

SENTENCIAS DESTACADAS DE 2021: DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

Coordinador

LUIS ANTONIO FERNÁNDEZ VILLAZÓN

ABEL ARIAS CASTAÑO

Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Oviedo

JAVIER GARCÍA LUENGO, MÓNICA ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

Profesores de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo

ÁNGELES CEÍNOS SUÁREZ

Profesora de Derecho del Trabajo. Universidad de Oviedo

LUZ M^a. GARCÍA

Abogada

Límites de la libertad de expresión en redes sociales: Mensajes difundidos a través de una red social en los que se tilda de asesino a un torero que ha fallecido recientemente durante una lidia.

(Sentencia 93/2021, de 10 de mayo, Sala Primera del Tribunal Constitucional. Recurso de amparo 3223-2019).

Por Abel Arias Castaño

Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

1.- EL CASO.

El 9 de julio de 2016 el torero Víctor Barrio falleció a consecuencia de una cornada en la plaza de toros de Teruel. Al día siguiente, Piedad Ángeles Peris García, concejal del Ayuntamiento de Catarroja (Valencia) y militante anti taurina, publicó en su cuenta de la red social Facebook, un mensaje en el que, mencionando la noticia “Fallece el torero Víctor Barrio al sufrir una cogida en la feria de Teruel”, junto con una fotografía del diestro en el momento en que fue alcanzado por el toro, argumentaba y concluía que no debía lamentarse sino que debía mostrarse alivio porque un “asesino” hubiera dejado de matar animales¹

Los padres y la esposa del torero fallecido interpusieron entonces una demanda de protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen que fue estimada por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Sepúlveda de 6 de noviembre de 2017 al considerar que el mensaje publicado en Facebook constituía una intromisión ilegítima del derecho al honor del torero fallecido y entre otros pronunciamientos condenaba a la demandada a abonar a sus familiares la cantidad de siete mil euros en concepto de daños morales. El recurso de apelación formulado contra esta sentencia fue desestimado por la Sentencia de 8 de marzo de 2018, dictada por la Sección Primera

1 Por su interés para un mejor conocimiento y valoración por parte del lector de las características del mensaje que ha dado lugar a la sentencia objeto de comentario, el mismo se reproduce a continuación: “«Podemos tratar de ver el aspecto positivo de las noticias para no sufrir tanto [...] Ya ha dejado de matar. El negativo, entre otros, claramente es que a lo largo de su carrera ha matado mucho. Muchos de los de mi equipo, que como digo siempre, es el de los oprimidos, los que siempre pierden porque tienen a todos los opresores en contra, porque tienen el partido amañado. Ahora los opresores han tenido una baja, una víctima más, un peón en su sistema, y me pregunto, como muchos, cuantas bajas más de este equipo harán falta para que los gobiernos centrales, generalitats, diputaciones y ayuntamientos dejen de subvencionar estas prácticas con olor a sadismo. No puedo sentirlo por el asesino que ha muerto más que por todos los cadáveres que ha dejado a su paso mientras vivió. No solo de toros adultos a lo largo de su carrera (según las estadísticas de su página oficial, ha acabado con 258 vidas desde 2008), sino que también novillos a lo largo de su aprendizaje en escuelas taurinas, en las cuales podemos encontrar niños que acaban normalizando situaciones como esta: “un alumno asestó hasta 14 estocadas al animal antes de que este cayera al suelo, donde fue apuntillado, y aún vivo y boqueando, tratando de tomar los últimos alientos de vida, fue arrastrado al matadero”».

de la Audiencia Provincial de Segovia. Estos pronunciamientos jurisdiccionales se fundamentaron, principalmente, en que la expresión “asesino” utilizada de manera central en el mensaje no resultaba en modo alguno necesaria para defender una posición ideológica contraria a la tauromaquia y, en cambio, - expresada, como había sido hecho, a las pocas horas del fallecimiento de un torero- causó dolor a sus familiares. También enfatizaron como la profesión de torero era una actividad permitida por el ordenamiento jurídico.

Piedad Ángeles Peris García planteó, entonces, recurso de casación que fue igualmente desestimado por Sentencia de 3 de abril de 2019 de la Sala Civil del Tribunal Supremo. Esta sentencia concluyó que el mensaje publicado por la recurrente en Facebook no se encontraba amparado por la libertad de expresión, pues si bien el mismo iba dirigido a una persona con una cierta relevancia pública y guardaba una cierta relación con el debate social existente sobre la tauromaquia, no abordaba el mismo de una manera genérica o abstracta sino atacando directamente a una persona concreta y determinada, que acababa de fallecer de manera trágica, e infringiendo con ello dolor a sus familiares.

