de la plataforma educativa, exponiendo los motivos personales por los que no sigue en el centro educativo, e imputa una conducta vejatoria hacia ella por parte de dos de sus compañeros, a los que identifica nominalmente.

De esta manera, fue condenada por el Juzgado de lo Penal como autora de dos delitos de injurias graves hechas con publicidad previstos y penados en los artículos 208 y 209 del CP, en concurso ideal del artículo 77 del CP, a la pena de 14 meses de multa, a razón de una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria que para el caso de impago establece el artículo 53 del CP, y al pago de las costas del proceso.

Recurrida la sentencia ante la audiencia provincial, esta dictó sentencia confirmando la condena, aunque se fijó que «revocamos parcialmente dicha resolución, en el sentido de rebajar la pena de multa impuesta a 10 meses y un día, manteniendo el resto de pronunciamientos de la misma».

Es decir, que se mantiene la condena por injurias graves, aunque rebajando la pena en la multa.

Por parte del Tribunal Supremo se decretó la absolución por la atipicidad de la conducta, pues supone el ejercicio del derecho fundamental de libertad de expresión, señalando que las afirmaciones imputadas a la acusada, que ella misma reconoce haber proferido, *no adquirieron la trascendencia típica necesaria para justificar la condena como autora de un delito de injurias*.

La estructura típica del delito se desvanece al operar una causa de exclusión de la anti-juridicidad, que no es otra que el ejercicio legítimo de un derecho, en el presente caso, de la libertad de expresión constitucionalmente garantizada.

a) Planteamiento de la defensa y del recurso contra la condena que fue estimado

La defensa entiende que la conducta declarada probada debe ser calificada como atípica, sin cabida en los artículos 208 y 209 del CP, pues supone el ejercicio legítimo de un

derecho fundamental, la libertad de expresión. El mensaje suscrito por la acusada no deja de ser el relato de una profesora que se limita a emitir sus opiniones frente a otros profesores «[...] en la expresión y exaltación de sus sentimientos en el contexto educativo y sobre hechos que son de interés público para la comunidad docente, especialmente, los usuarios del Centro que deben conocer los entresijos y las preocupaciones de quienes están llamados a formar a sus hijos».

La condena penal por estos hechos –se aduce– genera un efecto disuasorio, «pues lo que se persigue con un pronunciamiento de condena, convertible incluso en prisión, es que un profesor no pueda informar a la comunidad acerca de los graves problemas que, a su juicio, atraviesa el Centro desde el que se educa a los escolares, y los motivos por los que abandona su puesto, y con ello, defrauda, en cierta manera, la expectativa de muchos padres de que dicha docente será la profesora de sus hijos. ¿Por qué abandona el centro una profesora? Es una pregunta que todo padre se formula cuando una buena profesora abandona el Centro donde lleva a sus hijos».

Sigue razonando el recurrente que «la figura del profesor, cuando habla sobre su situación docente, es un ámbito de preocupación a la sociedad, cuando menos, escolar, pues el recto funcionamiento de la educación contribuye a la formación de la sociedad, haciéndola más libre y plural. [...] Pese a que la juzgadora de instancia señala que el contexto es difamatorio, esta carta solo puede calificarse de eminentemente sentimental, la acusada comparte su sufrimiento y expone sus causas, sin que ello pueda ser calificado de un delito de injurias, ello es incompatible con el derecho a la libertad de expresión, derecho que alcanza no solo a las «informaciones» o «ideas» acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que contraríen, choquen o inquieten. No estamos ante una publicación en un medio de difusión mediático, es una opinión que se dirige a quienes tienen interés en lo que ocurre en el Centro, los profesores y su equipo directivo».

El fallo condenatorio –concluye la defensa– es incompatible con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia 14 de junio de 2016, Jiménez los Santos c. España) y con la STC 151/2002, 20 de septiembre, que en un supuesto muy similar a este, referido a un conflicto laboral en el ámbito de la enseñanza, otorgó el amparo al recurrente.

b) Razones de la absolución

Apunta el Tribunal Supremo que:

Uno de los más clásicos tratadistas del derecho penal afirmaba que «la esencia del delito de injurias no está en la corteza de los vocablos, sino en la intención de quien los profiere».

Solo así se explica que a la hora de definir los límites de la tipicidad del delito castigado en el art. 208 del CP, una misma expresión pueda interpretarse, en un deter-

minado contexto, como una interjección coloquial situada extramuros del derecho penal y esa misma palabra, ya en otro entorno, pueda ser valorada como el afilado instrumento para laminar la honorabilidad de un tercero.

Es así como debería haber sido entendido el elemento contextual que subraya la sentencia recurrida, que ha confirmado el criterio del Juez de lo Penal que consideró delictivas estas expresiones. El contexto en el que las expresiones tenidas como injuriosas se pronuncian no puede ser omitido cuando se trata de valorar su entidad penal. Pero lo que resulta incuestionable es que *unas expresiones que, por sí solas, no son injuriosas no pueden convertirse en un delito de injurias cuando se examinan a la luz del entorno en el que han sido pronunciadas.*

En el FJ 2.º de la resolución dictada en la instancia puede leerse el siguiente razonamiento: «[...] pues bien, en lo que se refiere al supuesto enjuiciado, las expresiones antes transcritas deben ser analizadas en el contexto en el que se vierten. Aunque no contienen ningún insulto, esto es, ningún calificativo o palabra que objetivamente, fuera de todo contexto, pueda ser tildada de injuriosa, ninguna duda cabe de que en su conjunto y en atención a las circunstancias concurrentes de tiempo, lugar y personales de los aludidos y de los destinatarios del mensaje, sí lo son».

Si las expresiones analizadas no representan ningún insulto, ningún calificativo o palabra que pueda ser tildada como injuriosa, esas mismas expresiones no pueden mutar su propia esencialidad para convertirse en delictivas.

La filosofía ya advertía de la necesidad de rechazar el argumento sofista de que una suma de silencios puede provocar un ruido. El silencio será siempre silencio. La expresión que a juicio del tribunal que ha de valorar su relevancia jurídico penal no llega a ser injuriosa, no puede luego transmutar su significado para convertirse en delictiva.

El basamento en la jurisprudencia del TC y TEDH

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en línea con lo proclamado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha dictado un amplísimo cuerpo de doctrina para delimitar el contenido material del derecho a la libertad de expresión. Buena parte de esa doctrina está glosada de forma pormenorizada en la sentencia recurrida.

Baste ahora señalar que la jurisprudencia constitucional ha subrayado repetidamente la «peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión», en cuanto que garantía para «la formación y existencia de una opinión pública libre», que la convierte «en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática» (STC 6/1981, STC 12/1982, STC 41/2001 y STC 50/2010). Ha señalado también que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica «aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (SSTC 174/2006 [NormaCEF NCJ041530]).

Y cómo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que si bien los funcionarios deben estar protegidos cuando actúan en el ejercicio de su cargo, también deben soportar un grado mayor de crítica que los particulares respecto de la actuación realizada en el ejercicio de sus funciones (cfr. SSTEDH de 21 de marzo de 2002, Caso Nikula contra Finlandia, párrafo 50; 28 de octubre de 2003, caso Steur contra Países Bajos, párrafo 39; 23 de abril de 2015, caso Morice contra Francia) ya que la libertad de expresión goza de la más alta protección, sobre todo en asuntos de interés público. Por ello, el margen para restringirla es muy estrecho y solo justificable si resulta necesario en una sociedad democrática.

Los querellantes eran personajes públicos. Se trataba de la Jefa de Estudios y el Secretario del IES Enrique Díez Canedo de la localidad de Puebla de la Calzada.

Y el contexto, tantas veces enfatizado en la resolución de instancia, era el de un enfrentamiento personal que había trascendido al funcionamiento ordinario de un centro público de enseñanza.

Las expresiones tenidas por injuriosas –insistimos, no por razón de su afilado significado gramatical, sino por el contexto en el que fueron pronunciadas– solo adquieren valor como vehículo expresivo del desacuerdo de una profesora –Juliana– frente a dos miembros del cuadro directivo al que iban dirigidas esas palabras –Lucía y León–. No pueden ser entendidas sin la referencia jerárquica que liga a los protagonistas del descarnado mensaje que ha sido considerado delictivo.

Cobra aquí, pues, pleno sentido la jurisprudencia anotada en el epígrafe precedente sobre la flexibilidad con la que han de ser valoradas las fronteras legítimas de la libertad de expresión cuando las palabras que se estiman ofensivas se dirigen a un personaje público. Y lo que sucede en el cuadro de profesores de un centro escolar encierra un interés relevante que no puede ser degradado a una disputa entre particulares susceptible de ser reprimida por el derecho penal.

Así lo entendió también el Tribunal Constitucional en la STC 151/2004, 20 de septiembre (NormaCEF NSJ015606), citada por la defensa en su escrito de formalización. Se trataba del profesor de un centro universitario que, a su vez, ejercía como periodista en el periódico «El Norte de Castilla». Fue en este medio en el que publicó un artículo en el que denunciaba determinadas prácticas universitarias con expresiones que determinaron su despido inmediato como profesor en aquella universidad. Este conflicto laboral dio oportunidad al Tribunal Constitucional para proclamar la necesidad de flexibilizar los límites del derecho a la libertad de expresión en este tipo de conflictos laborales. La cita de algunos de los fragmentos resulta de especial utilidad.

Así, en el FJ 7.º puede leerse lo siguiente: «Este Tribunal ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el presente, preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito –modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente– de su libertad constitucional (SSTC 186/1996, de 25 de noviembre (NormaCEF

NSJ000345), y 186/2000, de 10 de julio [NormaCEF NSJ008216]). Pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación solo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva (STC 126/2003, de 30 de junio [NormaCEF NSJ013406]). Lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada que respete la definición y valoración constitucional del derecho fundamental y que atienda a las circunstancias concurrentes en el caso».

Las singularidades propias de la relación laboral son apuntadas en el FJ 8.º: «No cabe duda de que en la actualidad la actividad laboral o profesional posee una faceta externa, de relación social que, en cuanto tal, repercute en la imagen que de esa persona tengan los demás. Pero, por eso mismo, también la hace susceptible de ser sometida a la crítica y evaluación ajenas, únicas formas, en ocasiones, de calibrar la valía de esa actividad, sin que tal cosa suponga el enjuiciamiento de la persona que la desempeña y, en consecuencia, de su honorabilidad. En suma, la protección del art. 18.1 CE solo alcanzaría a aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido (entre otras, SSTC 180/1999, de 11 de octubre; 282/2000, de 27 de noviembre [NormaCEF NCJ051769]; y 14/2003, de 28 de enero [NormaCEF NCJ041762])».

Ya en el ámbito estrictamente académico en el que se sucedieron las descalificaciones del asunto que fue objeto de recurso de amparo, tan semejantes a las que ahora centran nuestra atención, el Tribunal Constitucional proclamó lo siguiente: «Las personas responsables de la gestión de la entidad debían asumir el riesgo de que las opiniones, críticas o informaciones vertidas por los trabajadores pudieran llegar a resultarle molestas o hirientes, en la medida en que su labor gestora se encontraba sometida al escrutinio de quienes veían afectados con ella sus derechos laborales. [...] De suerte que la pública desaprobación expresada por el trabajador no puede ser aislada de la forma en que se estaban desarrollando los acontecimientos ni, en particular, de la situación de grave conflicto laboral, al que hacen referencia los hechos probados en el proceso judicial, con una alta litigiosidad y colisión de intereses contrapuestos, en cuyo contexto tuvieron lugar las referidas manifestaciones.

Y es que no cabe definir lo objetivamente ofensivo al margen por completo de las circunstancias y del contexto en el que se desarrolla la conducta expresiva (señaladamente, STC 106/1996, de 12 de junio [NormaCEF NSJ000276]), ni tampoco limitar la cobertura que ofrece la libertad de expresión a aquello que sea necesario, entendido en el sentido de imprescindible, adecuado y absolutamente pertinente, ni reducir su ámbito de protección a las expresiones previsibles o al uso en situaciones de acuerdo o avenencia, pues esa lectura de los márgenes de actuación del

derecho fundamental supondría reducir el ámbito de la libertad de expresión a las ideas de corrección formal abstracta y utilidad o conveniencia, lo que constituiría una restricción no justificada de esos derechos de libertad de los ciudadanos e implicaría desatender, en contra de las posiciones de nuestra jurisprudencia, la libertad del sujeto y el entorno físico o de situación en el cual se produce su ejercicio.

Finalmente, no se puede obviar el hecho de que los destinatarios a los que el recurrente dirigió sus críticas (la Universidad SEK y sus gestores) revestían una inquestionable notoriedad pública.

Hemos dicho que cuando se ejercita la libertad de expresión reconocida en el art. 20.1 a) CE, los límites permisibles de la crítica son más amplios si esta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna, pues, en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública [...].

Sentado todo lo anterior, cabe concluir que las manifestaciones hechas por el trabajador guardaban relación con sus intereses laborales y, de otra parte, tanto si se consideran en sí mismas como en su contexto, no entrañaban una ofensa grave para la empleadora, ni eran vejatorias para sus gestores o trabajadores, aun cuando pudieran considerarse improcedentes o irrespetuosas. La intervención del actor en el conflicto supuso un legítimo ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1.a CE), en la medida en que se limitó a manifestar su desaprobación, disconformidad y crítica» (FJ 9.º).

En definitiva, las afirmaciones imputadas a Juliana, que ella misma reconoce haber proferido, no adquirieron la trascendencia típica necesaria para justificar la condena como autora de un delito de injurias previsto en los arts. 208 y 209 del CP. La estructura típica del delito se desvanece al operar una causa de exclusión de la antijuridicidad, que no es otra que el ejercicio legítimo de un derecho, en el presente caso, de la libertad de expresión constitucionalmente garantizada (arts. 20.7 del CP y 20.1.a de la CE).

Con ello, de esta sentencia podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. La esencia del delito de injurias no está en la corteza de los vocablos, sino en la intención de quien los profiere. Debemos prestar especial atención a la intención del que profiere la expresión más que a la propia expresión en sí misma considerada.
2. El contexto en el que las expresiones tenidas como injuriosas se pronuncian no puede ser omitido cuando se trata de valorar su entidad penal.
3. Unas expresiones que, por sí solas, no son injuriosas no pueden convertirse en un delito de injurias cuando se examinan a la luz del entorno en el que han sido pronunciadas.



4. Si las expresiones analizadas no representan ningún insulto, ningún calificativo o palabra que pueda ser tildada como injuriosa, esas mismas expresiones no pueden mutar su propia esencialidad para convertirse en delictivas.
5. Los funcionarios o cargos públicos de cualquier grado deben estar protegidos cuando actúan en el ejercicio de su cargo, también deben soportar un grado mayor de crítica que los particulares respecto de la actuación realizada en el ejercicio de sus funciones.
6. La flexibilidad con la que han de ser valoradas las fronteras legítimas de la libertad de expresión cuando las palabras que se estiman ofensivas se dirigen a un personaje público.
7. Cuando se ejercita la libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1 a) de la CE, los límites permisibles de la crítica son más amplios si esta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna.

Vicente Magro Servet. Actualmente es magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante desde 2001 hasta 2016 y miembro de la Sala de Gobierno del TSJ de Valencia hasta 2016, hasta el nombramiento como magistrado en la Audiencia Provincial de Madrid, y en esta sede hasta el mes de febrero de 2018, cuando es elegido por concurso de méritos como magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Es autor y coautor de 82 libros de derecho y autor de 1.630 artículos doctrinales en distintas revistas jurídicas especializadas. <https://orcid.org/0000-0003-2531-9731>

Difusión de expresiones por correo y WhatsApp y derecho al honor

Comentario de la STS de 22 de abril de 2024

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

jesquivias1959@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

En esta sentencia, el Tribunal Supremo confirma la de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 314/2023, de 24 de julio, dictada en el recurso de apelación núm. 657/2022, que revoca la del Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid, con núm. de P.O. 1082/2018, que desestima la petición de vulneración del honor y de la imagen, pues considera preminente la libertad de expresión por veracidad de la información y por el carácter público del actor en esos momentos.

Sin embargo, como se verá, se advierte la infracción del derecho fundamental del actor porque la demandada difundió un artículo de prensa por correo electrónico y WhatsApp, informando sobre una denuncia penal que dio lugar a una orden de protección. Información sesgada, pues el actor fue absuelto. Además, a la denunciante-demandada se la condenó en costas en el proceso penal por su temeridad y mala fe. El objeto principal de la demanda, por tanto, se concretó en la difusión del artículo entre conocidos del actor y por correo electrónico y grupos de WhatsApp creados por la demandada.

El juzgado de primera instancia desestimó la demanda al considerar que

prevalece lo que en este caso puede llamarse Libertad de Expresión a través de la transmisión de un artículo que cumple los requisitos del derecho a la libre información veraz respecto al derecho al Honor, derecho al Honor que tampoco se entiende vulnerado por la publicación de la noticia, que se limita a recoger un hecho cierto en aquel momento, con independencia de que luego el demandante fuera absuelto, hecho relevante por ser el demandante una persona pública en aquellos momentos.

Para comprender el razonamiento jurídico de la sentencia del Supremo (que nos permite valorar el juicio de ponderación entre la libertad de expresión y el honor), es preciso insistir en el contexto. El contexto es esencial y la ponderación, como siempre en estos casos, ha de analizar, entre otros elementos, la veracidad de la información, si tiene o no interés, si se trata de un personaje público que ha de soportar una mayor restricción de su privacidad, la intención de quien difunde, los destinatarios, etc.

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 16 al 31 de mayo de 2024).

Por consiguiente, este es el contexto:

- Las partes procesales estuvieron casadas desde el 27 de junio de 2003 hasta el 16 de enero de 2017, fecha de la sentencia de divorcio.
- Con fecha del 9 de junio de 2015 la demandada interpuso una denuncia de violencia de género que fue sobreseída y archivada inmediatamente en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Móstoles –diligencias 128/2015– por auto de 9 de junio de 2015. El actor fue detenido y conducido a las dependencias judiciales. Ese mismo día el asunto fue sobreseído.
- Con fecha de 10 de septiembre de 2015 se interpone otra. Y por sentencia de 10 de abril de 2017 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Móstoles en el juicio oral núm. 230/2016, se absuelve al actor, y, por temeridad y mala fe, se imponen las costas a la denunciante. La sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha de 5 de octubre de 2017, por la Sección 27.^a, en autos de apelación núm. 1865/2017. Se mantiene la temeridad por la información, pues resultó «sesgada y parcial» y no incluía «mención alguna a las comunicaciones recíprocas de las partes».
- Una vez obtenida la orden de protección, la demandada acudió al medio de comunicación *El Confidencial*. Esa publicación fue difundida en 177 correos electrónicos desde su dirección y en grupos de WhatsApp. Los grupos fueron identificados como «Grupo Tomás» y «Maltrato», que estaban firmados por personas conocidas por el actor.

