

## Jurisprudencia

### Reseña jurisprudencial e-Dictum 103

Por María Luisa Sánchez Paredes, profesora doctora de Derecho mercantil de la Universidad CEU San Pablo.

#### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

#### SENTENCIA DE LA GRAN SALA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2020 [Asuntos C-807/18 y C-39/19]

*Sobre la aplicación del Reglamento 2015/2120: según el artículo 3 del Reglamento, los derechos de usuarios finales de servicios de acceso a Internet deben ejercerse «a través de su servicio de acceso a Internet», sin que se pueda limitar el ejercicio de estos derechos en ningún momento. La contratación de una tarifa que permita que los clientes puedan continuar utilizando sin restricciones ciertas aplicaciones y servicios puede potenciar la utilización de éstas en detrimento de las demás aplicaciones y servicios disponibles, y cuanto mayor es el número de usuarios que contrata los paquetes que ofrecen estas características, mayor es la posibilidad de que se “provoque una limitación importante del ejercicio de los derechos de los usuarios finales, o incluso menoscabe aspectos esenciales de estos derechos”. No son compatibles con lo dispuesto en la normativa las medidas de ralentización o de bloqueo del tráfico llevadas a cabo por una operadora cuando “no se basan en diferencias objetivas entre los requisitos técnicos en materia de calidad de servicio de determinadas categorías específicas de tráfico, sino en consideraciones de índole comercial”.*

«Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación del artículo 3 del Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una Internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) n.º 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión (DO 2015, L 310, p. 1).

2. Estas peticiones se han presentado en el contexto de dos litigios entre Telenor Magyarország Zrt. (en lo sucesivo, «Telenor») y el Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke (Presidente de la Oficina Nacional de Medios y Comunicaciones, Hungría; en lo sucesivo, «Presidente de la ONMC») en relación con dos resoluciones mediante las que este ordenó a dicha empresa dejar de ofrecer determinados servicios de acceso a Internet.

Marco jurídico

Reglamento 2015/2120

3. Los considerandos 1, 3, 6 a 9 y 11 del Reglamento 2015/2120 tienen la siguiente redacción:

«(1) El presente Reglamento tiene por objeto establecer normas comunes destinadas a garantizar un trato equitativo y no discriminatorio del tráfico en la prestación de servicios de acceso a internet y a salvaguardar los derechos de los usuarios finales. Su finalidad no es solo proteger a los usuarios finales, sino garantizar simultáneamente el funcionamiento continuado del ecosistema de internet como motor de innovación. [...]

[...]

(3) Internet se ha desarrollado en las últimas décadas como una plataforma abierta de innovación con pocas barreras de acceso para los usuarios finales, los proveedores de contenidos, aplicaciones y servicios y los proveedores de acceso a internet. El marco regulador vigente busca fomentar la capacidad de los usuarios finales para acceder a la información y distribuirla o ejecutar aplicaciones y servicios de su elección. Sin embargo, un importante número de usuarios finales se ven afectados por prácticas de gestión del tráfico que bloquean o ralentizan determinadas aplicaciones o servicios. Esas tendencias requieren normas comunes a escala de la Unión que garanticen la apertura de internet y eviten la fragmentación del mercado interior derivada de las medidas adoptadas por algunos Estados miembros.

[...]

(6) Los usuarios finales deben tener derecho a acceder a información y contenidos, a distribuirlos, y a utilizar y ofrecer aplicaciones y servicios sin discriminación, a través de su servicio de acceso a internet. [...]

(7) Para ejercer sus derechos de acceso y distribución de información y contenidos, y utilizar y ofrecer aplicaciones y servicios de su elección, el usuario final debe tener libertad para acordar con el proveedor de servicios de acceso a internet tarifas correspondientes a volúmenes específicos de datos y velocidades específicas de acceso a internet. Ni este tipo de acuerdos ni las prácticas comerciales de los proveedores de servicios de acceso a internet deben limitar el ejercicio de estos derechos, con la correspondiente elusión de las disposiciones del presente Reglamento para la salvaguardia del acceso abierto a internet. Las autoridades nacionales de reglamentación y otras autoridades competentes deben estar facultadas para intervenir contra acuerdos o prácticas comerciales que, por su escala, conduzcan a situaciones en que las opciones de los usuarios finales se vean significativamente reducidas en la práctica. A tal fin, la evaluación de los acuerdos y prácticas comerciales debe, entre otras cosas, tener en cuenta las posiciones de mercado respectivas de estos proveedores de servicios de acceso a internet interesados, así como los proveedores de contenidos, aplicaciones y servicios involucrados. Las autoridades nacionales de reglamentación y las demás autoridades competentes, en el marco de su función de supervisión y control del cumplimiento de la normativa, deben estar obligadas a intervenir cuando un acuerdo o unas prácticas comerciales puedan menoscabar aspectos esenciales de este derecho.

(8) Al prestar servicios de acceso a internet, los proveedores de dichos servicios deben dar un trato equitativo a todo el tráfico, sin discriminaciones, restricciones o interferencias, con independencia de quienes sean el remitente o el receptor y cualesquiera que sean el contenido, aplicación, el servicio o el equipo terminal. [...]

(9) El objetivo de la gestión razonable del tráfico es contribuir a la utilización eficiente de los recursos de la red y a una optimización de la calidad global de las transmisiones que responda a las necesidades de calidad técnica de servicio objetivamente diferentes de categorías específicas de tráfico y, por tanto, de los contenidos, aplicaciones y servicios transmitidos. Las medidas razonables de gestión del tráfico aplicadas por los proveedores de servicios de acceso a internet deben ser transparentes, no discriminatorias y

proporcionadas y no deben basarse en consideraciones comerciales. [...]

[...]

(11) Toda práctica de gestión del tráfico que exceda de las medidas de gestión razonable del tráfico a las que se ha hecho referencia, en el sentido de que suponga un bloqueo, ralentización, alteración, restricción, interferencia, deterioro o discriminación entre contenidos, aplicaciones o servicios específicos o entre categorías específicas de contenidos, aplicaciones o servicios, debe quedar prohibida, a reserva de las excepciones justificadas y definidas que se establecen en el presente Reglamento. Esas excepciones deben ser objeto de una interpretación estricta y estar sujetas a requisitos de proporcionalidad. Debe garantizarse la protección de los contenidos, aplicaciones y servicios específicos y de las categorías específicas de contenidos, aplicaciones o servicios a causa del perjuicio que pueden suponer, tanto para la elección del usuario final como para la innovación, el bloqueo u otras medidas restrictivas que no correspondan a las excepciones justificadas. [...]

4. El artículo 1 del Reglamento 2015/2120, con la rúbrica «Objeto y ámbito de aplicación», contiene un apartado 1 redactado en estos términos:

«El presente Reglamento establece normas comunes para salvaguardar un tratamiento equitativo y no discriminatorio del tráfico en la prestación de servicios de acceso a internet y los derechos relacionados de los usuarios finales.»

5. En virtud del artículo 2 de este Reglamento, a efectos del mismo serán aplicables las definiciones contenidas en el artículo 2 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) (DO 2002, L 108, p. 33).

6. El artículo 3 de dicho Reglamento, con la rúbrica «Salvaguardia del acceso a internet abierta», dispone en sus apartados 1 a 3 lo siguiente:

«1. Los usuarios finales tendrán derecho a acceder a la información y contenidos, así como a distribuirlos, usar y suministrar aplicaciones y servicios y utilizar los equipos terminales de su elección, con independencia de la ubicación del usuario final o del proveedor o de la ubicación, origen o destino de la información, contenido, aplicación o servicio, a través de su servicio de acceso a internet.

[...]

2. Los acuerdos entre los proveedores de servicios de acceso a internet y los usuarios finales sobre condiciones comerciales y técnicas y características de

los servicios de acceso a internet como el precio, los volúmenes de datos o la velocidad, así como cualquier práctica comercial puesta en marcha por los proveedores de servicios de acceso a internet, no limitarán el ejercicio de los derechos de los usuarios finales establecidos en el apartado 1.

3. Los proveedores de servicios de acceso a internet tratarán todo el tráfico de manera equitativa cuando presten servicios de acceso a internet, sin discriminación, restricción o interferencia, e independientemente del emisor y el receptor, el contenido al que se accede o que se distribuye, las aplicaciones o servicios utilizados o prestados, o el equipo terminal empleado.

Lo dispuesto en el párrafo primero no impedirá que los proveedores de servicios de acceso a internet apliquen medidas razonables de gestión del tráfico. Para ser consideradas razonables, dichas medidas deberán ser transparentes, no discriminatorias y proporcionadas, y no podrán basarse en consideraciones comerciales, sino en requisitos objetivamente diferentes de calidad técnica del servicio para categorías específicas de tráfico. Dichas medidas no supervisarán el contenido específico y no se mantendrán por más tiempo del necesario.

Los proveedores de servicios de acceso a internet no tomarán medidas de gestión del tráfico que vayan más allá de las recogidas en el párrafo segundo y, en particular, no bloquearán, ralentizarán, alterarán, restringirán, interferirán, degradarán ni discriminarán entre contenidos, aplicaciones o servicios concretos o categorías específicas, excepto en caso necesario y únicamente durante el tiempo necesario para:

- a) cumplir los actos legislativos de la Unión o la legislación nacional acorde con la de la Unión, a la que el proveedor de servicio de acceso a internet esté sujeto, o las medidas que cumplan dicho derecho de la Unión para hacer efectivos actos legislativos de la Unión o de la legislación nacional, incluidas las sentencias de tribunales o autoridades públicas investidas con los poderes pertinentes;
- b) preservar la integridad y la seguridad de la red, los servicios prestados a través de ella y los equipos terminales de los usuarios finales;
- c) evitar la inminente congestión de la red y mitigar los efectos de congestiones de la red excepcionales o temporales, siempre que categorías equivalentes de tráfico se traten de manera equitativa.»

7. El artículo 5 del mismo Reglamento, titulado «Medidas de supervisión y ejecución», dispone en su apartado 1, párrafo primero, lo siguiente:

«Las autoridades nacionales de reglamentación supervisarán estrechamente y velarán por el

cumplimiento de los artículos 3 y 4 del presente artículo y promoverán la disponibilidad permanente de un acceso a internet no discriminatorio con niveles de calidad que reflejen los avances de la tecnología. Para ello, las autoridades nacionales de reglamentación podrán imponer requisitos relativos a las características técnicas, requisitos mínimos de calidad del servicio y otras medidas apropiadas y necesarias a uno o varios proveedores de comunicaciones electrónicas al público, incluidos los proveedores de servicios de acceso a internet.»

Directiva 2002/21

8. El artículo 2 de la Directiva 2002/21 contiene, entre otras, las siguientes definiciones:

«h) usuario: una persona física o jurídica que utiliza o solicita un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público;

i) consumidor: cualquier persona física que utilice o solicite un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público para fines no profesionales; [...]

n) usuario final: el usuario que no suministra redes públicas de comunicaciones o servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público[;] [...].».

Litigios principales y cuestiones prejudiciales

9. Telenor, empresa establecida en Hungría, es uno de los principales operadores del sector de las tecnologías de la información y la comunicación. En particular, ofrece servicios de acceso a Internet. Entre los servicios que propone a sus potenciales clientes figuran dos paquetes denominados, respectivamente, MyChat y MyMusic.

10. MyChat es un paquete que permite a quienes se abonen al mismo, en primer lugar, adquirir un volumen de datos de 1 GB que pueden utilizar sin restricciones hasta que se agote, disfrutando de acceso libre a las aplicaciones y a los servicios disponibles, sin que compute a efectos del cálculo de este volumen de datos la utilización de seis aplicaciones determinadas de comunicación en línea: Facebook, Facebook Messenger, Instagram, Twitter, Viber y WhatsApp, a las que se aplica una tarifa denominada «tarifa cero». En segundo lugar, con arreglo a este paquete, una vez agotado dicho volumen de datos, los abonados al mismo pueden continuar utilizando sin restricciones estas seis aplicaciones determinadas, mientras que las demás aplicaciones y servicios disponibles quedan sujetos a medidas de ralentización del tráfico.

11. MyMusic es un paquete ofrecido bajo tres formatos denominados, respectivamente, MyMusic

Start, MyMusic Nonstop y MyMusic Deezer, que pueden contratar los clientes que ya dispongan de una tarifa plana de servicios de acceso a Internet y que permiten a quienes se abonen a ellos, en primer lugar, escuchar música en línea utilizando, en particular, cuatro aplicaciones de transmisión de música (Apple Music, Deezer, Spotify y Tidal), así como seis servicios de radio, sin que el uso de estas aplicaciones y de estos servicios, a los que se aplica una «tarifa cero», se descuenta del volumen de datos incluido en el formato contratado. En segundo lugar, este paquete prevé que, una vez agotado este volumen de datos, los abonados puedan continuar utilizando sin restricciones estas aplicaciones y estos servicios específicos, mientras que las demás aplicaciones y servicios disponibles quedan sujetos a medidas de bloqueo o ralentización del tráfico.

12. Tras iniciar dos procedimientos con el fin de controlar la conformidad de MyChat y la de MyMusic con el artículo 3 del Reglamento 2015/2120, la Nemzeti Média és Hírközlési Hatóság (Oficina Nacional de Medios y Comunicaciones, Hungría) adoptó sendas resoluciones en las que consideró que estos paquetes aplicaban medidas de gestión del tráfico contrarias a las exigencias de trato equitativo y no discriminatorio impuestas por el apartado 3 de este artículo, y ordenó que Telenor les pusiera fin.

13. El Presidente de la ONMC confirmó posteriormente estas dos resoluciones mediante otras dos resoluciones en las que se declaraba, concretamente, que el examen de la compatibilidad de las medidas de gestión del tráfico con el artículo 3, apartado 3, del Reglamento 2015/2120 no exigía evaluar la incidencia de estas medidas en el ejercicio de los derechos de los usuarios finales, tal como se enuncian en el artículo 3, apartado 1, de este Reglamento.

14. Telenor recurrió estas dos resoluciones del Presidente de la ONMC ante el Fővárosi Törvényszék (Tribunal General de la Capital, Hungría).

15. En este contexto, Telenor sostiene, fundamentalmente, que los paquetes MyChat y MyMusic forman parte de acuerdos celebrados con sus clientes y que, en cuanto tales, solo les resulta de aplicación el artículo 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120, y no el artículo 3, apartado 3, de este Reglamento, el cual únicamente se refiere a las medidas de gestión del tráfico aplicadas unilateralmente por los proveedores de servicios de acceso a Internet. Afirma además que, en cualquier caso, para determinar si tales paquetes son compatibles con la segunda de estas disposiciones sería necesario, al igual que sucede a efectos del

examen de su compatibilidad con la primera de ellas, evaluar su incidencia en el ejercicio de los derechos de los usuarios finales. En consecuencia, sostiene que no cabe considerar —como alegó el Presidente de la ONMC— que tales paquetes son incompatibles con el artículo 3, apartado 3, del Reglamento 2015/2120 por la única razón de que aplican medidas de gestión del tráfico que no respetan la obligación de trato equitativo y no discriminatorio impuesta por esta disposición.

16. En su defensa, el Presidente de la ONMC alega, en particular, que la identificación de la disposición del artículo 3 del Reglamento 2015/2120 a la luz de la cual debe examinarse un comportamiento determinado no depende de la forma que este revista, sino de su contenido. Asimismo, sostiene que, a diferencia del apartado 2 de este artículo, que impone el deber de evaluar la incidencia de los acuerdos y de las prácticas comerciales puestas en marcha por los proveedores de servicios de acceso a Internet sobre el ejercicio de los derechos de los usuarios finales, el apartado 3 del mismo artículo prohíbe cualquier medida de gestión no equitativa o discriminatoria del tráfico, sin que resulte pertinente distinguir entre las aplicadas mediante un acuerdo celebrado por un usuario final con un proveedor y las basadas en una práctica comercial de este último. Considera, igualmente, que todas estas medidas están prohibidas como tales y, por consiguiente, que no es necesario evaluar su incidencia sobre el ejercicio de los derechos de los usuarios finales.

17. El órgano jurisdiccional remitente, tras señalar que el Reglamento 2015/2120 tiene por objeto garantizar la neutralidad de Internet y que, por este motivo, tiene una importancia capital, afirma, fundamentalmente, que los litigios pendientes ante él plantean dos series de cuestiones jurídicas nuevas referidas a una disposición crucial de este Reglamento.

18. A este respecto, señala, en primer lugar, que, en paralelo al artículo 3, apartados 1 y 2, del Reglamento 2015/2120, que garantiza un determinado número de derechos a los usuarios finales de servicios de acceso a Internet y que prohíbe a los proveedores de tales servicios poner en práctica acuerdos o prácticas comerciales que limiten el ejercicio de estos derechos, el artículo 3, apartado 3, establece una obligación general de trato equitativo y no discriminatorio del tráfico. No obstante, considera que el texto de este Reglamento no permite determinar si a los paquetes establecidos por un proveedor de servicios de acceso a Internet a través de acuerdos celebrados con sus clientes y que contemplan que estos puedan acogerse a una «tarifa cero» que les permite utilizar sin

restricciones ciertas aplicaciones y ciertos servicios específicos, sin que esta utilización se descuente del volumen de datos contratados, y que, una vez consumido este volumen de datos, se apliquen medidas de bloqueo o de ralentización del tráfico a las demás aplicaciones y servicios disponibles, les resulta de aplicación el apartado 2, el apartado 3 o los apartados 2 y 3 del artículo 3 de este Reglamento.

19. En segundo lugar, considera que la redacción de estos dos apartados tampoco permite, una vez dilucidado cuál o cuáles son aplicables a tales comportamientos, determinar la metodología que debe seguirse para comprobar si estos comportamientos son compatibles con el Reglamento 2015/2120.

20. En estas circunstancias, el Fővárosi Törvényszék (Tribunal General de la Capital, Hungría) resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales, redactadas en términos idénticos en los asuntos C 807/18 y C 39/19:

«1) ¿Debe interpretarse a la luz del artículo 3, apartado 2, del [Reglamento 2015/2120] el acuerdo comercial entre el proveedor de servicios de acceso a Internet y el usuario final, en virtud del cual el proveedor de servicios aplica al usuario final una tarifa de coste cero en relación con determinadas aplicaciones (esto es, el tráfico generado por una aplicación dada no se contabiliza a efectos de consumo de datos y tampoco ralentiza su velocidad una vez consumido el volumen de datos contratado), y con arreglo al cual ese proveedor practica una discriminación circunscrita a las condiciones del acuerdo comercial celebrado con el consumidor final y dirigida únicamente contra el usuario final que es parte de ese acuerdo, y no contra un usuario final que no sea parte del mismo?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial, ¿debe interpretarse el artículo 3, apartado 3, del [Reglamento 2015/2120] en el sentido de que, para apreciar la existencia de una infracción —habida cuenta también del considerando 7 del Reglamento— es necesaria una evaluación basada en el impacto y en el mercado que determine si las medidas adoptadas por el proveedor de servicios de acceso a Internet limitan efectivamente —y, en su caso, en qué medida— los derechos que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento reconoce al usuario final?

3) Al margen de las cuestiones prejudiciales primera y segunda, ¿debe interpretarse el artículo 3, apartado 3, del [Reglamento 2015/2120] en el sentido de que la prohibición establecida en el mismo es de carácter general y objetivo, de modo que, en virtud de la

misma, queda prohibida cualquier medida de gestión del tráfico que establezca diferencias entre determinados contenidos de Internet, y ello con independencia de si el proveedor de servicios de acceso a Internet las establece mediante un acuerdo, una práctica comercial u otro tipo de conducta?

4) En caso de respuesta afirmativa a la tercera cuestión, ¿puede también apreciarse la existencia de una infracción del artículo 3, apartado 3, del Reglamento por el mero hecho de que exista una discriminación, sin necesidad de llevar a cabo adicionalmente una evaluación del mercado y del impacto, resultando por ello innecesaria en tal caso una evaluación con arreglo al artículo 3, apartados 1 y 2, del [Reglamento 2015/2120]?»

21. Mediante decisión del Presidente del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2019, se ordenó la acumulación de los asuntos C 807/18 y C 39/19 a efectos de las fases escrita y oral del procedimiento, así como de la sentencia.

Sobre las cuestiones prejudiciales

22. Mediante sus cuatro cuestiones prejudiciales, que procede analizar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 3 del Reglamento 2015/2120 debe interpretarse en el sentido de que unos paquetes establecidos por un proveedor de servicios de acceso a Internet a través de acuerdos celebrados con usuarios finales, con arreglo a los cuales estos usuarios pueden contratar un plan que les permite utilizar sin restricciones un volumen de datos determinado, sin que la utilización de ciertas aplicaciones y de ciertos servicios específicos incluidos en una «tarifa cero» computen a efectos del consumo de ese volumen de datos, y, una vez agotado este volumen de datos, pueden seguir utilizando sin restricciones estas aplicaciones y estos servicios específicos, mientras que se aplican medidas de bloqueo o de ralentización del tráfico a las demás aplicaciones y servicios disponibles, son incompatibles con el apartado 2 de este artículo, interpretado conjuntamente con su apartado 1 y, con carácter alternativo o acumulativo, con el apartado 3 de dicho artículo.

23. Con arreglo al artículo 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120, por una parte, los acuerdos celebrados entre los proveedores de servicios de acceso a Internet y los usuarios finales, y, por otra parte, las prácticas comerciales puestas en marcha por estos proveedores no deben limitar el ejercicio de los derechos de los usuarios finales, tal como se establecen en el apartado 1 de este artículo. Estos derechos comprenden, entre otros, según resulta de esta última disposición, interpretada a la luz del

considerando 6 del Reglamento 2015/2120, el de utilizar contenidos, aplicaciones y servicios a través de un servicio de acceso a Internet y el de ofrecer tales contenidos, aplicaciones y servicios a través de ese medio.

