

En la Villa de Madrid, a veintisiete de octubre de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el núm. 22/2010 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de la entidad Avances en Telefonía, S.L., aquí representada por el procurador D. Jacinto Gómez Simón, contra la sentencia de fecha 23 de octubre de 2009, dictada en grado de apelación, rollo núm. 495/2009, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario núm. 668/2007, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valencia. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida la procuradora Dª María del Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de la entidad Telefónica Móviles España, S.A.U. Es parte el Ministerio Fiscal.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valencia dictó sentencia de 19 de septiembre de 2008 en el juicio ordinario núm. 668/2007, cuyo fallo dice:

“Fallo: Que debo desestimar y desestimo la acción ejercitada por Avances en Telefonía S.L. contra Telefónica Móviles S.A., condenando a la parte reclamante el pago de las costas derivadas del presente procedimiento.”

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

“Primero.- Formulada demanda por la que Avances en Telefonía S.L. imputa a Telefónica Móviles S.A. una acción atentatoria contra su honor consistente en verter en un informe elaborado por la demandada una serie de manifestaciones ofensivas contra la sociedad demandante en referencia a las actividades desarrollada por la misma, conviene recordar con carácter previo, que, conforme a la reiterada doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen reconocidos en el art. 18 de la CE, a pesar de su estrecha relación son derechos autónomos que tienen un contenido propio y específico. Por lo que hace referencia al derecho al honor, nuestro Tribunal Supremo entiende que esté integrado por un doble aspecto: por un lado, el de la inmanencia o estimación que cada personada hace de sí misma, y por otro, el de la trascendencia o exterioridad, como reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad.

Así, de cara a hacer delimitación de qué supone una intromisión legítima del derecho al honor, el TC se ha referido expresamente a la imposibilidad de encontrar una definición del mismo en el propio ordenamiento jurídico (STC 223/92), reconociendo que se trata de un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento (STC 185/89) que encaja, por tanto, sin dificultad en la categoría jurídica conocida por la denominación de conceptos jurídicos indeterminados. No obstante la imposibilidad de elaborar un concepto incontrovertible y de validez permanente sobre el derecho al honor, ello no ha impedido al TC definirlo como: el derecho al respeto y al reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social, sin que pueda (su titular) ser escarnecido o humillado ante uno mismo a los demás (STC 219/92). Más concretamente, y acudiendo al diccionario de la Real Academia Española ha declarado que el honor es la buena reputación (concepto utilizado por el Tratado de Roma) la cual, como la fama y aun la honra, consiste en la opinión que las gentes tienen de una persona -buena o positiva- si no va acompañada de adjetivo alguno. Si este es el anverso de la noción de honor -ha manifestado el TC 223/92 en el reverso están el deshonor, la deshonra o la difamación. Con

independencia de que el contenido del derecho al honor sea fluido y cambiante, esto es, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, puede decirse, con el TC que el denominador común de todos los ataques o intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7-7 LO 1/82) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien, o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas”.

La STS 23-3-87 dice que, este derecho fundamental se encuentra integrado por dos aspectos o actitudes íntimamente conexiónados: el de la inmanencia, representado por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de la trascendencia o exterioridad integrada por el reconocimiento que los demás hacen de su dignidad. Este concepto que distingue la propia dignidad y el reconocimiento por los demás es mantenido por la de 26-6-87, que además, proclama el carácter de derecho fundamental, protegido constitucionalmente, del honor, y reiterado en los de 23-2-89, 12-5-89 y 11-6-90, 18-11-92, 27-1-93, 23-3-93. Otras sentencias vierten expresiones concretas para mantener la existencia de ataque al honor. Así ha sido muy reiterativa la frase de que es un ataque al honor la atribución a una persona y la difusión de hechos que inexorablemente le hacen desmerecer público aprecio y reprochables a todas luces, sean cualquiera los usos sociales del momento.

“Segundo.- El honor, en sí mismo considerado, puede ser atentado en público o privado. El honor de una persona se verá afectado aunque su ataque se produzca en privado; si además, se ataca con trascendencia pública, la afección pública será indudablemente, más grave. La Ley Orgánica 1/82 de 5 mayo que desarrolla el art. 18.1 Constitución, sin embargo, solo concede protección civil al honor cuanto se ha atentado con divulgación art. 7-7 considera intromisión ilegítima la divulgación de expresiones o hechos... La palabra divulgación significa simplemente el conocimiento por terceras personas, en mayor o menor número, siendo, en principio, indiferente el medio empleado para tal divulgación. Dos sentencias posteriores proclaman, con carácter general, que el elemento de la divulgación es preciso para considerar que ha habido intromisión ilegítima en el derecho al honor y por ende, que esta puede ser protegido, la S. 30-10-91 expresa, como declaración de principio:

“El hecho atentatorio merecedor de la protección, por constituir la verdadera intromisión ilegítima, es precisamente la divulgación de la expresión o del hecho, y no la imputación privada que puede hacerse sobre la misma materia” y añade a continuación: de ahí que el medio informativo sea siempre el instrumento difusor indispensable de la intromisión ilegítima que la ley protege”. La S. 30-12-91 insiste en que: “sin divulgación no hay imputabilidad, ya que la esencia de la infracción es precisamente esa divulgación”. Otras dos sentencias niegan la protección jurídica al honor supuestamente atacado porque no hubo divulgación. La de 6-6-92 que recuerda que su protección jurídica, una divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona lo que entraña una idea de publicidad”. La S. 23-3-93 insiste en que: “basta la mera lectura del art. 7-7 LO 1/82 para comprender que la acción nuclear estriba en su divulgación y que, en la existencia de esta no puede existir imputabilidad alguna aunque se detecte un resultado, cuya doctrina no es sino consecuencia obligada del tipo de intromisión ilegítima que se contempla en los números 3 y 7 del art. 7 de la precitada, ley, en cuanto que en uno y otro se precisa, como requisito indudable la concurrencia de divulgación” en orden a apreciar la existencia de una intromisión al honor, a la intimidad y a la propio imagen.

Así las cosas partiremos de un hecho compartido por las partes, como es que el informe respecto a cuya existencia y contenido formula su queja Avances en Telefonía S.L. fue entregado exclusivamente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y posteriormente, como medio de prueba, en el procedimiento seguido ante el Juzgado de 1.<sup>a</sup>

Instancia 23 de Valencia, llevándonos ello a preguntarnos si tal actuación de remisión de un informe interno por parte de una compañía a un ente público regulador del sector como lo es la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones supone un acto de divulgación. Pues bien, tal y como se ha razonado con anterioridad, el concepto de difamación va sustancialmente unido al de divulgación, por lo que para considerar que un acto pueda ser calificado como atentatorio contra el derecho al honor tendrá que ser divulgado; pero en sentido contrario, por la unión consustancial existente entre divulgación y violación del derecho al honor, también será necesario hacer la exigencia en sentido contrario, requiriéndose que la comunicación que se haga lo sea con la finalidad de desmerecer la fama ajena.