Se formula entonces por parte de Piedad Ángeles Peris García recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional fundamentado en que se ha vulnerado su derecho fundamental a la libertad de expresión al sancionarla económicamente por defender sus posiciones anti taurinas a través del mensaje objeto de enjuiciamiento en este caso y que se publicó en la red social Facebook. El Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones se adhirió a este planteamiento y también consideró que el mensaje objeto de enjuiciamiento se encontraba amparado por la libertad de expresión y que, por tanto, debía estimarse el recurso de amparo.

2.- SOBRE LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO Y ALCANCE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DEL DERECHO AL HONOR EN LOS MENSAJES EXPRESADOS EN LAS REDES SOCIALES.

La delimitación del objeto y límites de la libertad de expresión y del derecho al honor no es, desde luego, un asunto novedoso ni inédito en nuestra jurisprudencia constitucional, existiendo, al contrario, una ingente doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión. El interés – y en cierto sentido la novedad- de la sentencia objeto de comentario se encuentra, sin embargo, en el medio tecnológico a través del cual se transmite el mensaje objeto de enjuiciamiento en el presente caso y, más concretamente, en la determinación de si los criterios tradicionalmente utilizados en la delimitación y construcción jurisprudencial del juicio de proporcionalidad sobre el ejercicio de estos derechos fundamentales - creados en un entorno comunicativo de casos principalmente “análogos”- resultan o no extrapolables al nuevo contexto digital y tecnológico de las redes sociales, como Facebook.

Así, la propia motivación articulada por el Tribunal Constitucional para admitir a trámite la resolución del recurso de amparo y para, en tal sentido,

fundamentar su “especial trascendencia constitucional” objetiva el interés del caso en enfatizar, precisamente, como el mismo permite abordar la incidencia que tiene “en la ponderación de los derechos fundamentales de la libertad de expresión y del honor”...“la utilización de las redes sociales como medio de transmisión de las opiniones” (F.J. 1 STC 93/2021).

Coherentemente, con esta circunstancia, la argumentación de la sentencia se inicia con un fundamento jurídico (F.J.2) específicamente dedicado al análisis, y contextualización, de la incidencia de las redes sociales en el ejercicio de la libertad expresión y del derecho al honor. La STC 93/2021 efectúa sobre este particular dos interesantes posicionamientos que se proyectaran sobre toda la argumentación jurídica de la sentencia.

El primero consiste en constatar el nuevo marco que para las comunicaciones sociales representa la generalización de las redes sociales a través de Internet no es neutral ni intrascendente jurídicamente. Al contrario, representa, como argumenta el Alto Tribunal, una profunda transformación con influencia tanto en cuestiones como el ámbito temporal o el espacial en que se proyecta la transmisión de las opiniones, como en aspectos como el anonimato a través del que – aunque ello no haya sucedido en el presente caso- se actúa en muchas ocasiones en este nuevo contexto comunicativo y que confluyen y desembocan, todas estas circunstancias, en la “mayor potencialidad lesiva” que, de ello, se deriva para los derechos fundamentales. Internet - puede colegirse de este razonamiento del Tribunal Constitucional- representa una mayor amenaza para la protección de determinados bienes jurídicos.

El segundo, por su parte, es que Internet, las nuevas tecnologías y las redes sociales no deben representar “un vaciamiento de la protección constitucional de los derechos fundamentales”, ni tampoco una alteración ni modificación “del contenido y alcance de los derechos fundamentales que deben ser ponderados”; libertad de expresión y derecho al honor. Sobre este segundo aspecto, el Tribunal Constitucional incluso aclara y precisa más su aproximación a este debate jurídico más general, concluyendo su razonamiento en este Fundamento Jurídico 2º con la afirmación de que “si la conducta es lesiva del derecho al honor fuera de la red, también lo es en ella”. Internet, las nuevas tecnologías no representan – en otras palabras- un argumento o un pretexto para flexibilizar o excepcionar, los límites que, en contextos analógicos y no digitales, se han establecido respecto del ejercicio de dicho derecho fundamental.