24. Por su parte, el artículo 3, apartado 3, del Reglamento 2015/2120 comienza previendo, en su párrafo primero, que los proveedores de servicios de acceso a Internet tratarán todo el tráfico de manera equitativa y sin discriminación, restricción o interferencia, independientemente de cuales sean, en particular, las aplicaciones o los servicios utilizados.

25. Esta disposición establece a continuación, en su párrafo segundo, que lo dispuesto en el párrafo primero no impedirá que los proveedores de servicios de acceso a Internet apliquen medidas razonables de gestión del tráfico, y precisa que, para ser consideradas razonables, dichas medidas, en primer término, deberán ser transparentes, no discriminatorias y proporcionadas; en segundo término, no podrán basarse en consideraciones comerciales, sino en requisitos técnicos objetivamente diferentes para categorías específicas de tráfico, y, en tercer término, no supervisarán el contenido y no se mantendrán por más tiempo del necesario.

26. Por último, la citada disposición prevé, en su párrafo tercero, que los proveedores de servicios de acceso a Internet no deberán tomar medidas de gestión del tráfico que vayan más allá de las recogidas en su párrafo segundo y, en particular, que deberán abstenerse de bloquear, ralentizar, alterar, restringir, interferir, degradar o discriminar entre aplicaciones, categorías de aplicaciones, servicios o categorías de servicios específicos, excepto en caso necesario, durante un tiempo determinado, bien para cumplir los actos legislativos de la Unión, la legislación nacional acorde con la de la Unión o las medidas para hacer efectivos esos actos legislativos o esa legislación nacional, bien para preservar la integridad y la seguridad de la red, los servicios prestados a través de ella y los equipos terminales de los usuarios finales, o bien para evitar la congestión de la red o mitigar sus efectos.

27. Estas diferentes disposiciones tienen por objeto, tal como se desprende del artículo 1 del Reglamento 2015/2120 y como el Abogado General señaló en los puntos 27 a 29 de sus conclusiones, garantizar tanto el trato equitativo y no discriminatorio del tráfico en el marco de la prestación de servicios de acceso a Internet como los derechos relacionados de los usuarios finales.

28. Dado que las autoridades nacionales de reglamentación son quienes, según el artículo 5 del

Reglamento 2015/2120, garantizan el cumplimiento de las citadas disposiciones y, a través de ellas, de los objetivos que persigue este Reglamento, corresponde a estas autoridades, bajo el control de los órganos jurisdiccionales nacionales y a la luz de las precisiones aportadas por el Tribunal de Justicia, determinar, en cada caso particular, si a un comportamiento concreto de un proveedor de servicios de acceso a Internet determinado le resulta de aplicación, habida cuenta de sus características, el artículo 3, apartado 2, de dicho Reglamento, el artículo 3, apartado 3, del mismo Reglamento o, incluso, estas dos disposiciones conjuntamente, comenzando su examen, en este último supuesto, por una u otra de ellas. En caso de que una autoridad de reglamentación nacional considere que un comportamiento concreto de un proveedor de servicios de acceso a Internet determinado es incompatible, en su totalidad, con el artículo 3, apartado 3, del Reglamento 2015/2120, esa autoridad puede abstenerse de apreciar si ese comportamiento es también incompatible con el artículo 3, apartado 2, del citado Reglamento.

29. En el presente asunto, resulta de los autos en poder del Tribunal de Justicia que los paquetes sobre los que versa el litigio principal presentan, como se desprende de la redacción de las cuestiones prejudiciales y del contenido de las dos resoluciones de remisión, tal como han quedado resumidas en los anteriores apartados 9 a 11 y 18, cuatro características. En primer término, el proveedor de servicios de acceso a Internet que los ha diseñado los ofrece a sus clientes potenciales en Hungría, antes de ponerlos en práctica mediante acuerdos celebrados, bilateralmente, con quienes estén interesados en ellos. En segundo término, esos paquetes permiten a cada uno de los clientes abonados a los mismos utilizar sin restricciones, hasta el límite del volumen de datos definido en el plan que ha contratado con el proveedor de servicios de acceso a Internet, todas las aplicaciones y todos los servicios disponibles, sin que compute a efectos del límite del volumen de datos la utilización de determinadas aplicaciones y de determinados servicios específicos a los que se aplica una «tarifa cero». En tercer término, dichos paquetes prevén que, una vez consumido el volumen de datos contratado, el cliente suscrito a ellos puede continuar utilizando sin restricciones estas aplicaciones y estos servicios específicos. En cuarto término, una vez consumido el volumen de datos correspondiente al plan sometido a estas condiciones, el proveedor de servicios de acceso a Internet aplica al cliente en cuestión medidas de bloqueo o de ralentización del

tráfico asociado a cualquier aplicación o servicio diferentes de los sujetos a dicha tarifa cero.

30. Por lo que se refiere, en primer lugar, al artículo 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120, interpretado conjuntamente con el artículo 3, apartado 1, del mismo Reglamento, es preciso comenzar señalando que la segunda de estas disposiciones prevé que los derechos que reconoce a los usuarios finales de servicios de acceso a Internet deben ejercerse «a través de su servicio de acceso a internet» y que la primera exige que tal servicio no implique una limitación del ejercicio de estos derechos.

31. Asimismo, se desprende del artículo 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120, interpretado a la luz del considerando 7 de este Reglamento, que los servicios de un proveedor de acceso a Internet determinado deben ser evaluados a la luz de dicha exigencia por las autoridades nacionales de reglamentación, en virtud del artículo 5 de dicho Reglamento y bajo el control de los órganos jurisdiccionales nacionales competentes, tomando en consideración tanto los acuerdos celebrados por ese proveedor con los usuarios finales como las prácticas comerciales puestas en marcha por dicho proveedor.

32. A este respecto, debe observarse, en primer término, que el artículo 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120 contempla los «acuerdos» mediante los cuales un proveedor de servicios de acceso a Internet, por una parte, y un usuario final, por otra, pactan condiciones comerciales y técnicas y características de los servicios de acceso a Internet que el primero debe prestar al segundo, tales como el precio que ha de pagarse y el volumen de datos y la velocidad correspondientes.

33. Tal como resulta del considerando 7 del Reglamento 2015/2120, estos acuerdos concretan la libertad de que dispone cualquier usuario final para elegir los servicios a través de los cuales pretende ejercer los derechos que garantiza este Reglamento, en función de sus características. Ese mismo considerando añade, no obstante, que tales acuerdos no deben limitar el ejercicio de los derechos de los usuarios finales ni, por consiguiente, permitir que se eludan las disposiciones de dicho Reglamento en materia de salvaguardia del acceso abierto a Internet.

34. Por lo que respecta a las «prácticas comerciales» a las que se refiere el artículo 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120, dicha disposición precisa que estas son «puestas en marcha» por los proveedores de servicios de acceso a Internet. En consecuencia, no se contemplan como la manifestación de las voluntades concordantes de tal proveedor y de un usuario final,

en contra de lo que sucede con los «acuerdos» a los que dicha disposición se refiere en paralelo.

35. Estas prácticas comerciales pueden incluir, en particular, el comportamiento de un proveedor de servicios de acceso a Internet consistente en ofrecer variantes o combinaciones específicas de estos servicios a sus clientes potenciales con el fin de dar respuesta a las expectativas y preferencias de unos y otros y, en su caso, celebrar con cada uno de ellos un acuerdo individual, lo cual puede tener como consecuencia la consecución de un número más o menos elevado de acuerdos de contenido idéntico o similar, dependiendo de esas expectativas y preferencias. No obstante, al igual que sucede con los acuerdos a los que se refiere el artículo 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120, tales prácticas comerciales no deben limitar el ejercicio de los derechos de los usuarios finales ni, por consiguiente, permitir que se eludan las disposiciones de este Reglamento en materia de salvaguardia del acceso abierto a Internet.

36. En segundo término, resulta del artículo 2 del Reglamento 2015/2120 y de las disposiciones de la Directiva 2002/21 a las que se remite, en particular del artículo 2, letras h), i) y n), de esta última, que el concepto de «usuarios finales» engloba a todas las personas físicas o jurídicas que utilizan o solicitan un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público, diferentes de las que suministran redes públicas de comunicaciones o servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público. De este modo, este concepto se refiere a los consumidores y también a los profesionales, tales como empresas o personas jurídicas sin ánimo de lucro.

37. Por otra parte, dicho concepto también incluye tanto a las personas físicas o jurídicas que utilizan o solicitan servicios de acceso a Internet para acceder a contenidos, aplicaciones y servicios como a las personas que se basan en el acceso a Internet para ofrecer contenidos, aplicaciones y servicios.

38. El artículo 3, apartado 1, del Reglamento 2015/2120 y el considerando 6 de este Reglamento también se refieren expresamente a estas dos categorías de usuarios finales, a las cuales reconocen el derecho, en particular, no solo a acceder a la información y a los contenidos y a usar aplicaciones y servicios, sino también a distribuir información y contenidos y a suministrar aplicaciones y servicios.

39. De lo anterior se sigue que la eventual existencia de una limitación prohibida del ejercicio de los derechos de los usuarios finales, como la que se precisa en el anterior apartado 30, debe ser evaluada

tomando en consideración la incidencia de los acuerdos o de las prácticas comerciales de un proveedor de servicios de acceso a Internet determinado sobre los derechos no solo de los profesionales y los consumidores que utilizan o solicitan servicios de acceso a Internet para acceder a contenidos, aplicaciones y servicios, sino también de los profesionales que se basan en tales servicios de acceso a Internet con el fin de ofrecer estos contenidos, estas aplicaciones y estos servicios. A este respecto, resulta del considerando 7 del Reglamento 2015/2120 que, al evaluar los acuerdos y las prácticas comerciales del proveedor en cuestión, es necesario precisamente tomar en cuenta, entre otros elementos, las posiciones de mercado de esta categoría de profesionales.

40. En tercer término, el artículo 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120 se refiere, en el contexto definido en el anterior apartado, a los «acuerdos» y a «cualquier práctica comercial» de un proveedor de servicios de acceso a Internet determinado, utilizando, en un gran número de versiones lingüísticas, una formulación que designa una pluralidad de supuestos.

41. Asimismo, el considerando 7 del Reglamento 2015/2120 precisa que la evaluación de la eventual existencia de una limitación del ejercicio de los derechos de los usuarios finales implica determinar si los acuerdos y las prácticas comerciales de tal proveedor conducen por su «escala» a situaciones en que las opciones de los usuarios finales se vean significativamente reducidas teniendo en cuenta, entre otras cosas, las posiciones de mercado respectivas de los proveedores de servicios de acceso a Internet, así como de los proveedores de contenidos, aplicaciones y servicios involucrados.

42. De ello se sigue que el legislador de la Unión pretendió que la evaluación de los acuerdos y las prácticas comerciales de un proveedor de servicios de acceso a Internet determinado no quedara limitada a un acuerdo concreto o a una práctica comercial concreta, considerados individualmente, sino que también se realizara una evaluación de conjunto de los acuerdos y las prácticas comerciales de ese proveedor.

43. Habida cuenta de estos diferentes elementos, debe señalarse, primeramente, que un acuerdo mediante el que un cliente determinado contrata un paquete con arreglo al cual, una vez consumido el volumen de datos comprendidos en el plan suscrito, ese cliente solo dispone de un acceso sin restricciones a ciertas aplicaciones y a ciertos servicios a los que se aplica una «tarifa cero» puede implicar una limitación del ejercicio de los derechos mencionados en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento 2015/2120. La

compatibilidad de tal acuerdo con el artículo 3, apartado 2, de este Reglamento debe evaluarse en cada caso concreto, a la luz de los parámetros indicados en el considerando 7 de dicho Reglamento.

44. Seguidamente, cabe indicar que estos paquetes, que deben calificarse de práctica comercial en el sentido del artículo 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120, tienen la capacidad, habida cuenta de la incidencia acumulada de los acuerdos a los que pueden dar lugar, de potenciar la utilización de determinadas aplicaciones y determinados servicios específicos, esto es, las aplicaciones y los servicios que pueden utilizarse sin restricciones a una «tarifa cero» una vez consumido el volumen de datos incluido en el plan suscrito por los clientes y de reducir, de forma correlativa, la utilización de las demás aplicaciones y los demás servicios disponibles, debido a las medidas con las que el proveedor de servicios de acceso a Internet en cuestión hace esta utilización técnicamente más difícil, cuando no imposible.

45. Finalmente, debe señalarse que, cuanto mayor es el número de clientes que celebran acuerdos por los que contratan tales paquetes, mayor es la posibilidad de que la incidencia acumulada de esos acuerdos, habida cuenta de su magnitud, provoque una limitación importante del ejercicio de los derechos de los usuarios finales, o incluso menoscabe aspectos esenciales de estos derechos, hipótesis expresamente mencionada en el considerando 7 del Reglamento 2015/2120.

46. De lo anterior resulta que la celebración de tales acuerdos en relación con una parte significativa del mercado puede limitar el ejercicio de los derechos de los usuarios finales, en el sentido del artículo 3, apartado 2, del Reglamento 2015/2120.

47. En segundo lugar y por lo que se refiere al artículo 3, apartado 3, del Reglamento 2015/2120, es preciso comenzar observando que, como se desprende del anterior apartado 24, el párrafo primero de esta disposición, interpretado a la luz del considerando 8 de este Reglamento, impone a los proveedores de servicios de acceso a Internet una obligación general de tratar el tráfico de manera equitativa, sin discriminación, restricción o interferencia, obligación que, en ningún caso, puede ser obviada mediante prácticas comerciales puestas en marcha por estos proveedores o mediante acuerdos que estos celebren con usuarios finales.

48. Seguidamente, debe señalarse que resulta del segundo párrafo de esta disposición y del considerando 9 del Reglamento 2015/2120, a la luz del cual este debe ser interpretado, que, sin dejar de estar sujetos a esta obligación general, los proveedores de

servicios de acceso a Internet conservan la posibilidad de aplicar medidas razonables de gestión del tráfico. No obstante, esta posibilidad queda supeditada, entre otros, al requisito de que tales medidas se basen en «requisitos objetivamente diferentes de calidad técnica del servicio para categorías específicas de tráfico» y no en «consideraciones comerciales». Debe reputarse basada en tales «consideraciones comerciales», en particular, toda medida que un proveedor de servicios de acceso a Internet adopte en relación con cualquier usuario final, tal como queda definido en los anteriores apartados 36 y 37, que se traduzca, sin estar basada en esos requisitos objetivamente diferentes, en que no se depare un trato equitativo y sin discriminación a los contenidos, las aplicaciones o los servicios ofrecidos por los diferentes proveedores de contenidos, aplicaciones o servicios.

49. Por último, resulta del párrafo tercero del artículo 3, apartado 3, del Reglamento 2015/2120 que, salvo que se tome para un período de tiempo limitado y sea necesaria para permitir que un proveedor de servicios de acceso a Internet cumpla una obligación legal, preserve la integridad y la seguridad de la red o evite la congestión de esta o le ponga remedio, ninguna medida consistente en bloquear, ralentizar, alterar, restringir, interferir, degradar o tratar de manera discriminatoria aplicaciones o servicios concretos o categorías específicas podrá ser considerada razonable en el sentido del párrafo segundo de esta disposición y, por lo tanto, deberá entenderse que, como tal, es incompatible con esta.

50. De lo anterior se sigue que, para apreciar esta incompatibilidad no es necesaria ninguna evaluación de la incidencia de estas medidas en los derechos de los usuarios finales, ya que el artículo 3, apartado 3, del Reglamento 2015/2120 no impone tal requisito para apreciar el cumplimiento de la obligación general que establece.

51. En el presente asunto, por una parte, los comportamientos analizados en el litigio principal incluyen medidas de bloqueo o de ralentización del tráfico asociado a la utilización de ciertas aplicaciones y de ciertos servicios, a los que se aplica el artículo 3, apartado 3, del Reglamento 2015/2120 con independencia de si resultan de un acuerdo celebrado con el proveedor de servicios de acceso a Internet, de una práctica comercial de ese proveedor o de una medida técnica de dicho proveedor no asociada a un acuerdo o a una práctica comercial. Esas medidas de bloqueo o de ralentización del tráfico se aplican como complemento de la «tarifa cero» de la que disfrutaban los correspondientes usuarios finales y hacen

técnicamente más difícil, cuando no imposible, que estos utilicen aplicaciones y servicios no incluidos en esta tarifa.

52. Por consiguiente, resulta que estas medidas no se basan en diferencias objetivas entre los requisitos técnicos en materia de calidad de servicio de determinadas categorías específicas de tráfico, sino en consideraciones de índole comercial.

53. Por otra parte, no se desprende de ningún elemento de los autos que tales medidas se correspondan con alguna de las tres excepciones enunciadas con carácter exhaustivo en el artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, del Reglamento 2015/2120.

54. Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 3 del Reglamento 2015/2120 debe interpretarse en el sentido de que unos paquetes establecidos por un proveedor de servicios de acceso a Internet a través de acuerdos celebrados con usuarios finales, con arreglo a los cuales estos usuarios pueden contratar un plan que les permite utilizar sin restricciones un volumen de datos determinado, sin que la utilización de ciertas aplicaciones y de ciertos servicios específicos incluidos en una «tarifa cero» computen a efectos del consumo de ese volumen de datos, y, una vez agotado este volumen de datos, pueden seguir utilizando sin restricciones estas aplicaciones y estos servicios específicos, mientras que se aplican medidas de bloqueo o de ralentización de tráfico a las demás aplicaciones y servicios disponibles,

– son incompatibles con el apartado 2 de este artículo, interpretado conjuntamente con su apartado 1, dado que estos paquetes, estos acuerdos y estas medidas de bloqueo o de ralentización limitan el ejercicio de los derechos de los usuarios finales, y

– son incompatibles con el apartado 3 de dicho artículo dado que dichas medidas de bloqueo o de ralentización se basan en consideraciones comerciales».

#### **SENTENCIA DE LA SALA DÉCIMA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2020 [Asunto C-449/18 P]**

*Propiedad industrial: marca de la unión europea. Aplicación del artículo 8 del Reglamento 207/2009: identidad y semejanza entre los productos, y similitud entre las marcas en conflicto, ya que sus elementos dominantes, constituidos por los términos «massi» y «messi», son prácticamente idénticos en los planos visual y fonético. No obstante, la fama del jugador de fútbol Messi es tal que no resulta plausible pensar que,*

*en ausencia de indicios concretos que indiquen lo contrario, el consumidor medio, ante el signo MESSI como marca de prendas de vestir, artículos de gimnasia o de deporte y aparatos e instrumentos de protección, se abstraiga del significado del signo como apellido del célebre jugador de fútbol y lo perciba únicamente como una marca más, entre otras, de ese tipo de productos.*

«Mediante sus recursos de casación, la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) y J. M.-E. V. e hijos, S. R. L. (en lo sucesivo, «J. M.-E. V.»), solicitan la anulación de la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 26 de abril de 2018, Messi Cuccittini/EUIPO — J. M.-E. V. e hijos (MESSI) (T 554/14, no publicada, en lo sucesivo, «sentencia recurrida», EU:T:2018:230), por la que dicho Tribunal anuló la resolución de la Primera Sala de Recurso de la EUIPO de 23 de abril de 2014 (asunto R 1553/2013 1), relativa a un procedimiento de oposición entre J. M.-E. V. y el Sr. Messi Cuccittini (en lo sucesivo «resolución controvertida»).

Marco jurídico

2. El artículo 8 del Reglamento (CE) n.º 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la [marca de la Unión Europea] (DO 2009, L 78, p. 1), titulado «Motivos de denegación relativos», dispone, en su apartado 1:

«Mediando oposición del titular de una marca anterior, se denegará el registro de la marca:

- a) cuando sea idéntica a la marca anterior y los productos o los servicios para los que se solicita la marca sean idénticos a los productos o servicios para los cuales esté protegida la marca anterior;
- b) cuando, por ser idéntica o similar a la marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que ambas marcas designan, exista riesgo de confusión por parte del público en el territorio en que esté protegida la marca anterior; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con la marca anterior».

3. El artículo 65 de este Reglamento, que lleva por título «Recurso ante el Tribunal de Justicia», establece lo siguiente:

«1. Contra las resoluciones de las salas de recurso que recaigan en asuntos recurridos cabrá recurso ante el Tribunal de Justicia.

2. El recurso se fundará en incompetencia, en quebrantamiento sustancial de forma, en violación de Tratado, del presente Reglamento o de cualquier norma jurídica relativa a su aplicación, o en desviación de poder.

3. El Tribunal de Justicia será competente tanto para anular como para modificar la resolución impugnada.

[...]

Antecedentes del litigio y resolución controvertida

4. Los antecedentes del litigio, que figuran en los apartados 1 a 11 de la sentencia recurrida, pueden resumirse, a efectos del presente procedimiento, según se expone a continuación.

5. El 8 de agosto de 2011, D. Lionel Andrés Messi Cuccittini presentó una solicitud de registro de marca de la Unión ante la EUIPO, en virtud del Reglamento n.º 207/2009.

6. La marca cuyo registro se solicitó (en lo sucesivo, «marca controvertida») es el signo figurativo siguiente:

7. Los productos para los que se solicitó el registro están comprendidos en las clases 9, 25 y 28 del Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas, de 15 de junio de 1957, en su versión revisada y modificada (en lo sucesivo, «Arreglo de Niza»), y corresponden, para cada una de dichas clases, a la siguiente descripción:

– Clase 9: «Aparatos e instrumentos de salvamento».

– Clase 25: «Prendas de vestir, calzados y artículos de sombrerería».

– Clase 28: «Artículos de gimnasia y deporte no comprendidos en otras clases».

8. La solicitud de marca de la Unión se publicó en el Boletín de Marcas Comunitarias n.º 158/2013, de 23 de agosto de 2011.

9. El 23 de noviembre de 2011, D. Jaime Masferrer Coma formuló oposición, con arreglo al artículo 41 del Reglamento n.º 207/2009, al registro de la marca controvertida para los productos mencionados en el apartado 7 de la presente sentencia.