Y lo cierto es que encontrándonos ante un sector de la actividad en la que la intervención estatal es patente, estableciendo garantías para evitar que tanto los operadores telefónicos como los propios consumidores puedan verse perjudicados por actuaciones contrarias a la lealtad que exige el tráfico del comercio en un sector de notoria importancia, el hecho de que una persona actúe en la forma que prevé la normativa administrativa, elaborando un informe interno y secreto que debe ser remitido al ente público encargado del control y tutela del sector, siguiendo el procedimiento administrativo establecido reglamentariamente, nunca podrá ser considerado como un acto atentatorio al honor, por cuanto la comunicación de la información, en tanto se efectúa al órgano administrativo encargado de conocer el asunto no supone la manifestación de una voluntad de desmerecer, sino el ejercicio de un derecho específicamente regulado que está concebido para asegurar el interés común en el ámbito de las telecomunicaciones. Siendo inherente a tal tipo de informes la referencia a actuaciones que se consideran inadecuadas, pues si el procedimiento para el que se elabora el informe de marras es un procedimiento en evitación de actuaciones fraudulentas no podrá pedirse al elaborador del informe que convierta el mismo en un canto de alabanzas de las actuaciones que considera inadecuadas o contrarias a las exigencias del mercado, pues el informe no serviría para nada y por fuerza el contenido de un informe concebido como el medio para denunciar irregularidades deberá ser una descripción de las actuaciones que considere fraudulentas. Y si no considera como tal las actuaciones realizadas, vías tiene para poner de manifiesto tal circunstancia, como ha hecho siguiendo un procedimiento administrativo para impugnar la resolución.

Sin olvidar que la Ley Orgánica 1/82 en su artículo 2.2 nos dice que: "No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley".

... y en el caso que nos ocupa la presentación del informe se hace al amparo de un procedimiento administrativo establecido de forma expresa por la administración, por lo que igualmente tal hecho estaría fuera del ámbito de protección de la Ley.

"Tercero.- Resultando llamativo que, cuando las resoluciones como la presente dictadas por la CMT se cuelgan en la página web de la misma adquiriendo una notoria publicidad, se invoque que el daño sufrido lo ha sido no por tal comunicación pública llevada a cabo por el ente público, sino por la comunicación del informe efectuada con carácter confidencial a la CMT. Y es que lo cierto es que si la propia Avances en Telefonía S.L. reconoció no tener conocimiento del informe hasta mucho después de su emisión, teniéndolo por la propia actuación administrativa, resulta insostenible imputar a la entidad demandada una acción de divulgación, al quedar claro que la misma se ha limitado a efectuar una comunicación confidencial de un informe a un ente neutro, como es el encargado de resolver sobre los cortes de líneas. Llamando la atención sobre que el informe en cuestión no contiene referencia alguna a la persona concreta que realiza la actuación que la emisora considera irregular, por lo que aunque el informe hubiera salido del ámbito propio del ente administrativo nadie que no fuera la titular

del teléfono hubiera relacionado el mismo con la ahora demandante y por tanto no se produciría desmerecimiento público antes de la identificación. Quien sí lo hizo en cumplimiento de sus funciones fue la CMT y en todo caso sería la actuación de la misma la que ha causado la difusión que puede serle perjudicial, pero no Avances en Telefonía S.L., que al remitir un informe de datos sin identificación del titular del teléfono no hizo una comunicación que permitiera crear un juicio de valor negativo respecto a una persona concreta, que no era identificable en aquel momento.

Razonamiento que es aplicable igualmente a la presentación en juicio del informe en el procedimiento seguido en el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia 23, si bien reforzado por el principio constitucional de derecho a la defensa, pues sería absurdo que se imputara a una parte actuaciones irregulares en torno a la elaboración de un informe y la misma no pudiera presentar el mismo en el procedimiento en que este tiene especial relevancia.

“Cuarto.- Otra cuestión será que siendo el efecto perjudicial principal el causado por la actuación de la CMT la petición de cese contra tal actuación de la citada comisión pudiera no serle satisfactoria y por ello se reconduzca la petición contra la ahora demandada, pues si analizamos la jurisprudencia existente sobre petición de suspensión de publicaciones emitidas por órganos públicos como medidas cautelares comprobaremos como las medidas pedidas con tal fin son desestimadas, pudiendo citar como ejemplo la STS de 14 mayo 2008, a tenor de la cual: “En efecto, en la referida sentencia de esta Sala de 22 de abril de 2002, siguiendo los criterios adoptados en las sentencias de 20 de enero, 15, 22 y 23 de febrero, 13, 15, 21, 23 y 27 de marzo, 8 de mayo, 12 de junio, 25 de septiembre, todas de 2000, y 31 de enero de 2001, en relación con los recursos de casación basados en argumentos análogos o semejantes en relación con la suspensión de órdenes de publicación de sanciones impuestas por órganos reguladores, dijimos:

“Así, en lo que se refiere a la publicación de la parte dispositiva de una resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia, hemos reiterado que para determinar si se causa o no un daño irreparable a la imagen de la empresa sancionada, ha de valorarse, más que el solo dato de la publicación, el contenido o naturaleza de la conducta que se sanciona y se hace pública; y, también, que el interés público representado por hacer llegar a los consumidores el acuerdo de aquel tribunal, en aras del beneficio del mercado, es prevalente al daño que puede ocasionarse a la empresa con la publicación, el cual, en cualquier caso, sería reparable si obtuviese sentencia favorable a su pretensión anulatoria. Añadíamos que, en su caso, tal sentencia posibilita el pleno restablecimiento de la situación jurídica conculcada y, por tanto, no se opone a una hipotética publicación de un fallo estimatorio del recurso que contrarrestara los efectos negativos de la publicación ordenada en la resolución recurrida (artículo 107 de la Ley 29/1998), ni al reintegro de los gastos derivados de la publicación ordenada (artículo 71 de la misma Ley)”.

Por ende, si el informe cuya difusión se solicita forma parte de una actuación administrativa sobre la que se ha seguido un expediente administrativo, con publicación del contenido de la resolución en la página web del mismo, que no puede ser eliminada más que tras la existencia de una resolución firme que resuelva el contencioso seguido por las partes sobre el particular, instar una publicación en el sentido solicitado no puede ser calificado más que como un medio forzado para obtener una finalidad contraria a la perseguida por la normativa vigente, cuyo fin es dar información al ciudadano de las resoluciones adoptadas por la CMT y por ende hace decaer la petición de publicación que ahora se insta.