Los motivos de casación fueron tres:

Primero.- Se funda este motivo en la infracción del artículo 217 de la LEC (carga de la prueba), art. 120.3 de la Constitución española (motivación de la sentencia), en relación con el artículo 24 de la Constitución (tutela judicial efectiva).

Segundo.- Conforme al artículo 477.2 de la LEC, el presente motivo se funda en impugnar la sentencia dictada para la tutela judicial civil de derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo, aun cuando no concurriese interés casacional.

Tercero.- El presente motivo se funda, al amparo del artículo 477.3 de la LEC, en la infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, respecto a la valoración y ponderación, en el presente caso, de la Libertad de Expresión frente al derecho al Honor, presentando la resolución de este recurso interés casacional.

Respecto del primero motivo, no es de extrañar que el Tribunal Supremo recuerde que este recurso se resuelve con arreglo a la regulación de la casación anterior al Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, «dada la fecha en que fue dictada la sentencia recurrida, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria décima, regla cuarta, en relación con la disposición final novena de dicho Real Decreto-ley». Al hacer esta prevención recuerda los Acuerdos del Pleno del 27 de enero de 2017 sobre los requisitos formales de los recursos de casación y extraordinarios por infracción procesal. El primero hemos dicho que se centra

en la «carga de la prueba», «la motivación de la sentencia» y la «tutela judicial efectiva». Pero es un motivo de casación –no se está especificando infracción procesal– y el recurso ha de tramitarse conforme a la LEC antes de la reforma, que tan solo menciona normas y motivos procesales (art. 217 LEC); por ello, se infringe el artículo 477.1 de la LEC. Al observarse en el desarrollo del motivo primero una mezcla de cuestiones de diversa naturaleza (sustantiva o procesal) y no identificar la infracción o infracciones alegadas, simplemente se da una versión de hechos diferente a la de la audiencia, sin precisión alguna y sin identificación del problema jurídico. Ahora bien, aun cuando las causas de inadmisión se podrían convertir en desestimación, por tratarse de un derecho fundamental, el Tribunal Supremo entra en el fondo, pero desestima igual, aunque por los motivos que se indican en la sentencia: a) existe prueba suficiente fijada con arreglo a unos hechos y b) no se infringe el artículo 120.3 de la CE, porque una cosa es la falta de motivación y otra que se discrepe del razonamiento de la audiencia. Y, en cuanto a la alegación de la vulneración del artículo 24 de la CE, es curiosa la expresión: «No es correcta la ecuación litigante vencido-litigante indefenso».

En el fondo, lo que está diciendo el Tribunal Supremo cuando resuelve el primer motivo es que la valoración que se hace por la audiencia de las denuncias penales y la reinterpretación de ellas no puede canalizarse, por la vía de un recurso de casación, invocándose el artículo 217 de la LEC sobre la valoración probatoria o la ausencia de motivación (art. 120 CE en relación con el 218 LEC), o la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE (en relación con el art. 469.1.4.º LEC). Es decir, todo lo relacionado con la valoración de la prueba de la denuncia penal que dio lugar a la resolución de 10 abril de 2017, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Móstoles en el juicio oral núm. 230/2016, y en la temeridad y solicitud expresa de imposición de costas, requiere, para una adecuada técnica casacional, que su ubicación encuentre el mejor acomodo en la infracción procesal; pues, como dice la STS (Civil, Sec. 1.ª), núm. 175/2020, de 12 de marzo, rec. núm. 2702/2018 (NormaCEF NCJ064868):

Las cuestiones procesales a las que se hace referencia en el desarrollo del motivo son completamente ajenas a la infracción de normas sustantivas que constituyen el objeto del motivo según se expresa en su encabezamiento y no son susceptibles de ser planteadas en un recurso de casación.

De ahí que el Tribunal Supremo, en su reiterada doctrina sobre asunto parecidos, lo sancione con la inadmisión o como causa de desestimación, porque:

El recurso de casación no puede consistir en un simple escrito de alegaciones de variada naturaleza que someta al tribunal de casación, de forma indiferenciada, la totalidad de los aspectos jurídico-sustantivos y fácticos del litigio, ni tolera el acarreo de argumentos heterogéneos, como ocurre en el presente recurso, en que el escrito no se ha estructurado en torno a diversos motivos en que se denuncien concretas infracciones legales que el recurrente considere que ha cometido la audiencia, pues en él se mezclan argumentos de diversa naturaleza, unos sustantivos, otros procesales, unos relativos a la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, otros a los hechos en que se sustenta. (STS [Civil, Sec. 1.ª], núm. 66/2022, de 1 de febrero, rec. núm. 4893/2020).

Bien entendido que se entra a conocer por tratarse de un derecho fundamental.

A lo anterior, podríamos añadir que el motivo carece del rigor propio de los recursos de esta naturaleza en cuanto a los requisitos para su formulación se refiere (ya lo hemos advertido más arriba, pero ahora seremos más extensos en el razonamiento), pues, concretamente, se incumple el punto III.3.3.A.b), sobre motivos separados; o III.3.3.A.d), sobre la cita de la norma sustantiva y no procesal (también I.1.2.º) del Acuerdo sobre los criterios de admisión de los recursos de casación e infracción procesal. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 (actualizado por el Acuerdo de 8 de septiembre de 2023 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre extensión y otras condiciones extrínsecas de los recursos de casación y de oposición civiles). Y dado que las causas de inadmisión se pueden convertir en causas de desestimación del motivo, se invocan, en tal sentido, las siguientes resoluciones del Tribunal Supremo (no obstante, téngase en cuenta la precisión de que, al tratarse de un derecho fundamental, se entra a conocer del motivo):

- ATS de 5 de junio de 2019 (rec. núm. 5724/2018). El recurso de casación incumple los requisitos de los artículos 483.2.2.º y 477.1 de la LEC cuando se alega exclusivamente una cuestión procesal, pues

el recurso de casación está limitado a una estricta función revisora de la aplicación de las normas sustantivas al objeto del proceso, y que debe entenderse referido a las pretensiones materiales deducidas por las partes relativas al crédito civil o mercantil y a las situaciones personales o familiares, correspondiéndole al recurso extraordinario por infracción procesal controlar las cuestiones procesales entendidas en sentido amplio, dejando el de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, es decir, la calificación jurídica de tales hechos y la subsunción en el supuesto de hecho previsto en la norma de las resultas de aquel juicio fáctico, así como en la aplicación al caso enjuiciado de la norma sustantiva en sí misma.

En el mismo sentido, el ATS de 27 de noviembre de 2019 (rec. núm. 1711/2019) dice que

es doctrina reiterada de esta sala que el recurso de casación ha de fundarse en infracción de norma jurídica sustantiva aplicable para la resolución del litigio (artículo 477.1 LEC) que en el presente caso no se expresa, ya que no presenta tal carácter la cita del art. 218 LEC al ser esta de carácter procesal.

También pueden citarse los AATS de 12 de diciembre de 2018 (rec. núm. 1849/2018) y 7 de octubre de 2020 (rec. núm. 1005/2020).

- El ATS de 17 de mayo de 2023 es más esclarecedor señalando que

de tal modo que las disposiciones relativas a la carga de la prueba, así como la infracción de normas relativas a cuestiones probatorias se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en

el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando el de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados (SSTS de 18 de marzo de 2010, rec. 1816/2008, de 8 de julio de 2010, rec. 1987/2006 [NormaCEF NCJ052921], de 10 de octubre de 2011, rec. 1148/2006, de 15 de febrero de 2013, rec. 1090/2010). SSTS de 18 de marzo de 2010, rec. 1816/2008, de 8 de julio de 2010, rec. 1987/2006, de 10 de octubre de 2011, rec. 1148/2006, de 15 de febrero de 2013, rec. 1090/2010; AATS de 29 de junio de 2016, rec. 3784/2015, de 20 de abril de 2016, rec. 2890/2014, de 3 de febrero de 2016, rec. 2328/2014.

En definitiva, la consecuencia procesal aplicable a este motivo viene deducida de la siguiente doctrina:

STS, Sec. 1.^a, núm. 949/2023, de 14 de junio, rec. núm. 4131/2020:

Esta decisión de desestimación por causa de inadmisión no infringe el art. 24 de la Constitución. Como declaró el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 19 de diciembre de 1997 (asunto 155/1996, 774/975, Brualla Gómez de la Torre contra España), los requisitos de admisibilidad de un recurso de casación pueden ser más rigurosos que los de un recurso de apelación, siendo compatible con el Convenio un mayor formalismo para el recurso de casación (parágrafos 37 y 38).

La causa de inadmisión se convierte, en este momento procesal, en causa de desestimación del recurso de casación. No obsta que en su día fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de la admisión acordada inicialmente, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia (sentencias 97/2011, de 18 de febrero, 548/2012, de 20 de septiembre, 564/2013, de 1 de octubre, y 146/2017, de 1 de marzo).

Los otros dos motivos, el segundo y el tercero, sí se centran en cuestiones puramente sustantivas. Conforme al artículo 477.2.1.º de la LEC, por infracción de la tutela judicial civil de derechos fundamentales y por vulneración del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, y del 20 sobre la libertad de expresión. Y por el artículo 477.3 sobre la infracción de la doctrina jurisprudencial respecto de la ponderación entre el honor y la libertad de expresión, en tanto que representa o tiene interés casacional.

El Tribunal Supremo los resuelve de manera conjunta, aplicando la doctrina ya consolidada de que la identidad de razón conlleva identidad en el cauce procesal para la solución por la estrecha vinculación existente de las vulneraciones denunciadas. A modo de ejemplo, la STS núm. 1438/2023, de 18 de octubre, rec. núm. 8409/2022 (NormaCEF NCJ066968), dice así:

La sala va a dar respuesta de manera conjunta a lo planteado en los tres motivos, en atención a la estrecha relación de las vulneraciones normativas denunciadas y a que todas ellas se dirigen a que se case y anule la sentencia recurrida y se acuerde el establecimiento inmediato del acogimiento familiar de la niña Maite con sus abuelos paternos. (O bien la del Tribunal Supremo [Civil, Sec. 1.^a], núm. 308/2022, de 19 de abril, rec. núm. 2582/2021).

El motivo dos invoca la tutela de un derecho fundamental y el tres el análisis para discernir si se ha producido o no la vulneración alegada. No existen razones para separar lo que forma una unidad de calificación jurídica.

Es importante la siguiente precisión: no se analiza ni se juzga el artículo periodístico, sino la difusión del mismo entre un gran número de personas, de unos hechos con medida cautelar, de naturaleza penal, sobre protección a una víctima de violencia de género, con información «sesgada y parcial», al ocultarse hechos relevantes que «desactivaban la acusación», provocaron la absolución y la condena en costas de la denunciante. Como dice la sentencia que comentamos, «la justificación esgrimida por la demandante de que esa difusión del artículo periodístico la hizo por estar prevista en el "Plan de Seguridad Personalizado" carece de base. La imputación penal no priva a la persona de su derecho al honor ni justifica la difamación».

Así, con esa simple exposición se justifica la desestimación de los dos motivos de casación y la probidad del juicio de ponderación. Luego, al final, se rechaza la invocación de la jurisprudencia como fundamento de la vulneración de la doctrina que provoca el interés casacional, porque se refiere a hechos diferentes y no comporta un conflicto entre la norma y la jurisprudencia. Y es sabido que el interés casacional está en la base de ese conflicto –que aquí no se da–. La siguiente STS (Civil, Sec. 1.^a), de 28 de abril de 2021, rec. núm. 54/2021, así lo recoge:

Además, en el presente caso, al tratarse de un procedimiento seguido en atención a la materia, la sentencia solo es recurrible en casación en base al ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, esto es, acreditando la existencia de interés casacional, que consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte.

Aparte de que no se respetan los hechos probados de la sentencia y se proyecta sobre un supuesto distinto que pretende la aplicación de la visión subjetiva del recurrente, por lo cual es un recurso artificioso que no sirve para unificar la doctrina (ATS [Civil, Sec. 1.^a], de 31 de mayo 2023, rec. núm. 6764/2021).

Vamos a concluir con algunas reflexiones que se nos antojan interesantes. La sentencia no analiza la incidencia que tiene un proceso penal sobre los derechos fundamentales. Sin embargo, es copiosa al respecto. Sobre la imputación de hechos antijurídicos, la STS 575/2021, de 26 de julio, dice:

En definitiva, aunque se considere prevalente la Libertad de Expresión, la doctrina jurisprudencial reitera (sentencias 450/2017, de 13 de julio [NormaCEF NCJ062683], y 258/2017, de 26 de abril [NormaCEF NCJ062399] –fundada a su vez en las SSTC 79/2014 [NormaCEF NCJ058537], 216/2013 [NormaCEF NCJ058186], y 41/2011 [NormaCEF NCJ054801]–) que, cuando se atribuye la comisión de hechos antijurídicos, la exposición de los hechos y la emisión de valoraciones aparecen indisolublemente unidas, por lo que ni siquiera esa exposición de una opinión crítica y

legítima justificaría la atribución o imputación al criticado de «hechos no veraces que, objetivamente considerados, ofendan gravemente su Honor, desacreditándolo públicamente tanto en el cargo que desempeña como personalmente» (sentencias 508/2016, de 20 de julio, y 750/2016, de 22 de diciembre [NormaCEF (NCJ061868)]).

Como se observa, la expresión «sesgada y parcial» de la sentencia que comentamos está relacionada con la última parte de la precedente: hechos inveraces, objetivamente injuriosos u ofensivos que desacreditan.

La alusión de la sentencia relativa a «La justificación esgrimida por la demandante de que esa difusión del artículo periodístico la hizo por estar prevista en el "Plan de Seguridad Personalizado"» no tiene sentido para anteponer la libertad de expresión al honor, choca frontalmente con el argumento de la sentencia de la audiencia, sobre el cual puede ser aplicada la doctrina siguiente del Tribunal Constitucional (STC 106/2021, de 11 de mayo [NormaCEF NCJ065574], con cita de la 133/2018, de 13 de diciembre [NormaCEF NCJ063713]) sobre la presunción de inocencia y el honor cuando aún no existe una resolución judicial:

Este Tribunal ha considerado que la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia, reconocida también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el marco del artículo 6.2 CEDH (SSTEDH, de 5 de febrero de 1995, asunto *Allenet de Ribemont c. Francia*; de 26 de marzo de 2002, asunto *Butkevicius c. Lituania*; de 28 de junio de 2011, asunto *Lizaso Azconobieta c. España*), encuentra específica protección en nuestro sistema de derechos fundamentales a través o por medio de la tutela del derecho al Honor, operando dicha presunción como elemento instrumental del enjuiciamiento de una posible lesión del derecho al Honor (STC 244/2007, FJ 2.º [NormaCEF NCJ043028]).

El Supremo no entra a analizar si la difusión de la noticia entre los contactos resulta acreditada, simplemente lo da por hecho. Lo contrario sería convertir al tribunal en una tercera instancia, cuando los argumentos del recurso no respetan los hechos probados.

Tampoco se analiza con detenimiento la naturaleza de la denuncia penal y su incidencia en los derechos fundamentales en conflicto, y por ello creemos conveniente añadir que con la debilidad de la base fáctica y con el apoyo en la presunción de inocencia, no es irracional que el juicio de ponderación de la audiencia se refugie también en la doctrina existente sobre los efectos que las denuncias con escasa justificación puedan tener sobre en el honor de una persona. Así, en especial, citamos la STS (Civil, Pleno) núm. 337/2017, de 29 de mayo, rec. núm. 581/2016 (NormaCEF NCJ062384):

Se infiere de todas ellas que el derecho a la tutela judicial efectiva mediante la interposición de querellas o denuncias ante la jurisdicción penal no es absoluto y que habrán de tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso. Como concluye la sentencia de 4 de septiembre de 2008, para que haya abuso es necesario que el derecho se ejercite con extralimitación, por causa objetiva o subjetiva (sentencias de 29 diciembre 2004 y 28 de enero 2005), en que se asienta dicho concepto (sentencias de 18

marzo 2005 y 29 septiembre 2007). 3. La sentencia recurrida se mantiene dentro de estos parámetros jurisprudenciales, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y así lo ha entendido también el Ministerio Fiscal. Y es que, una cosa es que la denuncia no implique por sí misma un ataque al Honor, al servir tan solo como medio para poner en conocimiento del órgano jurisdiccional penal la posible existencia de un delito al amparo del derecho a la tutela judicial efectiva de quien se siente perjudicado en sus intereses, porque el descrédito que toda denuncia lleva aparejado para quienes figuran en ella no es bastante para apreciar la existencia de intromisión, ante la mayor protección que merece el derecho de la presunta víctima del ilícito penal, y otra distinta que la Libertad de Expresión no se ejerza como manifestación de este derecho, sino como instrumento para procurar, de un lado, el descrédito de una persona. (Otras: SSTS núm. 1058/2023, de 29 de junio, rec. núm. 5209/2022; de 29 diciembre 2004 y 28 de enero 2005; de 18 de marzo de 2005 y 29 de septiembre de 2007).

Finalmente, aun considerando excepcional la prevalencia del honor en estos casos, la STS de 10 de julio de 2008 da respuesta a los criterios para efectuar la correcta ponderación entre los derechos en conflicto en los supuestos de denuncias penales, que han servido a la audiencia para llegar a la conclusión de la vulneración al honor:

Esta controversia, recordando la jurisprudencia de esta Sala dictada en aquellos casos en los que se produce colisión entre el derecho al Honor y el derecho al ejercicio de la acción penal para proteger bienes jurídicos amparados por la Ley, de la que se pueden extraer las siguientes: «a) La mera presentación de una denuncia penal no puede dar lugar a intromisión en el derecho del Honor del número 7 del artículo 7.º de la Ley 1/1982 porque falta el requisito ineludible de la «divulgación» (Sentencias de 18 de julio de 1989, 30 octubre y 30 de diciembre de 1991, 27 de abril de 2000 y singularmente, de 23 de marzo de 1993); b) Si bien la presentación de la denuncia o querrela penal no legitima la divulgación, tampoco cabe entender que la simple divulgación, de haberse formulado la denuncia o querrela, supone *per se* la intromisión [...]; c) Lo dicho no obsta a que la simple conjunción de una denuncia penal y su mera divulgación puede determinar la existencia de una intromisión sancionable, porque si bien al derecho al Honor proclamado en el artículo 18 de la Constitución Española no constituye ni puede constituir obstáculo para que, a través de procesos judiciales, seguidos con todas las garantías, se ponga en cuestión y, por tanto, puedan enjuiciarse, las conductas humanas sospechosas de haber incurrido en ilicitud (Sentencia de 20 de abril de 1991), sin embargo resulta inaceptable tejer la situación para producir el desmerecimiento del denunciado en el público aprecio o consideración ajena [...]» lo que ha de valorarse haciendo abstracción del resultado del proceso penal, esto es, «de que el hecho denunciado no se haya declarado probado en un proceso penal».