10. La oposición se basaba en los siguientes derechos anteriores:

– La marca denominativa de la Unión MASSI, solicitada el 31 de octubre de 2003 y registrada el 3 de septiembre de 2007 con el número 3436607, que designa, entre otros, los productos de la clase 25 del Arreglo de Niza correspondientes a la siguiente descripción: «Prendas de vestir, calzados y artículos de sombrerería». Esta descripción se limitó posteriormente del siguiente modo: «Prendas de vestir, calzados y artículos de sombrerería para la práctica del deporte».

– La marca denominativa de la Unión MASSI, solicitada el 27 de noviembre de 1996 y registrada el

20 de julio de 1998 con el número 414086, que designa, entre otros, los productos de las clases 9 y 28 del Arreglo de Niza correspondientes, para cada una de dichas clases, a la siguiente descripción:

– Clase 9: «Cascos para ciclistas, trajes de protección contra los accidentes, dispositivos de protección personal contra accidentes».

– Clase 28: «Guantes para bicicleta, refuerzos protectores para hombros, codos y rodillas».

11. El 18 de mayo de 2012, los derechos sobre las marcas anteriores MASSI se transfirieron a J. M.-E. V., parte coadyuvante en primera instancia.

12. El motivo invocado en apoyo de la oposición formulada por el Sr. Masferrer Coma era el que se contempla en el artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 2007/2009.

13. El 12 de junio de 2013, la División de Oposición estimó íntegramente la oposición. Asimismo, a raíz del examen realizado a instancias del Sr. Messi Cuccittini sobre el uso efectivo de la marca anterior registrada con el número 414086, concluyó que las pruebas aportadas ante ella únicamente acreditaban un uso suficiente de esa marca anterior para los productos «cascos para ciclistas» de la clase 9 del Arreglo de Niza.

14. El 9 de agosto de 2013, el Sr. Messi Cuccittini interpuso un recurso ante la EUIPO, de conformidad con los artículos 58 a 64 del Reglamento n.º 207/2009, contra la resolución de la División de Oposición.

15. Mediante la resolución controvertida, la Primera Sala de Recurso de la EUIPO (en lo sucesivo, «Sala de Recurso») desestimó el recurso. En primer lugar, consideró que las objeciones formuladas por el Sr. Messi Cuccittini acerca de la prueba del uso de la marca anterior registrada con el número 414086 eran manifiestamente infundadas. A ese respecto, efectuó un nuevo examen de las pruebas presentadas por el interesado y consideró que el uso de dicha marca anterior no solo estaba acreditado respecto de los «cascos para ciclistas» comprendidos en la clase 9 del Arreglo de Niza, como había determinado la resolución de la División de Oposición, sino también respecto de los «guantes para bicicleta» comprendidos en la clase 28 del Arreglo de Niza. En segundo lugar, tras definir al público pertinente como el consumidor medio de la Unión Europea, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, la Sala de Recurso concluyó que existía riesgo de confusión, con arreglo al artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009, debido a que, por una parte, los productos comprendidos en las clases 9 y 25 del Arreglo de Niza eran idénticos y los productos de la clase 28 cubiertos por la marca

controvertida eran similares, incluso extremadamente similares, a los «cascos para ciclistas» comprendidos en la clase 9 de dicho Arreglo y designados por la marca anterior registrada con el número 414086, y, por otra parte, las marcas en conflicto eran similares porque sus elementos dominantes, constituidos por los términos «massi» y «messi», eran prácticamente idénticos en los planos visual y fonético, de modo que una eventual diferencia conceptual solo sería percibida, en su caso, por una parte del público pertinente.

Procedimiento ante el Tribunal General y sentencia recurrida

16. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal General el 25 de julio de 2014, el Sr. Messi Cuccittini interpuso un recurso de anulación de la resolución controvertida.

17. En apoyo de este recurso, el Sr. Messi Cuccittini invocó un motivo único, basado en la infracción del artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009, por el que reprochaba a la Sala de Recurso que hubiera estimado que existía riesgo de confusión, en el sentido de esta disposición.

18. Mediante la sentencia recurrida, el Tribunal General estimó ese motivo único y, en consecuencia, anuló la resolución controvertida.

Pretensiones de las partes y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

19. Mediante el recurso de casación interpuesto en el asunto C 449/18 P, la EUIPO solicita al Tribunal de Justicia que:

– Anule la sentencia recurrida.

– Condene en costas al Sr. Messi Cuccittini.

20. Mediante el recurso de casación interpuesto en el asunto C 474/18 P, J. M.-E. V. solicita al Tribunal de Justicia que:

– Anule la sentencia recurrida.

– Resuelva definitivamente el litigio o devuelva el asunto al Tribunal General.

– Condene en costas al Sr. Messi Cuccittini.

21. Mediante decisión del Presidente del Tribunal de Justicia de 8 de octubre de 2018, los asuntos C 449/18 P y C 474/18 P fueron acumulados a efectos de las fases escrita y oral del procedimiento y de la resolución que pusiera fin al proceso.

22. En su escrito de contestación, el Sr. Messi Cuccittini solicita al Tribunal de Justicia que:

– Desestime los recursos de casación interpuestos en los asuntos C 449/18 P y C 474/18 P.

– Condene en costas a la EUIPO y a J. M.-E. V.

23. En su escrito de contestación, la EUIPO solicita al Tribunal de Justicia que:

– Desestime el recurso de casación interpuesto en el asunto C 474/18 P.

– Condene en costas a J. M.-E. V.

Sobre los recursos de casación.

Sobre el motivo único del recurso de casación en el asunto C 449/18 P.

Alegaciones de las partes:

24. Mediante su motivo único de casación, la EUIPO alega que el Tribunal General infringió el artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009, al haber descartado la existencia de un riesgo de confusión, en el sentido de esta disposición, únicamente sobre la base de la percepción de una parte significativa del público pertinente.

25. Según la EUIPO, para determinar la existencia de un riesgo de confusión no es necesario que ese riesgo exista para la totalidad del público pertinente. A su entender, es suficiente que dicho riesgo exista para una parte no desdeñable de este público.

26. Por consiguiente, considera que solo cabe desestimar una oposición formulada sobre la base del artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009 una vez se haya descartado la existencia de un riesgo de confusión para el conjunto del público pertinente, es decir, cuando se concluya que tal riesgo solo concierne a una parte desdeñable de ese público.

27. A este respecto, la EUIPO alega que, si bien una parte significativa de dicho público siempre resulta ser una parte no desdeñable de este, que una parte del público pertinente sea significativa no implica necesariamente que el resto de ese público constituya una parte desdeñable. Sostiene que, de hecho, esa otra parte del público pertinente puede representar a su vez una parte significativa de dicho público.

28. Aduce que, en el presente asunto, en el ámbito de la comparación de los signos en cuestión en el plano conceptual, el Tribunal General afirmó, en el apartado 53 de la sentencia recurrida, que la Sala de Recurso debería haber examinado si una parte significativa del público pertinente podía establecer una asociación entre el término «messi» y el apellido del célebre jugador de fútbol.

29. Por otra parte, la EUIPO señala que, en su apreciación global del riesgo de confusión, a efectos del artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009, el Tribunal General indicó, en el apartado 72 de dicha sentencia, que la Sala de Recurso había incurrido en error al estimar que una eventual diferencia conceptual solo sería percibida, en su caso, por una parte del público pertinente y que, por el contrario, procedía considerar que una parte significativa de ese público asociaría el término «messi» al apellido del célebre jugador de fútbol y, en

consecuencia, percibiría el término «massi» como un término conceptualmente diferente.

30. Por consiguiente, según la EUIPO, la razón que aduce el Tribunal General en la sentencia recurrida para excluir que una parte significativa del público pertinente pueda estar expuesta a un riesgo de confusión, en el sentido del artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009, por no diferenciarse las marcas en conflicto en el plano conceptual, es la inexistencia de ese riesgo de confusión para otra parte significativa de dicho público. Observa que, atendiendo a tal razonamiento, la percepción que de esas marcas tenga una parte significativa del público pertinente es suficiente para determinar la percepción que de ellas tenga el conjunto de este público.

31. Así pues, en opinión de la EUIPO, el Tribunal General infringió el artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009, al estimar que la percepción de una parte significativa del público pertinente es la única percepción que se debe tener en cuenta al apreciar la existencia de un riesgo de confusión, con arreglo a dicha disposición, obviando la necesidad de considerar la percepción de la otra parte de ese público que, aun cuando pueda ser menor, podría resultar también significativa.

32. El Sr. Messi Cuccittini considera que el motivo único del recurso de casación interpuesto en el asunto C 449/18 P debe desestimarse por infundado.

Apreciación del Tribunal de Justicia

33. En su motivo único de casación, la EUIPO alega que el Tribunal General infringió el artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009 al descartar la existencia de un riesgo de confusión, en el sentido de dicha disposición, por estimar que una parte significativa del público pertinente percibiría una diferencia entre los signos en conflicto en el plano conceptual, como resulta concretamente de los apartados 53 y 72 de la sentencia recurrida, pese a que debería haber apreciado si la otra parte de ese público era también significativa y, de ser así, haber tenido en cuenta la posibilidad de que existiera tal riesgo de confusión respecto a ella.

34. Proceda señalar, no obstante, que este motivo de casación se basa en una lectura errónea de la sentencia recurrida.

35. En efecto, ha de observarse que, por una parte, en el ámbito de la comparación de los signos en conflicto en el plano conceptual, el Tribunal General consideró, en el apartado 54 de la sentencia recurrida, que, si bien era posible que algunos consumidores nunca hubieran oído hablar del Sr. Messi Cuccittini o no recordaran haberlo hecho, no se trataría del

consumidor medio normalmente atento, informado y perspicaz que compra artículos o prendas de vestir deportivos. Así pues, el Tribunal General estimó que sería solo una parte desdeñable del público pertinente la que no asociaría directamente el término «messi» al apellido del célebre jugador de fútbol.

36. Por otra parte, en el ámbito de la apreciación global del riesgo de confusión, a efectos del artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009, y, en particular, en cuanto concierne a la posibilidad de que las diferencias conceptuales entre los signos en cuestión neutralicen las similitudes visuales y fonéticas de estos signos, el Tribunal General, en el apartado 75 de la sentencia recurrida, reiteró la consideración de que la fama del jugador de fútbol Messi es tal que no resulta plausible pensar que, en ausencia de indicios concretos que indiquen lo contrario, el consumidor medio, ante el signo MESSI como marca de prendas de vestir, artículos de gimnasia o de deporte y aparatos e instrumentos de protección, se abstraiga del significado del signo como apellido del célebre jugador de fútbol y lo perciba únicamente como una marca más, entre otras, de ese tipo de productos.

37. Así pues, el Tribunal General tuvo en cuenta la percepción de las marcas en conflicto por la totalidad del público pertinente al estimar, en el apartado 78 de la sentencia recurrida, que la Sala de Recurso había concluido erróneamente que existía un riesgo de confusión entre dichas marcas.

38. Por consiguiente, el motivo único del recurso de casación interpuesto en el asunto C 449/18 P debe desestimarse por infundado.

Sobre el primer motivo del recurso de casación en el asunto C 474/18 P.

Alegaciones de las partes:

39. Mediante su primer motivo de casación, J. M.-E. V. alega que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al declarar que, para apreciar si existía riesgo de confusión, con arreglo al artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009, se debía tener en cuenta la notoriedad de la persona cuyo apellido era objeto de la solicitud de registro de marca de la Unión.

40. J. M.-E. V. aduce que, en el apartado 62 de la sentencia recurrida, el Tribunal General consideró que, si la Sala de Recurso hubiese tenido en cuenta la notoriedad del Sr. Messi Cuccittini, debería haber concluido que, en el plano conceptual, el término «messi» se diferenciaba claramente del término «massi». J. M.-E. V. estima errónea esta consideración, de la que a su juicio resulta que todas las personas célebres tienen derecho a registrar automáticamente

su apellido como marca, con independencia de que existan marcas anteriores prácticamente idénticas.

41. J. M.-E. V. sostiene que, como resulta claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se debe considerar que la notoriedad del Sr. Messi Cuccittini carece de relevancia. Añade que, de hecho, conforme a la sentencia de 3 septiembre de 2009, Aceites del Sur-Coosur/Koipe (C 498/07 P, EU:C:2009:503, apartado 84), únicamente el renombre de la marca anterior, en el presente asunto, MASSI, debe tenerse en cuenta para apreciar si la similitud entre los productos designados por dos marcas es suficiente para generar un riesgo de confusión, en el sentido del artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009.

42. Según J. M.-E. V., al reprochar a la Sala de Recurso no haber tenido en cuenta la notoriedad del Sr. Messi Cuccittini para determinar la existencia de un riesgo de confusión, en el sentido del artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009, el Tribunal General infringió dicha disposición, puesto que la notoriedad de la marca solicitada no es un criterio que deba tenerse en cuenta en el marco de tal apreciación.

43. El Sr. Messi Cuccittini y la EUIPO sostienen que el primer motivo de casación debe desestimarse por infundado.

Apreciación del Tribunal de Justicia

44. Respecto a la alegación formulada por J. M.-E. V. de que el Tribunal General incurrió en una infracción del artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009 al considerar, en el apartado 62 de la sentencia recurrida, que se debía tener en cuenta la notoriedad del Sr. Messi Cuccittini en el marco de la apreciación del riesgo de confusión, en el sentido de dicha disposición, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de un riesgo de confusión por parte del público debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes del asunto concreto (sentencia de 4 de marzo de 2020, EUIPO/Equivalenza Manufactory, C 328/18 P, EU:C:2020:156, apartado 57 y jurisprudencia citada).

45. Según jurisprudencia igualmente reiterada, por lo que se refiere a la similitud gráfica, fonética o conceptual de los signos en conflicto, la apreciación global del riesgo de confusión debe basarse en la impresión de conjunto producida por estos, teniendo en cuenta, en particular, sus elementos distintivos y dominantes (sentencia de 28 de febrero de 2019, Groupe Léa Nature/EUIPO, C 505/17 P, no publicada, EU:C:2019:157, apartado 36 y jurisprudencia citada).

46. En el marco de esta apreciación global, el renombre de la marca anterior constituye, sin duda,

un factor pertinente para apreciar el riesgo de confusión (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de marzo de 2020, EUIPO/Equivalenza Manufactory, C 328/18 P, EU:C:2020:156, apartado 60 y jurisprudencia citada).

47. No obstante, como ha declarado el Tribunal de Justicia, también debe tenerse en cuenta la posible notoriedad de la persona que solicita que su nombre se registre como marca, en la medida en que tal notoriedad puede evidentemente influir en la precepción de la marca por el público pertinente (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de junio de 2010, Becker/Harman International Industries, C 51/09 P, EU:C:2010:368, apartado 37).

48. De lo anterior resulta que el Tribunal General consideró fundadamente, en el apartado 62 de la sentencia recurrida, que la notoriedad del Sr. Messi Cuccittini constituía un factor pertinente para establecer una diferencia en el plano conceptual entre el término «messi» y el término «massi».

49. Por tanto, el primer motivo de casación debe desestimarse por infundado.

Sobre el segundo motivo del recurso de casación en el asunto C 474/18 P.

Alegaciones de las partes:

50. Mediante su segundo motivo de casación, J. M-E. V. alega que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al considerar, en el apartado 61 de la sentencia recurrida, que el grado de conocimiento del apellido del Sr. Messi Cuccittini «en toda Europa» era un hecho notorio que, pese a no haber sido acreditado por este último, la Sala de Recurso debería haber tenido en cuenta, en la medida en que se trata de un hecho que cualquier persona puede conocer o que se puede averiguar por medio de fuentes generalmente accesibles.

51. J. M-E. V. aduce que, si la notoriedad del Sr. Messi Cuccittini había variado de 2008 a 2018, como él mismo sostiene, la Sala de Recurso no podía establecer el grado de conocimiento del apellido Messi que tenía el consumidor medio de los productos en cuestión en 2013 cuando se estimó la oposición. A su juicio, tal notoriedad «en Europa» debió haberse probado y, contrariamente a lo que declaró el Tribunal General, no se trata de un hecho notorio.

52. J. M-E. V. afirma que, en algunos «países europeos», el fútbol no tiene prácticamente seguidores, como, por ejemplo, en Lituania, donde el deporte principal es el baloncesto y el fútbol es residual. Añade que, en otros países, como Bulgaria, donde se utiliza el alfabeto cirílico, los consumidores no leen «Messi».

53. Por otra parte, J. M-E. V. sostiene que la identificación por el consumidor medio de un patronímico con una determinada persona, aun cuando constituyera un hecho notorio, no implica que dicho consumidor identifique un apellido con una marca determinada, de modo que le atribuya un origen comercial distinto que no sea posible confundir con la marca MASSI ni asociar a ella.

54. El Sr. Messi Cuccittini y la EUIPO estiman que el segundo motivo de casación debe declararse inadmisibles.

Apreciación del Tribunal de Justicia:

55. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, conforme al artículo 256 TFUE, apartado 1, párrafo segundo, y al artículo 58, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el recurso de casación se limita a las cuestiones de Derecho. El Tribunal General es, por tanto, el único competente para comprobar y apreciar los hechos pertinentes, así como para valorar los elementos de prueba. La apreciación de tales hechos y elementos de prueba no constituye pues, salvo en el caso de su desnaturalización, una cuestión de Derecho sujeta como tal al control del Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación (véase, en particular, la sentencia de 4 de marzo de 2020, Tulliallan Burlington/EUIPO, C 155/18 P a C 158/18 P, EU:C:2020:151, apartado 101).

56. Pues bien, procede señalar que, alegando pretendidamente un error de Derecho, J. M.-E. V. en realidad se limita a rebatir las apreciaciones de hecho con arreglo a las cuales el Tribunal General consideró, en el apartado 61 de la sentencia recurrida, que el renombre del apellido Messi, en cuanto apellido del jugador de fútbol de fama mundial y en cuanto personaje público, era un hecho notorio.

57. A este respecto, cabe recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado que no se requiere acreditar la exactitud de hechos notorios y que, además, la constatación por el Tribunal General del carácter notorio o no de los hechos en cuestión constituye una apreciación de naturaleza fáctica (véase, en este sentido, el auto de 3 de junio de 2015, The Sunrider Corporation/OAMI, C 142/14 P, no publicado, EU:C:2015:371, apartado 65 y jurisprudencia citada).

58. De este modo, en realidad, J. M.-E. V. invita al Tribunal de Justicia a que efectúe un examen que sustituya al realizado por el Tribunal General en el marco de su apreciación soberana de los hechos y de los elementos de prueba, sin aducir no obstante al respecto desnaturalización alguna de los mismos. Por tanto, esta alegación debe declararse inadmisibles.

59. En la medida en que J. M.-E. V. alega además que la constatación, como hecho notorio, de la identificación por el consumidor medio de una patronímico con una determinada persona no significa que dicho consumidor identifique un apellido con una marca determinada, basta observar que, más allá de la circunstancia de que tal alegación se formuló por primera vez en el presente procedimiento en la fase de réplica, J. M.-E. V. no precisa el apartado de la sentencia recurrida que pretende cuestionar mediante ella, lo que constituye una infracción del artículo 169, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Por consiguiente, procede declarar igualmente la inadmisibilidad de esta alegación.

60. Por consiguiente, el segundo motivo de casación debe declararse inadmisibile.

Sobre el tercer motivo del recurso de casación en el asunto C 474/18 P.

Alegaciones de las partes:

61. Mediante su tercer motivo de casación, J. M.-E. V. alega que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al basarse, en el apartado 56 de la sentencia recurrida, en hechos y pruebas presentados por primera vez ante él.

62. J. M.-E. V. aduce que no es posible alterar los hechos fijados ante la Sala de Recurso ni introducir nuevas alegaciones en el procedimiento ante el Tribunal General, dado que el Tribunal General debe examinar la legalidad de la resolución de la Sala de Recurso sobre la base de las alegaciones y de las pruebas de que esta disponía en el momento de su adopción.

63. Añade que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en particular, de la sentencia de 13 de marzo de 2007, OAMI/Kaul (C 29/05 P, EU:C:2007:162, apartado 54), el Tribunal General, de conformidad con la misión que le incumbe, ha de examinar la legalidad de la resolución de la Sala de Recurso controlando la aplicación del Derecho de la Unión realizada por esta a la luz, en particular, de los elementos de hecho expuestos ante dicha Sala, pero no puede, en cambio, efectuar ese control tomando en consideración elementos de hecho que hayan sido presentados por primera vez ante él.

64. A este respecto, J. M.-E. V. sostiene que, en las observaciones presentadas el 15 de octubre de 2013 en apoyo de su recurso ante la Sala de Recurso, el Sr. Messi Cuccittini no formuló ninguna alegación relativa a la diferencia conceptual entre las marcas en conflicto y ni siquiera mencionó que la marca controvertida coincidiera con el apellido de un personaje famoso. Alega, asimismo, que, en la resolución controvertida,

la inexistencia de riesgo de confusión se fundamentó exclusivamente en las diferencias visuales y fonéticas entre las marcas.

65. Observa que, no obstante, como se señaló en el apartado 56 de la sentencia recurrida, en el recurso interpuesto ante el Tribunal General, el Sr. Messi Cuccittini se valió de un supuesto fáctico construido ex novo respecto a la existencia de presuntas diferencias conceptuales entre las marcas en conflicto debido a la notoriedad del Sr. Messi Cuccittini y de su apellido. De tal modo, a su juicio, este llevó a cabo una «grave y profunda alteración de los términos del [...] procedimiento».

66. J. M.-E. V. sostiene que, al tomar en consideración nuevos elementos fácticos no invocados ante la Sala de Recurso, el Tribunal General incurrió en error de Derecho. Aduce que, de este modo, ocasionó su indefensión, en cuanto titular de las marcas anteriores MASSI, puesto que tuvo que defenderse ante el Tribunal General en relación con cuestiones que no se habían planteado ante la Sala de Recurso.