“Quinto.- Lo expuesto sin olvidar como el TS en las sentencias de 14 de noviembre de 2002, 26 de septiembre de 2007 y de 23 de enero de 2008 ha sentado un cuerpo de doctrina en relación con la petición de suspensión de publicación de las resoluciones dictadas por organismos reguladores con base al principio constitucional de transparencia administrativa, que rige el actuar de las Administraciones Públicas, según se desprende de los artículos 9.3 y 103 de la Constitución, por cuanto la Administración Pública actúa en un régimen de publicidad de sus actos, y al margen de los potenciales perjuicios a terceros que operan en los mercados por la ausencia de publicación de sus resoluciones, existe un interés público inherente, en sí mismo, a que se haga pública la resolución, con el objeto de garantizar las obligaciones de transparencia y las de información que se estatuyen para preservar los derechos de los ciudadanos de forma eficiente, el conocimiento de los sujetos que actúan en los mercados. Rompiéndose tal principio con la admisión de publicaciones acordadas por orden de otros entes públicos fuera de la fiscalización que por los tribunales se haga de tales procedimientos administrativos.

Por todo lo expuesto procede desestimar la demanda de protección al honor formulada por Avances en Telefonía S.L.

“Sexto.- Conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo desestimada la demanda presentada por Avances en Telefonía S.L. contra Telefónica Móviles S.A., procede imponer a la parte actora el abono de las costas causadas en el presente procedimiento.”

TERCERO.- La Sección 7.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia de 23 de octubre de 2009, en el rollo de apelación núm. 495/2009, cuyo fallo dice:

“Fallamos. “Desestimamos el recurso de apelación, interpuesto por la representación de Avances en Telefonía S.L., contra la sentencia de fecha 19 de septiembre de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia N.º 5 de Valencia, resolución que confirmamos, condenando a la parte apelante al pago de las costas de esta instancia.”

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

“Primero.- La representación procesal de la actora, Avances en Telefonía S.L., formuló demanda de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, contra la demandada, Telefónica Móviles de España S.A.U., en adelante TME, al considerar que el informe redactado por la misma, para la numeración ...592, informe IF-043-08-2002, vierte toda una serie de manifestaciones falsas e ilegítimas acerca de la actividad de la demandante, usando expresiones como, que es una “actividad fraudulenta”, “fraude”, e imputando hechos que podrían ser constitutivos de delito. Sobre la base de dicho informe, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT) accedió al corte de la interconexión, todo lo cual se ha ejecutado para dañar el honor de la mercantil actora, de manera gratuita y consciente, generándole graves perjuicios económicos. Por ello concluye pidiendo que se declaren ilegales y contrarias a derecho las manifestaciones vertidas por Telefónica Móviles S.A. en su informe; y que se obligue a demandada a eliminar dichas acusaciones y a colgar en su página web la sentencia que en su día se dicte.

La parte demandada se opuso a la pretensión actora invocando la falta de legitimación pasiva, la veracidad del contenido del informe validado por la CMT, que sobre las manifestaciones vertidas en el informe ya se siguió un proceso penal por calumnias e injurias en el que se acordó el sobreseimiento libre; y que ha sido la actora la que ha generado un perjuicio económico a la demandada.

La sentencia de instancia desestima la demanda, resolución contra la que se alza la parte actora, alegando diversos motivos que pasamos a examinar. La parte demandada ha solicitado la confirmación de dicha resolución.

“Segundo.- De los documentos obrantes en autos se desprende que: El 26 de agosto de 2002 TME emite un informe, identificado como IF-043-08-2002, denominado Fraude de Activa con destino a 906\* en el que se describe una actividad fraudulenta que se detecta en el servicio prepago Movistar con relación al tráfico de llamadas a ciertos números 906, las numeraciones pertenecen a las operadoras Telefónica de España y Lince. En el mismo, concreta que el proceso consiste en adquirir tarjetas en el mercado negro, a un precio inferior al saldo disponible, y efectuar llamadas con tales tarjetas a la línea 906\*; también precisa que las tarjetas utilizadas proceden de la rotura de pack Activa. Con el beneficio obtenido al liquidar con el operador correspondiente se vuelven a adquirir tarjetas activas y a realizar de nuevo la operación; La rentabilidad de esta actividad depende de la diferencia entre el precio de adquisición de la tarjeta activa y el saldo disponible.

Los perjuicios causados a TME se producen, por un lado, por la rotura del pack del que procede la Tarjeta Activa, por el importe de interconexión entre TME y el proveedor del servicio 906 y por el uso de la red que el tráfico generado fraudulento ha originado y que se fija en 9 pesetas por minuto.

Con estos antecedentes, la hoy demandada formuló, el día 23 de octubre de 2002, una denuncia ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), y por Resolución de 28 de febrero de 2002, la citada comisión autorizó a Telefónica Móviles España SAU la suspensión de la interconexión que permite el encaminamiento de las llamada con origen en las tarjetas prepago Movistar Activa y destino en los números de tarificación adicional 906, siempre que cumpliera los requisitos definidos en los procedimientos NE-039: Detección de fraude tipologías detectadas en TME y PR-106: Control del fraude en packs Activa mediante utilización de números de tarificación adicional desarrollados por TME.

La hoy demandada presentó el procedimiento específico elaborado para la numeración ...592 en fecha 27 de agosto de 2002.

Mediante resolución de 16 de enero de 2003 (f. 85) la CMT desestimó la petición de Avances en Telefonía S.L. y declaró que la actuación realizada por Telefónica Móviles España SAU en agosto de 2002, desconectando parcialmente su red con la de Telefónica de España SAU, se produce como consecuencia de la actuación genérica que se le concedió.

Contra esta resolución del CMT se interpuso por la actora recurso contencioso-administrativo, seguido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en la que recayó sentencia en fecha 24 de noviembre de 2004, desestimando el recurso y confirmando la resolución dictada por la CMT. Se interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de diciembre de 2007, estimó el recurso al apreciar un vicio de procedimiento, ordenando la retroacción de actuaciones para que diese vista a la parte recurrente del expediente inicial y ampliado para que formulara la demandada dentro del plazo legal.

Por otra parte, la demandante instó una reclamación de cantidad ante el Juzgado de Primera Instancia número 23 de Valencia, en el que la hoy demandada aportó el informe que sirve de base a la presente reclamación, que concluyó estimando la demandada.

Como consecuencia de dicha aportación, la hoy actora formuló una querrela contra la demandada por calumnias e injurias, que se siguió como diligencias previas 1359/2006 del Juzgado de Instrucción número 1 de Valencia que concluyó con el sobreseimiento libre, confirmado por la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial.

“Tercero.- Partiendo de estos antecedentes, entramos a conocer los concretos motivos del recurso. La parte apelante invoca en su apartado segundo, que para apreciar el concurso de la vulneración al derecho al honor no se exige que las manifestaciones vertidas hayan gozado de publicidad.