En definitiva, comprobada que la denuncia carecía de rigor y que fue un instrumento para desacreditar al demandante, y no una manifestación de la tutela judicial efectiva y de lícito conocimiento de un comportamiento presuntivamente ilícito, el juicio de ponderación fue correcto y la vulneración del honor indiscutible.

Relaciones paternofiliales para la patria potestad e interés del menor

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

castoparamo@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-4591-1663>

Enunciado

La madre de una menor de 4 años presenta demanda de solicitud de medidas de relaciones paternofiliales interesando que se acuerde el uso exclusivo de la patria potestad si no se procediera a la privación de la misma, así como un régimen de visitas restrictivo y una pensión de 200 euros para atender a sus necesidades alimenticias y gastos extraordinarios al 50 %.

Los progenitores de la menor, tras una relación de convivencia, se separaron hace dos años, saliendo el padre de la vivienda de alquiler que compartían, y desde ese momento no se ha puesto en contacto con la madre para interesarse por su hija, ni ha comunicado su domicilio ni ha contribuido a las necesidades de la menor, desconociendo su paradero. Desde hace unos meses ha tenido conocimiento de que se encuentra en su país de origen, Perú, si bien no ha podido contactar con él, ni en los teléfonos que le han facilitado, ni a través de correo electrónico. Esta situación la ha generado problemas a la hora de realizar gestiones en relación con su hija, ya que le interesaban la firma o autorización del otro progenitor para actos administrativos, escolares o sanitarios relacionados con su hija, así como para atender a todas las necesidades de la menor interesando la pensión que solicita.

Cuestiones planteadas:

1. Relaciones paternofiliales y rebeldía del progenitor paterno.
2. Medidas necesarias para atender al interés del menor.
3. Rebeldía y pensión de alimentos; el fondo de garantía de pago de alimentos.
4. Solución.

Solución

1. En los procesos de familia tiene una relevancia cada vez mayor la existencia de demandas de relaciones paterno-filiales o modificaciones de medidas ya decididas por sentencia firme, en donde se destaca que uno de los progenitores se encuentra en paradero desconocido, ignorándose el país en el que se encuentra, si ha regresado al su país de origen, si trabaja o no, si realiza alguna actividad retribuida o si vive o ha fallecido; o conocido su paradero, ya en España, ya en su país de origen, no atiende a las solicitudes realizadas respecto de las necesidades del menor, no interesándose por su situación, no manteniendo ningún tipo de relación con su hijo ni teniendo contacto con la madre.

El caso que se propone tiene por finalidad poner de manifiesto que el menor o menores tienen un interés que está por encima del de su padre o madre, en ignorado paradero, y que ha de protegerse en todo caso frente a la inacción, desatención o absoluto desapego, debiendo acordarse medidas adecuadas para proteger el interés del menor frente al de sus progenitores.

Además, ha de mencionarse que en muchos casos el desarrollo del procedimiento es lento, debido a los numerosos trámites necesarios hasta la declaración de rebeldía, lo que impide la adopción de las medidas orientadas a satisfacer el interés del menor de forma más rápida.

2. El interés del menor exige que las medidas que se acuerden vayan dirigidas a atender ese interés, que está configurado como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las relaciones parentales y tuitivas que recaen sobre los menores. Su campo propio de actuación opera de forma primordial en los procesos matrimoniales, pero no solo en ellos. Es un concepto jurídico dinámico, que no permanece petrificado, sino que evoluciona continuamente condicionado por los valores imperantes en la sociedad. Constituye un concepto general y abstracto a concretar en cada supuesto sometido a consideración judicial, según los específicos factores concurrentes.

El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional lo han concebido como:

- a) Un principio preferente en la solución de las controversias judicializadas sobre las medidas relativas a los menores. El interés del menor se ha considerado incluso como bien constitucional, lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales (SSTC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7.º [NormaCEF NCJ064183]; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3.º (NormaCEF NCJ065273), y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.º), toda vez que ha de prevalecer en el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto. Desde esta perspectiva, «toda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor» (STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4.º [NormaCEF NCJ064064]).

- b) El interés del menor no puede ser predeterminado y constituye uno de esos conceptos legales que no son susceptibles de ser predeterminados y de encerrarse en una fórmula normativa, que abarque todo el haz de manifestaciones que comprende. Es poliédrico, y como tal de necesaria ponderación en atención a las particularidades de cada caso. En este sentido, la jurisprudencia le atribuye el calificativo de concepto jurídico indeterminado, constitutivo de una cláusula general que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial (STS 835/2013, de 6 de febrero [NormaCEF NCJ058246]). Las SSTS 76/2015, de 17 de febrero (NormaCEF NCJ059434); 416/2015, de 20 de julio (NormaCEF NCJ060215); 170/2016, de 17 de marzo (NormaCEF NCJ061153); 93/2018, de 20 de febrero (NormaCEF NCJ063237), y 705/2021, de 19 de octubre, en un esfuerzo delimitador de su significación jurídica, señalan que «se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales».

Más recientemente, las SSTS 705/2021, de 19 de octubre, y 729/2021, de 27 de octubre (NormaCEF NCJ065805), se expresan en el mismo sentido, al señalar que:

Dado el carácter de principio general, de «cláusula general» y «principio jurídico indeterminado», en cada caso concreto hay que identificar lo que resulta más adecuado al interés de ese menor en sus concretas circunstancias.

El art. 2 LOPJM establece que 1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los tribunales o los órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto...” y que posteriormente desarrolla el precepto recogiendo algunos de los criterios generales que pueden servir para interpretar y aplicar en cada caso el interés del menor. Se trata

de criterios que habían venido siendo tenidos en cuenta en las decisiones de los tribunales.

En definitiva, como señala el Tribunal Constitucional, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, «ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio» (SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3.º [NormaCEF NCJ065273], y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.º [NormaCEF NCJ065538]).

c) Forma parte del orden público.

En una antigua sentencia de 5 de abril de 1966 se definía el orden público como «el conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, sociales e incluso morales, que constituyen el fundamento de un ordenamiento jurídico en un momento concreto», y que hoy encuentran su manifestación más evidente en el propio texto constitucional. Dentro del mismo, se encuentra el «orden público familiar», basado en los principios constitucionales de igualdad entre los cónyuges (arts. 14 y 32 CE) y protección integral de los hijos (art. 39 CE), que determinan una esfera jurídica de indisponibilidad.

La jurisprudencia ha considerado que el interés y beneficio del menor conforma un principio de tal naturaleza, dado que, en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, se configura como una regla imperativa que inspira todas las decisiones referentes a un menor de edad. En este sentido, las SSTs 258/2011, de 25 de abril (NormaCEF NCJ055167), 823/2012, de 31 de enero de 2013 (NormaCEF NCJ057659), y 569/2016, de 28 de septiembre (NormaCEF NCJ061798), afirman que «la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público» y, por su parte, la STC 141/2000, de 29 mayo (NormaCEF NCJ051961) y la STS 614/2009, de 28 de septiembre (NormaCEF NCJ050856), lo califica como «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional». La STS 251/2018, de 25 de abril (NormaCEF NCJ063384), insiste en tal concepción, al señalar que:

El interés del menor constituye una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental [...]. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses.

d) Limita la autonomía de los progenitores respecto a las medidas referentes a los hijos menores de edad (art. 90 CC).

En este sentido, ha proclamado el Tribunal Constitucional, en las SSTC 185/2012, FJ 8.º (NormaCEF NCJ057489) y 77/2018, de 5 de julio, FJ 2.º (NormaCEF NCJ063396) que

el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, solo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional.

- e) Es de aplicación preferente, en casos de imposibilidad de su armonización con otros intereses, como son los de los progenitores u otros familiares o allegados.

En este sentido, el artículo 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996 norma que:

en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

De esta suerte, el criterio que ha de presidir la decisión que, en cada caso, corresponda adoptar al juez, a la vista de las circunstancias concretas que concurren, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5.º [NormaCEF NCJ051961]; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4.º [NormaCEF NCJ042983]; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2.º [NormaCEF NCJ041813]; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8.º [NormaCEF NCJ040472]; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7.º [NormaCEF NSJ025694]; 16/2016, de 1 de febrero, FJ 6.º [NormaCEF NCJ060894]). De igual forma, la STS 438/2021, de 22 de junio.

Ahora bien, en el supuesto de imposibilidad de conciliación de intereses contrapuestos, se deberá atender al primordial del menor, lo que significa que dicho principio no está al mismo nivel que el de los otros intereses concurrentes, sino superior.

- f) Exige una motivación reforzada.

En este sentido, es reiterada jurisprudencia la que viene estableciendo que el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente cuando se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, como es el principio del interés superior del menor, que tiene su proyección constitucional en el artículo 39 de la CE, y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5.º [NormaCEF NCJ051961]; 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 5.º [NormaCEF NCJ050949]; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6.º

[NormaCEF NCJ058044], 138/2014, de 8 de septiembre [NormaCEF NCJ058722]; 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4.º [NormaCEF NCJ064064]; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3.º [NormaCEF NCJ065273]; así como 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2.º [NormaCEF NCJ065601] y STS 984/2023, de 20 de junio [NormaCEF NCJ066681], entre otras muchas).

g) Opera para flexibilizar del rigor formal procesal.

Permite atemperar la rigidez de las normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (SSTC 187/1996, de 25 de noviembre; 77/2018, de 5 de julio [NormaCEF NCJ063396]; 178/2020, de 14 de diciembre [NormaCEF NCJ065273]), así como inspira y rige toda la actuación jurisdiccional, que se desarrolla en los procesos de familia, y que determina, por la prevalencia de este principio constitucional de tuición sobre las normas procesales, la tramitación de dichos procesos bajo un criterio de flexibilidad procedimental (SSTC 65/2016, de 11 de abril [NormaCEF NCJ061173]), quedando ampliadas la facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado (STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4.º [NormaCEF NCJ051746] y 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3.º [NormaCEF NCJ065273]).

En el sentido expuesto, esta última STC 178/2020, de 14 de diciembre, se manifiesta categórica, hablando incluso de un canon reforzado de tutela judicial efectiva, que determina que la aplicación de las normas procesales deba someterse a un criterio de flexibilidad, con atribución de holgadas facultades al juez, con amplios márgenes para las alegaciones de las partes, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones, con la finalidad de conseguir que el interés del menor pueda ser garantizado.

De esta manera, como no podía ser de otra forma, se ha expresado la sentencia de esta Sala 1.ª 281/2023, de 21 de febrero (NormaCEF NCJ066529), y las citadas en ella, en la que se puede leer:

Estos procedimientos especiales, tuitivos frente a las situaciones de riesgo en las que puedan hallarse los menores, con la finalidad de preservar el libre desarrollo de su personalidad y garantizar su interés superior (arts. 10.1 y 39 CE), se sustentan con gran flexibilidad procedimental, de manera tal que las partes gozan de un amplio margen para formular nuevas alegaciones y proponer pruebas sobre ellas (art. 752 LEC), susceptibles de ser sometidas al principio de contradicción.

h) Se puede apoyar en el auxilio de ciencias extrajurídicas.

La determinación del interés superior del menor no es una simple labor de interpretación jurídica, sino de apreciación circunstancial, en donde el auxilio de otras disciplinas tiene campo abonado de ponderación, y, entre ellas, la psicología ocupa un papel destacado y los informes que realizan los equipos psicosociales contribuyen con sus informes a determinar dicho interés.

La STS, sala civil, 545/2022, de 7 de julio (NormaCEF NCJ066252), expone que, «como ciencia de la conducta que permite hacer predicciones razonables del comportamiento futuro de las personas». En cualquier caso, los informes psicosociales elaborados deben ser analizados y cuestionados jurídicamente por el tribunal, como ocurre con los demás informes periciales, conforme a las reglas de la sana crítica (STS 660/2011, de 5 octubre; 795/2011, de 18 de noviembre; 465/2015, de 9 de septiembre; 135/2017, de 28 de febrero [NormaCEF NCJ062267]; 318/2020, de 17 de junio), así como someterlos a valoración con el resto de las pruebas practicadas o aportadas al pleito, pues en otro caso sería tanto como delegar la toma de decisiones en el equipo psicosocial, haciendo dejación de las que corresponden al tribunal por su atribución constitucional (STS 705/2021, de 19 de octubre). Es necesario, pues, deslindar adecuadamente el rol procesal que corresponde al perito en el proceso, sin que quepa, como es evidente, consagrar una suerte de usurpación de la función jurisdiccional por aquel y, de esta manera, nos pronunciamos en la sentencia 1377/2007, de 5 de enero, cuya doctrina se reproduce en las sentencias 706/2021, de 19 de octubre, y 544/2022, de 7 de julio, en las que sostuvimos que no puede atribuirse un valor inconcuso a los dictámenes periciales, puesto que: a) «la función del perito es la de auxiliar al Juez, ilustrándolo sobre las circunstancias del caso, pero sin privar al juzgador de la facultad de valorar el informe pericial» (STS, entre otras muchas, de 30 de marzo de 1984 y 6 de febrero de 1987); b) que tal función del juzgador «está sujeta a los límites inherentes al principio constitucional de proscripción de la arbitrariedad, al mandato legal de respetar las reglas de la lógica que forman parte del común sentir de las personas y a la obligación de motivar las sentencias».

Partiendo de las anteriores consideraciones en relación con el interés superior del menor, debe abordarse cuáles serían las medidas que se aplicarían en el presente caso, partiendo de las interesadas y en referencia al principio de protección del interés del menor.

La demandante solicita o bien la privación de la patria potestad del padre o bien la atribución en exclusiva ante la dificultad que le ocasiona la realización de trámites o actos necesarios relacionados con cuestiones escolares, sanitarias o de tramitación de documentos administrativos, entre otros, de la hija menor.

La patria potestad, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, viene concebida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del CC; su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva; lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada. La patria potestad viene configurada, legal y jurisprudencialmente, como una función tutelar cuya primordial finalidad es el beneficio de los hijos, de tal forma que dicha institución abarca un conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre la persona y bienes del descendiente, en tanto es menor y no emancipado, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre los progenitores.

La privación de la patria potestad reviste un carácter excepcional, habiendo de basarse en circunstancias extremas, en las que la continuidad de las relaciones paternofiliales vengan a poner en peligro la educación o formación, en sus distintos aspectos, de la niña, en este caso.

En este caso, la mera ausencia del padre sin más datos no permite concluir que la privación de la patria potestad es beneficiosa para la hija, que puede salvaguardarse con el ejercicio exclusivo de la patria potestad.

Asimismo, debe mencionarse lo mismo respecto a la supresión del régimen de visitas: es evidente que, desconociendo la situación del padre, que se encuentra, al parecer, en Perú, no es posible fijar un régimen de visitas entre la menor y el padre, ni tampoco un régimen de comunicaciones entre ambos, al ignorar realmente su paradero ni tener forma de contacto con él.

3. En relación con la fijación de la pensión de alimentos debe partirse de la situación de hecho creada por el padre ausente, que no satisface las necesidades de su hija, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, respecto de la protección de los menores de edad en este tipo de procedimientos en estos supuestos, y no constando que el demandado carezca de recursos económicos o que se encuentre en una situación de absoluta indigencia, simplemente se ignoran cuáles son los ingresos, dado que, por acto propio, se ausentó sin dejar datos, incumpliendo sus obligaciones con respecto a su hija menor, y es la madre la que, de forma exclusiva, atiende a las necesidades de los hijos menores de los litigantes, teniendo en consideración la presunta edad del padre y la diferencia de salario existente entre España y Perú, y no constando su cualificación profesional.

Tampoco las necesidades de la menor de 4 años serán elevadas (colegio público y necesidades de la vida diaria), por ello una pensión de alimentos para el sustento y atención de la menor sería como la interesada o algo inferior a la interesada, a la vista de la constancia de ingresos del demandado y la percepción que recibiría en su país, por lo que una pensión de 100 euros sería más adecuada.

Una posibilidad sería no imponer una cuantía para el padre, para evitar que la madre solicite ejecuciones de sentencia, de previsibles nulas consecuencias, ante el desconocimiento de actividades económicas y la ignorancia de sus ingresos y de la actividad económica por las que los percibe.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente en la sentencia 2/2024, de 15 de enero (Norma CEF NCJ067071), sobre esta cuestión, desde el punto de vista del interés superior de los menores y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, señalando al respecto:

Si bien el dato de la capacidad económica se desconoce y no es posible aplicar con plenitud el citado principio de proporcionalidad, no es menos cierto que el art. 93 CC

ordena que «el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento». Por lo tanto, el desconocimiento de aquella capacidad económica del demandado, debida a su propia conducta elusiva de sus deberes paternofiliales, no puede erigirse en obstáculo para que la sentencia del juzgado, o en su revisión la de la audiencia provincial, hubiera fijado en este caso una cantidad líquida suficiente para la satisfacción de las necesidades del menor hijo de la recurrente ex art. 142 CC. Cantidad líquida cuya denominación, modo de cuantificación e importe no nos corresponde determinar, pues esto deviene en una función estrictamente jurisdiccional. Al haber optado sin justificación objetiva por el sistema de un porcentaje sobre los desconocidos ingresos del demandado, y con arreglo a las razones ya expuestas, cabe concluir que las resoluciones de instancia aquí impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) de la recurrente y de su entonces hijo menor de edad.

Además, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, esta prestación alimenticia se devengará desde la fecha de la demanda (art. 148 CC), al ser la primera vez que se fijan alimentos (SSTS 696/2017, de 20 de diciembre [NormaCEF NCJ062955]; 113/2019, de 20 de febrero; 644/2020, de 30 de noviembre [NormaCEF NCJ065251], y 412/2022, de 23 de mayo), todo ello, sin perjuicio de su liquidación y revisión por modificación de circunstancias (art. 91 CC).