Respecto, al primero, de estos derechos fundamentales – la libertad de expresión- en la sentencia objeto de comentario, el Tribunal Constitucional (F.J. 4) confirma, por un lado, la vigencia y aplicabilidad al caso de su doctrina previa sobre la inexistencia de un pretendido derecho al insulto en nuestro texto constitucional (SSTC 107/1988, de 8 de junio; 105/1990, de 6 de junio, 200/1998, de 14 de octubre) y, por otro, su doctrina consistente en que “ el derecho a la libertad de expresión, al referirse a la formulación de pensamientos, ideas y opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene solo delimitado por la ausencia de

expresiones sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas” (STC 79/2014).

Por su parte, respecto, al derecho al honor; el otro de los derechos fundamentales, con incidencia en la determinación del carácter antijurídico o no de la conducta expresiva, concretada en la publicación de Facebook, objeto de enjuiciamiento, el Tribunal Constitucional, también invoca (F. J. 5) la plena e incondicionada aplicabilidad de su previa doctrina sobre este derecho fundamental y, particularmente, por su trascendencia con relación a los hechos enjuiciados el criterio consistente en que la vida profesional no puede ser despreciada, “sin razón legítima, con temeridad o por capricho” (SSTC 223/1992, 9/2007, 41/2011 o 216/2013). De manera que, en las palabras, de la previa STC 65/2015 representan una vulneración del derecho al honor: “aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo constituyen en el fondo una descalificación personal al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales”.

Partiendo, por ello, de su doctrina general sobre los derechos fundamentales con incidencia en el caso, el Tribunal Constitucional analiza el mensaje publicado en Facebook (F. J. 7º), atendiendo a las circunstancias específicas del caso, y subrayando, al respecto, la innecesaridad de mostrar alivio públicamente por la muerte de una persona para defender ideológicamente una posición filosófica anti taurina (por, otro lado, perfectamente legítima en nuestro sistema democrático y constitucional; STC 81/2020, F. J. 12) y el objetivo dolor infligido con la publicación a los familiares del torero fallecido, lo que pone en evidencia - a juicio del Alto Tribunal- “un desconocimiento inexcusable de la situación central que ocupa la persona en nuestra sociedad democrática y del necesario respeto de los derechos de los demás”. En tales circunstancias, las expresiones enjuiciadas no pueden superar el test o juicio de proporcionalidad que les resulta exigible y, lesionando el derecho al honor, no pueden encontrar amparo en un pretendido ejercicio de la libertad de expresión.

3.- EL VOTO PARTICULAR DE LA STC 93/2021.

La magistrada María Luisa Balaguer Callejón formula un interesante y profundo voto particular a la opinión mayoritaria del Tribunal. Su análisis disiente no únicamente de la conclusión desestimatoria del recurso de amparo sino - y esto es lo más trascendente- de la argumentación seguida por el Tribunal para alcanzar tal conclusión. Y más precisamente no solo de la argumentación, sino de sus propias premisas metodológicas. En concreto, en este voto particular se defiende, a diferencia de la posición más “conservacionista” explicitada por la opinión mayoritaria de la sentencia, la necesidad de articular “un canon de control específico relativo a los límites que cabe imponer al ejercicio de la libertad de expresión cuando se canaliza a través de Internet, y, más en particular, de las redes sociales”.

Frente al planteamiento de la mayoría del Tribunal que postula la validez e inalterabilidad de los criterios jurisprudenciales tradicionales de enjuiciamiento de las conductas expresivas en el nuevo contexto comunicativo de las nuevas tecnologías, el voto particular reflexiona sobre los cambios cualitativos que los mismos incorporan en la transmisión y difusión de ideas y opiniones, y sobre como tales sustanciales transformaciones deben encontrar, coherentemente, su reflejo en el “adecuado juicio de proporcionalidad” que los órganos jurisdiccionales deben configurar respecto de los límites del derecho fundamental de la libertad de expresión.

Con un apoyo en diferentes precedentes jurisprudenciales, principalmente, formulados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, varios son los factores que en el voto particular se plantean deben incorporarse en la articulación de ese “canon específico de enjuiciamiento” que se postula debe construirse y que en cambio son omitidos en los análisis jurisprudenciales efectuados - como el sostenido en la opinión mayoritaria de la sentencia- desde una comprensión más clásica o tradicional del contenido y límites de los derechos fundamentales con incidencia en este caso.