En este punto compartimos el criterio teórico de la parte apelante, si bien, carece de relevancia para la resolución del presente recurso dado que, según consta en autos, la demandada no ha dado publicidad al informe, sino que se ha limitado a aportarlo a los distintos procedimientos en los que ha sido parte y, por medio del correo electrónico, remitirlo a las personas que han participado en la elaboración del informe pues como se observa en el documento 4 unido al folio 82, todos los destinatarios pertenecen a TSM.

Por todo ello, no se ha demostrado que el contenido del citado informe se haya divulgado más allá de las actuaciones judiciales o administrativas en las que han intervenido las partes y con ocasión de las actuaciones que han servido de sustento al informe.

En el extremo tercero de su recurso, invoca el error y exceso en la aplicación del artículo 2.2 de la LO 1/82, porque en el presente caso no podemos entender que la demandada estuviese autorizada a plasmar las manifestaciones que recoge el informe, ni las acusaciones falsas e injuriosas.

En el cuarto alude a que el número de teléfono ...592 es la imagen de avances en telefonía.

Ambos motivos deben ser desestimados.

No dudamos de que el número de teléfono que se desconectó fuese la imagen de la demandante, pero consta acreditado que el citado informe se elaboró en el seno de una investigación sobre actividades fraudulentas y que la parte se limitó a incorporarlo al expediente tramitado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y, posteriormente en los diversos procesos instados por la demandante, pero no así en otros foros. No advirtiendo ninguna otra finalidad en su elaboración, en el que, además, no se hizo constar ni el nombre de la mercantil demandante.

Sobre esta materia, estimamos importante traer a colación la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de junio de 2009, ROJ: STS 4432/2009, Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, con cita de las de 4 de febrero de 2009, 31 de mayo de 2001, 5 de octubre de 2004 y 10 de julio de 2008, establece “De esta doctrina se colige que la existencia o no de intromisión ilegítima en el honor a resultas de imputaciones vertidas en el marco de un proceso penal exige un juicio de ponderación de los derechos en juego, a fin de dilucidar si la restricción al honor del imputado (Presidente de la Asociación) ha respetado la definición constitucional de aquellos y sus límites, comprobando si tal restricción está constitucionalmente justificada, siendo para ello esencial comprobar si el que ejerce su derecho y decide acudir a la vía penal para tutelar sus legítimos intereses tenía razones para hacerlo y si se excedió, esto es, si fue más allá de lo que era legal y estrictamente necesario a los fines de defenderlos, pues si su actuación tenía un mínimo soporte y tampoco se excedió en su actuación procesal,

el simple hecho de reflejar manifestaciones o imputaciones críticas con ocasión de la elaboración del material que iba a conformar la eventual acusación (dictámenes periciales), estarían dentro de lo legítimo al no desviarse del fin previsto por el ordenamiento”.

Y, concretamente, el Tribunal Supremo, en la sentencia del 21 de julio del 2008 ya citada, (ROJ: STS 4827/2008) Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, también concreta: “Por otra parte, y por la relevancia que puede tener de cara a resolver desde todas las perspectivas posibles la controversia a que se ciñe este recurso, conviene indicar que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que la incoación de expedientes administrativos, y aun su divulgación, no conforman un acto contrario al honor de la persona que aparece como expedientada -sentencias de 11 de octubre de 2001, que cita otras anteriores, y 13 de julio de 2004-, pues la mera y aséptica noticia a la que se da publicidad, en ejercicio del derecho fundamental de libertad de expresión e información, de que a un profesional se le inicie un expediente administrativo, disciplinario o sancionador, no puede en modo alguno ser considerado como atentatorio al honor del profesional. Y, de forma más general, se ha declarado que la mera presentación de una denuncia no constituye “per se” una intromisión ilegítima en el derecho al honor, aunque en sede de información de actuaciones penales son varias las circunstancias que pueden conducir a soluciones diferentes, como cabe comprobar del casuismo jurisprudencial -sentencia de 5 de octubre de 2004, con cita de abundantes precedentes jurisprudenciales-; y si bien el derecho al honor sancionado en el artículo 18 de la Constitución no constituye, ni puede constituir, un obstáculo para que a través de procesos judiciales seguidos con todas las garantías se pongan en cuestión y, por tanto, puedan enjuiciarse las conductas humanas sospechosas de haber incurrido en ilicitud, resulta sin embargo inaceptable -en palabras de la sentencia de 5 de octubre de 2004- tejer la situación para producir el desmerecimiento del denunciado en el público aprecio y consideración ajenas.”

Aplicada esta doctrina al presente caso, constatamos que la demandada siguió un proceso interno de investigación detectando unas actuaciones que consideró fraudulentas, redactó el informe correspondiente y acudió a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, donde se siguió el correspondiente trámite administrativo y el posterior contencioso-administrativo, por tanto, estimamos que la actuación de la demandante estaba dentro de los cauces legítimos y amparada por el artículo 2.2 citado. Todo ello con independencia del resultado que arroje el procedimiento administrativo e independientemente de que la demandada consiga demostrar la veracidad de los hechos que recogió en el informe.

En el quinto motivo de su recurso, alude la parte demandante a que debe apreciarse la eficacia de la cosa juzgada material respecto de la sentencia 249/05, del Juzgado de Primera Instancia número 23 de Valencia, porque se condenó a la allí demandada a pagar las cantidades reclamadas por el servicio de tarificación adicional.

El motivo debe ser desestimado porque no se dan los requisitos que establece el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no concurrir identidad entre las acciones que se han ejercitado en uno y otro procedimiento.

Igualmente estimamos que no concurre el denominado efecto positivo de la cosa juzgada porque el que no se estimen acreditados, en un proceso civil, los hechos que motivaron la incoación de un procedimiento administrativo no excluye la aplicación del artículo 2.2 de la Ley Orgánica de Protección al honor. Esta vulneración del derecho al honor y la excepción que establece el precepto citado, no se sustenta en la veracidad de los hechos que se imputan sino, como ha analizado el Tribunal Supremo en la sentencia citada, en si la imputación de unos hechos a través de los cauces pertinentes tiene o no la suficiente trascendencia, y es



merecedor de amparo, puesto que el derecho al honor proclamado en el artículo 18 de Constitución Española no constituye ni puede constituir obstáculo para que, a través de los 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.

En el sexto motivo de su recurso, la parte apelante invoca que la carga de la prueba en los procesos de protección civil del derecho al honor corresponde a quien ha vertido las acusaciones, no a quien las sufre. Y en el motivo octavo alega la falsedad y entidad injuriosa de las acusaciones vertidas en el informe IF-043-08-2002.

Los dos motivos deben ser desestimados por las razones que hemos expuesto dado que, en este procedimiento, no se trata de acreditar la realidad de unos hechos que se imputan al demandante. En el presente caso, las manifestaciones que el demandante considera que vulneran su derecho al honor, y que califica de falsas e injuriosas, se han vertido en un informe que ha servido de base a la incoación de un expediente administrativo, y es en dicho seno y, en su caso, en el contencioso-administrativo donde deberá acreditarse la realidad del mismo.