67. Asimismo, en opinión de J. M.-E. V., el Tribunal General no se limitó a considerar probada la existencia de un hecho notorio, a saber, la notoriedad del futbolista de que se trata, sino que introdujo una nueva causa de pedir: el «efecto conceptual distintivo MESSI».

68. El Sr. Messi Cuccittini y la EUIPO consideran que el tercer motivo de casación debe desestimarse por infundado.

Apreciación del Tribunal de Justicia

69. La alegación de J. M.-E. V. de que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al haberse basado, en el apartado 56 de la sentencia recurrida, en hechos y pruebas presentados por primera vez ante él y, en consecuencia, al haber permitido que se alterara el objeto del procedimiento, ocasionando de ese modo su indefensión, no puede acogerse.

70. En primer lugar, procede observar que, como resulta sustancialmente del apartado 50 de la sentencia recurrida, la cuestión de la notoriedad de que goza el Sr. Messi Cuccittini en el marco de la apreciación de la comparación de los signos en conflicto en el plano conceptual ya formaba parte del objeto del litigio ante la Sala de Recurso. A este respecto, en el apartado 61 de dicha sentencia, el Tribunal General recordó, en particular, que la propia Sala de Recurso había admitido tal notoriedad, al tiempo que le reprochó que no hubiera tenido debidamente en cuenta su alcance respecto al público pertinente. Por tanto, no cabe censurar al Tribunal General que, al haber tomado en consideración dicha notoriedad, permitiese que se formulara una

alegación que no formaba parte del objeto del litigio ante la Sala de Recurso.

71. En segundo lugar, es cierto que, de conformidad con el artículo 65 del Reglamento n.º 207/2009, todo recurso interpuesto ante el Tribunal General tiene por objeto el control de la legalidad de las Salas de Recurso de la EUIPO y que, por tanto, los hechos no invocados por las partes ante los órganos de la EUIPO ya no pueden invocarse en la fase de recurso ante el Tribunal General. Este último no puede tampoco examinar nuevamente las circunstancias de hecho a la luz de las pruebas presentadas por primera vez ante él, puesto que la legalidad de una resolución de una Sala de Recurso de la EUIPO debe apreciarse en función de la información de la que esta podía disponer en el momento en que adoptó la resolución (sentencia de 22 de septiembre de 2016, Pensa Pharma/EUIPO, C 442/15 P, no publicada, EU:C:2016:720, apartado 47 y jurisprudencia citada).

72. Pues bien, debe señalarse que el Tribunal General observó, en el apartado 56 de la sentencia recurrida, que fue en el procedimiento tramitado ante él cuando el Sr. Messi Cuccittini alegó por primera vez, en particular, que era un personaje público cuya notoriedad trascendía del ámbito puramente deportivo y que sin duda era el jugador más famoso de todo el mundo de los últimos años, citando en apoyo de tal alegación numerosos premios y títulos que le habían sido otorgados. A este respecto, el Tribunal General recordó, además, en el apartado 57 de la sentencia recurrida, la jurisprudencia mencionada en el apartado 71 de la presente sentencia.

73. No obstante, cabe recordar que el Tribunal de Justicia también ha declarado que no se puede considerar que las alegaciones formuladas en la fase de recurso ante el Tribunal General con el único fin de acreditar hechos notorios sean nuevas alegaciones (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de noviembre de 2011, LG Electronics/OAMI, C 88/11 P, no publicada, EU:C:2011:727, apartado 30 y jurisprudencia citada).

74. En consecuencia, nada obsta a que el Tribunal General declarara fundadamente, en el apartado 61 de la sentencia recurrida, que, dado que la notoriedad del apellido Messi, en cuanto apellido del jugador de fútbol de fama mundial y en cuanto personaje público, era un hecho notorio, es decir, un hecho que cualquier persona podía conocer o que se podía averiguar por medio de fuentes generalmente accesibles, estas fuentes eran elementos de los que podía disponer la Sala de Recurso cuando adoptó la resolución controvertida y que debería haber tenido en cuenta al

apreciar la similitud entre los signos en cuestión en el plano conceptual.

75. Por consiguiente, el tercer motivo de casación debe desestimarse por infundado.

Sobre el cuarto motivo del recurso de casación en el asunto C 474/18 P

Alegaciones de las partes

76. Mediante su cuarto motivo de casación, J. M.-E. V. alega que el Tribunal General aplicó incorrectamente la sentencia de 12 de enero de 2006, Ruiz-Picasso y otros/OAMI (C 361/04 P, EU:C:2006:25).

77. Sostiene que, basándose en dicha sentencia, el Tribunal General afirmó, en el apartado 73 de la sentencia recurrida, que, en determinadas circunstancias, las diferencias conceptuales pueden neutralizar las similitudes visuales y fonéticas entre los signos de que se trate.

78. J. M.-E. V. afirma que, no obstante, entre el asunto que dio lugar a la sentencia de 12 de enero de 2006, Ruiz-Picasso y otros/OAMI (C 361/04 P, EU:C:2006:25), y el presente asunto existen importantes diferencias, por lo que, en el presente asunto, el Tribunal General no podía aplicar fundadamente por analogía la jurisprudencia derivada de dicha sentencia.

79. J. M.-E. V. alega, en primer lugar, que, en el asunto objeto de dicha sentencia, al igual que en aquellos que dieron lugar a las sentencias de 23 de marzo de 2006, Mühlhens/OAMI (C 206/04 P, EU:C:2006:194), y de 18 de diciembre de 2008, Les Éditions Albert René/OAMI (C 16/06 P, EU:C:2008:739), la marca notoria era la invocada en apoyo de la oposición, es decir, Picasso, y no la marca solicitada, a saber, Picaro.

80. En segundo lugar, sostiene que la notoriedad del pintor Picasso es evidente y, en particular, que todos los planes de estudios de los «países de Europa» hacen referencia a él. Alega que, por tanto, es presumible que los «consumidores de Europa», incluso de aquellos países con alfabetos diferentes del latino, conozcan el significado del vocablo «Picasso», afirmación que no puede predicarse del nombre «Messi», cuyo grado de conocimiento en Europa no puede presumirse.

81. En tercer lugar, J. M.-E. V. aduce que, mientras que, en la sentencia de 12 de enero de 2006, Ruiz-Picasso y otros/OAMI (C 361/04 P, EU:C:2006:25, apartado 39), el Tribunal de Justicia consideró que el grado de atención del consumidor medio en cuestión, a la hora de la compra, era particularmente elevado, en el presente asunto, el público pertinente está constituido por consumidores normalmente informados y razonablemente atentos y perspicaces.

82. En cuarto lugar, sostiene que el Tribunal General no explicó cómo el supuesto efecto neutralizante

producido por la «carga conceptual» de las marcas en conflicto permite descartar el riesgo de confusión en territorios como los de habla inglesa, donde la pronunciación de «massi» y «messi» es idéntica.

83. El Sr. Messi Cuccittini y la EUIPO consideran que el cuarto motivo de casación debe desestimarse por infundado.

Apreciación del Tribunal de Justicia

84. La alegación de J. M.-E. V. de que el Tribunal General aplicó incorrectamente en el presente asunto la jurisprudencia derivada de la sentencia de 12 de enero de 2006, Ruiz-Picasso y otros/OAMI (C 361/04 P, EU:C:2006:25), está basada en una lectura errónea de esta sentencia.

85. En efecto, de dicha jurisprudencia resulta que, como recordó el Tribunal General en el apartado 73 de la sentencia recurrida, la apreciación global del riesgo de confusión implica que las diferencias conceptuales entre dos signos pueden neutralizar las similitudes visuales y fonéticas entre ellos, siempre que al menos uno de tales signos tenga, en la perspectiva del público pertinente, un significado claro y determinado, de forma que dicho público pueda captarlo inmediatamente (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de enero de 2006, Ruiz-Picasso y otros/OAMI, C 361/04 P, EU:C:2006:25, apartado 20; de 23 de marzo de 2006, Mühlens/OAMI, C 206/04 P, EU:C:2006:194, apartado 35; de 15 de marzo de 2007, T.I.M.E. ART/OAMI, C 171/06 P, no publicada, EU:C:2007:17, apartado 49; de 18 de diciembre de 2008, Les Éditions Albert René/OAMI, C 16/06 P, EU:C:2008:739, apartado 98, y de 9 de julio de 2015, Pêra-Grave/OAMI, C 249/14 P, no publicada, EU:C:2015:459, apartado 39).

86. Esta jurisprudencia se refiere a los signos en cuestión y al alcance que debe darse a sus diferencias conceptuales en el marco de la apreciación global del riesgo de confusión, por lo que no cabe sostener que la existencia de una marca notoria anterior invocada al formular oposición constituya un requisito de aplicación de dicha jurisprudencia. A este respecto, a fin de apreciar si un signo tiene, desde la perspectiva del público pertinente, un significado claro y determinado, se puede tener en cuenta, por consiguiente, tanto el signo relativo a la marca anterior (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de enero de 2006, Ruiz-Picasso y otros/OAMI, C 361/04 P, EU:C:2006:25, apartado 27) como el signo correspondiente a la marca cuyo registro se solicita (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2015, Pêra-Grave/OAMI, C 249/14 P, no publicada, EU:C:2015:459, apartados 39 a 44).

87. Por tanto, habida cuenta de que el Tribunal General indicó, en el apartado 72 de la sentencia recurrida, que el público pertinente percibiría los signos en cuestión como signos conceptualmente diferentes, podía fundadamente aplicar la jurisprudencia derivada de la sentencia de 12 de enero de 2006, Ruiz-Picasso y otros/OAMI (C 361/04 P, EU:C:2006:25).

88. Esta conclusión no resulta desvirtuada por el hecho de que el público pertinente en el asunto que dio lugar a dicha sentencia fuera diferente del público pertinente en el presente asunto, dado que la posibilidad de aplicar esa jurisprudencia depende de la apreciación de las diferencias conceptuales entre los signos de que se trate en función de la percepción que tenga de ellos el público pertinente en cada caso.

89. Asimismo, cabe observar que las consideraciones relativas al alcance del renombre del apellido Messi, por una parte, y a la posibilidad de que las diferencias conceptuales entre los signos en cuestión neutralicen las similitudes fonéticas existentes entre ellos, por otra parte, son apreciaciones de naturaleza fáctica que, como se ha recordado en el apartado 55 de la presente sentencia, no forman parte de las competencias que tiene atribuidas el Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación.

90. Por consiguiente, procede inadmitir en parte el cuarto motivo de casación y desestimarlos por infundado en lo demás.

91. De ello se sigue que procede desestimar en su totalidad el recurso de casación interpuesto en el asunto C 449/18 P y el recurso de casación interpuesto en el asunto C 474/18 P».

## TRIBUNAL SUPREMO

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 5032/2019] DE 15 DE JULIO DE 2020 [Ponente: Juan María Díaz Fraile]

*Los límites recíprocos entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información. La protección del derecho al honor de las personas jurídicas: legitimación de la persona jurídica en materia de vulneración del derecho al honor. La jurisprudencia reconoce el derecho a la tutela del honor de las personas jurídicas, delimitando su ámbito y límites específicos, que no cabe equiparar a los propios del derecho al honor de las personas físicas. En atención a los fines propios de la persona jurídica afectada por la intromisión y la naturaleza del derecho al honor, ha compatibilizado el reconocimiento del derecho con la*

*necesidad de aplicar parámetros de ponderación diferenciados de los propios de las intromisiones al honor de las personas físicas, pues en aquellas no cabe concebir la dimensión interna o inmanente del derecho, sino sólo la externa o transcendente, relativa a la reputación o fama reflejada en la consideración de los demás. Esta proyección exclusivamente externa del derecho al honor de las personas jurídicas ha determinado paralelamente la afirmación de una menor intensidad en su protección, especialmente si la persona jurídica se encuentra disuelta y en liquidación.*

«El presente litigio versa sobre una reclamación por intromisión en el derecho al honor de los demandantes como consecuencia de la mención que se hace de ellos en un libro escrito y editado por los demandados.

Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

1.- D.ª Berta, D. José María y la mercantil Método 3, S.A., en liquidación, interpusieron demanda de juicio ordinario contra D. Severiano y Agrupación de Agentes, S.L. (y contra la editorial Seller, S.L., que se allanó), en la que solicitaban: (i) la declaración de que el contenido del capítulo cuarto del libro "Detectives. RIP", cuyo autor es D. Severiano y que ha sido publicado por la Editorial Seller, S.L. constituye una intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor de D.ª Berta, D. José María y de la mercantil Método 3, S.A. (en liquidación), de la que son responsables el citado autor y la editorial, así como la mercantil Agrupación de Agentes S.L., como titular de los derechos de propiedad intelectual; (ii) la condena a los demandados a cesar de inmediato en la referida intromisión, ordenando la retirada del mercado y su destrucción de todos ejemplares impresos del citado libro que se encuentren a la venta; (iii) se ordene a los demandados eliminar el contenido del capítulo en cuestión de la versión del libro comercializada en formato electrónico a través de cualesquiera páginas de Internet; (iv) la condena a los demandados a pagar, con carácter solidario, una indemnización en concepto de daños morales ocasionados, en la cantidad de ochenta mil euros (80.000,00 €), más los intereses legales a contar desde la interposición de la presente demanda; y (v) la condena de los demandados, como medida resarcitoria particular, a publicar a su costa íntegramente la sentencia en la edición digital de dos medios de prensa de ámbito nacional.

2.- En dicha demanda se afirmaba que: (i) Método 3 era una reconocida agencia de detectives que a principios de 2013 saltó a los medios de comunicación

por unos hechos presuntamente delictivos que a la postre se ha demostrado que no eran tales; (ii) el autor del libro recoge una visión de los hechos alejada de la realidad; (iii) la Sra. Berta fundó la agencia, que dirigió durante muchos años y, posteriormente, se hizo cargo de ella su hijo, el Sr. José María ; (iv) el Sr. Severiano es autor del libro "Detectives. Rip", la mercantil Agrupación de Agentes, S.L. es titular de los derechos de propiedad intelectual y Seller, S.L. es la editorial que lo ha publicado; (v) a finales de 2014 se publicó la primera edición del libro cuyo capítulo cuarto está dedicado a Método 3 con el título "Espionaje de Ex Agencia Método 3"; (vi) la calificación de espionaje ya contiene una connotación negativa, atribuyendo a la agencia una serie de conductas delictivas a la hora de llevar a cabo su actividad como investigadores privados, y que, por su falta de veracidad, constituyen acusaciones de un marcado carácter calumnioso e injurioso, que causan a los actores un descrédito personal y profesional, por lo que vulneran su derecho al honor; (vii) en concreto, en el libro se imputan a los actores hasta ocho tipos de conductas delictivas. Ninguno de los hechos en que el autor del libro fundamenta sus acusaciones son ciertos. Se les imputa: 1) fraude: relatando que en sus inicios Método 3 cometió fraude a una aseguradora para pagar los muebles de su primera oficina; 2) chantaje: se le atribuye la elaboración de informes con información sensible sobre personas concretas y que podrían ser utilizados en el momento que mejor les convenga, señalando que los mismos se hacen como medio de chantajear a las personas a las que se refieren los mismos; los denomina informes "de antena" sin ofrecer fundamento alguno de sus informaciones; en otro pasaje del libro se indica que incontables jueces españoles han sido objeto de dichos informes con la intención de someterlos a chantaje; 3) alzamiento de bienes: atribuyendo incluso la utilización de una empresa de República Dominicana para vaciar los bienes de la empresa; falsear pruebas y otras actuaciones ilícitas para satisfacer al cliente; 4) revelación y descubrimiento de secretos: el autor habla de la obtención de datos y de informaciones reservadas a través del uso de medios y procedimientos legalmente prohibidos; 5) se le atribuye también delito fiscal y evasión de capitales; 6) espionaje: el autor acusa a Método 3 de realizar tareas de espionaje usando medios y procedimientos fuera de la legalidad; 7) corrupción: el autor les atribuye dos tipos de conductas: por un lado, la de procurarse impunidad para sus actividades ilícitas a cambio de prebendas, y por otro, la elaboración de falsos informes para la Generalitat de Catalunya,

participando y beneficiándose de un auténtico entramado de malversación pública; (viii) además de las anteriores conductas delictivas, el autor del libro atribuye a los actores conductas altamente reprobadas a nivel social de forma mayoritaria desde un punto de vista ético-moral, que menoscaba igualmente su prestigio personal y profesional, así como la atribución de hechos para potenciar la imagen de descrédito y desprestigio personal.

3.- La codemandada Editorial Seller, S.L. presentó escrito de allanamiento en lo relativo al cese de la edición y comercialización del libro, acordándose posteriormente el sobreseimiento del procedimiento respecto de la misma, al haber desistido la actora de las reclamaciones contra ella formuladas.

4.- D. Severiano y Agrupación de Agentes, S.L., contestaron a la demanda, solicitando su desestimación, argumentando en síntesis que: (i) el libro denunciado es una obra de opinión mediante el cual el autor expone su pensamiento acerca del estado de la profesión de detective privado en España; (ii) se alegaba la excepción de falta de representación procesal de Método 3, S.A.; (iii) negaba los hechos afirmados en la demanda; en concreto afirmaba no ser cierta la afirmación de los actores de que en el libro del Sr. Severiano se imputen a los mismos la comisión de hasta ocho delitos; (iv) en el libro se alude a comportamientos que el autor no comparte porque considera que han sido sumamente nocivos para la imagen de la profesión y lo hace de modo crítico, pero no imputa hecho delictivo alguno a los actores; (v) respecto a la elaboración de informes con objeto de posibles chantajes, dichas informaciones aparecen en numerosos artículos de prensa; y lo mismo ocurre con las afirmaciones relativas al falseamiento de pruebas y otras actuaciones ilícitas, o con la imputación de revelación y descubrimiento de secretos; (vi) no hay ninguna noticia o información que aparezca en el libro que no se haya publicado con anterioridad, y todas las informaciones en que se basa siguen estando al acceso del público; (vii) en cualquier caso, dadas las circunstancias concurrentes, la libertad de expresión debe prevalecer sobre del derecho al honor de los demandados; (viii) en cuanto a la petición de condena de indemnización es completamente improcedente; además, para la reparación de los daños se ha de tener en cuenta la importancia objetiva de la difusión de la noticia; en este caso, la distribución de la obra ha sido paralizada por la editorial y el contrato de edición rescindido; en cualquier caso, ha tenido una difusión mínima, prácticamente doméstica (se afirma que se han impreso 198 ejemplares que han sido comprados en su totalidad por el autor).

5.- El juzgado de primera instancia desestimó íntegramente la demanda, sin imposición de costas, argumentando, en síntesis: (i) desestima la alegación de falta de capacidad de Método 3 para interponer la demanda, en base a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional relativa a que las personas jurídicas también son titulares del derecho al honor, con cita en particular de la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/1995, de 26 de septiembre; (ii) recoge también de forma extensa la doctrina jurisprudencial, condensada en la Sentencia 789/2013 del Tribunal Supremo, que establece los parámetros que se han de utilizar cuando existe una confrontación entre la libertad de expresión y de información y el derecho al honor para determinar cuál de los derechos en conflicto debe prevalecer; (iii) conforme a esa doctrina, recuerda que el derecho al honor se encuentra limitado por las libertades de expresión y de información, debiendo acudir a técnicas de ponderación cuando se produce el conflicto entre ambos, teniendo en cuenta las circunstancias del caso; (iv) en aplicación de dichas técnicas, diferencia las partes del capítulo cuarto del libro que hacen referencia a los demandantes como integrantes de Método 3, de aquellas otras que se refieren a la Sra. Berta, y concluye: (a) respecto de las primeras, que el autor ejerce su derecho a la crítica, señalando que en un estado democrático ha de ponderar la relevancia pública y el interés general de los asuntos que, con ánimo crítico, se abordan, versando el libro sobre materias de interés general y personas con notoriedad; además, entiende que dichas materias son de conocimiento público por haber saltado a los medios de comunicación mucho antes; de todo lo anterior concluye que no existe vulneración alguna al derecho al honor en el primero de los ámbitos señalados; (b) respecto a los pasajes del libro relativos al aspecto personal de la Sra. Berta, considera que, como se reconoce en la propia demanda, por sí solas son de escasa trascendencia, sin que ninguno de los hechos que se le imputan puedan ser considerados en la sociedad actual como conductas desaprobadas socialmente, ni comprometen la honorabilidad o general estima de la demandante.

6.- Los demandantes interpusieron recurso de apelación en el que solicitaban la revocación de la citada sentencia, dictando otra por la que se estime la demanda interpuesta en su integridad, incluida la indemnización y publicación de la sentencia. Frente a la resolución impugnada la parte actora, critica que no contenga ninguna referencia a la doctrina del reportaje neutral, y señala la indebida aplicación de

los criterios de ponderación que realiza la juez a quo, así como error al determinar que las expresiones del autor se enmarcan en el ejercicio de la libertad de expresión y no en el derecho a la información.

7.- La demandada se opuso al recurso e interesó la confirmación de la sentencia.

El Ministerio Fiscal se opuso parcialmente al recurso de apelación formulado por la actora, formulando impugnación de la sentencia de instancia en lo referente a la desestimación de la demanda interpuesta por la Sra. Berta, solicitando que se revoque la sentencia en dicho extremo, por apreciar la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la citada señora, y una indemnización a su favor de 6.000 euros.

El Sr. Severiano y Agrupación de Agentes, S.L. impugnaron la sentencia en cuanto al pronunciamiento relativo a las costas.

8.- La Audiencia Provincial dictó sentencia en la que desestimaba íntegramente el recurso de los demandantes y del Ministerio Fiscal, y estimaba la impugnación formulada por los demandados, imponiendo las costas de ambas instancias a los demandantes/apelantes. La Audiencia argumentó, en síntesis:

9) En cuanto a la doctrina del reportaje neutral: no resulta aplicable al caso, porque: (i) según jurisprudencia reiterada, el medio informativo ha de ser mero transmisor de las declaraciones controvertidas, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia; si se reelabora la noticia, no hay reportaje neutral; (ii) según resulta de la lectura del libro y del capítulo controvertido, se trata de una obra de opinión, que se hace eco de numerosas noticias aparecidas en medios de comunicación, pero sin determinar su procedencia; (iii) en consecuencia tal doctrina no tiene ningún interés para la resolución del procedimiento, y por ello la sentencia de instancia correctamente omite su aplicación.