Por otro lado, debe mencionarse que en este ámbito y para estos supuestos, el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, cuya regulación trata de asegurar la pensión de alimentos respecto de los hijos menores cuando los padres estén en paradero desconocido. La regulación aborda la protección integral de las familias y de los hijos, tratando de resolver el problema social derivado de los incumplimientos del pago de alimentos establecidos a favor de los hijos menores de edad en los supuestos de divorcio, separación, declaración de nulidad del matrimonio, o en procesos de filiación o de alimentos. Estos incumplimientos de obligaciones establecidas judicialmente se producen, muy frecuentemente, de forma deliberada por la negativa del obligado al pago de alimentos a satisfacerlos y, en otros casos, por la imposibilidad real del deudor de hacerlos efectivos. En ambos supuestos, el resultado es que se producen numerosas situaciones de precariedad para los hijos menores, y el fondo de garantía mencionado se establece para garantizar a los hijos e hijas menores de edad la percepción de unas cuantías económicas, definidas como anticipos, que permitan a la unidad familiar en la que se integran subvenir a sus necesidades ante el impago de los alimentos por el obligado a satisfacerlos.

Es necesario que los alimentos sean reconocidos judicialmente para los menores titulares del derecho a alimentos o a mayores de edad discapacitados en quienes concurren idénticas circunstancias. El Estado debe garantizar el interés del menor sufragando las cantidades necesarias para que puedan ser atendidas sus necesidades y, por otro lado, se subroga en los derechos que asisten al menor frente al obligado al pago.

Este derecho afecta a los menores españoles menores de edad, así como de cualesquiera Estados miembros de la Unión Europea residentes en España. También se extiende a los menores extranjeros que no pertenezcan a un Estado de la Unión Europea, exigiendo en este caso:

- Residir legalmente en España y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud del anticipo. Para los menores de cinco años estos periodos de residencia se exigirán a quien ejerza su guarda y custodia. No obstante, si el titular de la guarda y custodia fuera español, bastará con que el menor resida legalmente en España al tiempo de solicitar el anticipo, sin necesidad de acreditar ningún periodo previo de residencia.
- Ser nacionales de otro Estado que, de acuerdo con lo que se disponga en los tratados, acuerdos o convenios internacionales o en virtud de reciprocidad tácita o expresa, reconozca anticipos análogos a los españoles en su territorio.
- Formar parte de una unidad familiar cuyos recursos e ingresos económicos, computados anualmente y por todos sus conceptos, no superen los límites que se establecen en el artículo 6 del real decreto.

Por otro lado, se regulan las incompatibilidades, disponiendo que la percepción del anticipo regulado en este real decreto será incompatible con la de otras prestaciones o ayudas de la misma naturaleza y finalidad reconocidas por las distintas Administraciones públicas, debiendo optar el miembro de la unidad familiar que tenga la guarda y custodia del menor beneficiario por una de ellas.

Por tanto, deberá fijarse una cuantía de pensión de alimentos para la hija menor de acuerdo con el interés del menor, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, con la finalidad de garantizar en el superior interés del menor sus necesidades alimenticias.

4. En conclusión, teniendo en consideración que lo que debe ser preferente es siempre el interés del menor, deben adoptarse todas aquellas medidas que lo protejan, tanto referidas a medidas personales, como de guarda y custodia, patria potestad en exclusiva para la madre, no establecer régimen de visitas, así como establecer la cantidad económica suficiente para atender a las necesidades de la menor, en consideración al principio preferente del interés del menor en las controversias judiciales sobre medidas judiciales referidas a menores.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 10.1, 24.1, 32 y 39.
- Código Civil, arts. 90, 91, 93, 142, 148 y 154.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (LOPJM), art. 2.

- Real Decreto 1618/2007 (organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos), arts. 1 a 11.
- SSTS, Sala Civil, de 13 de mayo de 2000; 5 de diciembre de 2006; 189/2011, de 30 marzo; 258/2011, de 25 de abril; 20 de mayo de 2011; 712/2012, de 18 de diciembre; 812/2012, de 9 de enero de 2013; 823/2012, de 31 de enero de 2013; 422/2015, de 20 de julio; 569/2016, de 28 de septiembre; 251/2018, de 25 de abril; 577/2019, de 5 de noviembre de 2022; 178/2020, de 14 de diciembre.
- SSTC 187/1996, de 25 de noviembre; 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5.º; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4.º; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2.º; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8.º; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7.º; 16/2016, de 1 de febrero, FJ 6.º; 77/2018, de 5 de julio; 705/2021, de 19 de octubre; 729/2021, de 27 de octubre; 2/2024, de 15 de enero.

Proceso selectivo de personal laboral e instalación de cámaras en el trabajo

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.- (España)

juliogalancaceres@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

Enunciado

Usted está destinado en la asesoría jurídica de la Agencia Española de Cooperación Internacional. Para su informe le llegan los siguientes expedientes o procedimientos:

Primero. La Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo se define en la Ley de cooperación para el desarrollo sostenible y la solidaridad global como organismo público, en concreto, agencia estatal, adscrita al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación a través de la Secretaría de Estado de Cooperación Internacional, responsable del fomento, programación, coordinación operativa, gestión y ejecución de las políticas públicas de la cooperación española para el desarrollo sostenible, la acción humanitaria y educación para el desarrollo sostenible y la ciudadanía global.

La agencia participa activamente en la planificación estratégica de la cooperación española, en la definición de sus prioridades y en la elaboración de los instrumentos para llevarlas a cabo, bajo la dirección política de la Secretaría de Estado de Cooperación Internacional.

Dicha agencia, a través de su máximo órgano de dirección, dicta resolución, de fecha 9 de marzo del año XXX, sobre convocatoria de proceso selectivo por concurso-oposición para ingreso como personal laboral fijo y temporal con la categoría de responsable de programas de cooperación en las oficinas técnicas de cooperación. La misma se publica en el BOE en fecha 1 de abril del mismo año. Respecto a las reglas del proceso selectivo, el estatuto de esta agencia se remite, íntegramente, al Estatuto Básico del Empleado Público.

El proceso selectivo convocado por la resolución impugnada se configura como un concurso-oposición, según establece la base I.I.2, con las valoraciones, ejercicios y puntuaciones que se especifican en el anexo I de la misma, en la que se establece la fase de concurso, puntuada hasta un máximo de 50 puntos, en la que se valorarían los méritos profesionales (hasta 40 puntos), formativos (hasta 5 puntos) y de idiomas (hasta 5 puntos). La fase de oposición, a la que únicamente serían convocados los aspirantes que hubieran superado la fase de concurso, consiste, según el anexo, en la realización de una entrevista personal,

para la que no se fijó duración alguna ni criterios de valoración, que versaría sobre aspectos del currículum del candidato, puntos concretos de los méritos aducidos, su capacidad de interlocución con las contrapartes en materia de cooperación al desarrollo y, en general, aquellos aspectos que permitan al tribunal evaluar la idoneidad del candidato para el puesto. Este único contenido de la fase de oposición representa una puntuación máxima de 50 puntos, es decir, la mitad de la puntuación máxima posible de todo el proceso selectivo.

Ante esta determinación, el día 21 abril, varios aspirantes presentan el oportuno recurso de reposición, pues entienden que la instauración de tal entrevista en sustitución de las pruebas escritas que componían la fase de concurso de una precedente convocatoria (en el año anterior), respecto de los mismos puestos de trabajo, infringe varios principio sobre esta materia y conlleva excesiva discrecionalidad técnica y falta de transparencia por parte del tribunal calificador del proceso selectivo, resultando además desproporcionada e injustificada la puntuación máxima prevista para la entrevista en relación con el resto de las pruebas selectivas.

El día 13 de mayo se dicta resolución, notificada el 22 de igual mes y año, resolviendo el recurso interpuesto por el que se acuerda la desestimación de la solicitud de los recurrentes, fundamentada en que no cabe apreciar la concurrencia de ninguno de los defectos denunciados.

Afirma el órgano administrativo (máximo órgano de dirección de la Agencia) que se trata de una discrecionalidad técnica y corresponde a la Administración, en el ejercicio de sus competencias legales y facultades discrecionales, determinar en cada convocatoria de procesos selectivos de su personal qué pruebas entiende más adecuadas en cada momento en función de la naturaleza del proceso selectivo y de las plazas a cubrir, de manera que el hecho de que en una convocatoria se establezcan determinadas pruebas selectivas ni crea precedente ni vincula a la Administración respecto de convocatorias posteriores, ni siquiera aunque se trate de plazas de idéntico o similar carácter, pues ello supondría limitar injustificadamente la operatividad y eficacia de la actuación administrativa.

Es por ello por lo que el hecho de que en una convocatoria de 2023 para cubrir plazas de personal laboral fijo se establecieran pruebas selectivas escritas no tiene por qué determinar obligatoriamente que pruebas semejantes tengan que formar parte del proceso selectivo convocado en 2024 para el ingreso de personal laboral temporal, pues, de un lado, cada convocatoria es autónoma en su contenido y regulación, de otro lado, se trata de convocatorias dirigidas a personal de distinto carácter –fijo y temporal–, y finalmente, la prueba de la entrevista personal no puede tildarse genéricamente y *a priori* de opaca y de valoración desproporcionada, a falta de la plasmación de motivación y resultado concretos en algún caso particular que, por supuesto, devendría arbitraria, pero no es el caso.

La sentencia fue recurrida en el orden contencioso-administrativo.

En el trámite de contestación a la demanda y, con carácter previo, en el trámite de alegaciones previas en el proceso contencioso-administrativo, se le plantea a Vd. la

posibilidad de la no admisión del recurso contencioso de una participante que tenía ya la condición de personal laboral fijo, al carecer de legitimación activa, y se le solicita, igualmente, que informe, de forma fundamentada, si se debería estimar o no el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

Segundo. Le llega a Vd. el día 7 de septiembre de 2024 el expediente XXX/2024, en el que una persona, vecina de Calatayud, solicita al órgano de contratación competente que se le proporcione una copia del expediente de obras de mejora de la sede de la agencia estatal –cuyo valor estimado es de 3.170.000 euros– y el procedimiento de adjudicación seguido es el abierto, al no estar publicado en el portal de transparencia a que hace referencia la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, solicitando, igualmente, su publicación.

Igualmente, destacamos dos circunstancias en dicho expediente:

- Una empresa licitadora, SA, a través de su representación legal, y antes de la reunión de la mesa de contratación para calificar las ofertas ya presentadas, decidir las oportunas exclusiones, en su caso, y formular la propuesta de adjudicación, sin haber transcurrido en su totalidad el plazo de presentación de ofertas, solicita copia íntegra del expediente hasta entonces tramitado.
- Y, también, el representante legal de otra empresa, SRL, que había participado, como licitadora, en el procedimiento de adjudicación y no había resultado adjudicataria, solicita se le facilite copia de todo el expediente de contratación.

Se solicita a Vd. informe sobre si debe accederse a lo solicitado por el vecino y por esas empresas –SA y SRL– determinando los fundamentos jurídicos de la propuesta de resolución en el expediente número YYY/2024, analizando el contenido de la solicitud de acceso a la información desde el punto de vista de la normativa aplicable a cada caso. Igualmente, se le pide información sobre cómo puede reaccionar el vecino de Calatayud si no se le contesta o si la respuesta es negativa al acceso.

Tercero. En la actualidad, se encuentra destinado en la asesoría jurídica de la Agencia de Protección de Datos y le llega el expediente XXX/2024, incoado por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), como consecuencia de la existencia de unas cámaras de seguridad, instaladas en la cafetería-restaurante de la sede del organismo público, así como en los vestuarios y en un espacio reservado para descanso de los trabajadores, toda vez que se venía observando un descuadre en la caja desde hacía un mes. En los tres lugares se instalaron sistema de audio. La cámara de seguridad de la cafetería restaurante estaba situada enfocando a la caja y en lugar visible se colocó un distintivo informativo, según se exigía por la Instrucción 1/2006 de la AEPD (relativa a la captación y tratamiento de imágenes mediante videovigilancia). Respecto a las otras, también estaban en lugar visible con el distintivo antes indicado. La cafetería-restaurante era gestionada indirectamente a tra-

vés de un contratista de un contrato de servicios seleccionado por el ente público a través de procedimiento restringido por una empresa del ramo. La cámara había captado a un camarero sustrayendo dinero de la caja en el centro de trabajo. La empresa adjudicataria detectó con anterioridad descuadres en la caja, como consecuencia de la implantación de nuevos sistemas informáticos, que motivaron que la dirección acordase que la empresa de seguridad instalase una cámara de videovigilancia que controlase la caja e, igualmente, en los vestuarios y en la zona de descanso de los trabajadores. La instalación de las cámaras de seguridad no se comunicó, expresamente, a los trabajadores. El trabajador acudió a la Agencia de Protección de Datos alegando vulneración de la Ley Orgánica 3/2008, de protección de datos y garantía de derechos digitales y la lesión de su derecho al honor, intimidad y dignidad, afirmando que no existía comunicación al público, ni carteles comunicativos de la existencia de cámaras de videovigilancia, ni tampoco comunicación a la Agencia de Protección de Datos, ni autorización a la sección de Seguridad Privada de la comisaría del Cuerpo Nacional de Policía correspondiente.

La empresa reconoció su responsabilidad tras formularse la propuesta de resolución por el instructor y transcurrir el plazo dado para alegaciones a las mismas, beneficiándose, de este manera, de las reducciones contempladas en la Ley 39/2015, LPAC. Al mes, interpone recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo. En trámite oportuno, la demandada se opone a la admisión o, en su caso, a la estimación del recurso, alegando que, con base en los principios de la buena fe y de los actos propios, que vinculan a la recurrente, en vía administrativa reconoció su responsabilidad y se benefició de las dos reducciones acumuladas, logrando así que la sanción se redujese de 20.000 euros a 12.000 euros, y que no puede discutir en ninguna vía lo ya reconocido. La llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium*, surgida originariamente en el ámbito del derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad, generalmente de carácter tácito, al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe, que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos.

Se solicita informe razonado sobre:

- a) **Si existió, realmente, infracción de la LOPDGDD.**
- b) **Si debió admitirse el reconocimiento de responsabilidad, dado el momento procedimental en que se produce.**
- c) **Si tenía razón la Administración oponiéndose al recurso contencioso-administrativo interpuesto, dado que, reconocida la responsabilidad y obtenido el beneficio de la doble reducción, no existía posibilidad de impugnación alguna.**

Cuestiones planteadas:

Primero

1. ¿Cuáles serían, a su juicio, los posibles preceptos infringidos en que se pudieron basar los recurrentes?
2. ¿Resultaría ajustado a derecho la inadmisión del recurso de una participante que ya ostentaba la condición de personal laboral fijo?
3. Informe, de forma argumentada, si el recurso contencioso-administrativo, en su opinión, debe o no estimarse desvirtuando o no, en su caso, los argumentos que sirvieron de base a la resolución del recurso de reposición?

Segundo

4. Se solicita a Vd. informe sobre si debe accederse a lo solicitado por el vecino y por esas empresas, determinando los fundamentos jurídicos de la propuesta de resolución en el expediente número YYY/2024, analizando el contenido de la solicitud de acceso a la información desde el punto de vista de la normativa aplicable al caso. Igualmente, se le pide información sobre cómo puede reaccionar el vecino de Calatayud si no se le contesta o si la respuesta es negativa al acceso.

Tercero

Las cuestiones sobre las que debe versar el informe han sido expuestas en el relato de hechos.

Solución

1. ¿Cuáles serían, a su juicio, los posibles preceptos infringidos en que se pudieron basar los recurrentes?

Los artículos 14 (principio de igualdad), 23.2 («Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes»), 103.1 («La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» y 103.3 («La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones») de la Constitución, en relación con el artículo 9.3 («La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irre-

troactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos») del mismo texto legal.

El artículo 55 del EBEP, por su parte, referido a los principios rectores señala:

1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico.
2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación:
 - a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases; b) Transparencia; c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección; e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar, y f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

El artículo 61 del EBEP señala:

1. Los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto.

Los órganos de selección velarán por el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre sexos.
2. Los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas.

Las pruebas podrán consistir en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas.
3. Los procesos selectivos que incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes solo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo.

4. Las Administraciones Públicas podrán crear órganos especializados y permanentes para la organización de procesos selectivos, pudiéndose encomendar estas funciones a los Institutos o Escuelas de Administración Pública.

5. Para asegurar la objetividad y la racionalidad de los procesos selectivos, las pruebas podrán completarse con la superación de cursos, de periodos de prácticas, con la exposición curricular por los candidatos, con pruebas psicotécnicas o con la realización de entrevistas. Igualmente podrán exigirse reconocimientos médicos.

6. [...]

7. Los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos.

2. ¿Resulta ajustado a derecho la no admisión del recurso de una participante que ya ostentaba la condición de personal laboral fijo?

En absoluto, la mera participación en el proceso selectivo, extremo no cuestionado en vía administrativa, le otorga el interés legítimo en que descansa su legitimación activa (art. 19 Ley 29/1998, de 13 de julio, de jurisdicción contencioso-administrativa).

Además, si la Administración no cuestionó su legitimación en la vía del recurso de reposición, no puede hacerlo ahora, en virtud del principio de los actos propios y consentidos.

3. Informe, de forma argumentada, si el recurso contencioso-administrativo, en su opinión, debería o no estimarse desvirtuando o no, en su caso, los argumentos que sirvieron de base a la resolución del recurso de reposición?

El artículo 11 del Real Decreto-Ley 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), referido al personal laboral, señala que:

1. Es personal laboral el que, en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

2. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2.

3. Los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia.

El artículo 114.2 d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (LPAC), señala que ponen fin a la vía administrativa:

En los Organismos públicos y entidades derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los emanados de los máximos órganos de dirección unipersonales o colegiados, de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos, salvo que por ley se establezca otra cosa.

Por tanto, el recurso de reposición era procedente.

La configuración del sistema de acceso a la condición de personal laboral de la AECID está recogida en el artículo 33 del Real Decreto 1403/2007, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, que remite en los siguientes términos al Estatuto Básico del Empleado Público, que señala:

La convocatoria de las plazas y la selección de personal laboral se llevará a cabo por la propia Agencia, a través de sus propios órganos de selección, cuya composición y funcionamiento se ajustará a lo dispuesto en los artículos 55, 60 y 61 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público [hoy, RDL 5/2015, de 30 de octubre].