Lo que ahora debemos analizar es la imputación de unos hechos a la entidad actora en el seno del procedimiento legal correspondiente, para que se abra un expediente sancionador, resulten o no finalmente acreditados, constituyen una vulneración del derecho al honor y, como hemos dicho, la respuesta ha de ser negativa, por las razones expuestas, pues no podemos estimar que se hubiera tejido una situación con el exclusivo propósito de perjudicar a la demandante.

En el extremo séptimo de su recurso, alega la parte actora que se le ha vulnerado su derecho a los medios de prueba pertinentes.

Este motivo también debe ser desestimado por las razones que acabamos de exponer, ya que la veracidad de las imputaciones que la demandada hizo a la demandante, carecen de relevancia para resolver la presente reclamación de vulneración del derecho al honor. En el presente caso solo procede ponderar el derecho al honor de la demandante con el derecho a hacer uso de los medios legales para la apertura de un expediente ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, para que puedan enjuiciarse las conductas humanas sospechosas de haber incurrido en ilicitud, en legítima protección de sus intereses.

“Cuarto.- Por todo lo expuesto, debemos concluir con la desestimación del presente recurso y la confirmación de la sentencia de instancia, condenando a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada como dispone el artículo 398 en relación con el 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de Avances en Telefonía, S.L., se formulan los siguientes motivos de casación:

Motivo primero. “Vulneración del art. 7.7 y 2.2 de Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.”

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

La sentencia impugnada rechaza la intromisión ilegítima en el derecho al honor de la recurrente basándose en el hecho de que el informe objeto de la presente controversia solo siguió el correspondiente trámite administrativo y el posterior contencioso-administrativo, concluyendo

que no resulta de interés para el presente procedimiento que la demandada consiga demostrar la veracidad de los hechos imputados en el citado informe.

Estima que la Sala entra a valorar el tema de la divulgación del informe, pese a que este requisito no se exige legalmente, y concluye que no se ha divulgado más allá de las actuaciones judiciales o administrativas en las que las partes han intervenido y, paradójicamente, no entra a valorar la veracidad o inveracidad de los hechos, contrariando así el tenor literal del art. 7.7 LPDH y la jurisprudencia recaída en casos similares.

Respecto a este requisito, considera la parte recurrente que las imputaciones que se le hacen en el informe elaborado por la demandada son falsas e ilegítimas, es más ni siquiera la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones entró a valorar la veracidad de los hechos imputados, como así lo manifestó esta en escrito de 19 de noviembre de 2008, habiéndose otorgado, de manera inapropiada, una presunción de veracidad, tanto en sede administrativa como judicial, al informe de TME, sin el más mínimo sustento probatorio.

Considera que la parte demandada no ha realizado actividad probatoria alguna tendente a demostrar que las acusaciones contenidas en el informe eran veraces, siendo la prueba carga de dicha parte.

Estima que la sentencia impugnada contradice la doctrina jurisprudencial recogida en STSS de 26 de junio de 2009 y 21 de julio de 2008, que exige comprobar si el que ejerce su derecho y decide acudir a la vía penal para tutelar sus intereses legítimos tenía razones para hacerlo y si se excedió, pues en el caso concreto no se ha entrado a valorar si la actuación de la demandada tenía un mínimo sustento fáctico en el seno de dicho procedimiento al no haberse tenido en cuenta la veracidad y contenido de los hechos imputados en el informe.

Motivo segundo. “Infracción de la jurisprudencia aplicable sobre la carga de la prueba en los procesos de protección civil de derecho al honor y del art. 217.6 de la LEC.” Este motivo ha sido inadmitido por el ATS de 10 de noviembre de 2010.

Motivo tercero. “Inaplicación del art. 9.3 de la LO Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la presunción de intromisión ilegítima en el derecho al honor.”

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

En el caso concreto resulta patente que se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la entidad recurrente puesto que el informe elaborado por TME falta gravemente a la verdad y perjudica notoriamente su derecho al honor, y ello aunque la Sala se haya negado a valorar la falsedad de los hechos imputados y liberado a la parte demandada de la carga de probar la veracidad de los mismos.

Añade que igualmente ha quedado probada la autoría del informe y su contenido, desprendiéndose de este una serie de imputaciones de hechos ilícitos y fraudulentos realizados en el desarrollo de la actividad profesional de la entidad recurrente que no han sido probados y que le generan un perjuicio que le debe ser indemnizado.

Termina solicitando de la Sala “Que, habiendo por presentado este escrito, con los documentos acompañados y sus copias, en tiempo y forma, se digne admitir todo ello, teniendo por interpuesto recurso de casación preparado contra la sentencia núm. 561 dictada por Ilustre

Sección séptima de la Audiencia Provincial de Valencia en fecha 23 de octubre del corriente (rollo de apelación núm. 495/09), dimanante del juicio ordinario núm. 668/2007 del Juzgado de Primera Instancia N.º 5 de los de Valencia, interpuesto por mi principal Avances en Telefonía S.L., contra Telefónica Móviles España S.A.U., y, en su día, previos los trámites reglamentarios, se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida, estimando las pretensiones de esta parte, con arreglo a los motivos expresados en el presente recurso.”

SEXTO.- Por auto de 10 de noviembre de 2010 se acordó no admitir el recurso de casación, respecto a la infracción alegada en el motivo segundo de su escrito de interposición y admitir el recurso de casación respecto a las infracciones alegadas en los motivos primero y tercero del citado escrito de interposición.

SÉPTIMO.- En el escrito de oposición al recurso de casación presentado por la representación procesal de Telefónica Móviles España, S.A.U. se formulan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

Al primer motivo. A través de este motivo la recurrente cuestiona que la Sala no entrara a valorar la veracidad o no del informe controvertido, estimando la parte recurrida que el informe IF-043-08-2002 no es más que un documento interno que se elaboró por personal de su departamento de fraude cumpliendo así un requisito administrativo exigido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), siendo precisamente la actuación llevada a cabo por la entidad ahora recurrente la que motivó que se acudiera a la citada Comisión con la finalidad de paralizar una actividad que le ocasionaba considerables perjuicios económicos.

Respecto a la veracidad del informe, sostiene que las investigaciones realizadas por el departamento de fraude no carecen de rigor o valor, sino que están avaladas por la CMT, organismo que a la vista del mismo autoriza el corte de la interconexión de líneas que puedan tener origen fraudulento, con perjuicio económico para las operadoras y posteriormente, tras la denuncia formulada por la hoy recurrente, avala la actuación de TME de desconectar el acceso de determinadas líneas incluidas en el informe al quedar probada la actividad desarrollada por Avances en Telefonía mediante el procedimiento interno desarrollado por TME.

Estima que en el informe de autos no se lesiona la dignidad de la sociedad recurrente, por cuanto los hechos denunciados son veraces, han sido objeto de una investigación previa y ni siquiera se menciona su nombre en el informe.