Por ejemplo, el voto particular apunta , en este sentido, la necesidad de enfatizar la premisa objetiva de que los derechos de la personalidad (honor, intimidad, propia imagen, protección de datos personales) “se ven afectados de forma particularmente intensa por el uso masivo de las tecnologías de la información y de la comunicación y de los servicios de redes sociales en internet”; también la circunstancia de que los creadores de los mensajes sean, a su vez, sus emisores y reproductores con las consecuentes matizaciones que de este hecho se derivan sobre la tradicional distinción entre la libertad de expresión y la libertad de información; la necesidad de analizar el factor de los destinatarios (tanto potenciales como reales) del mensaje debiendo modularse el número de seguidores que el autor de los mensajes tiene en las redes sociales para dilucidar su real y verdadero efecto lesivo o el propio contenido de los mensajes que, en el caso de que esten relacionados y coadyuven con el debate público y político “deben beneficiarse de una protección equivalente a la que merecen los otros medios de comunicación” y, con ello, tolerarse los potenciales excesos verbales o escritos relacionados con la exposición y presentación de los temas cuyo debate constituye un interés general para una sociedad democrática.

La introducción de estos elementos en el potencial juicio de proporcionalidad que debería efectuarse sobre los hechos objeto de enjuiciamiento determinan que el voto particular defienda la tesis de que se debiera estimar el recurso de amparo, considerándose, con ello, el mensaje publicado en Facebook un ejercicio legítimo y proporcionado del derecho fundamental a la libertad de expresión. El voto particular apoya esta conclusión, sobre dos aspectos principales. Por un lado, el escaso “efecto inmediato y multiplicador” que el mensaje publicado por Piedad Ángeles Peris Garcia tuvo a través de las redes sociales atendiendo a que el perfil de usuario de su autora contaba únicamente con apenas tres centenares de seguidores. Por otro, el que el men-

saje no se realizó de manera anónima y debe categorizarse como “un mensaje de contenido político” insertado e incluido en las posiciones de activismo animalista y feminista que su autora venía expresando a través de su cuenta de Facebook. De manera que aunque las expresiones fueran “efectivamente provocadoras, hirientes y pudieran causar dolor a familia del fallecido”, formaban, en última instancia, parte de un mensaje político que, como tal, no debía haber sido objeto de sanción.

4.- A MODO DE CONCLUSIÓN.

En la articulación del juicio de proporcionalidad sobre el ejercicio y los límites de los derechos fundamentales de la libertad de expresión y al honor que el Tribunal Constitucional efectúa en la STC 93/2021, nuestro Alto Tribunal se pronuncia, y de un modo no indirecto, sobre la doctrinalmente discutida y controvertida cuestión de si los límites de tales derechos, construidos jurisprudencialmente con relación a mensajes y conductas expresivas producidas en contextos analógicos resultan de aplicación, sin necesidad de ser adaptados o redimensionados, también a los mensajes producidos y transmitidos a través de las nuevas tecnologías de la comunicación. No lo hace de una manera completa ni sistemática. Pero, efectúa una interesante aproximación a esta cuestión desde la premisa central de que “*si la conducta es lesiva del derecho al honor fuera de la red, también lo es en ella*”.

Sin negar ni cuestionar este axioma general, el voto particular formulado por la magistrada María Luisa Balaguer Callejón a la opinión mayoritaria de la sentencia plantea importantes matizaciones al mismo encaminadas a mostrar la necesidad de construir lo que denomina como “un canon jurisprudencial específico” de enjuiciamiento jurisprudencial para las conductas expresivas realizadas a través de las redes sociales.

Con todo ello, la STC 93/2021 no resuelve, en modo alguno, como tampoco era procesalmente posible que lo hiciera a través de la resolución de un recurso de amparo, todas las variables que genera el problema de fondo que subyace en la sentencia pero nos muestra como el de la aplicabilidad de los criterios jurisprudenciales clásicos sobre los límites de la libertad de expresión en los nuevos contextos comunicativos que genera Internet y las redes sociales es un debate no meramente doctrinal o académico sino ya presente - y además sin unanimidad- en la argumentación de nuestro Tribunal Constitucional. Los seguros futuros pronunciamientos jurisprudenciales que se seguirán realizando en los próximos años sobre esta cuestión nos permitirán dilucidar, con mayor precisión, si nuestro Alto Tribunal persiste en la concepción “conservacionista” que ha postulado en esta sentencia o si, construye, ya implícita ya explícitamente, ese “canon específico de enjuiciamiento” para las expresiones realizadas a través de Internet y las redes sociales que se reclama, además de por la doctrina, en el voto particular de la sentencia.