9) Respecto de la legitimación de la persona jurídica en materia de vulneración del derecho al honor: (i) según la jurisprudencia ordinaria y 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 y a la naturaleza del derecho considerado; (ii) el derecho al honor no es patrimonio exclusivo de las personas físicas; 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; (iii) por

ello resulta correcta la desestimación de la alegación de la falta de capacidad de la entidad Método 3; (iv) pero la misma jurisprudencia constitucional afirma "la menor intensidad de la protección del derecho al honor cuando su titular es una persona jurídica"; (v) dado que la demanda se interpone de forma conjunta y se solicita una indemnización global para todos los actores, tanto por la entidad Método 3, S.A., en liquidación, como por su fundadora Sra. Berta y por quien fue su administrador, Sr. José María, resulta aplicable la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1994, en el sentido de que no puede prosperar la pretensión de los componentes de la Sociedad por la lesión autónoma de su honor por la pretensión de la persona jurídica difamada; de tal modo que la tutela del derecho al honor de los miembros de la Sociedad ya queda incluida en el reconocimiento del derecho al honor de la persona jurídica; (vi) por tanto, respecto a aquellas conductas que la actora afirma como vulneradoras del derecho al honor de Método 3, consistentes en la imputación de una serie de delitos, el honor vulnerado era el de la sociedad, por lo que no cabe el ejercicio simultáneo por parte de los Sres. Berta y José María de la acción por vulneración de su derecho al honor, que debe entenderse incluido en el de la sociedad (se trata de conductas que se imputan a la agencia de detectives Método 3 y no personalmente a sus administradores); (vii) también resulta de trascendencia el hecho de que la entidad actora Método 3, S.A. se encuentra en fase de liquidación y, por tanto, disuelta desde noviembre de 2012, esto es, con anterioridad a la publicación del libro, por lo que dicha protección se ve todavía más reducida en su intensidad, pues resulta del todo cuestionable que su prestigio profesional o su patrimonio se vieran afectados; (viii) en consecuencia, la Audiencia desestima las alegaciones de la apelante respecto a la vulneración del honor de Método 3, S.A., "negando legitimación personal de la Sra. Berta y del Sr. José María para reclamar personalmente por las mismas".

9) En cuanto a los derechos en conflicto (libertad de expresión, derecho de información y derecho al honor), la Audiencia razona así su desestimación:

"Junto a las conductas que se consideraban vulneraban el honor de Método 3, S.A., la parte actora realiza una "clasificación" de las expresiones o imputaciones ofensivas que se contienen en el libro del demandado, en estos casos personalizándolas en su fundadora y antiguo administrador, Sres. Berta y Jose María, en otros dos grupos, "la atribución de conductas socialmente reprobables desde un punto de vista ético moral que menoscaban su prestigio

personal y profesional, incluyendo en este grupo las insinuaciones que se dice se contienen en el libro de que la Sra. Berta llevaba una vida libertina; así como otra serie de afirmaciones (que también se tomaban en consideración en el grupo anterior y que se entendían como imputación de delitos a la agencia), cuales son que en el ejercicio de su actividad prevalece enriquecerse por encima de todo, siendo su lema "el todo por la pasta", la acusación de que utilizaban cualquier medio para lograr sus objetivos o, en fin, la invención de encargos para obtener publicidad en los medios de comunicación.

"La sentencia de instancia, a pesar de las manifestaciones en contra de la apelante, delimita correctamente los derechos en conflicto recogiendo que a pesar de la vinculación entre la libertad de expresión y el derecho de información, aquel tiene una mayor preponderancia pues la obra no es sino la visión crítica de su autor respecto al ejercicio de la profesión de detective privado, criticando de forma desabrida determinadas actuaciones de algunos profesionales, no sólo de Método 3, S.A., que el autor entiende han perjudicado sobremedida a la profesión. Y es cierto que aunque la crítica del demandado se apoya en hechos objetivos susceptibles de contraste, siendo numerosa la documentación aportada por el mismo a su contestación en la que se recogen numerosas noticias publicadas por los medios de comunicación en las que también se cuestiona y denuncia la actuación de la agencia de detectives Método 3, o su implicación en asuntos turbios, algunos de los cuales han llegado a los tribunales, al margen de que, como ya hemos señalado, no se estima que exista un derecho al honor susceptible de protección respecto de una sociedad disuelta y en liquidación, en cualquier caso debe prevalecer la libertad de expresión, porque por medio de la misma se articulaba el legítimo derecho de quien como profesional no comparte determinadas formas de actuar de otros detectives y por ello las denuncia.

"Por lo demás, la sentencia respeta la doctrina recientemente reiterada por la sentencia 258/2017, de 26 de abril, fundada a su vez en doctrina del Tribunal Constitucional (sentencias 79/2014, 216/2013, y 41/2011), según la cual, cuando "se atribuye la comisión de hechos antijurídicos, la exposición de los hechos y la emisión de valoraciones aparecen indisolublemente unidas. De ahí que hayamos afirmado en supuestos en los que se imputaba a un tercero la comisión de hechos delictivos que "lo ejercido por quien emite esa imputación es su libertad de expresar opiniones" (STC 41/2011, de 14 de abril, FJ

2, que cita las SSTC 136/1994, de 9 de mayo, y 11/2000, de 17 de enero)".

"Por otra parte, es evidente que en el momento de publicación del libro la materia era de interés general, como se desprende de las numerosas noticias que respecto a la agencia actora se recogían en los medios de comunicación en la época inmediatamente anterior a la publicación, estando la mayor parte de ellas relacionadas con personas o noticias también de interés público (Paesa, el caso de la Camarga, el caso Barça, la desaparición de Madeleine MacCan, la SGAE...), como cita la juez a quo, que justifican la prevalencia de las libertades de expresión e información [...]

"Por tanto, y respecto a estos dos tipos de conductas que en la demanda se consideran como vulneradoras del derecho al honor, y que parecen referidas a los actores Sra. Berta y Sr. Jose María, parte de ellas, las calificadas como "atribución de conductas socialmente reprobables desde el punto de vista ético moral que menoscaban su prestigio personal y profesional", y la atribución de hechos para potenciar la imagen de descredito y desprestigio personal, (algunas de las cuales sirven a la vez para calificar las conductas como atribución de delitos), son en todo caso todas ellas manifestaciones críticas del autor para reprobar un actitud ambiciosa, que no por ello y siempre debe ser mala, que se atribuye a los Sres. Berta y Jose María, pero en modo alguno se estima constituyan vulneración alguna del honor.

"Por ello, esta Sala también comparte el pronunciamiento de instancia en cuanto a la desestimación de la acción interpuesta por la Sra. Berta, pues si bien es cierto que algunos pasajes del libro podrían haberse evitado y nada aportan a la finalidad perseguida por el autor con su publicación, es evidente que las expresiones, aunque puedan no ajustarse estrictamente a la realidad, ni resultan injuriosas, ni en la sociedad actual como señala la juez a quo "pueden considerarse conductas desaprobadas socialmente", ni algunas de ellas, dentro del contexto en que se realizan, pueden ser consideradas, como denuncia la actora, como ultrajantes u ofensivas, debiéndose tener en cuenta, como indica el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de julio de 2017 "... que la lesividad de las expresiones debe analizarse no atendiendo a su estricto significado gramatical, aisladamente consideradas, sino en relación con el contexto" y como señala la juez a quo "la interpretación que se hace (por la actora) es descontextualizada y se pretende que se afirma algo distinto a lo que en realidad se expresa".

9) Finalmente, en cuanto a la impugnación de la sentencia por la parte demandante en cuanto a las costas, la Audiencia la estima conforme a la regla general del vencimiento objetivo, revocando este pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, que no se justificaba en base a la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, sino en "el derecho de los demandantes a impetrar la tutela judicial cuando consideran que el libro publicado vulnera su honor. Y correlativamente no procede cercenarlo o limitarlo en modo alguno (tampoco en materia de costes)"; argumento que rechaza al razonar que en todos los procedimientos los actores consideran vulnerado un derecho y por ello solicitan la tutela de los tribunales; y si sus pretensiones son desestimadas, la desestimación conlleva condena en costas.

9.- Los Sres. Berta y Jose María, y la mercantil Método 3, S.A. han interpuesto recurso de casación contra la anterior sentencia, recurso que articulan en cinco motivos que han sido admitidos.

SEGUNDO. - Recurso de casación. Consideración previa sobre la base fáctica.

1.- Con carácter previo a la formulación de los motivos del recurso, y a la exposición de sus fundamentos jurídico-materiales, los recurrentes introducen una cuestión previa relativa a los hechos probados en la instancia, en los siguientes términos:

"A pesar que la Sentencia impugnada - ni tampoco la Sentencia de primera instancia - no contiene un relato propio, separado y completo acerca de cuáles son los hechos que deben considerarse probados, de conformidad con sus fundamentos, la resolución del presente recurso debe partir de la consideración como hechos objetivos acreditados únicamente de los siguientes:

"i) En el capítulo cuarto del libro objeto de autos, el autor efectúa las siguientes afirmaciones relativas a las actoras, cuyos pasajes se reproducen aquí literalmente, y sin calificar, por el mismo orden en el que se suceden a lo largo del mismo - el subrayado y las negritas son nuestros - [... aquí se incluye un extracto muy amplio de dicho capítulo- ].

"ii) El libro en su conjunto, y su capítulo cuarto en particular, constituye una obra de opinión en la que el autor incluye información sobre determinados hechos aparecidos en medios de comunicación, aunque sin hacer referencia a la procedencia de los mismos.

"iii) La crítica realizada se apoya en hechos objetivos susceptibles de contraste.

"iv) Las expresiones del libro controvertidas pueden no ajustarse estrictamente a la realidad.

"v) En todo caso, la Sentencia no da por probada ni la veracidad de los hechos a los que se refieren tales

expresiones, ni tampoco que por parte del autor se haya llevado a cabo la más mínima actuación dirigida a verificarlos o corroborarlos, ni tampoco a contrastarlos"

2.- Como declara la Sentencia 171/2016, de 17 de marzo, reiterando la 807/2013, de 8 de enero de 2014, es jurisprudencia de esta Sala que "cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, no se puede considerar como cuestión probatoria la valoración que, sobre la afectación de tales derechos, haya realizado el tribunal a quo, y esta sala asume siempre una tarea de calificación jurídica en cuanto a los extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos que se afirman vulnerados".

Sin embargo, como precisa la anterior sentencia 317/2015, de 22 de junio, lo anterior "no puede llevar a desvirtuar la naturaleza del recurso de casación, solicitando del Tribunal Supremo que se corrija la concreta fijación de los hechos efectuada en la sentencia recurrida o que se realice una nueva valoración de la prueba en su conjunto".

3.- Por ello para resolver este recurso se partirá de la base fáctica fijada en las instancias, considerando como no controvertido el hecho de que las expresiones que se contienen en el extracto transcrito en el recurso, y que en la medida de lo necesario se reproducirán en esta resolución, efectivamente se contienen en el capítulo cuarto del libro (con el título "Espionaje de Ex Agencia Método 3") objeto de la demanda, uno de cuyos ejemplares obra incorporado en las actuaciones.

TERCERO. - Formulación del motivo primero del recurso.

1.- El motivo se introduce con el siguiente encabezamiento:

"MOTIVO PRIMERO DE CASACIÓN. - Infracción del artículo 18.1 de la Constitución y de la jurisprudencia relativa a la tutela del derecho al honor de las personas jurídicas, que ha reiterado sin fisura la doctrina recogida en la Sentencia nº 139/1995 del Tribunal Constitucional y las SSTs 802/2006 y 194/2014, entre otras Sentencias del propio TC y del Tribunal Supremo, que la reconocen y delimitan".

2.- En su desarrollo se argumenta, en síntesis, que se ha vulnerado la citada jurisprudencia constitucional, pues esta reconoce el derecho al honor de las personas jurídicas, y la sentencia recurrida lo niega respecto de una sociedad disuelta y en liquidación, por el mero hecho de encontrarse en esa situación, como sucede con la actora Método 3, S.A. Una cosa es que la protección del derecho al honor tenga una menor intensidad cuando su titular sea una persona jurídica,

especialmente cuando la misma se encuentre en liquidación, o incluso, que en estos casos no quepa valorar la intromisión con los mismos parámetros que cuando se trata de personas físicas, y otra muy distinta que se niegue esa protección y que la tutela desaparezca totalmente y a priori, simplemente por el hecho de encontrarse en esa situación societaria.

CUARTO. - Decisión de la Sala. La protección del derecho al honor de las personas jurídicas. Ámbito y límites.

1.- La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido reiteradamente el derecho a la tutela del honor de las personas jurídicas, delimitando su ámbito y límites específicos, que no cabe equiparar a los propios del derecho al honor de las personas físicas.

2.- La sentencia 194/2014, de 3 de enero de 2014, ha precisado este criterio al señalar:

"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 que consiste no es patrimonio exclusivo de las mismas (STC 214/1991 (RTC 1991, 214). 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 de 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 (RTC 1995, 139))."

3.- Ahora bien, en atención a los fines propios de la persona jurídica afectada por la intromisión y la naturaleza del derecho al honor, la jurisprudencia de esta Sala ha compatibilizado el reconocimiento del derecho con la necesidad de aplicar parámetros de ponderación diferenciados de los propios de las intromisiones al honor de las personas físicas, pues en aquellas no cabe concebir la dimensión interna o inmanente del derecho, sino sólo la externa o

transcendente, relativa a la reputación o fama reflejada en la consideración de los demás.

En este sentido afirma la sentencia 802/2006, de 19 de julio, que:

"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" [...]"

4.- Esta proyección exclusivamente externa del derecho al honor de las personas jurídicas, ha determinado paralelamente la afirmación de una menor intensidad en su protección. Es constante la jurisprudencia en subrayar este menor vigor tuitivo de la protección que el ordenamiento brinda a este derecho de las personas jurídicas respecto del propio de las personas físicas. La reciente sentencia 157/2020, de 6 de marzo, reiterando una jurisprudencia consolidada, afirmó: "aunque a diferencia de las personas jurídicas de derecho público (sentencia del pleno 408/2016, de 15 de junio), sí sea titular del derecho al honor (SSTC 139/1995 y 183/1995, y sentencias de esta sala 344/2015, de 16 de junio, 594/2015, de 11 de noviembre, 534/2016, de 14 de septiembre, y 35/2017, de 19 de enero), y pueda resultar ofendida en cuanto al aspecto exterior de ese derecho fundamental, de trascendencia o valoración social, que "no cabe simplemente identificar con la reputación empresarial, comercial, o, en general, el mero prestigio con que se desarrolla la actividad" (sentencia 534/2016, de 14 de septiembre), no puede obviarse que la misma jurisprudencia también viene insistiendo en "la menor intensidad de la protección del derecho al honor cuando su titular es una persona jurídica" (sentencia 35/2017, de 19 de enero, con cita de la sentencia 594/2015, de 11 de noviembre)".

5.- La sentencia de la Audiencia no desconoce esta doctrina jurisprudencial, antes bien la invoca y aplica en su doble dimensión: (i) reconocimiento del derecho

al honor de las personas jurídico-privadas, y (ii) menor intensidad de su protección. Precisamente por ello confirma la sentencia de primera instancia en el extremo relativo a la desestimación de la alegación formulada por la parte demandada respecto de la falta de legitimación o capacidad procesal de la entidad Método 3.

Así lo revela también el hecho de que tome en consideración la doctrina de la sentencia de este tribunal de 5 de abril de 1994, en la que se negó la posibilidad de que pudiera prosperar la pretensión de los socios o administradores de una sociedad mercantil por la lesión autónoma de su honor cuando la intromisión se ha causado en la reputación de la persona jurídica, pues en tales casos la tutela del derecho al honor de los miembros de la sociedad ya queda incluida en el reconocimiento del derecho al honor de la propia persona jurídica, y en tal sentido niega legitimación a los Sres. Berta y Jose María para impugnar a título personal y en nombre y por cuenta propia la intromisión en el derecho al honor de la sociedad de la que son socios y/o administradores.

Pero con ello no niega la Audiencia ni la titularidad del derecho al honor de la sociedad ni su legitimación para ejercitar la postulación de su tutela judicial, que expresamente reconoce a pesar de que aquella se encuentre disuelta y en liquidación (arts. 371 y 395 LSC). Situación societaria que únicamente toma en consideración el tribunal de apelación a los efectos de reforzar el criterio de la menor intensidad de la protección de que es susceptible dicho derecho, valoración que admite el propio recurrente, pero sin negar in totum la titularidad del derecho y la legitimación procesal, como se afirma en el recurso.

Por tanto, este primer motivo del recurso debe ser desestimado.

QUINTO. - Formulación del motivo segundo del recurso.

1.- El motivo se encabeza del siguiente modo:

"MOTIVO SEGUNDO DE CASACIÓN. - Infracción del artículo 18.1 de la Constitución y de la jurisprudencia relativa al reconocimiento de la tutela del derecho al honor de las personas físicas, orgánicamente vinculadas a una determinada persona jurídica, cuando pueda verse afectado su honor profesional a título individual, recogida entre otras en las SSTs nº 2592/2004 y 54/2009, de acuerdo con la doctrina constitucional fijada al respecto, entre otras, por las SSTC 180/1999 y 9/2007".

2.- En el desarrollo de su fundamentación se argumenta que: (i) la sentencia impugnada traza una línea divisoria entre las cuestiones de carácter profesional y las cuestiones meramente personales en

contra del criterio jurisprudencial contenido en las sentencias cuya vulneración se denuncia; (ii) en concreto, "esa división consiste en separar aquellas afirmaciones o expresiones del autor que se refieren a la actividad profesional de mis mandantes - señalando en este caso a la mercantil Método 3 como el único potencial sujeto destinatario de la eventual vulneración de su honor producida a través de las mismas -, de aquellas otras que afectan a la vida personal o privada de la Sra. Berta y del Sr. Jose María"; (iii) así planteada la cuestión "se está rechazando que el derecho al honor de la Sra. Berta y del Sr. Jose María incluya también la tutela de los aspectos profesionales de su vida, a título personal, vinculados e identificados durante muchos años con la actividad desarrollada en la agencia de detectives Método 3, de tal manera que de ese modo se excluye cualquier posible protección frente a aquellas afirmaciones vertidas en el libro que particularicen en los mismos el desempeño de dicha agencia"; (iii) "esa imposibilidad de distinción en la proyección pública - que no en su distinta personalidad jurídica - entre la empresa y las personas físicas que actúan e intervienen en su nombre es muy propia de todas aquellas sociedades personalistas y/o familiares, como sucede particularmente en el caso de Método 3"; (iv) no se puede negar que todo aquello que produzca un menoscabo profesional, por hechos relativos a la forma de proceder de la agencia Método 3, afecta también directamente a sus responsables, quienes han estado pública y profesionalmente identificados, con su nombre y apellidos, con esta agencia; (v) en este caso las expresiones del libro en las que el autor atribuye la comisión de una serie de hechos potencialmente delictivos no se producen bajo la identidad de la figura societaria, y por tanto, al amparo de la cobertura del anonimato de quienes pudieran ser, en su caso, los responsables penales de los mismos, sino que se personalizan con nombre y apellidos, en una cita personal repetida y constante, tanto de la Sra. Berta como del Sr. Jose María, como las personas a las que se atribuye una clara participación individual en la realización de esos hechos de naturaleza penal; (vi) "tales acusaciones no quedan circunscritas a la mercantil Método 3, sino que, lo que el autor sugiere a través de las concretas expresiones controvertidas que aquí se denuncian es que ambos podrían participar también de esa responsabilidad penal, y por tanto, es su propio honor personal, igualmente merecedor de la debida protección en su vertiente de honor profesional, el que se vería igualmente lesionado por el menoscabo de la dignidad que supone el hecho de cuestionarlo de

esa forma - y de manera ilegítima, tal como se desarrollará en el motivo tercero -".

SEXTO. - Decisión de la Sala. El derecho al honor de las personas físicas orgánicamente vinculadas a una persona jurídica por hechos atribuidos a esta. Su relación con la protección del prestigio profesional.

El motivo, en los términos en que se ha formulado, debe ser desestimado por las razones que siguen.

1.- La jurisprudencia de esta Sala ha admitido que el prestigio profesional, que es el que tiene toda persona cuando actúa dentro del área de su actividad laboral, artística, deportiva, científica o similar, y que tiene repercusión en el ámbito social, forma parte de la trascendencia en que se desenvuelve el honor. Para que un ataque al mismo integre además una transgresión del derecho fundamental, es necesario que revista un cierto grado de intensidad. No basta, pues, la mera crítica de la actividad profesional, sino que es precisa la descalificación injuriosa o innecesaria del comportamiento profesional de una persona, especialmente mediante infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o ética en el desempeño de aquella actividad, lo que deberá apreciarse en función de las circunstancias del caso (STC 9/2007 y SSTs 13 de noviembre de 2002 y 25 de febrero de 2008, entre otras).

2.- La sentencia 975/2008, de 16 de octubre, reiterada por la 54/2009, de 4 de febrero, al analizar el derecho al honor en su vertiente vinculada al prestigio profesional, incluye en su ámbito tanto a las personas físicas como a las jurídicas: "La jurisprudencia constitucional y la de esta Sala han considerado incluido en la protección del honor el prestigio profesional, tanto respecto de las personas físicas como de las personas jurídicas. El juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor profesional, incluso de especial gravedad, ya que la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga (SSTC 180/99 y 9/2007)".