Sobre la divulgación del informe, alega la parte recurrida que la postura de la otra parte sobre este particular ha sido vacilante a lo largo del procedimiento. En cualquier caso, precisa que es irrelevante el que haya habido o no divulgación, pues lo fundamental es que no se produjo ninguna intromisión ilegítima. Las sentencias de ambas instancias precisan que la actuación de TME fue correcta, que para que la CMT es suficiente el informe aportado para el no acceso de líneas a Telefónica de España y que, en definitiva, no ha habido divulgación del informe salvo cuando en ejercicio del derecho de defensa se ha aportado por la recurrida en dos procedimientos judiciales.

Respecto a la ausencia de prueba sobre los hechos denunciados, estima que es la recurrente la que corre con la carga de probar los hechos alegados, siendo ella la que presenta como documento de su demanda el informe de TME, sin que durante el procedimiento hubiera practicado una sola prueba que contradiga lo expresado en el citado informe.

Destaca, como ya hiciera la sentencia recurrida, que el informe no cita en ningún momento a Avances en Telefonía, S.L.

Al segundo motivo. Si no existe ninguna intromisión ilegítima no puede presumirse la existencia de perjuicio económico alguno. Además es precisamente la demandada la perjudicada económicamente con la actuación de Avances en Telefonía, y por eso tuvo que acudir a la CMT, en cuanto organismo regulador de las comunicaciones, a fin de paralizar la utilización de líneas 906 utilizadas con fines espurios.

Termina solicitando de la Sala “que admita el presente escrito en tiempo y forma, teniendo por formulada oposición al recurso de casación de Avances en Telefonía S.L. en cuanto a sus motivos primero y tercero, y tras los trámites legales pertinentes, dicte resolución por la que desestime en su integridad el citado recurso, con condena en costas a la recurrente.”

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso de casación al mostrarse de acuerdo con el contenido de la sentencia recurrida que estima no ha sido desvirtuado por los argumentos de la parte recurrente. Alega que la conducta de TME, ahora recurrida, no vulneró el derecho al honor de la recurrente, ni hubo intención de hacerlo, sino que TME elaboró un informe que acompañó a su denuncia cuyo único destinatario era la CMT, en defensa de sus propios derechos y tal organismo administrativo le dio la razón y luego la Sala de lo Contencioso- Administrativo hizo lo mismo, sin perjuicio de que la Sala Tercera del Tribunal Supremo anulase dicha sentencia por un vicio formal y ordenase la retroacción de las actuaciones.

NOVENO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 18 de octubre de 2011, en que tuvo lugar.

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

CE, Constitución Española.

FJ, fundamento jurídico.

LOPJ, Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

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

RC, recurso de casación.

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional.

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

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

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

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. Telefónica Móviles España. S.L. (TME) elaboró un informe denominado Fraude de Activas con destino a 906, en el que describía la actividad fraudulenta detectada en el servicio prepago Movistar con relación al tráfico de llamadas a ciertos números 906, consistente en adquirir tarjetas en el mercado negro, a un precio inferior al saldo disponible, y efectuar llamadas con tales tarjetas a la línea 906, precisando que las tarjetas utilizadas proceden de la rotura de Pack Activa, lo que le ocasionaba considerables perjuicios. Con base en este informe TME formuló denuncia ante la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT), que la autorizó a suspender la interconexión que permite el encadenamiento de las llamadas con origen en las tarjetas prepago Movistar Activa y destino en los números de tarifación adicional 906. Avances en Telefonía, S.L. denunció ante la CMT una restricción de las llamadas entrantes de tarjetas prepago desde la operadora TME a determinados números 906, en concreto, a los números ...769 y ...592, declarándose que la actuación de TME al desconectar parcialmente su red con la de Telefónica de España S.A.U., se había producido, en el caso del número ...592, como consecuencia de la autorización genérica que se le había otorgado. Contra esta resolución se interpuso por Avances en Telefonía, S.L. recurso contencioso-administrativo en el que recayó sentencia desestimando el recurso y confirmando la resolución dictada por la CMT, la cual fue recurrida en casación, dictándose finalmente sentencia por la que se estimaba el recurso al apreciarse un vicio de procedimiento.

El citado informe también fue presentado por TME en un proceso instado contra ella por Avances en Telefonía, S.L., lo que ocasionó que esta formulara una querrela contra la primera por calumnias e injurias que concluyó con el sobreseimiento libre.

2. Avances en Telefonía, S.L. formuló demanda de juicio ordinario de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen contra TME, al considerar que en el informe redactado por la misma, identificado como IF-043-08-2002, denominado Fraude de Activa con destino a 906\* se hacen una serie de manifestaciones falsas e ilegítimas acerca de la actividad desarrollada por la demandante que se tilda de fraudulenta y se le imputan hechos que podrían ser constitutivos de delito al acusarle de comprar tarjetas Activas en el mercado negro; informe sobre cuya base la CMT accedió a la suspensión de la interconexión, generándole graves perjuicios económicos, por lo que solicita que se declaren ilegales y contrarias a derecho las manifestaciones efectuadas por la demandada en su informe y se le obligue a eliminar dichas acusaciones infundadas y a colgar en su página web la sentencia que en su día se dicte.

3. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y declaró que la elaboración de un informe interno y su remisión a un ente público regulador del sector como lo es la CMT nunca puede ser considerado como un acto atentatorio al honor, por cuanto la comunicación de la información contenida en el mismo, en tanto se efectúa al órgano administrativo encargado del control y tutela del sector, no implica voluntad de desmerecer, sino el ejercicio de un derecho específicamente regulado que está concebido para asegurar el interés común en el ámbito de las telecomunicaciones, siendo inherente a tal tipo de informes la descripción y referencia a actuaciones que se consideran inadecuadas o irregulares.

4. La sentencia dictada en segunda instancia desestimó el recurso confirmando la resolución recurrida al constar acreditado que: a) el contenido del citado informe no se divulgó más allá de las actuaciones judiciales o administrativas en las que intervinieron las partes y con ocasión de las actuaciones que sirvieron de sustento al informe; b) el informe se elaboró por la demandada en el seno de una investigación interna sobre actividades fraudulentas, limitándose la parte a incorporarlo al expediente administrativo tramitado por la CMT y a los diversos procesos instados por la demandante, pero no en otros foros, por lo que su actuación estaría dentro de los cauces legítimos, con independencia del resultado que arrojarase el procedimiento administrativo y de que la demandada consiguiese dentro del mismo demostrar la veracidad de los hechos que hizo constar en su informe. Concluyó que, en el presente caso, solo procedía ponderar el derecho al honor de la demandante con el derecho de la demandada a hacer uso de los medios legales para la apertura de un expediente ante la CMT para que pudieran enjuiciarse las conductas humanas sospechosas de haber incurrido en ilicitud, en legítima protección de sus intereses.