En el mismo sentido, el artículo 108 quater de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, señala que:

1. El personal al servicio de las Agencias Estatales está constituido por:

- a) El personal que esté ocupando puestos de trabajo en servicios que se integren en la Agencia Estatal en el momento de su constitución.
- b) El personal que se incorpore a la Agencia Estatal desde cualquier administración pública por los correspondientes procedimientos de provisión de puestos de trabajo previstos en esta Ley.
- c) El personal seleccionado por la Agencia Estatal, mediante pruebas selectivas convocadas al efecto en los términos establecidos en esta Ley.
- d) El personal directivo.

2. El personal a que se refieren las letras a) y b) del apartado anterior mantiene la condición de personal funcionario, estatutario o laboral de origen, de acuerdo con la legislación aplicable.

3. [...].

El personal laboral se rige por el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y el resto de la normativa laboral.

4. La selección del personal al que se refiere la letra c) se realiza mediante convocatoria pública y de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como de acceso al empleo público de las personas con discapacidad. A tal efecto, y en el período previsto en el contrato de gestión, las agencias estatales determinan sus necesidades de personal a cubrir mediante pruebas selectivas. La determinación de las necesidades de personal a cubrir se realizará con sujeción a la tasa de reposición que, en su caso, se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio correspondiente. La previsión de necesidades de personal se incorpora a la oferta anual de empleo de la correspondiente agencia estatal, que se integra en la oferta de empleo público estatal, de conformidad con lo que establezca la Ley anual de Presupuestos Generales del Estado.

Las agencias estatales seleccionan a través de sus propios órganos de selección, a su personal laboral de acuerdo con los requisitos y principios establecidos en el párrafo anterior [...].

El artículo 61 del EBEP señala en su apartado 7 que:

Los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos.

Las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos.

Pues bien, dada la inequívoca remisión del artículo 33 del estatuto de la AECID a los principios y criterios del EBEP, como desarrollo legal de los procedimientos selectivos, basados en los principios de mérito y capacidad del artículo 106 de la Constitución española, hemos de concluir que la configuración de la entrevista como elemento esencial del proceso selectivo (no en vano supone el 50 % de la máxima puntuación) no resulta coherente con la finalidad de la fase de oposición de un procedimiento selectivo configurado como concurso oposición.

Sin duda, la entrevista no es en sí un sistema rechazable en el ámbito de la selección del personal público, y de hecho en nuestro ordenamiento jurídico se conocen diversas manifestaciones del sistema de entrevista en el ámbito de los procesos de selección del personal público. Sin embargo, no resulta coherente su inserción en la fase de pruebas de evaluación de conocimientos o capacidad, concretamente en la fase de oposición, como hace la

convocatoria recurrida, pues por su propio significado y alcance la entrevista es propia de la fase de concurso de méritos. Menos aún cuando, como ocurre en este caso, el objeto de la entrevista son los mismos elementos que integran el objeto de valoración de la fase de concurso, ya que la entrevista versa sobre los méritos aportados por los aspirantes y tiene atribuida una puntuación tal que supone por sí misma la mitad de la puntuación máxima posible, por lo que al coincidir el objeto de la misma –al menos parcialmente– con lo que constituye otra fase del proceso selectivo, los méritos alegados en la fase de concurso de méritos suponen en su conjunto un elemento desequilibrador del conjunto del proceso selectivo y vulneran, *de facto*, lo dispuesto en el artículo 61.6, párrafo segundo del EBEP, que establece: «Solo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso, que consistirá únicamente en la valoración de méritos».

Por último, la ausencia de parámetros y criterios preestablecidos con que hubiera de desarrollarse la entrevista –ni tan siquiera se establece su duración, ni los criterios de puntuación–, desnaturaliza por completo el proceso selectivo, que carece de una prueba que pueda cumplir la finalidad de valorar la adecuación de los conocimientos y capacidades de los aspirantes.

En definitiva, la entrevista que prevé la resolución impugnada como prueba selectiva de fase de oposición no se adecua a las características de este tipo de prueba, que resulta preceptiva en todo proceso selectivo (así las denomina el artículo 61.3 del EBEP), salvo el caso excepcional de que una norma con rango de ley permita únicamente la valoración de méritos, conforme al citado artículo 61.6, excepción que no rige obviamente en este caso.

Como conclusión, en atención a lo razonado, no resulta conforme con los principios de igualdad, mérito y capacidad de acceso al empleo público, consagrados en el artículo 103.3 en relación con el artículo 23.2 de la CE, un proceso selectivo a desarrollar por el sistema de concurso-oposición, en el que la fase de oposición prevista se reduzca a una entrevista personal que verse sobre aspectos del *curriculum vitae* y méritos de los aspirantes.

Dos últimas precisiones, alegadas por la agencia al resolver el recurso de reposición y por los recurrentes, quedan por hacer:

- a) Respecto al precedente administrativo alegado por los recurrentes, en el sentido de que el año anterior se había realizado una selección de puestos con arreglo a otros criterios, debemos señalar que el precedente administrativo es una norma inducida a partir de varias decisiones tomadas por la Administración en el ejercicio de actividades discrecionales y vinculantes. En otras palabras, es el criterio decisorio aplicado reiteradamente por un órgano administrativo ante supuestos idénticos. Aunque el precedente no es una fuente formal del derecho, condiciona las decisiones futuras en situaciones similares.

Sin embargo, la Administración puede separarse del precedente si lo justifica adecuadamente. La Administración debe motivar sus decisiones, especialmente

cuando se aparta del precedente (art. 35.c LPAC). Esto es relevante en el ejercicio de la potestad discrecional. Además, en este caso, los recurrentes solo alegan un precedente, que fue la convocatoria del año anterior, y el artículo 35 c) de la LPAC obliga a motivar «los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes».

Finalmente, no se debe confundir el precedente administrativo con la observancia de la jurisprudencia o el precedente judicial. Los jueces tienen más flexibilidad para seguir o apartarse de sus propios precedentes, mientras que la Administración debe justificar cualquier desviación.

- b) Respecto a la discrecionalidad técnica como fundamento de la elección de la entrevista alegada por la agencia, la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Refiere a aquellos casos en los que la ley otorga un cierto margen de interpretación a la Administración, permitiendo elegir entre diversas soluciones basadas en criterios exclusivamente técnicos. Esto significa que la decisión debe estar fundamentada en elementos técnicos y especializados, y solo puede ser tomada por un órgano competente en la materia. En resumen, es la capacidad de la Administración para tomar decisiones dentro de un ámbito técnico sin estar estrictamente limitada por normas o reglamentaciones específicas.

El artículo 9.3 de la Constitución española garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Este precepto, junto con otros, como son los artículos 23.2 y 103 de la Constitución, vienen a obligar a la Administración a actuar motivadamente y sujetarse al ordenamiento jurídico. Esto supone que cuando nos referimos a discrecionalidad administrativa, no nos encontramos ante arbitrariedad, sino más bien se está señalando precisamente que incluso las llamadas decisiones discrecionales de la Administración están sujetas a motivación.

En otras palabras, si entendemos la discrecionalidad administrativa como una libertad que posee la Administración para tomar decisiones, lo que debemos entender es que dicha libertad no es total, y se encuentra, como veremos, sujeta a unos límites y a un control; la discrecionalidad administrativa como aquella potestad en la que la Administración tiene posibilidad de elegir entre diversas opciones, todas admitidas en derecho, y siempre y cuando no se incurra en arbitrariedad y el ejercicio de dicha facultad se encuentre dirigida al cumplimiento del fin perseguido en la norma en que aquella se fundamenta.

Pero, en este caso, no se motivó en la convocatoria la causa del sistema elegido para la oposición, la causa de esa gran puntuación a esa entrevista y la duración y puntuación individualizada de la misma, amén de otros necesarios parámetros, por lo que la agencia se excedió en el uso de esta potestad discrecional, convirtiéndose en una arbitrariedad prohibida por el artículo 103 de la CE.

4. Se solicita a Vd. informe sobre si debe accederse a lo solicitado por el vecino y por esas empresas determinando los fundamentos jurídicos de la propuesta de resolución en el expediente número YYY/2024, analizando el contenido de la solicitud de acceso a la información desde el punto de vista de la normativa aplicable al caso. Igualmente, se le pide información sobre cómo puede reaccionar el vecino de Calatayud si no se le contesta o si la respuesta es negativa al acceso.
- A) Solicitud del vecino de que se le facilite copia del expediente de contratación de unas obras no publicado en el Portal de Transparencia, así como que se publique en el mismo.

Es preciso distinguir lo siguiente:

a) Si tiene condición de interesado.

Por otra parte, la condición de interesado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la LPAC, deriva de la titularidad de un derecho o interés legítimo, por lo que si el solicitante tuviera esa condición, imaginemos, por ejemplo, que es propietario de un inmueble, una vivienda o un local colindante al inmueble donde se van a realizar las obras, sede de la entidad pública empresarial, y le afectara, perjudicándole el proyecto de obras realizado, no cabe duda de que tendría el derecho anteriormente señalado del artículo 53.1 a) de la LPAC, «conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados», aunque con las limitaciones propias de la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos de carácter personal y garantía de derechos digitales (LOPDGDD).

b) Si no tiene la condición de interesado.

Respecto a la situación planteada en el relato de hechos, partiendo de la base de que el vecino no es interesado en el expediente de contratación y que solicita la copia del expediente y la publicación del mismo en el Portal de Transparencia, ejerciendo el derecho de información del artículo 12 de la Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG), como se deduce de lo que indican los hechos, que se resuelva la cuestión teniendo en cuenta dicha ley, señalamos lo siguiente:

El artículo 10.1 de la LTBG, señala que:

La Administración General del Estado desarrollará un Portal de la Transparencia, dependiente del Ministerio de la Presidencia, que facilitará el acceso de la ciudadanía a toda la información a la que se refieren los artículos anteriores relativa a su ámbito de actuación.

Con las nuevas estructuras orgánicas de los departamentos ministeriales, en concreto el Real Decreto 682/2021, de 3 de agosto, el Portal de la Transparencia pasa a depender del

Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la Dirección General de Gobernanza Pública (Secretaría de Estado de Función Pública).

La Administración General del Estado comprende:

1. La organización central, que integra los ministerios y los servicios comunes.
2. La organización territorial.
3. La Administración General del Estado en el exterior.

El Portal de la Transparencia de la Administración General del Estado es un portal web, dependiente del Ministerio de Hacienda y Función Pública, donde se publica: información de las organizaciones administrativas recogidas en el epígrafe siguiente, información relativa a gobierno abierto y la información que la Ley de transparencia obliga a hacer pública. Además, el portal permite el ejercicio del derecho de acceso a información no disponible en el portal.

Este portal publica información relativa a:

- La Administración General del Estado.
- Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, así como las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social.
- Los organismos autónomos, las agencias estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la ley, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.
- Las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones públicas o dependientes de ellas, incluidas las universidades públicas.

Es importante destacar de dicha ley el artículo 12, que establece:

Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley.

Asimismo, y en el ámbito de sus respectivas competencias, será de aplicación la correspondiente normativa autonómica.

Por su parte, el artículo 13 señala que:

Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

De estos preceptos destacamos la legitimación para solicitar la información y que estamos en presencia de una información pública. Pero es de destacar que lo que pide el solicitante es la información a través de copia del expediente de contratación, no publicado en el Portal de Transparencia y que se publique en el mismo.

Según el artículo 8.1 a) de dicha ley, deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación:

Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de la licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.

Por lo tanto, debe dársele la razón en cuanto a que toda esta información debe ser objeto, como publicidad activa, en el Portal de Transparencia. La Ley de transparencia prevé qué información deben publicar las Administraciones públicas para conocimiento de los ciudadanos, por lo que el acceso al portal es público.

La Administración debe acceder a la publicación en el portal de los datos contenidos en el artículo 8.1 a) de la LTBG y responderle al solicitante que allí constan los datos que son públicos, pudiendo optar por la simple información –en caso de que, de forma efectiva, se publique– o por facilitarle copia de la misma.

Ahora bien, el solicitante pide, literalmente «una copia del expediente de obras de mejora de la sede de la Agencia Estatal». Pues bien, el expediente de contratación se regula, esencialmente, en los artículos 116 a 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP). Este expediente recopila toda la información necesaria sobre el proceso de contratación, desde su inicio hasta su culminación, y está compuesto por una serie de documentos indispensables para la correcta tramitación y seguimiento del mismo.

Pero en el expediente completo, lo lógico es que se contengan datos personales de personas físicas. Se refieren básicamente a cualquier información sobre una persona viva, donde esa persona está identificada o podría ser identificada. Puede cubrir varios tipos de información, como el nombre, la fecha de nacimiento, la dirección de correo electrónico, el número de teléfono, la dirección, las características físicas o los datos de ubicación, una vez que esté claro con quién se relaciona esa información, o si es razonablemente posible averiguarlo, domicilios del adjudicatario, informaciones reservadas, licitadores presentados con indicación, en su caso, de sus domicilios, datos técnicos y otros que no vienen referidos en el artículo 8.1 a) de la ley y que pudieran ser de carácter personal, que exigirían el respecto a los artículos 15 y 16 de la LTBG que, a continuación, exponemos, así como a la LOPDGDD.

Dice el artículo 4 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas, en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos):

A efectos del presente Reglamento se entenderá por: 1) «datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

Y el artículo 7.1, respecto a las condiciones para el consentimiento:

Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales.

Y, el artículo 9.1, referido al tratamiento de categorías especiales de datos personales:

Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.

salvo los supuestos allí contemplados.

El artículo 15 de la LTBG señala:

1. Si la información solicitada contuviera datos personales que revelen la ideología, afiliación sindical, religión o creencias, el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso.

Si la información incluyese datos personales que hagan referencia al origen racial, a la salud o a la vida sexual, incluyese datos genéticos o biométricos o contuviera datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la amonestación pública al infractor, el acceso solo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquel estuviera amparado por una norma con rango de ley.

2. Con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el in-

terés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.

3. Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Para la realización de la citada ponderación, dicho órgano tomará particularmente en consideración los siguientes criterios:

a) El menor perjuicio a los afectados derivados del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español.

b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.

c) El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquellos.

d) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad.

4. No será aplicable lo establecido en los apartados anteriores si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas.

5. La normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso.

Por su parte, el artículo 16, relativo al acceso parcial, dice:

En los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 14 no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite, salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. En este caso, deberá indicarse al solicitante qué parte de la información ha sido omitida.

Por su parte, el artículo 6.1 de la LOPDGDD señala:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, espe-

cífica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.

Por tanto, la información sobre alguno(s) dato(s) de este tipo, relativo a persona física, requeriría el consentimiento de la misma.

c) ¿Cómo puede reaccionar el solicitante si no se le contesta o si la respuesta es negativa al acceso?

Señala el artículo 20 de la LTBG:

1. La resolución en la que se conceda o deniegue el acceso deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver.

Este plazo podrá ampliarse por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante.

2. Serán motivadas las resoluciones que denieguen el acceso, las que concedan el acceso parcial o a través de una modalidad distinta a la solicitada y las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero. En este último supuesto, se indicará expresamente al interesado que el acceso solo tendrá lugar cuando haya transcurrido el plazo del artículo 22.2.

3. Cuando la mera indicación de la existencia o no de la información supusiera la vulneración de alguno de los límites al acceso se indicará esta circunstancia al desestimarse la solicitud.

4. Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada.

5. Las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información pública son recurribles directamente ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interposición de la reclamación potestativa prevista en el artículo 24.

6. El incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora.

Por su parte, el artículo 23:

1. La reclamación prevista en el artículo siguiente tendrá la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [hoy art. 112 de la Ley 39/2015, LPAC].

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, contra las resoluciones dictadas por los órganos previstos en el artículo 2.1 f) solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo.

Y el artículo 24:

1. Frente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso podrá interponerse una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa.

2. La reclamación se interpondrá en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado o desde el día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo.

3. La tramitación de la reclamación se ajustará a lo dispuesto en materia de recursos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [hoy, Ley 39/2015, LPAC].

Cuando la denegación del acceso a la información se fundamente en la protección de derechos o intereses de terceros se otorgará, previamente a la resolución de la reclamación, trámite de audiencia a las personas que pudieran resultar afectadas para que aleguen lo que a su derecho convenga.

4. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución será de tres meses, transcurrido el cual, la reclamación se entenderá desestimada.

5. Las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se publicarán, previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran, por medios electrónicos y en los términos en que se establezca reglamentariamente, una vez se hayan notificado a los interesados.

El Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno comunicará al Defensor del Pueblo las resoluciones que dicte en aplicación de este artículo.

6. La competencia para conocer de dichas reclamaciones corresponderá al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, salvo en aquellos supuestos en que las Comunidades Autónomas atribuyan dicha competencia a un órgano específico, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional cuarta de esta Ley.

El órgano jurisdiccional competente para conocer frente a las resoluciones expresas o presuntas del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno es el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo.

B) Solicitud de información de la Empresa, SA.

Recordamos que, según el relato de hechos, esta empresa solicita copia íntegra del expediente antes de la reunión de la mesa de contratación para calificar las ofertas ya presentadas, decidir las oportunas exclusiones, en su caso, y formular la propuesta de adjudicación,

sin haber transcurrido en su totalidad el plazo de presentación de ofertas. Esta circunstancia temporal de la solicitud puede afectar al contenido de la información que se le facilita para no vulnerar el secreto de las ofertas, los datos confidenciales y el principio de libre concurrencia.

La transparencia en la contratación pública (arts. 1 y 132, entre otros, LCSP) es un principio clave que se aplica a los procedimientos de adquisición de bienes, servicios o obras por parte de las Administraciones públicas y poderes adjudicadores.

Son aspectos fundamentales:

1. **Publicidad y difusión:** La transparencia implica hacer pública la información relevante sobre los procedimientos de contratación. Esto incluye detalles sobre los contratos, criterios de selección, plazos y requisitos técnicos y financieros. El objetivo es permitir que todos los licitadores estén informados y puedan participar en igualdad de condiciones.
2. **Perfiles de contratante:** Los poderes adjudicadores deben utilizar el Perfil de Contratante para publicar información sobre los contratos. Esto facilita la concurrencia en las licitaciones y garantiza la igualdad de trato entre los participantes.
3. **Deber del poder adjudicador:** La transparencia es una obligación del poder adjudicador, y no debe recaer en los licitadores. El poder adjudicador no puede cargar a los licitadores la responsabilidad de interpretar cláusulas dispersas en documentos contractuales.
4. **Garantía de igualdad de trato:** La transparencia está relacionada con los principios de igualdad de trato y no discriminación. Todos los operadores económicos interesados en un contrato deben conocer los factores relevantes para la elección de la oferta más ventajosa.