3.- Esta es la jurisprudencia que los recurrentes consideran vulnerada por la Audiencia, consideración que no puede compartir esta Sala. Las referidas sentencias, como observa el Ministerio Fiscal en su informe, admiten que las opiniones críticas o las

informaciones divulgadas sobre la conducta profesional de una persona puedan constituir una intromisión ilegítima en su honor profesional. Incluso de especial gravedad por constituir la actividad profesional una importante manifestación externa de la personalidad. Pero las sentencias cuya infracción se denuncia no se refieren a la afectación del honor de las personas físicas vinculadas orgánicamente a la persona jurídica a la que se imputen los hechos o a la que se refieran las opiniones potencialmente injuriosas o vejatorias.

4.- Si la jurisprudencia reconoce a las personas morales la susceptibilidad de ser titulares del derecho al honor, también en su vertiente de honor profesional por razón del ejercicio de la actividad propia de su objeto social, ello debe ser entendido en congruencia con la propia naturaleza y personalidad jurídica de la misma, como sujeto de derecho autónomo. Sin que la titularidad de su derecho al honor quede diluido, fungido o sometido a una suerte de conmixción jurídica con el propio de sus socios o administradores, como tampoco el de cada uno de estos queda confundido entre sí.

No ocurre tal cosa, no al menos en el caso de las sociedades capitalistas, como es el caso de Método 3, S.A. En la fundamentación del motivo los recurrentes incurrían en el error jurídico de calificar a esta entidad mercantil como sociedad personalista, calificación que no se corresponde con la propia de las sociedades anónimas, que son sociedades de capital (art. 1 LSC).

5.- En congruencia con lo señalado, la jurisprudencia de esta Sala ha negado también la confusión de la legitimación de las acciones de tutela del derecho al honor por parte de quien, en nombre propio, pretenda su ejercicio sin ser titular del derecho, incluso por la vía indirecta de una indebida acumulación de acciones. Así la sentencia de 5 de abril de 1994 declaró:

"ocurre, sin embargo, que este razonamiento y su doctrina que esta sentencia asume es, a su vez incompatible, con cualquier reparación de las personas de los socios que sean sus propietarios, directores o partes, como sujetos autónomos, que puedan también cumulativamente considerarse agraviados dado que, en todo caso, la razón de hacer extensiva, aunque de forma matizada, la protección a las personas jurídicas, descansa, precisamente, en la proyección o repercusión que tenga sobre sus socios o componentes, coetáneo al tiempo de la agresión u ofensa. Esto es, que en estos casos no hay lugar a que prospere ninguna acumulación de pretensiones de los socios con la sociedad, basadas en los mismos hechos".

6.- Con ello no negamos la posibilidad de que determinadas informaciones u opiniones que puedan resultar lesivas como intromisiones ilegítimas en el derecho al honor de una persona jurídica, puedan generar simultáneamente un efecto lesivo, directo o indirecto, en el honor de aquellas personas físicas que, por su estrecha vinculación con aquella (como fundadores, gerentes, directores, administradores, propietarios, etc.), en atención a las circunstancias del caso concreto, especialmente cuando las informaciones u opiniones controvertidas transmitan una indiferenciación entre ambas personas (la jurídica y la física) en la narración del mensaje, como sucede cuando en su ocurrir se entremezclan los hechos y la identidad personal (denominación social, nombres y apellidos) de los sujetos intervinientes en aquellos.

Pero esto no se produce por el mero hecho de que la persona física supuestamente agraviada ostente un cargo orgánico en la sociedad a la que se imputan los hechos, actos o comportamientos cuyo carácter injurioso o afrentoso sirva de base a la demanda, que es el planteamiento formal del motivo. Este, además, se fundamenta en una vulneración de una jurisprudencia (relativa a la vinculación entre el prestigio profesional y el derecho al honor), que la Audiencia no niega ni inaplica incorrectamente en su sentencia, por lo que no puede vulnerarla.

7.- A lo anterior se suma el hecho de la propia confusión y falta de precisión del motivo, que, como afirma en su informe el Ministerio Fiscal, parte de un cuestionamiento general de la conclusión de la sentencia de la Audiencia respecto a que la imputación de las conductas potencialmente delictivas se atribuye a la agencia de detectives Método 3, y no a sus socios o administradores de forma personal (sin perjuicio de lo que se expondrá "infra").

En el motivo se alude a que tales "acusaciones no quedan circunscritas a la mercantil Método 3, sino que, lo que el autor sugiere a través de las concretas expresiones controvertidas que aquí se denuncian es que ambos podrían participar también de esa responsabilidad penal, y, por tanto, es su propio honor personal, igualmente merecedor de la debida protección en su vertiente de honor profesional, el que se vería igualmente lesionado". Con ello quedan sin concretar qué singulares expresiones de las contenidas en el capítulo del libro controvertido son las que, a juicio de la recurrente, contienen esas imputaciones de conductas delictivas a los Sres. Berta y Jose María, incurriendo en confusión y falta de claridad en la exposición del motivo.

SÉPTIMO. - Antelación de la resolución del motivo quinto. Formulación del motivo.

1.- La cuestión jurídica sustancial que se suscita en los motivos tercero y cuarto es la incorrección del juicio de ponderación del tribunal de apelación sobre los derechos fundamentales en conflicto (honor y libertades de información y expresión).

Dicho conflicto, en cuanto afecta al derecho de información, debe ser analizado desde la perspectiva del requisito de la veracidad, requisito que guarda relación con el motivo quinto del recurso, relativo a la denominada doctrina del "reportaje neutral", doctrina que condiciona el alcance del requisito de la veracidad y, en consecuencia, condiciona también la respuesta que deba darse a aquellos motivos tercero y cuarto, en la medida que requieran una ponderación entre el derecho al honor y la libertad de información desde el prisma de dicho requisito. Por ello damos respuesta ahora a este motivo quinto.

2.- El motivo se formula bajo el siguiente epígrafe:

"MOTIVO QUINTO DE CASACIÓN. - Infracción de lo dispuesto en el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y de la jurisprudencia relativa a la doctrina del reportaje neutral, establecida entre otras en las SSTS nº 350/2011 y 617/2016".

3.- El desarrollo del motivo se sustenta, en síntesis, en los siguientes argumentos: (i) el libro del Sr. Severiano contiene opinión y crítica, pero también proporciona información al lector al describir ciertos hechos susceptibles de ser contrastados; (ii) el autor no presenta las afirmaciones aquí cuestionadas sobre los actores como una mera recopilación de informaciones publicadas en la prensa, sobre las que pretende basar su crítica, y advirtiendo oportunamente al lector que no las ha contrastado, sino que el Sr. Severiano las hace suyas y las presenta como aseveraciones propias que tiene por indudablemente ciertas, y así lo traslada al lector; (iii) en este escenario se plantea la aplicación de la doctrina del reportaje neutral, y no con relación a esa opinión o crítica expresada por el autor, sino respecto de los hechos o informaciones en los que aquella se basa; (iv) la propia sentencia recurrida reconoce que dicha información no reúne los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que la misma pueda ser calificada como información neutral; (v) por tanto no puede el autor pretender ampararse en su derecho a la información para excluir la ilegitimidad de su intromisión en el derecho al honor de los actores por los hechos o informaciones en las que se basan las expresiones controvertidas.

El motivo no puede ser estimado por las razones que se exponen a continuación.

OCTAVO. - Decisión de la Sala. La doctrina del reportaje neutral. Inaplicabilidad al caso.

1.- La jurisprudencia de esta sala (SSTS 350/2011, de 1 de junio y 617/2016, entre otras) y la del Tribunal Constitucional (SSTC 139/2007, FJ 11, 53/2006, FJ 8, 54/2004, FJ 7, y 76/2002, FJ 4), han declarado que para que pueda hablarse de reportaje neutral han de concurrir los siguientes requisitos: (i) el objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas. De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones; y (ii) el medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia. De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral.

En caso de cumplimiento de ambos requisitos, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido.

2.- El recurrente afirma que no concurren los requisitos examinados, propios de la doctrina del reportaje neutral, en el presente caso, y en esta afirmación coincide plenamente con el criterio de la Audiencia que, como se señala también en el escrito del recurso, después de repasar la jurisprudencia a que nos hemos referido, concluye que "no concurriendo en el caso de autos los mencionados requisitos [...] ningún interés para la resolución del procedimiento tendría la referencia a tal doctrina que la sentencia de instancia correctamente omite".

Conclusión que esta Sala comparte, pues la sentencia recurrida ni desconoce ni aplica indebidamente la doctrina del reportaje neutral. Antes al contrario, precisamente en coincidencia con lo que defienden los recurrentes, descarta su aplicación por entender que no concurren sus requisitos habilitantes, de forma que la ratio decidendi en que se apoya la sentencia recurrida para excluir la existencia de intromisión ilegítima en el honor, como consecuencia de las informaciones controvertidas, radica no en una inadecuada aplicación de la reiterada doctrina, sino en la aplicación de los criterios generales que rigen el juicio de ponderación entre honor y libertad de expresión e información, que son objeto de cuestionamiento en los motivos tercero y cuarto del recurso, en los términos que pasamos a examinar, al margen ya de los condicionamientos propios de la doctrina del reportaje neutral.

NOVENO. - Formulación del tercer motivo del recurso.

1.- El motivo se formula con el siguiente encabezamiento:

"MOTIVO TERCERO DE CASACIÓN.- Infracción del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y de la jurisprudencia relativa a los criterios normativos que rigen la ponderación de los derechos fundamentales en colisión (libertad de expresión versus derecho al honor), fijada entre otras por las SSTS nº 554/2014 y 258/2017, siguiendo una doctrina repetida en numerosas Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional (con relación a la atribución de conductas de carácter delictivo)".

2.- En su defensa se argumenta, sintéticamente, lo siguiente: (i) se entiende infringido el art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982 y la jurisprudencia relativa a los criterios que deben regir para realizar la ponderación en caso de conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor; (ii) no hay duda en cuanto a la posición prevalente que ostenta la libertad de expresión - y también el derecho de información - sobre el derecho al honor, pero tampoco es discutible que aquel derecho decae frente a éste en el caso que se aprecie que no se dan ciertos requisitos; (iii) se examinan bajo los parámetros establecidos por la jurisprudencia aquellas expresiones recogidas en el libro que suponen la atribución de supuestos hechos delictivos, de los que el autor sugiere que pudieran ser personalmente responsables la Sra. Berta y el Sr. Jose María, como también la propia entidad mercantil Método 3; (iv) en concreto se refiere, a modo de ejemplo, a los siguientes hechos: el presunto fraude de los abrigos se atribuye directamente a Inés -la Sra. Berta -; todas las acusaciones derivadas de su relación profesional con entidades como la SGAE se personalizan en el Sr. Jose María; al igual que las acusaciones de fraude y/o delito fiscal vinculadas a su relación con el BARÇA -con expresiones literales como "gran parte del dinero fue a parar al bolso de Inés o a la cartera de Jose María ."-; la supuesta impunidad de la que el autor del libro dice que gozaba Método 3 se asocia a los contactos personales que supuestamente mantenían los dos con el "poder", con acusaciones particularmente centradas en la Sra. Berta; el denunciado desvío de fondos a paraísos fiscales para vaciar el patrimonio de la sociedad se atribuye personalmente a ambos; y así podríamos seguir respecto a la totalidad de las conductas que se integran en este primer bloque de expresiones que entendemos vulneran su derecho al honor; (v) la Audiencia parte de la exclusión de este grupo de

imputaciones más graves entre las conductas sometidas a su análisis, al rechazar respecto de las mismas, y a priori, tanto la legitimación de Método 3, por un lado, como de la Sra. Berta y el Sr. Jose María, por otro, por razones distintas, a las que se refieren los motivos primero y segundo del recurso; (vi) el ejercicio de la sana crítica no faculta al uso de expresiones insultantes u ofensivas, injuriosas o calumniosas, que resulten prescindibles y gratuitas; el autor acusa a los actores de fraude, chantaje, alzamiento, falsedad, revelación de secretos, delito fiscal, espionaje, corrupción, etc.; (vii) esa crítica no se apoya en hechos objetivos; la sentencia impugnada admite que esos hechos pueden no ajustarse estrictamente a la realidad, y, en todo caso, en ningún momento dicha sentencia da por probada ni la veracidad de los hechos ni que el autor haya llevado a cabo la más mínima actuación dirigida a verificarlos o contrastarlos; (viii) tampoco concurre el requisito de la relevancia pública, pues aunque no se discute que el libro versa sobre materias de interés general, e incluye referencias a numerosas personas con notoriedad o proyección pública, ni el interés general de muchos de los asuntos tratados en el libro, consistente en una obra de opinión en la que el autor expone su pensamiento acerca del estado de la profesión de detective privado en España, sí discute que esa relevancia pública se pueda predicar de las expresiones controvertidas, pues los sujetos a que se refieren son los propios actores y no esos terceros personajes que sin duda aglutinan la reconocida relevancia pública o el interés general de los asuntos conexos que les afectan; (ix) merece un absoluto reproche que esa pretendida opinión o crítica del autor se manifieste a través de frases y expresiones inequívocamente injuriosas y se atribuya sin fundamento unas conductas que pudieran suponer la comisión de gravísimos delitos; (x) estas infundadas acusaciones resultan del todo prescindibles y gratuitas; si lo único que pretendía el autor, según dice, es defender su tesis de que la repercusión mediática de Método 3, a raíz del caso de La Camarga, es la justificación de la que se ha servido el poder para el control de todos los profesionales de la investigación privada, no hacía falta acusarles sin fundamento de la comisión de ningún delito.

DÉCIMO. - Decisión de la Sala (i). Libertad de expresión y derecho al honor. Los límites recíprocos entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información. La ponderación como técnica de resolución de conflictos.

1.- La respuesta de esta sala tiene que fundarse en su propia jurisprudencia y en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el conflicto entre el derecho

fundamental al honor y el derecho fundamental a la libertad de expresión e información (SSTS 146/2013, de 13 de marzo, 809/2013, de 26 de diciembre, 556/2014, de 10 de octubre, 605/2014, de 3 de noviembre, 378/2015, de 7 de julio, 591/2015, de 23 de octubre y 551/2017, de 11 de octubre (del pleno de la Sala), 372/2019, de 27 de junio y 51/2020, de 22 de enero, entre otras muchas).

2.- El artículo 20.1.a ) y d) de la Constitución, en relación con su artículo 53.2, 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 su artículo 18.1 reconoce con igual grado de protección el derecho al honor.

3.- La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986 y 139/2007, y SSTS de 26 de febrero de 2014 y 24 de marzo de 2014, entre otras) porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. 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 (SSTC 104/1986, de 17 de julio, 139/2007, de 4 de junio, y 29/2009, de 26 de enero).

4.- No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizada por el derecho a la libertad expresión, de la simple narración de unos hechos garantizada por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y a la inversa (SSTC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 6, 29/2009, de 26 de enero, FJ 2, 77/2009, de 23 de marzo, FJ 3, y 50/2010, de 4 de octubre, FJ 4). Según la STC 216/2013, de 19 de diciembre: "La distinción no es baladí pues la veracidad, entendida como diligencia en la averiguación de los hechos, condiciona la legitimidad del derecho a la información, requisito que, sin embargo, no es exigible cuando lo que se ejercita es la libertad de expresión, pues las opiniones y juicios de valor no se prestan a una demostración de su exactitud, como sí ocurre con los hechos (SSTC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4 ; 50/2010, de 4 de octubre y 41/2011, de 11 de abril)".

5.- La jurisprudencia concluye que cuando concurren en un mismo texto elementos informativos y valorativos es necesario separarlos, y solo cuando sea imposible hacerlo habrá de atenderse al elemento preponderante (SSTC 107/1988, 105/1990 y 172/1990).

Dicen las SSTC 216/2013 y 41/2011 que cuando se atribuye la comisión de hechos antijurídicos, la exposición de los hechos y la emisión de valoraciones aparecen indisolublemente unidas, pero la primera de dichas sentencias ha precisado que la delimitación de un conflicto en el ámbito de la libertad de expresión no ha de resultar afectada por la atribución de hechos o conductas que aparezcan en la narración como mero sustento del juicio de valor emitido. La más reciente STC 79/2014 insiste en que cuando el juicio de valor se apoya en hechos, sobre todo muy anteriores, o conocidos por el público en general, el juicio crítico o la valoración personal de aquellos hechos debe enjuiciarse "con sometimiento al canon propio de la libertad de expresión, y no al canon de la veracidad exigida constitucionalmente al derecho a comunicar información".

6.- En ambos casos (opinión e información) se trata de libertades fundamentales que encuentran su límite, especialmente, en el respeto a los derechos de la personalidad del honor, intimidad y propia imagen.

El art. 20.4 de la Constitución establece que las libertades de expresión e información "tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen [y a la protección de la juventud y de la infancia]".

7.- El derecho al honor se ve afrentado sin duda cuando se atribuye a una persona conductas merecedoras del máximo reproche social, pues este derecho fundamental ampara la buena reputación de una persona "protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o sean tenidas en el concepto público por afrentosas" (STC 14/2003, FJ 3).

No cabe duda que tal calificación merece la imputación a ciudadanos identificados de conductas punibles, trátase de infracciones administrativas (STC 266/2005, de 24 de octubre, FJ 5), de irregularidades (STC 68/2008, FFJJ 4 a 6, y 272/2006, de 25 de septiembre, FJ 9) o de ilícitos penales [SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 5; 47/2002, de 25 de febrero, FJ 4; 1/2005, de 17 de enero, FJ 7, 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4 c), y STC 133/2018, FJ 9].

8.- A su vez el derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado, o delimitado externamente, por las libertades de expresión e información, en los casos en que estas pueden ocasionar una restricción legítima en dicho derecho. Ninguno de tales derechos es pues absoluto.

De darse un conflicto entre los citados derechos fundamentales, éste debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación o valoración constitucional teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Esta ponderación exige, 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.

9.- La técnica de ponderación constitucional exige una doble valoración, la del "peso abstracto" y la del "peso relativo" de los derechos fundamentales en conflicto.

10.- En cuanto a la valoración del "peso abstracto" de los citados derechos que entran en colisión, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostentan tanto el derecho a la libertad de expresión como el derecho a la libertad de información, por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STC 9/2007, FJ 4º), alcanzando la protección constitucional su máximo nivel cuando (i) desde el lado activo, tales libertades son ejercitadas por profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, FJ 4; 29/2009, FJ 4; y art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea); y (ii) desde el lado pasivo, se refieren a personas de proyección pública (STEDH de 27 de mayo de 2004).

11.- Además, ese juicio de ponderación en abstracto debe atender a que el ejercicio de 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 216/2013 y 9/2007), 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).

12.- La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el "peso relativo" de los derechos en conflicto. Desde esta perspectiva, en cada caso concreto aquella preeminencia en abstracto de las

libertades de expresión e información puede llegar a revertirse a favor de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Para realizar esta valoración deben tenerse en cuenta, en lo que ahora interesa, tres parámetros: la relevancia pública de la materia o de las personas afectadas, la veracidad (respecto de la información) y la proporcionalidad de las expresiones utilizadas.

13.- Relevancia pública. En primer lugar, se ha de verificar si se trata o no de asuntos de relevancia pública o interés general. Para que pueda considerarse justificada una intromisión en los citados derechos fundamentales (honor, intimidad y propia imagen) es preciso que la información o la expresión se refiera a asuntos de relevancia pública o interés general, ya por la propia materia a la que alude la noticia o el juicio de valor, o por razón de las personas, esto es, porque se proyecte sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008; SSTS de 6 de julio de 2009).

La "proyección pública" se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias (STS 17 de diciembre de 1997; si bien la STC 7/2014 ha matizado que esa proyección pública no se extiende a la derivada de la mera actividad profesional).

En tales casos el peso de la libertad de expresión e información es más intenso, como establece el artículo 8.2.A LPDH, en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor (sentencia 556/2014, de 10 de octubre).

14.- Veracidad. En segundo lugar, debe examinarse el requisito de la veracidad. A diferencia de la libertad de expresión, donde no rige más que limitadamente, por el contrario, constituye un requisito para que la libertad de información resulte amparada por la protección constitucional que sea veraz (STC 216/2013).

Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia o información de acuerdo con pautas profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información con el transcurso del tiempo pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007 y 29/2009, FJ 5). Falta esa diligencia cuando se transmiten como hechos verdaderos simples rumores carentes de constatación o meras invenciones.

15.- Ahora bien, en caso de un juicio de valor amparado por la libertad de expresión no se excluye

absolutamente la necesidad de la existencia de una cierta base fáctica. Así lo ha exigido el TEDH en su sentencia de 14 de junio de 2016, Jiménez Losantos c. España: "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 (no 2), nº 20834/92, § 33, Compendio 1997-IV, Brasilier c. Francia, no 71343/01, § 36, 11 de abril de 2006, Lindon, Otchakovsky-Laurens y July, anteriormente citada, § 55)".

16.- Proporcionalidad. En tercer lugar, debe constatarse la exclusión de expresiones denigrantes, ultrajantes u ofensivas e innecesarias.

En todo caso, ni la información ni la opinión o crítica pueden manifestarse a través de frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1 a) de la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto (SSTC 204/1997, F. 2; 134/1999, F. 3; 6/2000, F. 5; 11/2000, F. 7; 110/2000, F. 8; 297/2000, F. 7; 49/2001, F. 5; 148/2001, F. 4 ; 127/2004; 198/2004 y 39/2005).

Ni la transmisión de la noticia o reportaje ni la expresión de la opinión puede sobrepasar, respectivamente, el fin informativo o la intención crítica pretendida, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, debiendo prevalecer en tales casos la protección del derecho al honor. Como dice la STC 216/2013, de 19 de diciembre: "incluso en el ámbito en el que los límites de la crítica permisible son más amplios, la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, lo que significa que de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) CE, están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad, sean ofensivas o ultrajantes y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (por todas, STC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4)" ( STC 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4)".