5. Contra esta sentencia ha interpuesto recurso de casación la representación procesal de Avances en Telefonía, S.L. el cual ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.1 LEC por afectar el procedimiento a derechos fundamentales.

SEGUNDO.- Enunciación de los motivos primero y tercero.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

“Vulneración del art. 7.7 y 2.2 de Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen.”

Este motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia impugnada no entra a valorar la veracidad o no-veracidad de los hechos, contrariando así el tenor literal del art. 7.7 LPDH y la jurisprudencia recaída en casos similares. Respecto a este requisito, considera la parte recurrente que las imputaciones que se le hacen en el informe elaborado por la demandada son falsas e ilegítimas, habiéndose otorgado, de manera inapropiada, una presunción de veracidad, tanto en sede administrativa como judicial, al informe de TME sin el más mínimo sustento probatorio, correspondiendo a la parte demandada la prueba de las mismas.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

“Inaplicación del art. 9.3 de la LO Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la presunción de intromisión ilegítima en el derecho al honor.”

Este motivo se funda, en síntesis, en que se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la entidad recurrente puesto que el informe elaborado por TME falta gravemente a la verdad y perjudica notoriamente su derecho al honor, causándole un perjuicio que debe ser indemnizado, aunque la Sala se haya negado a valorar la falsedad de los hechos imputados y liberado a la parte demandada de la carga de probar la veracidad de los mismos.

Los dos motivos están relacionados entre sí por lo que serán examinados conjuntamente. Los dos motivos deben ser desestimados.

TERCERO.- La ponderación entre la libertad de información, libertad de expresión y derecho al honor.

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

La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. La libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende como está la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo.

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

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

Según la jurisprudencia constitucional, el reconocimiento de derechos fundamentales de titularidad de las personas jurídicas necesita ser delimitado y concretado a la vista de cada derecho fundamental en atención a los fines de la persona jurídica, a la naturaleza del derecho considerado y a su ejercicio por aquella (SSTC 223/1992 y 76/1995). Aunque el honor es un valor que debe referirse a personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en qué consiste no es patrimonio exclusivo de las mismas (STC 214/1991). A través de los fines de la persona jurídico-privada puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad en el sentido de protegerla para el desarrollo de sus fines y proteger las condiciones de ejercicio de la misma. La persona jurídica puede así ver lesionado su derecho mediante la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la infame o la haga desmerecer en la consideración ajena.

En este caso, la persona jurídica afectada, aunque se trate de una entidad mercantil, no viene obligada a probar la existencia el daño patrimonial en sus intereses, sino que basta constatar que existe una intromisión en el honor o prestigio profesional de la entidad y que esta no sea legítima (STC 139/1995). Como dice la STS 19 de julio de 2006, RC núm. 2448/2002 “tampoco cabe valorar la intromisión con los mismos parámetros que cuando se trata de personas físicas, porque respecto de estas resaltan dos aspectos: el interno de la inmanencia o mismidad, que

se refiere a la íntima convicción o sentimiento de dignidad de la propia persona, y el externo de la trascendencia que alude a la valoración social, es decir, a la reputación o fama reflejada en la consideración de los demás (SSTS, entre otras, 14 de noviembre de 2002 y 6 de junio de 2003), y cuando se trata de las personas jurídicas resulta difícil concebir el aspecto inmanente por lo que la problemática se centra en la apreciación del aspecto trascendente o exterior - consideración pública protegible- (SSTS, entre otras, 15 de abril 1992 y 27 de julio 1998), que no cabe simplemente identificar con la reputación empresarial, comercial, o en general del mero prestigio con que se desarrolla la actividad”.

Por otra parte, y por la relevancia que puede tener de cara a resolver desde todas las perspectivas posibles la controversia a que se ciñe este recurso, conviene indicar que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que la incoación de expedientes administrativos, y aun su divulgación, no conforman un acto contrario al honor de la persona que aparece como expedientada -SSTS 11 de octubre de 2001, que cita otras anteriores, y 13 de julio de 2004-, pues la mera y aséptica noticia a la que se da publicidad, en ejercicio del derecho fundamental de libertad de expresión e información, de que a un profesional se le inicie un expediente administrativo, disciplinario o sancionador, no puede en modo alguno ser considerado como atentatorio al honor del profesional. Y, de forma más general, se ha declarado que la mera presentación de una denuncia no constituye per se una intromisión ilegítima en el derecho al honor, aunque en sede de información de actuaciones penales son varias las circunstancias que pueden conducir a soluciones diferentes, como cabe comprobar del casuismo jurisprudencial -STS 5 de octubre de 2004-; y si bien el derecho al honor sancionado en el artículo 18 de la Constitución no constituye, ni puede constituir, un obstáculo para que a través de procesos judiciales seguidos con todas las garantías se pongan en cuestión y, por tanto, puedan enjuiciarse las conductas humanas sospechosas de haber incurrido en ilicitud, resulta sin embargo inaceptable -en palabras de la STS 5 de octubre de 2004- tejer la situación para producir el desmerecimiento del denunciado en el público aprecio y consideración ajenas.

El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información.

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

B) La técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde este punto de vista, la ponderación (i) debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS 11 de marzo de 2009, RC núm. 1457/2006);



ii) Debe tener en cuenta que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 4; y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, § 42, y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España, § 43).

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

Desde esta perspectiva, la ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008; SSTS 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, RC núm. 2313/1997, 19 de julio de 2004, RC núm. 5106/2000, 6 de julio de 2009, RC núm. 906/2006), pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso. En suma, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información y de expresión cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado;

ii) La libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007, 29/2009, de 26 de enero, FJ 5). El requisito de la veracidad no empece que la total exactitud de la noticia pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 105/1990, de 6 de junio, 171/1990, de 12 de noviembre, 172/1990, de 12 de noviembre, 40/1992, de 30 de marzo, 232/1992, de 14 de diciembre, 240/1992, de 21 de diciembre, 15/1993, de 18 de enero, 178/1993, de 31 de mayo, 320/1994, de 28 de noviembre, 76/1995, de 22 de mayo, 6/1996, de 16 de enero, 28/1996, de 26 de febrero, 3/1997, de 13 de enero, 144/1998, de 30 de junio, 134/1999, de 15 de julio, 192/1999, de 25 de octubre, 53/2006, de 27 de febrero, FJ 6);

iii) La transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado, porque, como viene reiterando el TC, la CE no reconoce un hipotético derecho al insulto (SSTC 112/2000, 99/2002, 181/2006, 9/2007, 39/2007, 56/2008 de 14 de abril; SSTS 18 de febrero de 2009, RC núm. 1803/04, 17 de junio de 2009, RC núm. 2185/06).

CUARTO.- Aplicación de la anterior doctrina al caso enjuiciado.