En resumen, la transparencia en la contratación pública busca asegurar que los procedimientos sean claros, accesibles y justos para todos los participantes.

Partiendo de la generalidad, la facultad de los ciudadanos al acceso de expedientes administrativos tiene su reconocimiento constitucional en el artículo 105 de la Constitución española quedando igualmente reflejada en los artículos 13.1, «Derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas» y 53, «Derechos del interesado en el procedimiento administrativo» de la LPAC.

En el ámbito de la contratación pública, el derecho de acceso al expediente administrativo encuentra su regulación en el artículo 52, «Acceso al expediente» de la LCSP.

Y, más concretamente, en el artículo 16, «Acceso al expediente de contratación», que señala:

1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación,

el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en los artículos 140 y 153 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público [hoy, arts. 133 y 155].

La solicitud de acceso al expediente podrán hacerla los interesados dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud.

2. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado anterior por el órgano de contratación no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público [hoy, art. 44.2 Ley 9/2017, LCSP]. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso con los efectos establecidos en el artículo 29.3 del presente reglamento.

También, en el artículo 29 del Real Decreto 814/2014, de 11 de septiembre, «Puesta de manifiesto del expediente y alegaciones», que señala:

1. La puesta de manifiesto del expediente a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento de adjudicación para formular alegaciones, se hará por la Secretaría del Tribunal durante el plazo de cinco días hábiles de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público [hoy, art. 46.3 Ley 9/2017, LCSP] y 105.3 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

2. Los interesados podrán tomar cuantas notas necesiten para formular sus alegaciones y solicitar copia o certificado de aquellos documentos contenidos en el expediente que sean indispensables para ejercer su derecho de defensa, que se expedirán por la Secretaría siempre que los medios disponibles lo permitan y no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos.

La Secretaría no estará obligada a aceptar ninguna solicitud genérica respecto de la expedición de copias.

3. Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones.

El artículo de la LCSP que trata la confidencialidad es el 133. Este artículo establece que,

sin perjuicio de lo que dispone la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en esta Ley, relativas a la

publicidad de la adjudicación y a la información que se tiene que dar a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar aquella información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta.

El carácter confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualquier otra información que pueda ser utilizada para falsear la competencia, ya sea en este procedimiento de licitación o en otros posteriores. A diferencia del TRLCSP, el artículo 133 de la LCSP hace referencia a la legislación en materia de acceso a la información. Por tanto, para determinar la confidencialidad, se tiene que tener en cuenta la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Además, la nueva regulación sobre contratos públicos amplía los datos que pueden ser confidenciales a cualquier información que pueda ser utilizada para falsear la competencia, ya sea en este procedimiento de licitación o en otros posteriores, y establece en qué momento se tiene que hacer la declaración de confidencialidad, indicando que se hará al presentar la oferta. Como novedad, la LCSP pone límites al deber de confidencialidad y establece que el órgano de contratación, así como sus servicios dependientes, no pueden extender el deber de confidencialidad a todo el contenido de la oferta del adjudicatario, ni a todo el contenido de los informes y de la documentación que, si procede, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente se puede aplicar a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles. El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, como, por ejemplo, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando lo que dispone la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

La resolución 270/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales no hace más que seguir los criterios establecidos por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. En su informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, relativo a la adecuada interpretación del artículo 124.1 de la LCSP (actual 140.1 del texto refundido de la LCSP), señaló que este precepto había que interpretarlo, en todo caso, de forma matizada, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones, tal y como expresa el Tribunal Administrativo Central de recursos Contractuales, en su resolución 270/2016:

- 1.^a La adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad y transparencia, que se manifiestan no solo en la exigencia de dar a conocer a través de los medios especificados en la ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo, y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado preferir una oferta y descartar las restantes.

- 2.^a El conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso.
- 3.^a Finalmente, la confidencialidad solo procede cuando el empresario, al formular su oferta, haya expresado qué extremos de esta se encuentran afectos a la exigencia de confidencialidad, a lo que este tribunal añade, en los términos antes expresados, la posibilidad de designación posterior a instancia del órgano de contratación.

El órgano consultivo estatal sienta en su informe dos criterios fundamentales:

1. Que corresponde a la empresa licitadora declarar la confidencialidad.
2. Que el órgano de contratación no está vinculado absolutamente por esta declaración, sino que, antes al contrario, debe verificar el mantenimiento de un adecuado equilibrio de los derechos de los licitadores. Pero la ley exige que este pronunciamiento sea fundado, que esté motivado. La motivación exige un esfuerzo de explicación que sea suficiente para transmitir las razones por las que se deniega el ejercicio de un derecho, en este caso, el de acceso a la información de las ofertas. Si el órgano de contratación considera que en la difícil ponderación entre el principio de confidencialidad y el principio de publicidad ha de prevalecer el primero, ha de justificarlo y motivarlo adecuadamente, identificando qué concreto derecho o interés legítimo del adjudicatario puede verse comprometido por el acceso al expediente y explicando en qué medida la naturaleza de los datos contenidos en el expediente han de ser protegidos del conocimiento por otro licitador. En definitiva, ha de pronunciarse y motivar de modo suficiente.

Por lo demás, y conforme al apartado 2 del artículo 140, la obligación de confidencialidad incumbe también a los contratistas. Durante un mínimo de cinco años (los pliegos pueden establecer un plazo mayor) deberán respetar la confidencialidad de determinada información:

- A la que accedan con ocasión de la ejecución de un contrato.
- La que haya sido designada como tal en los pliegos.
- La que por su propia naturaleza haya de considerarse como tal.
- Que se trate de contratos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente.
- Cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2 d).

Por lo señalado, resulta evidente que ni los contratistas o los órganos de contratación pueden manejar a su antojo la confidencialidad de determinados datos. Como recuerda el dictamen referido en el caso de la denegación a una diputada de la información relativa a los contratos de la Fórmula 1, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia (Sentencia 4285/2014,

de 18 de febrero) ponderó como preferente, frente a la cláusula de confidencialidad de dichos contratos, el derecho de participación en los asuntos públicos de la solicitante de la información, y naturalmente tales cláusulas de confidencialidad tenían que ceder ante tal interés, máxime si se está hablando de contratos que por su naturaleza son «públicos» y que en esencia tal naturaleza es contradictoria con hablar de confidencialidad. La propia sentencia aclara que podría hablarse de confidencialidad en relación con los documentos que contienen datos que únicamente tienen repercusión en el sector privado.

Es por ello por lo que resultan igualmente de aplicación los principios inspiradores de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, por cuya virtud se prevé la obligación de los poderes públicos al suministro de información en el marco de sus actuaciones.

Por último, a nivel comunitario, el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho a una buena administración y al acceso al expediente que le afecte, siempre que se respete la confidencialidad.

Ahora bien, ¿el acceso de vista y copia del expediente de contratación pública puede quedar restringido por el órgano de contratación? Toda aquella persona que ostente la condición de interesado tendrá el derecho de acceder a los documentos del expediente para la copia y vista o exhibición del mismo. No obstante, el órgano de contratación podrá modular o limitar esta facultad en aras de respetar el derecho a la confidencialidad de las ofertas y el respeto a la propiedad intelectual e industrial.

Partimos, por todos y *ad exemplum*, del conocido Informe 46/2009 de la Junta Estatal, de 26 de febrero, que nos ilustra al respecto con las siguientes consideraciones:

Si alguno de los licitadores o candidatos deseara conocer en toda su extensión el contenido de las proposiciones, el órgano de contratación está obligado a ponerlo de manifiesto, lo que conlleva la posibilidad de examinar el expediente e incluso tomar notas respecto de él, pero en absoluto puede ser interpretado en el sentido de que se entregue copia de todo lo presentado por otros licitadores, especialmente si se trata de proyectos u otros documentos similares respecto de los cuales pueda existir un derecho de propiedad intelectual o industrial a favor del licitador.

De dicho informe, las siguientes dos conclusiones capitales se atisban:

- a) El órgano de contratación tiene la obligación (que no la facultad) de exhibir el expediente de contratación completo, y sin restricción alguna, al licitador que lo solicite. Este último podrá visualizarlo y tomar las notas que considere oportunas con total plenitud.
- b) El órgano de contratación podrá limitar la copia (que no la vista, insistimos) de determinada documentación sobre la que pueda existir un derecho de propiedad

intelectual o industrial a favor del licitador, como pueden ser los proyectos técnicos presentados.

Y es que, la restricción a la copia (que no a la vista o exhibición) de documentos sobre los que pueda existir un posible derecho de propiedad intelectual o industrial tiene toda la lógica y el sentido común, tratando de evitar, con ello, posibles reproducciones a una documental cuya creación está protegida por la norma, violación esta que jamás se podrá producir con la mera exhibición y la toma de notas por parte de terceros que ostenten un interés legítimo en la misma.

Resulta interesante señalar que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, máximo exponente administrativo en materia de contratación pública, viene manteniendo en sus resoluciones, como las 349/2016, 245/2016 y, por todas y *ad exemplum*, la 272/2011, sobre la base del Informe 40/1996 de la Junta Consultiva del Estado, que:

Si bien es cierto que una correcta notificación puede hacer innecesario el acceso al expediente por parte de quienes tengan la condición de interesados en el procedimiento de licitación al objeto de interponer recurso especial suficientemente motivado, ello no exime de la obligación que incumbe al órgano de contratación de conceder a los interesados en el procedimiento el derecho de información del expediente, el cual se encuentra amparado por el artículo 35 de la LRJPAC [hoy, art. 53.1 a) LPAC], que en su apartado a) reconoce expresamente el derecho de los ciudadanos «a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos».

Concluye que:

A la vista de lo anterior, el órgano de contratación deberá conceder el correspondiente acceso al expediente a la empresa recurrente, si bien deberá tener en cuenta la obligación que incumbe al citado órgano de contratación de respetar la debida confidencialidad.

Este criterio, favorable a reconocer la obligación de dar vista del expediente a los licitadores, si así lo solicitan, se mantiene también por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (entre otras, resolución 52/2011) y por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (resolución 5/2013 y acuerdo 15/2012), así como por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (resolución 265/2016), con argumentaciones en todos los casos compartidas.

Otra cuestión importante al respecto es si puede un contratista u operador económico que participe en un procedimiento licitatorio determinar como «confidencial» alguno o todos

los documentos que presente en el mismo. La respuesta se torna afirmativa. Sin embargo, el hecho de que el licitador señale como confidencial cierta documentación no supone que directamente ya no se pueda obtener copia de la misma. Por ello, el órgano contratante, dado que es quien permite su acceso, deberá buscar un equilibrio entre lo que supone la confidencialidad y el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a los licitadores.

En este sentido, se ha pronunciado la resolución 718/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, rec. núm. 735/2015, de Castilla-La Mancha:

Pues bien, la confidencialidad no puede significar vulneración de los principios de publicidad y transparencia, en el sentido de dejar sin contenido el derecho de otros licitadores a acceder a la información en que se fundamentan las decisiones que se adoptan a lo largo del procedimiento de selección y adjudicación, de manera que necesariamente debe buscarse el equilibrio y proporcionalidad en la ponderación de los diferentes intereses en juego. El artículo 151.4 del TRLCSP determina la necesaria motivación de la adjudicación, a efectos de poder trasladar al conocimiento del licitador toda la información necesaria para que, si los interesados lo consideran oportuno, puedan interponer el correspondiente recurso. Es en este punto en el que opera el artículo 35 de la Ley 30/92 permitiendo el acceso a los documentos de un expediente administrativo salvo que existan las razones de confidencialidad previstas en el TRLCSP. Sin olvidar que la disposición final 3.^a del TRLCSP establece la aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias.

Como conclusión, se puede afirmar que el órgano de contratación tiene la obligación (que no la facultad), de exhibir el expediente de contratación completo y sin restricción alguna al licitador que lo solicite.

No obstante, podrá limitar la copia de determinada documentación sobre la que pueda existir un derecho de propiedad intelectual o industrial a favor del licitador o cuando la información sea confidencial.

C) Solicitud de la Empresa, SRL.

El proceso de tramitación del expediente de contratación y la adjudicación estaban ya finalizados, por lo tanto, habiendo sido interesado en el expediente de contratación y estando legitimado para conocer y obtener copia del expediente (art. 53.1.a LPAC) y, además, interponer el o los oportunos recursos administrativos –entre ellos, si procede, el recurso especial en materia de contratación del art. 44 LCSP– o contencioso-administrativo, ha de facilitársele copia del expediente para que pueda examinar la legalidad de las actuaciones y de la adjudicación realizada, y a la vista de ello decidir si interpone el recurso, o no, a fin de que no se produzca indefensión.

5. Informe sobre:

- a) Si existió, realmente, infracción de la LOPDGDG.
- b) Si debió admitirse el reconocimiento de responsabilidad, dado el momento procedimental en que se produce.
- c) Si tenía razón la Administración oponiéndose al recurso contencioso-administrativo interpuesto, dado que, reconocida la responsabilidad y obtenido el beneficio de la doble reducción, no existía posibilidad de impugnación alguna.

a) Si existió, realmente, infracción de la LOPDGDG.

Entendemos que sí existió infracción de la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos y garantía de derechos digitales.

El artículo 22 de la LOPDGDG señala que:

1. Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, podrán llevar a cabo el tratamiento de imágenes a través de sistemas de cámaras o videocámaras con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones.

2. [...].

3. Los datos serán suprimidos en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones. En tal caso, las imágenes deberán ser puestas a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que se tuviera conocimiento de la existencia de la grabación.

No será de aplicación a estos tratamientos la obligación de bloqueo prevista en el artículo 32 de esta ley orgánica (si procede su rectificación o supresión).

4. El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información.

En todo caso, el responsable del tratamiento deberá mantener a disposición de los afectados la información a la que se refiere el citado reglamento.

[...].

8. El tratamiento por el empleador de datos obtenidos a través de sistemas de cámaras o videocámaras se somete a lo dispuesto en el artículo 89 de esta ley orgánica.

Por su parte, el artículo 89 de la LOPDGDG, referente al derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, señala:

1. Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida.

En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica. [La colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información].

2. En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos.

3. La utilización de sistemas similares a los referidos en los apartados anteriores para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores. La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de esta ley.

Además, el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores señala:

El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.

Entre ellas está que los empresarios coloquen cámaras para verificar que los trabajadores cumplen con sus obligaciones y deberes legales.

Para colocar cámaras de seguridad dentro de la legalidad se requiere, también, cumplir con una serie de requisitos básicos:

- Los trabajadores deben estar informados tanto de la existencia de vigilancia como de sus características: dónde están colocadas, si pueden grabar, etc.
- Está prohibido instalar cámaras en lugares en los que se vulnera la intimidad de los empleados, como vestuarios, aseos o zonas de descanso.

Las imágenes grabadas solamente pueden conservarse durante un mes.

En la STC 39/2016, de 3 de marzo, analizada en este apartado, se analiza un despido disciplinario de una trabajadora del Grupo Inditex (Zara) a la que unas cámaras de seguridad habían captado sustrayendo dinero de la caja en el centro de trabajo. La empresa detectó con anterioridad descuadres en la caja, como consecuencia de la implantación de nuevos sistemas informáticos, que motivaron que la dirección acordase que la empresa de seguridad instalase una cámara de videovigilancia que controlase la caja. La cámara de seguridad se instaló, no comunicando su instalación a los trabajadores.

La trabajadora demandó a la empresa, hasta llegar al Tribunal Constitucional en amparo de la nulidad del despido, alegando la lesión de su derecho al honor, intimidad y dignidad, afirmando que no existía comunicación al público, ni carteles comunicativos de la existencia de cámaras de videovigilancia, ni tampoco comunicación a la AEPD, ni autorización a la sección de Seguridad Privada de la comisaría del Cuerpo Nacional de Policía correspondiente.

El Tribunal de lo Social que juzgó el asunto, antes de que llegará al Tribunal Constitucional, acudió a la STC 186/2000 para afirmar que en el supuesto de esta trabajadora de Zara, concurría la situación precisa para el control oculto, esto es, sin notificar expresamente la colocación de la cámara de vigilancia a los trabajadores, porque era, en principio, el único medio posible para satisfacer el interés empresarial de saber fehacientemente quién estaba realizando actos defraudatorios.

En consecuencia, acudiendo a esta jurisprudencia, podemos apreciar que existen supuestos en los que el derecho de información del trabajador cede a favor del derecho de control del trabajador en el seno de la relación laboral, conclusión que se alcanza cuando en el caso concreto se aprecia que la instalación de un control oculto era el único medio posible para el fin propuesto, sin que existiera ningún otro menos atentatorio al derecho del trabajador.