5.- BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA.

BOIX FALOP, A., “La construcción de los límites de la libertad de expresión en las redes sociales”, *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 173, 2016, pp. 55-112.

PRESNO LINERA, M. A., “La libertad de expresión en Internet y las redes sociales: Análisis jurisprudencial”, *Revista Catalana de Derecho Público*, Núm. 61, 2020, pp. 65-82.

Sustitución de trabajadores en huelga a través de una herramienta corporativa

(Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2021, Recurso nº. 36/2019)

Por Ángeles Ceinos Suárez

Profesora TU de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Universidad de Oviedo

1.- EL CASO.

El Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones (STC) interpuso demanda de tutela de libertad sindical contra Ericsson España S.A., Ericsson Network Services SL (ENI) y Excellence Fields Factory, S.L. (EFF). El motivo de la demanda tenía su origen en el modo en que el Grupo Ericsson España había respondido ante la huelga convocada en una de ellas, en concreto en EFF. A juicio del Sindicato demandante el Grupo Ericsson en España había respondido a las incidencias ocasionadas como consecuencia de dicha huelga de tal manera que se había producido una clara vulneración de dicho derecho fundamental.

Habitualmente, en la empresa Excellence Fields Factory, S.L. (EFF), donde se había convocado la huelga, todas las incidencias que se abren se asignan al personal que ha de resolverlas a través de una herramienta corporativa, propiedad de Ericsson, denominada Workforce Management (WFM). A través de esta herramienta se gestionan y administran todas las incidencias que van surgiendo, de modo que a través de esta vía los técnicos reciben las asignaciones en su móvil y también desde su móvil documentan y cierran los casos que les han sido previamente asignados, asignación, que se realiza desde un centro de despacho localizado en Rumanía.

El día 7 de mayo de 2018, fecha en la que dio comienzo la huelga por parte del personal de Ericsson, la herramienta WFM comenzó a derivar las incidencias que surgían a una contrata llamada Zener que no suele realizar trabajos en los centros de trabajo donde había huelga. De esta manera se llevó a cabo la cobertura de actividades de trabajadores huelguistas por parte de personas a las que habitualmente no se les asignaban esas tareas. Ante esta forma de actuar el Sindicato de Trabajadores de Comunicaciones (STC) interpuso demanda contra Ericsson España S.A., Ericsson Network Services SLU y Excellence Field Factory S.L, sobre tutela de libertad sindical, ante la sala de lo social de la Audiencia Nacional, al entender que dicha conducta suponía una vulneración del derecho fundamental de libertad sindical en su vertiente del derecho de huelga solicitando una indemnización de 6251 €.

La Audiencia Nacional en su sentencia de 19 de noviembre de 2018 estimó parcialmente la demanda declarando que la actuación de las demandadas vulneraba el derecho fundamental de libertad sindical en su vertiente de

derecho de huelga y condenó a las demandadas a abonar 3000 € al sindicato demandante. Ante ese pronunciamiento las tres mercantiles que habían sido codemandadas se alzaron en casación ordinaria ante el TS. En concreto Ericsson España (EEM) y Ericsson Network Services (ENI) suplicaban que se desestimase íntegramente la demanda y que se declarase la inexistencia de responsabilidad o subsidiariamente se cuantificase la indemnización en 1 €. Por otra parte, la codemandada Excellence Field Factor (EFF) también solicitó que se desestimase la demanda en su integridad y, subsidiariamente, que se rechazase la solicitud de indemnización por daños y perjuicios. El TS desestimó ambos recursos.

2.- SOBRE LA SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES HUELGUISTAS.

En el caso que dio lugar a la sentencia objeto de comentario la situación que denuncia el comité de huelga se traduce en un comportamiento abusivo consistente en la sustitución de los huelguistas por trabajadores ajenos a la empresa en algunos casos y por trabajadores de otros departamentos, en otros, lo que constituye, en palabras de los miembros del comité de huelga, una clara manifestación de esquirolaje externo e interno, respectivamente.

Con el fin de aclarar dicho extremo el sindicato STC solicitó el histórico del programa de gestión de las incidencias por centros para comprobar quién cerraba las incidencias antes de la huelga y quién lo hacía durante la huelga. Asimismo, se solicitó el histórico de accesos de los centros operados con personal propio.