17.- Para precisar los elementos concretos que se han de valorar para que una expresión se considere como indudablemente ofensiva o injuriosa y, por tanto, lesiva para la dignidad de otra persona, ha de estarse, según doctrina de esta Sala Primera (sentencias de 21 de junio de 2001, 12 de julio de 2004 y 1183/2008, de 3 de diciembre, entre otras), a los siguientes elementos: el contexto interno, el contexto externo, la proyección pública de las personas a que se dirijan las

expresiones y su gravedad objetivamente consideradas.

18.- El contexto interno. En cuanto al primero, de acuerdo con una concepción pragmática del lenguaje adaptada a las concepciones sociales, la jurisprudencia mantiene la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables (el artículo 2.1 LPDH se remite a los usos sociales como delimitadores de la protección civil del honor).

19.- El contexto externo. En cuanto a éste, hay que tomar en cuenta el medio en el que se vierten, su difusión y las circunstancias que las rodean, valorando, por ejemplo, si han tenido lugar en el contexto de una contienda o conflicto, y si el ofendido decidió participar voluntariamente o inició la polémica.

En lo que ahora interesa, una de las circunstancias contextuales relevantes es el medio de expresión empleado, distinguiendo si es oral o escrito. Según las sentencias de esta Sala de 12 de diciembre de 2013 y 556/2014, de 10 de octubre, en el juicio de ponderación, para valorar el carácter desproporcionado o excesivo de las frases o expresiones empleadas es relevante el dato de si las expresiones ofensivas se han pronunciado en el curso de una entrevista o de una intervención oral en un debate, o bien si han sido consignadas con el sosiego y la meditación que es presumible en quien redacta un escrito que se destina a su publicación (SSTC 336/1993, de 15 de noviembre, FD 6; 3/1997, de 13 de enero, FD 6; 20/2002, de 28 de enero, FD 6).

20.- La proyección pública de la persona a que se dirigen las expresiones. Este dato debe tenerse en cuenta, ya que, como antes se dijo, en el caso de las personas o actividades de proyección pública la protección del honor disminuye. Pero que disminuya no quiere decir que desaparezca. Como se afirmó en la sentencia 417/2016, de 20 de junio: "las expresiones que constituyen una crítica política a un personaje público y a su actuación política están amparadas por la libertad de expresión y también los calificativos relativos a aspectos de su personalidad relacionados con su actuación como cargo público, por más que resulten duras o hirientes; pero no lo están las expresiones ofensivas desconectadas de la crítica política que son meros insultos".

21.- La gravedad de las expresiones objetivamente consideradas, que no es preciso que lleguen al tipo penal, pero tampoco ser meramente intrascendentes.

Las expresiones han de ser objetivamente injuriosas; es decir, que "dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas, y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate" (STC 232/2002, 9 diciembre).

La sentencia de esta Sala de 12 de julio de 2004 recuerda el carácter necesariamente casuístico de la jurisprudencia en esta materia, reseñando los siguientes precedentes relevantes para apreciar esa gravedad: "[...] cabe señalar la exigencia de que se trate de insultos de "determinada entidad" o actos vejatorios (S. 18 noviembre 2.002), expresiones "indudablemente" o "inequívocamente" injuriosas o vejatorias (SS. 10 julio 2.003, 8 abril 2.003), apelativos "formalmente" injuriosos (SS. 16 enero 2.003, 13 febrero 2.004), frases ultrajantes u ofensivas (S. 11 junio 2.003), en definitiva se requiere que las expresiones pronunciadas o escritas tengan en sí un contenido ofensivo o difamatorio (S. 20 febrero 2.003). Tienen tal significación las expresiones de menosprecio o desdoro que en cualquier sector de la sociedad que las perciba o capte producirá una repulsa o desmerecimiento (S. 8 marzo 2.002), las que suponen el desmerecimiento en la consideración ajena al ser tenidas en el concepto u opinión pública por afrentosas, con el consiguiente descrédito o menosprecio para el actor (S. 8 abril 2.003)".

DECIMOPRIMERO. - Decisión de la Sala (II). Aplicación de la doctrina jurisprudencial anterior al motivo. Estimación parcial.

En aplicación de la reseñada doctrina jurisprudencial, procede estimar en parte el recurso por las razones que se exponen a continuación.

1.- En primer lugar, debemos partir de desestimar el recurso respecto de Método 3, S.A. en base a las siguientes razones:

añ) Como ha reiterado la jurisprudencia, la protección del derecho al honor de las personas jurídicas, en comparación con la propia de las personas físicas, es más limitada en su extensión o ámbito, pues se limita a su dimensión externa o de transcendencia social (sin que se reconozca en su dimensión interna o immanente de autoestima), y más limitada también en su intensidad. En este caso la intensidad de la protección disminuye incluso más como consecuencia de que la sociedad Método 3 está disuelta desde 2012, y en liquidación. No consta desde entonces actividad significativa de la misma, ni siquiera la propia de la

liquidación de las operaciones pendientes (de las actuaciones se desprende que ha sido declarada en rebeldía en algunos procedimientos judiciales y en el presente procedimiento no ha intervenido siquiera su liquidador).

añ) La disolución no extingue la personalidad jurídica de la sociedad, pero la apertura de la fase de liquidación está preordenada a dicha extinción, a través de las operaciones liquidatorias, mediante el cobro de los créditos y pago de las deudas sociales (art. 385 LSC), la enajenación de los bienes sociales (art. 387 LSC), la división del patrimonio resultante (art. 391 LSC) y el otorgamiento de la escritura de extinción y cancelación de los asientos registrales (arts. 395 y 396 LSC).

añ) No resulta aplicable al caso de las personas jurídicas el régimen previsto en el art. 4 de la LO 1/1982 respecto del ejercicio de las acciones de protección civil del honor de una persona fallecida. En la fase de sociedad disuelta y en liquidación todavía persiste la personalidad y, por tanto, la titularidad del derecho al honor. Pero la intensidad de su protección se reduce en paralelo al interés afectado, y en consecuencia a la disminución de la potencial lesividad de la intromisión ilegítima, ya que su proyección se restringe al estar limitada tanto la actividad de la sociedad a las operaciones de liquidación, como su duración temporal por estar abocada a su extinción al término de tales operaciones.

añ) Los derechos en conflicto, en los términos en que el debate ha llegado a esta sede casacional a la vista de la resolución impugnada y de la concreta formulación del motivo, son el derecho al honor y la libertad de expresión (el encabezamiento del motivo no se refiere al derecho de información y en su desarrollo aparece citado sólo de forma secundaria).

añ) La ponderación debe respetar la posición prevalente que ostentan tanto el derecho a la libertad de expresión como el derecho a la libertad de información, por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático. A su vez, la libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo.

En este caso estamos en presencia de un libro de opinión, de denuncia y crítica de la situación actual de la profesión de los investigadores o detectives privados en España, cuya evolución y causas analiza, entre las que incluye las actuaciones realizadas

durante años por la ex agencia Método 3 que describe en el capítulo cuarto.

añ) Cuando concurren en un mismo texto elementos informativos y valorativos, como sucede en este caso, es necesario separarlos, y solo cuando sea imposible hacerlo habrá de atenderse al elemento preponderante. A su vez, cuando se atribuye la comisión de hechos antijurídicos, la exposición de los hechos y la emisión de valoraciones aparecen indisolublemente unidas, pero en la delimitación de un conflicto en el ámbito de la libertad de expresión no ha de resultar afectada por la atribución de hechos o conductas que aparezcan en la narración como mero sustento del juicio de valor emitido.

En este sentido, los hechos narrados en el capítulo del libro controvertido, incluidos los susceptibles de calificarse como antijurídicos, incluso en caso de ser susceptibles de ser subsumidos en algún tipo penal, en la medida en que estén directa y estrechamente vinculados a la opinión o juicio crítico que como tesis central se mantiene en el libro (la situación de deterioro que, a juicio del autor, vive la profesión de detective privado en España, como consecuencia de una reacción de los poderes públicos que responde, entre otras causas, a las prácticas y comportamientos de la agencia Método 3), deben ponderarse con arreglo al canon propio de la libertad de expresión, y no con sujeción al requisito de la veracidad, en los términos que se exige constitucionalmente respecto del derecho de comunicar y recibir información.

Ahora bien, este canon propio de la libertad de expresión no excluye absolutamente la necesidad de la existencia de una "base fáctica suficiente". Si dicha base no existe en absoluto o es claramente insuficiente, la crítica podría revelarse ilegítima.

añ) La recurrente atribuye al autor del libro haberle imputado la comisión de diversas actividades delictivas. En concreto: fraude, chantaje, alzamiento, falsedad, revelación de secretos, espionaje, delitos fiscales y corrupción. Sin perjuicio del análisis más detallado que hagamos de estas imputaciones a propósito del recurso formulado por los demandantes Sres. Berta y Jose María, dada la limitación y menor intensidad del derecho al honor de la mercantil Método 3, S.A., por su carácter de persona jurídica y su situación societaria "en liquidación", a que nos hemos referido, la Sala considera suficiente precisar ahora lo siguiente: (i) el autor del libro en ningún pasaje de los cuestionados afirma que dicha entidad haya cometido delito alguno; el único pasaje en que se menciona la palabra "delito" es el siguiente: "al órgano o personas que diluciden qué es delito y no en el proceder de Método 3 se invita a diseccionar si es

justo que por las golfadas de unos pocos paguen muchos"; no hay, por tanto, afirmación o imputación de delito, sino narración de hechos que en algún caso podrían corresponderse con algún tipo de calificación penal, calificación que no hace el autor; (ii) de esos hechos, los que los recurrentes destacan como potencialmente merecedores de reproche penal, o bien no responden al término que se utiliza para describirlo (fraude a una aseguradora); o bien se imputan personalmente a los Sres. Berta y Jose María (evasión fiscal, impunidad por las relaciones con el "poder"); o se refieren a actividades propias de la agencia de detectives que han sido ampliamente difundidas en la prensa con anterioridad a la publicación del libro (actividades de espionaje y de elaboración de informes para, supuestamente, comerciar con datos obtenidos ilícitamente), que ni carecen de relevancia pública e interés general, por los numerosos personajes públicos que aparecen relacionados con los hechos narrados (políticos, ex ministros, directivos de un conocido club de fútbol, etc.), ni carecen de base fáctica suficiente a estos efectos, en los términos de la jurisprudencia antes reseñada, a la vista de la abundante documentación aportada a las actuaciones.

2.- En segundo lugar, respecto de las alegaciones relativas a la intromisión en el honor de los Sres. Berta y Jose María, vamos a diferenciar, siguiendo la estructura del recurso, entre lo que los recurrentes consideran imputaciones de actividades delictivas, por un lado, y las que consideran como afrentas a su prestigio profesional personal, por otro. Daremos respuesta a las alegaciones relativas a las imputaciones sobre "comportamientos socialmente reprochables" a la Sra. Berta al contestar al cuarto motivo del recurso por tener este dicho objeto.

3.- Respecto de las referencias a supuestas actividades delictivas, en concreto se trata de las que se transcriben a continuación, que en el recurso se citan "a título de ejemplo", pero que a los efectos del recurso delimitan su objeto, pues es carga del recurrente concretar el preciso alcance del derecho cuya lesión denuncia, sin que en este aspecto pueda la Sala suplir su actividad en contra de los principios dispositivos y de contradicción: "el presunto fraude de los abrigos se atribuye directamente a Inés - la Sra. Berta -; todas las acusaciones derivadas de su relación profesional con entidades como la SGAE se personalizan en el Sr. Jose María; al igual que las acusaciones de fraude y/o delito fiscal vinculadas a su relación con el BARÇA - con expresiones literales como "gran parte del dinero fue a parar al bolso de Inés o a la cartera de Jose María."; la supuesta impunidad de la

que el autor del libro dice que gozaba Método 3 se asocia a los contactos personales que supuestamente mantenían los dos con el "poder", con acusaciones particularmente centradas en la Sra. Berta; el denunciado desvío de fondos a paraísos fiscales para vaciar el patrimonio de la sociedad se atribuye personalmente a ambos; y así podríamos seguir respecto a la totalidad de las conductas que se integran en este primer bloque de expresiones que entendemos vulneran su derecho al honor".

4.- Analizadas separadamente cada una de las citadas imputaciones resulta lo siguiente en cuanto a las tres primeras:

Presunto fraude de los abrigos. El texto al que se atribuye la intromisión ilegítima es el siguiente:

"Cuentan al autor los primeros socios de Método 3 que los muebles de la primera oficina se podrían haber pagado gracias a la indemnización de una aseguradora que reembolsaba el robo de unos abrigos de piel".

No hay en este texto imputación de fraude alguno (ni falsedad en la declaración del siniestro, ni simulación del robo, u otro). Pagar unos muebles de una oficina con la indemnización obtenida por un siniestro asegurado nada tiene de reprochable.

Acusaciones derivadas de su relación profesional con la SGAE. Al margen de la imprecisión de no concretar las acusaciones precisas a que se refiere, la más directamente relacionada con dicha entidad es la reflejada en el siguiente texto "Para Método 3, SGAE era un cliente para satisfacer al completo y que siempre "tenía razón". Y si no la tenía, ellos se la daban avalándola con pruebas veraces o lo que hiciera falta. Qué importaba. Lo importante es facturar, cueste lo que cueste. El "Proyecto Toalla" representa lo que afirmamos. Consistía en infiltrarse, reventar y vigilar a colectivos hostiles, bufetes y activistas contrarios a las directrices recaudatorias de SGAE. Método 3 fue la 'inteligencia' y el brazo ejecutor de tan discutible operativo".

Hay en este texto afirmaciones de distinta naturaleza: (a) unas contienen una dura crítica de una actuación profesional basada en un intento de satisfacer al cliente dándole siempre la razón, avalándola con pruebas veraces "o lo que haga falta", y donde lo importante es el rédito económico; es sin duda una crítica dura, molesta, desabrida, que puede molestar, pero que entra dentro de los márgenes de la libertad de expresión, según reiterada jurisprudencia; y (b) otras contienen referencias al "proyecto Toalla", que tenía por objeto "infiltrarse, reventar y vigilar a colectivos hostiles, bufetes y activistas contrarios a las directrices recaudatorias de SGAE"; se trata también de una narración de hechos relacionados con

actividades que expresan la finalidad del encargo, frente a colectivos contrarios a las directrices recaudatorias de la sociedad de gestión de derechos de autor, consistentes en "infiltrarse, reventar y vigilar" los colectivos que cita.

De estos términos el que presenta una connotación más hiriente y problemática es el relativo a la acción de "reventar", pues los otros dos ("vigilar" o "infiltrarse") están relacionados con la actividad de "vigilancia" que es una de las actividades que la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada - al igual que hacía su predecesora de 1992 - reconoce como propias de las empresas de seguridad privada (art. 5.1), sin perjuicio de los límites y prohibiciones que se fijan en tales normas. Pero, como se ha dicho "supra", de acuerdo con el criterio de la interpretación contextual (contexto interno en este caso) y con una concepción pragmática del lenguaje adaptada a las concepciones sociales, la jurisprudencia mantiene la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible.

Por otra parte, también hay constancia documental en las actuaciones de las referencias en prensa a los trabajos realizados por Método 3 para la entidad SGAE, sin que, en consecuencia, se pueda hablar de meros rumores o afirmaciones carentes totalmente de base fáctica. La relevancia pública del tema es evidente al afectar a una importante sociedad de gestión de derechos de autor en España que ha sido objeto de diversas controversias y polémicas de amplio interés y repercusión mediática.

Referencias a la supuesta impunidad que el autor del libro dice que gozaba Método 3, y que el recurrente afirma que se asocia a los contactos personales que supuestamente mantenían los Sres. Berta y Jose María con "el poder". Los textos relacionados con este apartado son los siguientes:

""La impunidad de la que gozaron durante una época en esa lucha generó que bufetes en toda España replicaran los 'métodos' (valga la redundancia) de Método 3" (pág. 277).

"- "Nadie niega que los 'informes de diseño' que se hicieron para SGAE están avalados por la impunidad de décadas y dejar hacer de organismos y poderosos" (pág. 296).

"- "La técnica que imaginamos es fácil de entender. Inicialmente, logran tras acercamiento vía intermediarios y 'posibilitadores', contactar con el

poder. Después, a sabiendas que lo tienen cerca, y a favor por activa o pasiva, hacen negocio jugando con posibles impunidades, contactos. El hecho sería saberse 'intocables'" (pág. 297).

"- "Lo último fue gracias a fuentes privilegiadas que resultaron ser topes que Método 3 habría tenido, hipotéticamente, en bancos, operadoras telefónicas, funcionarios, policías y agentes secretos. La impunidad con que actuaron durante años ante la inopia, desidia, ineptitud o influencias merece profundo y sesudo análisis" (pág. 319).

Sin embargo, en contra de lo que se afirma en el recurso, en ninguno de estos pasajes se menciona de forma personal, con su nombre, apellidos o apelativo ("Inés") a los Sres. Berta y Jose María. Es cierto que en otros pasajes del controvertido capítulo se contienen referencias a la amistad y cercanía de la Sra. Berta con personas vinculadas al mundo de la política (incluido un hermano de un ministro del Interior), pero sin llegar a formularse una afirmación abierta de la relación entre tales amistades y la "impunidad" comentada, sino que se trata más bien una inferencia que los recurrentes obtienen de la lectura de tales textos. En rigor, lo que más directamente se desprende de estos es una crítica dura y ácida de la desidia e ineptitud de ciertos policías, funcionarios o autoridades que no reaccionaron frente a las malas prácticas que se atribuyen a la agencia Método 3.

La relevancia pública y el interés general del tema queda acreditado al afectar al funcionamiento de los poderes públicos. Por lo demás, de estas "malas prácticas" (centradas principalmente en un comercio o difusión espurio de dossiers e informes varios con información comprometida) existen numerosas referencias en prensa, documentadas en las actuaciones, existiendo en consecuencia una base fáctica suficiente, a la que hace referencia la Audiencia cuando afirma:

"es cierto que aunque la crítica del demandado se apoya en hechos objetivos susceptibles de contraste, siendo numerosa la documentación aportada por el mismo a su contestación en la que se recogen numerosas noticias publicadas por los medios de comunicación en las que también se cuestiona y denuncia la actuación de la agencia de detectives Método 3, o su implicación en asuntos turbios, algunos de los cuales han llegado a los tribunales [...]". Finalmente, se constata que existe, como elemento de "contexto externo" al texto cuestionado, una situación de evidente contienda o conflicto por la situación de la profesión de detective privado en España, entre cuyas causas el autor del libro incluye como relevante las actuaciones descritas de los directivos de la agencia

Método 3, que, conforme a la jurisprudencia antes expuesta, exige un mayor grado de tolerancia a la crítica, en la medida en que las expresiones utilizadas no estén desvinculadas de este propósito o resulten innecesarias a tal finalidad.

La consecuencia es que se desestima el recurso también en cuanto a estas intromisiones.

5.- Quedan por analizar otras imputaciones que merecen una respuesta diferente por parte de este tribunal. Son las relativas a la evasión fiscal de fondos y su ocultación en paraísos fiscales.

Los textos relevantes en este caso son los siguientes:

"- "El 'todo por la pasta' que parece haberse practicado sin recato alguno por estos ex detectives sitúa el grueso del capital en posibles paraísos fiscales donde no llegará el olfato policial ni judicial español, al menos en una primera panorámica.

Hay noticias fiables sobre propiedades rústicas e inmobiliarias de Inés e hijos a través de terceros (testaferros o sociedades instrumentales) en República Dominicana y Argentina, países a los que viajan con frecuencia" (pág. 336).

"- "Junto a Cirilo, el que fuera Director General de Método 3 habría gestionado domiciliar capitales opacos al fisco español y europeo. La concesión de una 'zona franca' dineraria la adjudicó el gobierno dominicano a la familia Dionisio, terratenientes y poderosos cafeteros locales con importantes lazos entre empresarios europeos" (págs. 336 y 337).

"- Los caprichos y caros hábitos familiares se pagarían a través de tarjetas de crédito emitidas sobre cuentas domiciliadas en el Banco Credicorp de Panamá, un conocido off-shore (paraíso fiscal) donde este clan familiar tendría, presuntamente, millones de euros ocultos de la Hacienda española. Un miembro del clan 'Inés', Anibal sería quien atesoraría los caudales fuera de España del clan. Antes ejercía como contable 'desde siempre'" (pág. 337).

"- "Las diferencias sobre lo facturado y cobrado por Método 3 al Barça, Generalitat, la SGAE, Maxam e incontables clientes que pagarían 'en mano', transfirieron al extranjero o sencillamente no quisieron informe -ni factura- escrito de lo grabado o escuchado, hará complejo seguir el rastro de lo que 'trabajó' Método 3 sencillamente porque no hay nada tangible que lo sustente" (pág. 338)".

6.- Esta Sala considera que los anteriores pasajes del libro constituyen una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes Sres. Berta y Jose María. En este caso no se trata sólo de una crítica que puede molestar ("El 'todo por la pasta' que parece haberse practicado sin recato alguno por estos ex detectives", "que practicaba el "todo vale" en su

quehacer profesional"), que aunque desabrida e hiriente no llega a provocar una intromisión ilegítima en el derecho al honor, sino la afirmación, como hechos (no como opinión), de actuaciones que entrarían claramente en lo antijurídico y susceptible de fuerte reproche social, como las siguientes: (i) "sitúa el grueso del capital en posibles paraísos fiscales donde no llegará el olfato policial ni judicial español"; (ii) "hay noticias fiables sobre propiedades rústicas e inmobiliarias de Inés e hijos a través de terceros (testaferros o sociedades instrumentales) en República Dominicana y Argentina, países a los que viajan con frecuencia"; (iii) "junto a Cirilo, el que fuera Director General de Método 3 habría gestionado domiciliar capitales opacos al fisco español y europeo"; (iv) "los caprichos y caros hábitos familiares se pagarían a través de tarjetas de crédito emitidas sobre cuentas domiciliadas en el Banco Credicorp de Panamá, un conocido off-shore (paraíso fiscal) donde este clan familiar tendría, presuntamente, millones de euros ocultos de la Hacienda española"; (v) "un miembro del clan 'Inés', Anibal sería quien atesoraría los caudales fuera de España del clan. Antes ejercía como contable 'desde siempre"; (vi) "las diferencias sobre lo facturado y cobrado por Método 3 al Barça, Generalitat, la SGAE, Maxam e incontables clientes que pagarían 'en mano'".