El Tribunal Constitucional, al analizar el supuesto, es consciente del contenido de la sentencia 29/2013, de 11 de febrero (NormaCEF NSJ046447), que concluía sobre el derecho del afectado a ser informado de quién posee los datos personales y con qué fin, y también es consciente del contenido de la sentencia 186/2000 (NormaCEF NSJ008216), cuyo contenido se ha expuesto anteriormente, y a tal efecto concluye lo que a continuación se expone, iniciando su fundamentación indicando expresamente que «las especificidades propias del caso permiten a este Tribunal perfilar o aclarar su doctrina en relación con el uso de cámaras de video-vigilancia en la empresa»:

- a) El artículo 6.1 de la LOPD prevé que «el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga de otra cosa», siendo que en el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa como regla general a un segundo plano, pues el consentimiento se entiende implícito en la relación laboral, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes. En consecuencia, en la relación laboral existe una dispensa del consentimiento del trabajador, pero ello no significa que la dispensa de recabar el consentimiento para el tratamiento de datos abarque y alcance al derecho de información del trabajador, pues el derecho de información le permite ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, entre otros. El derecho de información forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos.
- b) Aplicando la anterior doctrina expuesta al tratamiento de datos obtenidos por la instalación de cámaras de videovigilancia en el lugar de trabajo, se concluye que no es necesario el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme al artículo 20.3 del ET.
- c) La exigencia de finalidad legítima en el tratamiento de datos prevista en el artículo 4.1 de la LOPD viene dada en el ámbito de la videovigilancia laboral, por las facultades de control empresarial que reconoce el artículo 20.3 del ET, siempre que esas facultades se ejerzan dentro de su ámbito legal y no lesionen los derechos fundamentales del trabajador. Por ello, aunque no se requiere el consentimiento expreso, persiste el deber de información del artículo 5 de la LOPD –hoy arts. 12 del Reglamento (UE) 2016/679 y 22.4 de la LOPDGD–.
- d) Ahora bien, podemos encontrar supuestos en los que se ponderen el derecho de protección de datos y las limitaciones del mismo justificadas en el cumplimiento de las obligaciones laborales y las correlativas facultades empresariales de vigilancia y control reconocidas en el artículo 20.3 del ET.
- e) En consecuencia, cuando en un supuesto concreto nos encontremos con la ausencia de información al trabajador en un supuesto de videovigilancia laboral, se deberá analizar el derecho a la protección de datos del trabajador y en contraposición el poder de dirección empresarial, que también encuentran su amparo en la Constitución (arts. 33 y 38), sin olvidar que el artículo 20.3 del ET es la norma que faculta al empresario para adoptar medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones laborales (STC 186/2000, NormaCEFL NSJ008216), si bien en cada caso concreto se determinará si el referido control ha generado o no una vulneración del derecho fundamental del trabajador.
- f) En el caso concreto del trabajador, la cámara de seguridad estaba situada enfocando a la caja, y en el escaparate de la tienda, en lugar visible, se colocó un distintivo informativo según se exigía por la Instrucción 1/2006 de la AEPD, sin que haya que

- especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control. En consecuencia, la trabajadora conocía que en la empresa se habían instalado un sistema de control por videovigilancia, por lo que solo si la finalidad del tratamiento de datos (imágenes) no guardase relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores. El Tribunal Constitucional considera que el dato –imagen– fue utilizado para el control de la relación laboral.
- g) En consecuencia, según el Tribunal Constitucional, a diferencia de las anteriores, determina que la trabajadora tenía información previa, siendo que las imágenes fueron tomadas para un control laboral, por lo que no era necesario un consentimiento expreso.
 - h) El Tribunal Constitucional, acudiendo al principio de proporcionalidad, una vez salvadas las anteriores valoraciones, considera que la medida, y el resultado –despido disciplinario–, es una medida correcta.
 - i) El principio de proporcionalidad con carácter general se fundamenta en tres requisitos: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del mismo fin con igual eficacia (juicio de necesidad); si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios para otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad).
 - j) El Tribunal Constitucional, en esta sentencia analizada, determina que la instalación de cámaras de seguridad que controlaban la zona de caja donde la trabajadora desempeñaba su actividad laboral era una medida justificada, pues existían razonables sospechas de que alguno de los trabajadores que prestaban servicios en dicha caja se estaba apropiando de dinero, idónea para la finalidad pretendida por la empresa, pues permitía verificar si alguno de los trabajadores cometía irregularidades en el seno de la relación laboral, necesaria, pues la grabación servía de prueba a la irregularidades, y equilibrada, pues la grabación de las imágenes se limitó a la zona de caja, concluyendo que la medida adoptada, por todo lo anterior, superó el juicio de proporcionalidad, y en consecuencia no vulneró el derecho de intimidad de la trabajadora y el correcto despido acordado.

Pero, la sentencia dictada el 9 de enero de 2018 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos corrige a los tribunales españoles señalando que, aunque el tribunal reconoce que las medidas adoptadas por el empresario (instalación de cámaras de seguridad ocultas) se llevaron a cabo tras fundadas sospechas de robo, defiende que los empleados tenían derecho a ser informados previamente de la presencia de cámaras de seguridad de «modo expreso, preciso e inequívoco», tal y como indica el artículo 5 de la LOPD. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que no hubo equilibrio entre el derecho a la privacidad de los empleados y el interés del empresario.

Tras las últimas sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, la escena parecía que había cambiado respecto a la instalación de cámaras de seguridad en trabajo. Según estas sentencias no era necesario el consentimiento expreso de los empleados, pues se entiende explícito en la firma del contrato. Tampoco era necesario indicar la ubicación exacta de las cámaras de seguridad a los empleados, bastaba con informar de la presencia de cámaras de vigilancia en el centro de trabajo (oficina, almacén, despacho, etc.) a través de los distintivos informativos de zona de videovigilada. Esto justificaba la instalación de cámaras de seguridad ocultas en el centro de trabajo siempre que hubiera indicios que justificaran su instalación. No deberemos confundir en ningún caso las cámaras de seguridad ocultas con cámaras de seguridad «clandestinas»; las cámaras de seguridad ocultas no serán visibles a vista del usuario, pero se comunicará su presencia mediante carteles informativos, en cambio las cámaras «clandestinas» serán aquellas de las que, además de estar ocultas a la vista del usuario, el empresario no informe de su presencia mediante los distintivos informativos.

Ahora bien, la última sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha corregido a los tribunales españoles, recalcando que es necesario informar a los empleados de la presencia de las cámaras de seguridad en el trabajo de «modo expreso, preciso e inequívoco», tal y como recoge el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 y el 22.4 de la LOPDGDD.

De cualquier forma sí hubo, con independencia de todo ello, infracción de la LOPDGDG, porque el relato de hechos señala que se instalaron cámaras de vigilancia en un local destinado a vestuario y en otro, al descanso de los trabajadores, pues en principio está prohibido instalar cámaras en zonas de descanso, como vestuarios, aseos o comedores (art. 89.2 LOPDGDD), pues se vulneraría el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen de los trabajadores, reconocido en el artículo 18.1 de la CE. Pero ¡jojo!, sí es legal la grabación en el tiempo de descanso. De hecho, una sentencia del Tribunal Supremo del 13 de octubre de 2021 admitió imágenes filmadas durante una pausa laboral para sancionar el incumplimiento de las obligaciones de un trabajador.

Además, se colocó, también, audio con las cámaras con el evidente propósito de tener acceso a las conversaciones que los trabajadores pudieran tener, y esto está prohibido, y solo se admitirá cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo. Y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas.

Con respecto a que no se comunicara a la Agencia Estatal de Protección de Datos, con el actual Reglamento (UE) 2016/679, en todo caso, los trabajadores han de ser informados de la colocación de cámaras de seguridad.

Podríamos estar en presencia de infracción muy grave, contemplada en el artículo 72 de la LOPD, letra a) consistente en «el tratamiento de datos personales vulnerando los principios y garantías establecidos en el artículo 5 del Reglamento (UE) 2016/679» (principios generales), o bien en la del apartado b) «El tratamiento de datos personales sin que concurra alguna de las condiciones de licitud del tratamiento establecidas en el artículo 6 del Reglamento

(UE) 2016/679» (que establece las condiciones para que el tratamiento sea lícito) o cualquier otra contemplada en dicho precepto o en el artículo 73, que enumera las infracciones graves.

b) Si debió admitirse el reconocimiento de responsabilidad, dado el momento procedimental en que se produce.

Señala el artículo 85 de la LPAC:

1. Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda.
 2. Cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario o bien quepa imponer una sanción pecuniaria y otra de carácter no pecuniario pero se ha justificado la improcedencia de la segunda, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del procedimiento, salvo en lo relativo a la reposición de la situación alterada o a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción.
 3. En ambos casos, cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos, el 20 % sobre el importe de la sanción propuesta, siendo estos acumulables entre sí. Las citadas reducciones deberán estar determinadas en la notificación de iniciación del procedimiento y su efectividad estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.
- El porcentaje de reducción previsto en este apartado podrá ser incrementado reglamentariamente.

La STS de 15 de febrero de 2023 (RC 430/2021), aunque no fija doctrina jurisprudencial, al no tratarse de un recurso de casación, realiza una serie de afirmaciones sobre cuál es el momento límite en un procedimiento sancionador en que el presunto infractor puede asumir su responsabilidad para poder beneficiarse de la reducción del 20 % de la cuantía de la sanción prevista en el primer apartado del artículo 85 de la LPAC. Ya establecimos lo que dice.

De la redacción del precepto cabe concluir que tanto el reconocimiento de la responsabilidad como el pago voluntario de la sanción pecuniaria propuesta en el procedimiento comporta una reducción de un 20 % de dicha sanción, por cada una de dichas acciones, pago y asunción de responsabilidad, reducciones que son acumulables.

Se dice, literalmente, en el fundamento de derecho quinto de la sentencia:

Pues bien, en el caso de autos existe no poca confusión al respecto, propiciada por la complejidad en la tramitación de los procedimientos. Ya hemos dicho que por la propia finalidad del reconocimiento de responsabilidad de evitar la tramitación del procedimiento, incluidos los recursos administrativos (no los jurisdiccionales, como

hemos declarado en nuestra sentencia 1260/2022, de 6 de octubre, recurso de casación 294/2021; ECLI:ES:TS:2022:3576), es manifiesto que el trámite ha de realizarse al inicio del procedimiento sancionador, como lo evidencia el hecho de que ya en el mismo acuerdo de iniciación debe hacerse dicha posibilidad, como establece el artículo 64.2.º d) de la Ley de procedimiento; debiendo asumirse el compromiso de aceptar la sanción propuesta –con la reducción procedente– y, por tanto, renunciando a impugnar en vía administrativa la preceptiva resolución que deba dictar la Administración poniendo fin al procedimiento. En suma, se trata de evitar la tramitación del procedimiento, incluidos los recursos administrativos; y ello al margen de la posibilidad de efectuar, tras dicho reconocimiento, al pago de la sanción propuesta, que comporta una diferente reducción acumulable a la anterior. Sentado lo anterior debemos dejar constancia que en el caso de autos la actuación municipal no deja de ofrecer serios problemas para acoger la reducción propuesta. Ya de entrada, debe reseñarse que iniciado el primero de los procedimientos se formula pliego de cargos en fecha 22 de marzo de 2019, dictándose la propuesta de resolución en el siguiente día 11 de octubre. No obstante lo anterior, es lo cierto que la pretendida admisión de la responsabilidad por parte de la Corporación Municipal no tiene lugar hasta el antes mencionado acuerdo de 28 de mayo de 2021, es decir, después de más de dos años, durante los cuales el procedimiento prácticamente estaba ya concluido, dejando inoperante la finalidad del beneficio reconocido en el precepto cuestionado.

La finalidad del precepto es evidente: simplificar la tramitación de los procedimientos sancionadores en aquellos supuestos en que el mismo interesado reconoce que son ciertos los hechos imputados y ajustada a la legislación la tipificación y la sanción propuesta.

De ahí que el legislador haya acogido el beneficio de que, si se reconoce la responsabilidad en el momento de concretar los hechos que se consideran sancionables, evitando la necesidad de la tramitación del procedimiento sancionador, el imputado puede beneficiarse de una reducción de la sanción propuesta en un porcentaje de hasta 20 % de la sanción.

En suma, se trata de evitar la tramitación del procedimiento, incluidos los recursos administrativos; y ello al margen de la posibilidad de efectuar, tras dicho reconocimiento, el pago de la sanción propuesta, que comporta una diferente reducción acumulable a la anterior.

Pero nos podemos preguntar si era la finalidad del legislador, al permitir la reducción de la sanción previo reconocimiento de responsabilidad, que no se tramitase el procedimiento.

Si acudimos a la exposición de motivos de la LPAC o a los informes de Consejo General del Poder Judicial o al dictamen del Consejo de Estado, no se dice nada, por lo que no nos sirve como elemento interpretativo sobre la supuesta evidencia de que la finalidad del legislador, al introducir esta reducción por reconocimiento de la responsabilidad, era evitar la tramitación del procedimiento (de ahí que la sentencia concluya que solo se pueda obtener el beneficio por el presunto infractor si la reconoce al inicio del procedimiento sancionador).

El profesor Tomás Cano Campos, en su obra *Sanciones administrativas* señala que

la reducción por reconocimiento de la responsabilidad tiene como fundamento fomentar determinados comportamientos posteriores a la infracción que suponen colaborar con la Administración y facilitar su sanción (guarda cierta analogía con el antiguo arrepentimiento espontáneo o la confesión de la infracción del actual CP art. 21.4).

El profesor Javier García Luengo nos dice que

se trata de garantizar que la Administración no va a tener que romper la presunción de inocencia de la persona a la que se le ha abierto el procedimiento sancionador, ya que el propio particular ha propiciado la sanción con el reconocimiento de los hechos y de su culpabilidad. Lo que, al tiempo, aunque no excluye, en los términos que veremos, una posible impugnación en vía contencioso-administrativa, le resta buena parte de las posibilidades de éxito.

Sanz Rubiales nos dice que «la técnica procesal penal comparable al reconocimiento de responsabilidad en Derecho administrativo sancionador es la denominada "sentencia de conformidad" en el proceso penal», citando la STC 76/1990 (Norma CEF NFJ000802), FJ 7.º, en la que se dice:

Se trata de una técnica cuyo designio es lograr una simplificación y celeridad en los procedimientos tributarios y cuyo empleo es por ello frecuente en la legislación comparada, no siendo tampoco completamente ajena al campo de la legislación penal, como lo acredita el hecho de que en el art. 9.9 de nuestro Código Penal se contemple una atenuante que guarda alguna similitud con el criterio sancionador que ahora examinamos, ni tampoco al de la legislación procesal penal, en la cual el art. 793.3.11 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza al Juez de lo Penal a reducir sensiblemente la pena, llegando incluso hasta la absolución, en una Sentencia de conformidad en la que el acusado hubiese reconocido los hechos.

Respecto al objetivo buscado por el legislador en el artículo 85.1 de la LPAC, este añade, a lo dicho por Cano, que

además, conlleva reducción de trámites, tanto administrativos (terminación del procedimiento sancionador, aunque no supresión del de ejecución forzosa), como judiciales: como se verá *supra*, mientras que el pronto pago no reduce las posibilidades impugnatorias, el reconocimiento de responsabilidad conlleva la impugnabilidad limitada (en la práctica, la casi segura no impugnación) por el juego de la doctrina de los propios actos.

A mi juicio parece claro que, a cambio de ofrecerle al presunto infractor una ventaja económica con esa reducción del 20 %, el legislador busca asegurar la pronta recaudación de la parte no bonificada y disminuir la litigiosidad, cerrando definitivamente el asunto.

En todo caso, sea o no está la finalidad buscada por el legislador, lo cierto es que no se deduce, como afirma la sentencia, que el objetivo sea que el procedimiento administrativo no se tramite, ni siquiera porque el artículo 64.2 d) de la LPAC diga que en el acuerdo de iniciación se deba indicar la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad, con los efectos previstos en el artículo 85.

Porque una cosa es que se deba ofrecer esa posibilidad al inicio del procedimiento y otra muy distinta que podamos concluir de ese artículo que no se pueda hacer después. Porque no hay ningún otro artículo del que se deduzca lo contrario.

García Llobregat, hablando del artículo 8.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto – hoy derogado –, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (RP), de idéntica redacción al actual artículo 85.1 de la LPAC, decía que

el reconocimiento de responsabilidad contemplado en el art. 8.1 RP presenta un único requisito temporal: el de su formalización con posterioridad a la notificación del acuerdo de iniciación del expediente sancionador y con anterioridad al comienzo del plazo de resolución ordinario del procedimiento señalado en art. 20.2 RP.

García Luengo entiende que,

ante el silencio de la norma reguladora del procedimiento administrativo común, negar la posibilidad de reconocer la responsabilidad, tras alegar en un primer estadio del procedimiento, es un exceso [y que] ha de tenerse en cuenta que la Administración al inicio del procedimiento ni siquiera puede fijar, en condiciones normales y en la mayor parte de los procedimientos sancionadores, que son más complejos que los que se plantean en el ámbito del tráfico, la cuantía adecuada de la sanción dentro del arco que suelen fijar las leyes, ni puede, en ese momento inicial del procedimiento, definir adecuadamente las circunstancias agravantes o atenuantes que contribuyen a fijar la sanción concreta [...]. Hay que tener en cuenta que la renuncia a los recursos en vía administrativa y la propia existencia de una declaración de responsabilidad que dificulta extraordinariamente la defensa en vía contencioso-administrativa justifican sobradamente la reducción de la sanción, al menos, cuando su importe es moderado.

En definitiva, lo razonable (a salvo, tal vez, de algún caso excepcional en el que se pueda apreciar un abuso de derecho o retraso desleal) será que el particular pueda reconocer su responsabilidad y acogerse a la rebaja de la sanción, tras haber alegado al acto de inicio del procedimiento sancionador, o, en su caso, al pliego de cargos, en el momento en el que se le notifica la propuesta de resolución.

Señala que

aunque una interpretación literal del término «sanción propuesta» (art. 85.3) lleve a que solo se pueden utilizar estas ventajas tras la instrucción del procedimien-

to y la propuesta de sanción, lo cierto es que esta interpretación resulta absurda, no acorde con la finalidad de la técnica [...]. Por otra parte, si el pago puede hacerse en cualquier momento «antes de la resolución» y si el reconocimiento de responsabilidad y el pago voluntario son acumulables (y por tanto, pueden darse simultáneamente, en la medida en que el pronto pago determina la finalización del procedimiento), debe entenderse –la Ley no prohíbe esta interpretación– que también es aplicable el mismo *dies ad quem* al reconocimiento de responsabilidad: no aplicarlo supondría condicionar la acumulabilidad y estaría imponiendo un plazo para el ejercicio de esta carga que la Ley básica no ha querido imponer ni delegar en la legislación sectorial. Puede pensarse, no obstante, que admitir el reconocimiento de responsabilidad hasta el momento antes de la resolución sancionadora es contrario a la finalidad de esta técnica, en cuanto que no conlleva ahorro de la tramitación del procedimiento sancionador; sin embargo, a pesar de ello sí que supone un ahorro importante al evitar de forma segura los recursos administrativos y de forma prácticamente segura la tramitación judicial.

A esto se podría añadir, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, esta interpretación dada por la sentencia, que restringe la posibilidad de reconocer la responsabilidad y beneficiarse a cambio de la reducción de la sanción, supone un importante desincentivo al uso de esta opción, que disminuye costes para ambas partes, al cerrar en la mayor parte de los casos definitivamente el conflicto entre la Administración y el ciudadano. Si, por el contrario, se admite hacerlo en cualquier momento anterior a la resolución, como permite la LPAC, se incentivará su uso y se disminuirán los costes a ambas partes. Y es que, como decía el Gran Capitán, «al enemigo que huye, puente de plata».

Por último, hay que señalar que si el procedimiento sancionador previsto en la LPAC no limita claramente el momento en que se puede llevar a cabo ese reconocimiento de responsabilidad para aprovecharse de la reducción de la sanción, una interpretación restrictiva, como la que realiza la sentencia comentada, *odiosa sunt restringenda*, supondría una limitación de un derecho del presunto infractor sin habilitación legal para ello.