La aplicación de los criterios enunciados al caso examinado conduce a la conclusión de que debe prevalecer la libertad de información frente a la intromisión en el derecho al honor de la sociedad demandante, atendidas las circunstancias del caso y, en consecuencia, no debe

apreciarse la vulneración del derecho fundamental invocado. Esta conclusión, conforme con el dictamen del Ministerio Fiscal, se funda en los siguientes razonamientos:

A) En primer lugar, conviene deslindar los derechos fundamentales en conflicto. El informe elaborado por la Unidad de lucha contra el fraude de la entidad TME, denominado Fraude de Activas con destino a 906\* e identificado como IF-043-08-2001, es un documento interno que se limita a describir la actividad fraudulenta que se ha detectado en el servicio prepago Movistar, como consecuencia del tráfico de llamadas de tarjeta activas al servicio 906, así como los perjuicios originados, en el que se aportan una serie de datos que corroboran lo anterior. Este informe se acompaña al escrito-denuncia presentado por la demandada ante la CMT como documento necesario para legitimar el corte de acceso a la red del número de turno 906 afectado por la supuesta actividad fraudulenta. Estamos, en consecuencia, ante un supuesto de colisión entre el derecho al honor, por una parte, en la medida en que se relaciona a la demandante con una actividad fraudulenta detectada en llamadas con destino a varios teléfonos 906, en concreto en el informe se alude al número ...592 que la demandante tenía a su servicio, y que esta entiende que son falsas, afectan a su reputación personal y profesional y dañan su imagen y, por otra, la libertad de información y de expresión, en el marco del más amplio derecho de defensa y como manifestación del derecho de denuncia que ostenta una entidad sobre las irregularidades en la conducta profesional de otra que pueden causarle perjuicio.

Se advierte, en suma, la existencia de un conflicto entre el derecho a la libertad de información y de expresión de la recurrida con el alcance específico que ha quedado expuesto y el derecho al honor de la entidad recurrente.

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

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

i) Las partes reconocen que el contenido del informe objeto de controversia tiene relevancia pública e interés general y este extremo no resulta discutido. No puede negarse el interés público de la información y valoración contenida en el documento elaborado por la demandada, conforme a su reglamentación interna de detección de fraude, dada la referencia que en el mismo se contiene a prácticas y actuaciones, a su juicio, desleales en un sector como el de la telecomunicaciones de enorme importancia en la sociedad actual. Tampoco puede obviarse que fue elaborado en el ejercicio del derecho de defensa con el fin de ponerlo en conocimiento de la CMT, entidad de Derecho público cuya misión es salvaguardar las condiciones de competencia en el mercado de las telecomunicaciones y la encargada en este caso, ante la denuncia de hechos que, para quien los denunciaba, evidenciaban un irregular proceder de acordar la suspensión de la interconexión que permite el encadenamiento de las llamadas con origen en las tarjetas prepago Movistar Activa y destino en los números de tarificación adicional 906, en concreto el ...592 cuya titularidad ostentaba la demandante al haberse detectado la comisión de una actividad de carácter fraudulento.

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

ii) Veracidad. El cumplimiento del requisito de la veracidad no puede estimarse vulnerado en el informe objeto de controversia, puesto que consta acreditado que se trata de un documento interno elaborado por el departamento de prevención del fraude de la compañía demandada tras comprobar, gracias a las investigaciones llevadas a cabo, que en varios números de tarificación adicional (algunos titularidad de la demandante) se estaban descargando masivamente tarjetas procedentes de Packs Activa de manera irregular. En este documento no se hizo alusión alguna a la entidad demandante sino a ciertos números 906 y a las operadoras a las que pertenecían las numeraciones afectadas por la actividad presuntamente fraudulenta al desconocerse quién era la persona física o jurídica que había contratado con las operadoras dichos números. Este informe fue redactado para su presentación ante la CMT que legitimó la suspensión de la interconexión que tenía por destino la numeración afectada una vez comprobado el cumplimiento por parte de TME de las obligaciones establecidas en Resolución de 28 de febrero de 2002.

En efecto, esta Sala comparte la apreciación de la sentencia recurrida en el sentido de que las manifestaciones que la entidad demandante considera que vulneran sus derecho al honor se han vertido en un informe que ha servido de base para la incoación de un expediente administrativo y es, en dicho seno y, en su caso en el posterior contencioso-administrativo donde deberá dilucidarse la realidad de lo manifestado en el mismo, entendiéndose que la demandada se ha limitado a hacer uso de los medios legales a su alcance para la apertura de un expediente ante la CMT donde se enjuiciaran las conductas sospechosas de haber incurrido en fraude.

iii) Tampoco desde el ángulo del posible carácter injurioso, insultante o desproporcionado de las manifestaciones realizadas puede ser revertido el juicio de ponderación que realizamos. Esta Sala considera que el informe se limita a describir lo que a juicio de TME constituye una actividad fraudulenta, cometida por parte de quien descarga masivamente tarjetas prepago en varios números detallados en la última página de este, sin que en el mismo se contenga cita o referencia alguna a la entidad demandante y sin que exista en las manifestaciones realizadas un ánimo o intención de injuriar.

Según consta en autos, la demandada no ha dado publicidad al informe, pues este no se ha divulgado fuera del ámbito privado del departamento de prevención del fraude que lo confeccionó, habiéndose limitado la demandada a aportarlo a las actuaciones judiciales o administrativas en las que ha sido parte.

En ese contexto, las manifestaciones en las que se concreta la intromisión ilegítima en el derecho al honor de la entidad demandante, lejos de presentar una finalidad difamatoria, de perseguir su desprestigio profesional y el desmerecimiento de su reputación mediante una imputación claramente falaz de conductas ilícitas o, cuando menos, reprochables, se muestran orientadas a denunciar supuestas irregularidades en el ejercicio de su actividad y a lograr su corrección, y, en tal sentido, se encuentran amparadas por el contenido del derecho a la libertad de información y expresión en el marco del derecho de defensa ampliamente considerado, comprensivo del más específico derecho a defenderse frente a actos supuestamente ilícitos, cuya efectiva realización determina la expansión de la libertad de expresión, en tanto sirve a sus fines propios y como instrumento para la consecución de fines legítimos anudados a derechos e intereses de raigambre igualmente constitucional, con la

correlativa comprensión del derecho al honor de la entidad demandante, cuya vulneración, en consecuencia, no es posible declarar.

QUINTO.- Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC, en relación con el 398 LEC.

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

FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Avances en Telefonía, S.L. contra la sentencia de 23 de octubre de 2009 dictada por la Sección 7.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia en el rollo de apelación núm. 495/2009, cuyo fallo dice:

“Fallamos.

“Desestimamos el recurso de apelación, interpuesto por la representación de Avances en Telefonía S.L., contra la sentencia de fecha 19 de septiembre de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia N.º 5 de Valencia, resolución que confirmamos, condenando a la parte apelante al pago de las costas de esta instancia.”

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Xavier O'Callaghan Muñoz.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.