Aun admitiendo la relevancia pública de esta información por la propia notoriedad pública que habrían cobrado, al menos en ciertos círculos sociales, los Sres. Berta y Jose María, y la implicación de entidades de gran proyección pública como el Barça, la SGAE o, incluso la Generalitat, sin embargo, en este caso estamos en presencia de hechos y afirmaciones que solo pueden ser calificadas como informativas, y no como valorativas. Son hechos susceptibles de contraste, verificables, no opiniones o juicios críticos, y, por tanto, están sujetos en la ponderación entre la libertad de información y el derecho al honor en conflicto, al requisito de la veracidad. En este caso, la Sala considera que este requisito no concurre, pues no consta la existencia de apoyatura clara de tales hechos, en su conjunto, en fuentes documentales fiables (más allá de alguna referencia periodística sobre alguno de tales hechos aislados), ni que tal información sea el resultado de indagaciones o investigaciones en las que el autor haya desplegado el grado de diligencia razonablemente exigible en proporción a su gravedad.

Por otra parte, esta información no resulta necesaria para fundamentar la tesis crítica sobre el estado de la profesión de los investigadores privados en España que postula el autor. Por lo demás, resulta innegable

el desmerecimiento reputacional y el descrédito que frente a la sociedad actual presentan los hechos descritos, por lo que no puede sino afirmarse su eficacia ofensiva respecto a quien se imputan.

En consecuencia, procede estimar en este extremo el recurso.

DECIMOSEGUNDO. - Formulación del cuarto motivo del recurso. 1.- El motivo se formula con el siguiente encabezamiento:

"MOTIVO CUARTO DE CASACIÓN.- Infracción del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y de la jurisprudencia relativa a los criterios normativos que rigen la ponderación de los derechos fundamentales en colisión (libertad de expresión versus derecho al honor), fijada entre otras por las SSTs nº 258/2013 y 554/2014, siguiendo una doctrina repetida en numerosas Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional (con relación a las expresiones referidas a las conductas socialmente reprobables atribuidas a la Sra. Berta)".

2.- El motivo se centra, en particular, en las siguientes expresiones relativas a la Sra. Berta : (i) que se casó con un argentino a los 18 años y se separó a las pocas semanas; (ii) que en sus inicios montó un chiringuito en el que vendía moda y se servían copas; (iii) que el "todo por la pasta" guiaba su desempeño profesional; que la investigación privada era más un asunto de ganar dinero que de buscar verdades con ética para atender encargos profesionales; (iv) que tuvo un hijo fuera de su matrimonio - que en realidad es su hermano -; (v) que practicaba el "todo vale" en su quehacer profesional; (vi) que tuvo un affaire con el actor Estanislao ; (vi) que llevaba una vida libertina y frecuentaba locales liberales; y (vii) que gozaba de una impunidad generalizada y recibía un trato de favor por parte del poder.

3.- En relación con estas expresiones se argumenta lo siguiente: (i) las afirmaciones sobre estos hechos - que la Audiencia reconoce que pueden no ajustarse estrictamente a la realidad, y en todo caso, en ningún momento los considera hechos probados -, resultan injuriosas y ofensivas, y afectan a la dignidad de la Sra. Berta; (ii) una cosa es que una actitud ambiciosa no necesariamente tiene por qué merecer un reproche social, y otra distinta que esa ambición guíe y presida el comportamiento profesional de alguien, de forma que lo ejecuta y lleva a cabo por medios que carecen de cualquier ética - como se afirma de la Sra. Berta literalmente, al atribuirle principios como el "todo por la pasta", o "el todo vale" -; (iii) a un nivel mucho más íntimo y personal, la vinculación de la Sra. Berta de

una forma absolutamente infundada con una serie de comportamientos vitales propios de una actitud totalmente "desinhibida" en cuanto a sus relaciones de carácter personal, social y sentimental, tal como se desprende de una suma de episodios totalmente inciertos que incluyen desde una pretendida boda muy temprana con separación inmediata, la vida libertina y la visita frecuente de locales liberales junto con quien fue su marido, el hecho de tener un hijo ilegítimo fuera de su matrimonio (cuando en realidad se trata de su hermano), o el supuesto affaire con un conocido actor, hasta insinuaciones de una naturaleza mucho más grave como las que encierran en realidad las referencias al chiringuito montado en su inicios en el que se servían copas, o la tenencia de juegos de llaves de numerosos locales que la Sra. Berta pudiera "usar sola o acompañada, sin molestos testigos", y que claramente aluden a algún tipo de relación de la misma con la práctica de la prostitución; (iv) ninguna de las expresiones objeto de este bloque se refiere a asuntos de relevancia pública o interés general; esa pretendida opinión del autor sobre la ambición de la Sra. Berta se manifiesta a través de frases y expresiones inequívocamente injuriosas u ofensivas; en todo caso, las expresiones controvertidas resultan innecesarias, prescindibles y gratuitas, ya que podrían haberse evitado, pues nada aportan a la finalidad crítica perseguida; y además, no se ajustan a la realidad, y constituyen meras descalificaciones gratuitas basadas en unos hechos objetivamente contrastables, sin que el autor hubiera llevado a cabo la más mínima comprobación acerca de la veracidad de los mismos.

DECIMOTERCERO. - Decisión de la Sala. Estimación parcial.

El motivo se estima en parte.

1.- Las expresiones relativas a la pretendida impunidad de que gozaba la Sra. Berta y las críticas a su comportamiento ambicioso en cuanto al afán de lucro que mostraba en la gestión de su negocio, han sido tratadas en el marco del motivo tercero, y las conclusiones allí obtenidas, desestimatorias, se deben dar aquí por reiteradas.

2.- Igualmente debemos desestimar el motivo en relación con las expresiones relativas al temprano matrimonio de la Sra. Berta, a su hijo extramatrimonial, a sus relaciones de amistad o sentimentales con cierto actor, que carecen igualmente de relevancia injuriosa u ofensiva, pues en la realidad social y en el marco jurídico actual, presidido por los principios de igualdad y no discriminación por razón de nacimiento, sexo u opinión, y de protección integral de los hijos, iguales

ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (arts. 14 y 39 de la Constitución), no hay nada en los hechos señalados que pueda considerarse por sí mismos como afrentoso u ofensivo. Por otra parte, la recurrente no ha accionado impetrando la tutela judicial de su derecho a la intimidad, sino la protección de su derecho al honor.

3.- Por el contrario, sí encontramos motivos para estimar el recurso respecto de estas otras expresiones: "" Inés, dicen, frecuentaba locales 'liberales' con su marido tras saciar vanidades y otras urgencias en el Vía Véneto. En estos lugares se hacen amistades, se captan confidencias y se consolidan complicidades. Una Barcelona de élites no acepta gente reaccionaria o poco cosmopolita" (pág. 262)".

Frase que va precedida de esta otra: ""En aquellos años, entrado el tardofranquismo bautizado - repetimos - por el escritor Francisco Umbral, Inés comenzó a coleccionar llaves de pisos y locales. Quienes la han conocido de cerca indican que parecía que trabajaba para una inmobiliaria o era carcelera de un pabellón, por los juegos de llaves que siempre llevaba en el bolso.

"Dicen que le encanta, además, saber dónde las puede usar sola o acompañada, sin molestos testigos" (pág. 256)".

En este caso está ausente por completo el requisito relativo a la relevancia pública o interés general del tema; tampoco cabe apreciar la concurrencia del requisito de la veracidad, en los términos de exigencia de una diligencia razonable en el contraste de los hechos, que excluye la legitimidad de la información basada en meros rumores; y la carga ofensiva de las expresiones no puede ser obviada por el hecho de que no resulten totalmente explícitas, presentándose más bien como afirmaciones veladas o insinuaciones insidiosas.

Ni la transmisión de la noticia o reportaje ni la expresión de la opinión puede sobrepasar, respectivamente, el fin informativo o la intención crítica pretendida, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, incluso al margen de su veracidad o de su falta de veracidad, debiendo prevalecer en tales casos la protección del derecho al honor (STC 232/2002, 9 diciembre). Las veladas referencias a un comportamiento licencioso, o la descripción de hechos y situaciones que a un lector medio le hacen evocar la imagen de una persona promiscua, o que incluso pudiera representarse como relacionada con la prostitución, en las circunstancias del presente caso, constituyen una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la ofendida.

DECIMOCUARTO. - Asunción de la instancia. Fijación de la indemnización. Criterios determinantes.

1.- La consecuencia de la estimación en parte de la demanda, es que, al asumir la instancia, estimamos también en parte el recurso de apelación e igualmente, también en parte, estimamos la demanda.

2.- En cuanto a la indemnización solicitada, la Audiencia Provincial, al desestimar la apelación y considerar que no existió intromisión ilegítima del derecho al honor de los demandantes, no entró a resolver sobre la pretensión indemnizatoria de la demanda, que consistía en la condena a los demandados al pago de una indemnización de 80.000 euros por los daños morales sufridos.

3.- El daño moral es aquel que no afecta a los bienes materiales que integran el patrimonio de una persona, sino que supone un menoscabo de la persona en sí misma, de los bienes ligados a la personalidad, por cuanto que afectan a alguna de las características que integran el núcleo de la personalidad, como son la integridad, física y moral, la autonomía y la dignidad.

4.- La jurisprudencia, reseñada recientemente en nuestra sentencia 245/2019, de 25 de abril, reconociendo que el daño moral constituye una "noción dificultosa", le ha dado una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del pretium doloris. Ha considerado incluidos en él las intromisiones en el honor e intimidad y los ataques al prestigio profesional, y ha sentado como situación básica para que pueda existir un daño moral indemnizable la consistente en un sufrimiento o padecimiento psíquico, que considera concurre en diversas situaciones como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra (como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre), ansiedad, angustia, incertidumbre, impacto, quebranto y otras situaciones similares.

5.- En lo que se refiere a la cuantía de la indemnización de los daños morales, hemos declarado que su valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, pero ello no imposibilita legalmente para fijar su cuantificación, a cuyo efecto han de ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso.

Se trata, por tanto, de una valoración estimativa, que en el caso de daños morales derivados de la vulneración de un derecho fundamental del art. 18.1 de la Constitución, ha de atender a los parámetros previstos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de acuerdo con la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio.

6.- Son elementos a tomar en consideración para fijar la indemnización el tiempo que el libro ha permanecido publicado, la difusión que ha tenido en función del número de ejemplares de la edición y reseñas o comentarios que haya tenido, y el quebranto y la angustia producida por el proceso más o menos complicado que hayan tenido que seguir los afectados para la retirada del libro.

7.- En el caso objeto del recurso, hay que tener en cuenta que: (i) el libro se publicó a finales de 2014, la demanda se presentó en abril de 2015, y que la codemandada Editorial Seller, S.L. presentó escrito de allanamiento en lo relativo al cese de la edición y comercialización del libro, por lo que la obra estuvo a la venta durante un periodo de tiempo relativamente breve, de pocos meses; (ii) el libro ha tenido una escasa tirada y difusión (en la contestación de la demanda se habla de 198 ejemplares, adquiridos por el propio autor, sin que existan datos contradictorios); (iii) la demanda es desestimada respecto de la entidad Método 3, y estimada sólo en parte respecto de los otros dos codemandantes, únicamente en relación con las imputaciones sobre elusión fiscal, y sobre ciertas afirmaciones relativas a la vida personal de la Sra. Berta.

Teniendo en cuenta esos datos, que se indemniza exclusivamente el daño moral, y tomando en consideración las indemnizaciones medias que este tribunal ha fijado en otros supuestos similares, procede reducir sensiblemente la indemnización solicitada, hasta fijarla en la cantidad de 10.000 euros.

8.- Esta cantidad devengará el interés legal, incrementado en dos puntos, desde la fecha de la sentencia de primera instancia, por entender que ya en esa sentencia se hubiera debido fijar la indemnización».

#### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 943/2018] DE 17 DE JULIO DE 2020 [Ponente: Eduardo Baena Ruiz]**

*Obligaciones y contratos: resolución por incumplimiento y aplicación de cláusula penal. No procede la facultad moderadora de las cláusulas penales por los tribunales cuando el cumplimiento defectuoso o parcial es precisamente el supuesto pactado que determina la aplicación de la pena, ya que entonces se debe estar a lo acordado por las partes.*

«En el presente procedimiento ejercita la parte actora acción de resolución de contrato y reclamación de

cantidad frente al demandado D. Rafael, en virtud del contrato celebrado entre las partes en fecha de 8 de abril de 2013, y que tenía por objeto la instalación y explotación en exclusiva de máquinas recreativas para el local de negocio de hostelería sito en La Algaba, Avenida de Velázquez, 13, denominado "Horno San Luis".

Hace hincapié a la circunstancia de que el demandado incumplió el contrato al no respetar la exclusiva de 5 años, con cierre del local, al retirarse la máquina del local por abandono del mismo en fecha 19 de septiembre de 2013, y no aportar un nuevo titular que se subrogará en su posición en fecha de 6 de junio de 2011. Sigue diciendo, que del préstamo sólo ha devuelto la cantidad de 18,80 euros. En consecuencia, se interesa la resolución del contrato, y la condena de la demandada a devolverle las cantidades anticipadas de 1000 euros, y 1481,20 euros, esta última en concepto de préstamo, así como 9.566,16 euros de indemnización de daños y perjuicios.

2.- La demandada admite la realidad del contrato, allanándose a la devolución de las cantidades de 1000 y 1481,20 euros reclamadas de contrario. Si bien, por lo que se refiere a la indemnización igualmente reclamada se opone dicha parte toda vez que entiende que el incumplimiento del plazo de duración del contrato celebrado entre las partes no puede ser calificado de culpable, pues cerró por falta de actividad comercial, añadiendo que la actora retiró la máquina de forma voluntaria el 9 de julio de 2013, suscribiendo la demandada toda la documentación administrativa para la retirada de la máquina, facilitando que pudiera trasladarse a otro establecimiento para su explotación. Destaca además dicha parte que en la cláusula décima del contrato se prevé la resolución anticipada del contrato por bajo rendimiento o recaudación, es decir, en el supuesto de que durante doce recaudaciones consecutivas el importe de la recaudación bruta media obtenida por máquina sea menor a 110 euros semana, debiendo el bar facilitar la resolución mediante la firma de los documentos administrativos necesarios para ello. Finalmente, resalta que el cálculo de la indemnización se ha efectuado sobre recaudación bruta, sin tener en consideración los gastos necesarios que la propia explotación de la máquina genera por lo que entiende que la cláusula 8.ª, así como la 9.ª son nulas por excesiva y desmesurada sin tener en cuenta otros gastos para fijar la pena.

3.- El juzgado dictó sentencia el 9 de junio de 2016 por la que estimo íntegramente la demanda.

En lo ahora relevante negó la moderación de la cláusula penal, con cita de las SSTS de 17 de marzo y 10 de junio de 2014, pues no cabe hacerlo cuando está expresamente prevista para el incumplimiento parcial, qué es el caso, por haber sido pactado como supuesto condicionante de la aplicación de la pena. Cuando es así se debe estar a lo acordado por las partes.

4.- La representación procesal de don Rafael interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia y correspondió conocer de él a la sección sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que dictó sentencia el 29 de diciembre de 2017 por la que estimó parcialmente el recurso en el sentido de moderar la cláusula penal y fijar el importe de la condena en 4872,76 euros.

Motiva la audiencia su decisión en que "la jurisprudencia ha evolucionado y ha venido considerando la posibilidad de moderación en los supuestos de resolución anticipada en los contratos de arrendamientos, por lo que, en el supuesto de autos, vista la escasa duración del contrato, solo tres meses, y la duración pactada, cinco años, pero también que la parte actora, por su propia decisión, dejó caducar la licencia de explotación, de manera que le fue retirada, procedemos, en aplicación del precepto indicado, a una moderación prudente de la pena indemnizatoria, cuantificándolo en el 25% de la prevista contractualmente y concedida en la sentencia recurrida".

5.- La representación procesal de la parte actora interpone recurso de casación por interés casacional contra la anterior sentencia, que articula en un motivo único en los términos que se exponen.

6.- La sala dictó auto el 27 de mayo de 2020 por el que acordó admitir el recurso de casación. No se ha personado la parte recurrida.

SEGUNDO.- Recurso de casación. Motivo único: enunciación y desarrollo.

Se articula en base al artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por aplicación indebida del artículo 1.154 CC y por oponerse o, en su caso, desconocer la sentencia recurrida la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo --lo que fundamenta el interés casacional del recurso--, que de forma clara y reiterada establece que no procede la

facultad moderadora de las cláusulas penales por los tribunales cuando el cumplimiento defectuoso o parcial es precisamente el supuesto pactado que determina la aplicación de la pena, ya que entonces se debe estar a lo acordado por las partes.

Se citan las siguientes SSTS en las que en todas, de una forma u otra, se recoge la línea doctrinal a la que se opone la sentencia recurrida: 384 /2009, de 1 de junio; 839/2009, de 29 diciembre; 633 /2010, de 1 de octubre; 486/2011, de 12 de julio; 999/2011, de 17 de enero de 2012; 8/2011, de 21 de febrero (rec. 406/2013); 149/14, de 10 marzo (rec. 343/2012); STS de Pleno de 15 de abril de 2014 (rec. 2274/2012 ); STS de 21 de abril de 2014 (rec. 1228/2012); STS 366 /2015, de 18 de junio (rec. 1429/2013 ); y la muy reciente, STS 536/2017, de 2 de octubre de 2017 (rec. 153 /2015).

De forma específica, en cuanto se refieren a supuestos muy similares al nuestro sobre contratos de arrendamiento de máquinas recreativas, se citan expresamente, las SSTS 121/14, de 17 de marzo; 294 /2014, de 10 de junio; y la muy reciente 126/2017, de 24 de febrero de 2017 (rec. 153/2015).

TERCERO.- Decisión de la Sala.

1.- Podemos adelantar, en atención a los términos en que viene planteado el recurso que procede la estimación de este, por acomodarse a la doctrina de la Sala la sentencia de primera instancia, pero no la recurrida.

2.- La cláusula controvertida, tras prever la resolución del contrato, caso de incumplimiento, prevé que los daños y perjuicios que se causarían a la empresa operadora por el incumplimiento de los derechos de instalación o explotación cedidos en el presente contrato atenderán al lucro cesante por la cantidad equivalente a las recaudaciones de las máquinas o elementos de juego que la empresa operadora hubiera podido recibir "teniendo en cuenta la vigencia pactada en este contrato".

3.- La sentencia recurrida trata de salvar el escaso tiempo de duración del contrato (3 meses) con el plazo de vigencia de lo pactado (5 años).

No obstante ese propósito contradice la doctrina de la sala, recogida en la sentencia 325/2019 de 6 de junio, con cita de las precedentes.

La cláusula penal contempla la posibilidad de incumplimiento parcial y, por ende, no cabe su moderación por estar establecida para ese concreto incumplimiento.

Así vino a contemplarlo las SSTS de pleno de 15 de abril de 2014 y 21 de abril de 2014, citadas por la STS 126/2017 de 24 de febrero, que reitera la STS 148/2019, de 12 de marzo.

Se declara en ella lo siguiente:

"A tal fin es relevante la consideración que contiene la sentencia 530 /2016, de 13 de septiembre respecto de cláusulas penales con mera función de liquidación anticipada de los daños y perjuicios, que es la contemplada en autos.

"Afirma que: "para justificar la aplicación del artículo 1154 CC, no basta el hecho de que, producido precisamente el incumplimiento contractual que la cláusula penal contempla, la cuantía de la penalidad a pagar resulte ser mayor que la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente causados por el referido incumplimiento, ni aun cuando la diferencia entre una y otra cuantía venga a sobrepasar la que era, ex ante, proporcionada a la función punitiva de la cláusula penal de que se trate: pacta sunt servanda.

"Sin embargo, sí parece compatible con el principio pacta sunt servanda que la pena pueda moderarse judicialmente aplicando el artículo 1154 CC por analogía, cuando aquella diferencia sea tan extraordinariamente elevada, que deba atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la cuantía (extraordinariamente más elevada) de los daños y perjuicio" que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal. Aplicar, en un supuesto así, la pena en los términos pactados resultaría tan incongruente con la voluntad de los contratantes, como hacerlo en caso de que "la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor".

"Naturalmente, la carga de alegar y de probar que la cuantía de la pena aplicable según lo pactado ha resultado ser extraordinariamente más elevada que la del daño efectivamente causado al acreedor corresponderá al deudor incumplidor que pretenda la moderación judicial de la pena."

5.- No parece que la sentencia recurrida justifique que la diferencia tan extraordinariamente elevada entre la pena y el daño efectivamente producido se ha debido a circunstancias imprevisibles al tiempo de contratar, que es la base de la moderación en estos casos. Basa su decisión la audiencia en la escasa duración del contrato, que lógicamente determina una desproporción en la indemnización, pero no parece hacer una referencia al cambio de circunstancias imprevisibles. Alega que la parte actora dejó caducar la licencia de explotación. La sentencia de primera instancia puso el acento en el hecho, no contradicho en apelación, de que D. Rafael procedió al cierre del negocio el 9 de julio de 2013 porque no marchaba de forma satisfactoria, transcurridos tres meses desde la firma del contrato, y la retirada de la máquina se produjo el 19 de septiembre de 2013.

6.- Por lo expuesto procede la estimación del recurso de casación y, al asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, confirmando la de primera instancia».

*\* En la reproducción literal de los textos jurisprudenciales se ha revisado en lo posible -sin afectar el sentido- algún elemento ortotipográfico para adecuarlo a las reglas generales.*