En este caso, el reconocimiento de responsabilidad de la infracción cometida se hizo después de transcurrir el plazo para alegaciones a la propuesta de resolución y habiéndose iniciado ya el plazo para dictar resolución. Es cierto que la normativa, y en concreto el artículo 85 de la LPAC, no establece ningún límite procedimental a este trámite por parte del infractor, sin duda porque el fundamento de dicha posibilidad consiste en abreviar la duración de los procedimientos y cumplir con los principios de eficacia y de eficiencia. Por ello, y en una interpretación favorable al interesado, debemos admitir que el reconocimiento de responsabilidad con los efectos contenidos en dicho precepto puede hacerse en cualquier momento del procedimiento sancionador, pero jugando como límite transcurrido el plazo de alegaciones a la propuesta de resolución, pero no parece que sea el criterio de la sentencia aunque, repetimos, es aislada y no fija doctrina casacional. Además, como hemos visto, la doctrina opina lo contrario, porque, aunque ahorre poco trámite procedimental, ya

siempre eliminará alguno y, sobre todo, la Administración se libra de tener que dictar resolución, asegurándose además el cobro, aunque sea reducido, de la sanción impuesta.

- c) Si tenía razón la Administración oponiéndose al recurso contencioso-administrativo interpuesto, dado que, reconocida la responsabilidad y obtenido el beneficio de la doble reducción, no existía posibilidad de impugnación alguna.

El comentario siguiente pertenece a Joan Buades Feliu, abogado, director de Bufete Buades, publicado en el *Diario La Ley*, núm. 9867, en la sección Comentarios de jurisprudencia.

La reciente sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2021 (rec. de casación 2201/2020, ponente Excmo. don Fernando Román García) aborda una cuestión nuclear en el derecho administrativo sancionador, cual es la posibilidad de impugnar ante los tribunales, en sede de recurso contencioso-administrativo, sanciones recaídas en expedientes administrativos en los que el administrado ha reconocido su responsabilidad y, a los efectos de acogerse a las reducciones que señala el artículo 85 de la Ley 39/2015, desiste o renuncia al ejercicio de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

En el comentario se sostiene, siguiendo el criterio de la sentencia comentada, que ese aquietamiento, desistimiento o renuncia dificultará la defensa en sede jurisdiccional en lo relativo a la responsabilidad, tanto objetiva como subjetiva, la tipificación, la consideración de las circunstancias modificativas, el exacto alcance de la participación incluso en lo relativo a la gradación, pero no el importe de la sanción finalmente impuesta. La vinculación de la doctrina de los actos propios no puede ir más allá del estricto alcance de la misma, extendiéndose sobre cuestiones que nada tienen que ver con el sustrato fáctico admitido.

1. Introducción

En un anterior artículo tuve la oportunidad de analizar el alcance del artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, reguladora del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, advirtiendo de qué manera este precepto diseña un régimen *ad hoc* de terminación de los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora cuando dicha sanción consista en una multa pecuniaria.

Apuntábamos entonces problemas de índole práctico en la aplicación del artículo 85; así, por ejemplo, cuestiones tales como el momento procedimental en que ha de ofrecerse la posibilidad de acogerse a los beneficios de reducción de la sanción previstos, o la gestión práctica del pago anticipado, pero, sobre todo, nos preguntábamos qué debía entenderse por «reconocimiento de la responsabilidad», como una forma de terminación del procedimiento sancionador. En efecto, señala el punto primero el artículo 85 de la LPAC que, iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda,

En nuestros comentarios ya anticipábamos que el análisis de la norma se hacía desde su novedad en nuestro ordenamiento y la ausencia de una doctrina jurisprudencial que diera luz a los operadores jurídicos, de tal modo que supieran a qué atenerse en la aplicación práctica del nuevo régimen de terminación «convenida» de procedimientos sancionadores.

Lógicamente, poco a poco van resolviéndose procesos jurisdiccionales con sentencias que abordan la naturaleza jurídica y el alcance real de la disposición de constante referencia.

Algunas de estas sentencias han sido ya dictadas por el Tribunal Supremo, en vía de recurso de casación, por lo que cabe pensar que en un tiempo no muy largo tendremos una doctrina jurisprudencial consolidada que permita atenernos a criterios interpretativos que nos den la necesaria seguridad jurídica. Mientras tanto nos tendremos que conformar en seguir dando opiniones basadas en el sentido jurídico de quien las emita.

II. Sentencia de la Sala 3.^a número 232/2021 del Tribunal Supremo, de 18 de febrero, Sección 3.^a, de 18 de febrero de 2021 (rec. núm. 2201/2020)

Traemos a colación en este apunte la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 3.^a de 18 de febrero de 2021 (rec. de casación 2201/2020, ponente Excmo. don Fernando Román García), por cuanto resuelve una cuestión de indudable trascendencia, cual es determinar si el reconocimiento de la responsabilidad en la comisión de los hechos imputados en vía administrativa implica la renuncia al derecho de acudir a la vía jurisdiccional y concretamente al recurso contencioso-administrativo.

Es común por parte de las Administraciones entender que el reconocimiento de la responsabilidad, al que alude el artículo 85.1 de la LPAC, supone una aceptación «in totum» de la resolución administrativa de la que trae causa el reconocimiento de referencia, de modo tal que el infractor ya no puede seguir pergeñando la defensa de sus derechos.

Se ha entendido que el reconocimiento de la responsabilidad es un allanamiento total y absoluto a todo lo dispuesto en la resolución administrativa de la cual trae causa tal reconocimiento, implicando que se admiten los hechos en cuanto constitutivos de la concreta infracción administrativa que se imputa, la autoría, la valoración de si la conducta debe reputarse dolosa o culposa, el grado de participación, las circunstancias modificativas, atenuantes y agravantes que el instructor considerase, y finalmente, la fijación de la cuantía.

Pues bien, lo que la sentencia en cuestión resuelve, por lo que ahora interesa, es que dicha supuesta firmeza de tal resolución no es tal. Efectivamente, el infractor, que ya lo es confeso, pues él mismo lo admite, no podrá seguir discutiendo con el órgano administrativo que le está instruyendo un procedimiento sancionador, ni en vía ordinaria ni en vía de recurso administrativo, pues ha renunciado a ello, pero, y esto es lo realmente relevante de la sentencia, sí podrá acudir a los tribunales, en vía de recurso contencioso-administrativo.

Ciertamente, dicho recurso jurisdiccional estará ya mucho más limitado, pues el reconocimiento de la responsabilidad, tanto desde el punto de vista objetivo, con el reconocimiento de los hechos, como desde el punto de vista subjetivo, con el reconocimiento de la participación en los mismos, no podrá ser puesta en cuestión en sede judicial, ya que de lo contrario el recurrente iría contra sus propios actos, tal como insiste la sentencia comentada.

Puestas así las cosas, uno podría preguntarse qué trascendencia real ofrece tal sentencia, ya que si no es posible atacar la veracidad de los hechos imputados ni la participación en la producción de los mismos, no se alcanza a adivinar qué sentido tendría acudir a un proceso judicial. Pues bien, y este análisis es lo que pretende abordar, la efectividad práctica de la sentencia de constante referencia es muy trascendente.

En efecto, lo que no implica el reconocimiento de responsabilidad, tanto objetiva como subjetiva, es que la tipificación que se haya hecho de tales hechos sea correcta, más allá de que sí se admita que tales hechos son en sí mismos constitutivos de infracción administrativa; que lo sea la consideración de las circunstancias modificativas de la responsabilidad reconocida; el exacto alcance de la participación, si culposa, dolosa o a título de mera inobservancia leve; la consideración de la gravedad de tales hechos y su concreta gradación.

Que se reconozcan los hechos y la participación en los mismos no implica la admisión pura y dura de todos aquellos matices y circunstancias concurrentes que según el órgano administrativo que haya acordado la resolución del procedimiento determinan lo que al final resulta ser más trascendente en el orden práctico, que es el *quantum* de la multa pecuniaria.

En definitiva, el hecho de que se acaten como ciertos los hechos de los que pudiera derivarse una infracción administrativa, y que se acepte la participación del sujeto pasivo en los mismos es ya muy relevante, pero de ahí a sustraer del control judicial las demás circunstancias determinantes, es decir, de la tutela judicial efectiva una actuación administrativa no es posible.

III. Régimen legal de tipificación y cuantificación de las infracciones administrativas

La cuestión de la fijación de la cuantía de la multa no es en el régimen sancionador un tema menor, ni muchísimo menos.

La norma marco que regula los principios del derecho sancionador, esto es, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, reguladora del Régimen Jurídico del Sector Público, no aborda un régimen jurídico general de concreción de las sanciones pecuniarias atendiendo a su gravedad y a la concurrencia de circunstancias modificativas. Tendremos que acudir a cada una de las distintas leyes sectoriales que regulan cada concreto sector de la actividad administrativa y analizar el capítulo que tales leyes prescriben en torno al particular régimen sancionador.

Como es lógico suponer, ello nos lleva a una disparidad de casuística enorme, pero lo cierto es que en todas las normas hay un sustrato común que nos permite inferir la existencia de tal régimen general, por más que, sin duda, no positivizado.

Y de dicho sustrato común podemos colegir como la mayoría de las normas sancionadoras gradúan las infracciones que tipifican en leves, graves o muy graves.

Algunas concretan la gravedad para cada concreto tipo; otras normas describen todos los tipos infractores y permiten que la Administración actuante califique los hechos como leves, graves o muy graves, atendiendo a tales o cuales bienes jurídicos que puedan verse afectados. Por ejemplo, la Ley General para la Defensa de los Consumidores (LGDCU) de 2007 regula un cuadro de hasta dieciocho tipos infractores, cuya mayor o menor gravedad vendrá determinada por aspectos tales como criterios de riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y reincidencia; en cambio, la Ley 1702/1987, Ordenación del Transporte Terrestre, tipifica qué concretas infracciones son muy graves, cuáles son graves y cuáles son solo leves.

[En concreto, la LOPDGDD, en su artículo 76, relativo a «sanciones y medidas correctivas», señala:

«1. Las sanciones previstas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 83 del Reglamento (UE) 2016/679 se aplicarán teniendo en cuenta los criterios de graduación establecidos en el apartado 2 del citado artículo.

2. De acuerdo a lo previsto en el artículo 83.2 k) del Reglamento (UE) 2016/769 también podrá tenerse en cuenta:

- a) El carácter continuado de la infracción.
- b) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales.
- c) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.
- d) La posibilidad de que la conducta del afectado hubiera podido inducir a la comisión de la infracción».]

Sea una o sea otra la solución que cada norma prevea, lo cierto es que calificar unos hechos típicos, como constitutivos de tal o cual infracción; o atender a su concreta gravedad, exige una labor interpretativa que ha de poder ser revisada por los tribunales de justicia, aunque medie un reconocimiento previo de responsabilidad.

Pero es que hay más; aun pudiendo dar su conformidad el afectado en la realidad de los hechos, en su concreta tipificación y en su gradación, lo cierto es que el abanico de la cuantificación de las multas es tan desmedido, que, aunque solo fuera este el concreto extremo por el que un particular pudiera acudir a la tutela judicial, la sentencia comentada tendría una relevancia de primera magnitud.

[...]

Y este no es un ejemplo aislado. La mayor parte de las leyes sectoriales se aplican de igual manera. No importa abundar en ello. Aunque solo fuera por poder discutir la mayor o menor proporcionalidad del *quantum* de la multa, la sentencia de constante referencia es una muy buena noticia que, además, comulga con el espíritu de nuestro Estado constitucional.

III. Conclusión

A modo de conclusión, podemos sintetizar nuestra exposición afirmando que con la sentencia de 18 de febrero de 2021, el sistema del beneficio pecuniario que prevé el artículo 85 de la LPAC por reconocimiento de la responsabilidad quedaría perfilado de la siguiente manera:

Admitir los hechos y reconocer la participación en los mismos supone, para el administrado titular pasivo de la relación jurídico-administrativa entablada un beneficio del 20 % de la sanción impuesta, y si además procede al pago de la misma con carácter inmediato, se verá beneficiado en otra reducción, igualmente del 20 %, pero ello no es óbice para que el perjudicado pueda, acogiéndose al derecho constitucional fundamental de obtener la tutela judicial, acudir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo para que este examine si el instructor del expediente calificó correctamente la gravedad de los hechos, por más que reconocidos, y si dentro de la gravedad acordada graduó correctamente.

Admitir la responsabilidad no es aceptar la corrección jurídica de la actuación administrativa en toda su integridad.

Nuestro artículo de opinión al que hemos aludido en la iniciación del presente, anticipaba que de seguirse con una interpretación incorrecta del mecanismo perfeccionado en el artículo 85 de la LPAC iba a suponer el final del derecho administrativo sancionador como un verdadero procedimiento garantista, por cuanto se ponía al límite de la coerción psicológica al interesado, disuadiéndosele de que se defendiese ante una sanción desmesurada.

La sentencia que hemos citado es una bocanada de aire fresco en aquellos que entendemos que el derecho administrativo, y su derivada más evidente, cual es el control jurisdiccional de toda actuación administrativa, es precisamente el mejor instrumento para poner pie en pared a los abusos de la Administración.

La sentencia dice, literalmente:

A juicio de esta Sala, la solución a esta cuestión no ofrece duda alguna. Dada la claridad de la redacción del precepto mencionado, basta su simple lectura para constatar que no cabe alcanzar otra conclusión que no sea la de entender que la renuncia o el desistimiento que se exigen en el referido precepto para poder beneficiarse de las reducciones en el importe de la sanción se proyectan única y exclusivamente sobre las acciones o recursos contra la sanción a ejercitar en la vía

administrativa y no en la judicial. Y esa claridad hace innecesaria la utilización de cualquier otro método de interpretación («in claris non fit interpretatio»), como reiteradamente ha establecido este Tribunal Supremo (por todas, baste citar nuestra STS 1582/2020, de 23 de noviembre, RCA 4333/2019) [...]. En consecuencia, a la vista de lo expuesto, debemos dar respuesta a la cuestión planteada en el auto de admisión en los siguientes términos: la renuncia o el desistimiento que se exigen en el artículo 85 de la Ley 39/2015 para poder beneficiarse de la reducción en el importe de la sanción se proyecta única y exclusivamente sobre las acciones o recursos contra la sanción a ejercitar en la vía administrativa y no en la judicial.

Añadía también la sentencia referida que:

Esto es, aunque el sujeto renunciante pueda impugnar en vía jurisdiccional la resolución sancionadora, para que dicha impugnación pueda tener éxito tendrá que proporcionar al juzgador una sólida explicación que justifique cumplidamente el motivo por el que, habiendo asumido primeramente su responsabilidad por la infracción cometida –que conlleva el reconocimiento de la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo de la infracción, es decir, de su participación en los hechos tipificados y de su culpabilidad–, después, en vía judicial, sostiene la inexistencia de la infracción, negando la concurrencia de los mencionados elementos constitutivos de la infracción y evidenciando así un comportamiento procesal notoriamente contradictorio.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 9, 23, 33, 38 y 103.
- Ley Orgánica 3/2018 (protección de datos y garantía de derechos digitales), arts. 4, 5, 6, 22, 72, 73, 7 y 89.
- Ley 29/1998 (LJCA), art. 19.
- Ley 19/2013 (transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), arts. 8, 10, 12, 13, 15, 16, 20, 23 y 24.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 4, 13, 35, 53, 64, 85 y 114.
- Ley 40/2015 (LRJSP), art. 107.
- Ley 9/2017 (LCSP), arts. 11, 13, 44, 46, 52, 116 a 120, 132 y 133.
- Real Decreto legislativo 2/2015 (TR Ley del Estatuto de los Trabajadores), art. 20.
- Real Decreto legislativo 5/2015 (TR Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), arts. 5, 7, 11, 55 y 61.
- Real Decreto 1403/2007 (Estatuto de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo), art. 33.

- Real Decreto 814/2015 (Rgto. de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), art. 29.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo (protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos), arts. 4, 7, 9, 12 y 83.
- STC 186/2000, de 10 de julio (NormaCEF NSJ008216); 29/2013, de 11 de febrero (NormaCEF NSJ046447), y 39/2016, de 3 de marzo (NormaCEF NSJ053554).
- STS, Sala 3.ª, 1290/2020, 14 de octubre, rec. núm. 1342/2018; de 13 de octubre de 2021; de 18 de febrero de 2021 (rec. de casación 2201/2020), y 15 de febrero de 2023 (rec. de casación 430/2021).
- STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 4285/2014, de 18 de febrero.
- Resoluciones 272/2011, 245/2016, 270/2016 y 349/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- Resolución 5/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.
- Resolución 718/2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de Castilla-La Mancha, rec. núm. 735/2015.
- Resolución 265/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.
- Informes 40/1996 y 46/1990, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado.
- Instrucción 1/2006 de la Agencia de Protección de Datos.
- Comentario perteneciente a Joan Buades Feliu, abogado, director de Bufete Buades, publicado en el *Diario La Ley*, núm. 9867, en la sección Comentarios de jurisprudencia.



CURSOS DE **FORMACIÓN A MEDIDA PARA EMPRESAS**

✓ **Nos adaptamos a las necesidades formativas de la empresa**

Escuchamos las necesidades formativas de pequeñas, medianas y grandes empresas para ofrecer una propuesta global a medida, trabajando en estrecha colaboración para que sus planes de formación alcancen la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales. Adaptamos para ello los contenidos según sus necesidades específicas, atentos siempre a los horarios y ubicaciones geográficas que demanden.

✓ **Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)**

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente, o incluso desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a lo largo del año.

Nuestros datos
desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA

+ 14.425

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 68.500

Profesionales formados

+ 342.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial - Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación - Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil - Magisterio de Educación Primaria - Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas - Economía - Empresa y Tecnología - Empresas y Actividades Turísticas - Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos - Criminología - Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia - Periodismo - Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADOS

(Consultar en www.udima.es)

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos - Educación Inclusiva y Personalizada - Educación y Recursos Digitales - Formación del Profesorado de Educación Secundaria - Psicología General Sanitaria - Psicopedagogía - Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas - Dirección Comercial y Marketing - Dirección Económico-Financiera - Dirección y Administración de Empresas (MBA) - Dirección y Gestión Contable - Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal - Asesoría Fiscal - Asesoría Jurídica de Empresas - Asesoría Jurídico-Laboral - Dirección y Gestión de Recursos Humanos - Interuniversitario en Estudios Avanzados de Derecho Financiero y Tributario - Práctica de la Abogacía y la Procura - Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe - Enseñanza del Español como Lengua Extranjera - Interuniversitario en Unión Europea y China - Seguridad, Defensa y Geoestrategia



Si necesitas volar,
SOMOS TUS ALAS
Contigo, somos uno.