A este respecto, como ya se ha dicho, es preciso recordar que la gestión de las incidencias se realiza mediante la herramienta informática WFM con cuyo uso quedan registrados todos los pasos del procedimiento de asignación de incidencias desde que se comunican hasta su resolución final. En efecto, todas las incidencias que se abren son asignadas mediante dicha herramienta corporativa, que es propiedad de Ericsson y se gestionan y administran de tal manera que las asignaciones llegan al móvil de cada técnico, quienes se encargan de documentar y cerrar los casos una vez resueltas.

Como ya se ha dicho, cuando dio comienzo la huelga en la herramienta WFM se comenzaron a despachar los casos a una contrata llamada Zener, que no suele realizar trabajos en estos centros y también se asignaron trabajos de huelguistas a otros trabajadores no huelguistas. Esta conducta genera la necesidad de determinar si cabe atribuir a la parte empresarial la vulneración del art. 6.5 RDL 17/1977, según el cual, como se sabe, mientras dura una huelga el empresario no puede sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados al tiempo de ser comunicada la misma, salvo algunas excepciones. En definitiva, corresponde al TS analizar si nos encontramos ante un supuesto de esquirolaje, tanto en su manifestación interna como externa.

3.- LA DOCTRINA APLICABLE AL CASO.

A la hora de resolver este supuesto el TS tuvo en cuenta la doctrina que ya elaborase el TC en relación con diferentes manifestaciones de esquirolaje. En particular, respecto del esquirolaje interno el TC ya había tenido la oportunidad de afirmar con rotundidad que la sustitución interna de huelguistas durante el desarrollo de una huelga constituye un abuso empresarial y ello porque el poder de organización y dirección de la empresa no alcanza a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones. Así pues, actuar en tal sentido supone anular o aminorar la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo. Por este motivo ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a quienes secundan la convocatoria de una huelga, ni los trabajadores que decidan libremente no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros huelguistas. Esta doctrina solo admite dos excepciones, que son el mantenimiento de ciertos servicios mínimos esenciales para la comunidad y el de los servicios de seguridad y de mantenimiento cuando correspondan.

En el caso que dio lugar a la sentencia comentada era preciso aclarar si la conducta llevada a cabo por la empresa constituía un indicio que permitía activar la tutela del derecho fundamental, pues a juicio del sindicato demandante el hecho de haber adjudicado encargos a trabajadores que habitualmente no desempeñaban dichas tareas e incluso a trabajadores que no tenían vinculación con la empresa constituía un indicio suficiente para poner en marcha la maquinaria de tutela del derecho fundamental, que claramente había sido vulnerado. La empresa, en cambio, alegaba que la atribución de la asignación de incidencias se hacía de forma automática y por tanto no se podía alegar “la existencia de intencionalidad contraria a la eficacia de la huelga”.

El TS considera que aunque ciertamente la gestión de las incidencias se lleva a cabo a través de una herramienta informática y desde otro país, se trata en todo caso de un conjunto de medios técnicos que pertenecen a la empresa y por tanto están sometidos a su dirección y control por lo que el hecho de haber automatizado esa tarea de asignación de incidencias no puede ser una excusa para vaciar de contenido el ejercicio de un derecho fundamental. Además, en este caso se pudo constatar que había sido a partir del inicio de la huelga cuando los casos comenzaron a despacharse a una contrata no habitual de modo que en los tres supuestos que se denuncian se produjo una asignación de las incidencias claramente diferente de la que hubiera resultado de no hallarse en huelga parte de la plantilla. Ciertamente, podría discutirse también si tres supuestos representan un número reducido a insignificante a la hora de activar la tutela del derecho fundamental, pero para el TS el número de supuestos no tiene trascendencia a efectos de calificar la conducta empresarial porque ello no afecta al hecho de que la parte empresarial puso en marcha un mecanismo

que permitía dar continuidad a la actividad e incorporar personal ajeno a la empresa cuando se estaba ejerciendo el derecho de huelga, minimizando así su posible impacto y vaciando de contenido su ejercicio.

Nos encontramos en este caso ante un supuesto particular en el que se utiliza la tecnología en el marco de una huelga. No estamos ante un supuesto de esquirolaje tecnológico propiamente dicho, pues ésta, tal y como ha sido definido por algunos autores, consiste en la utilización por parte del empresario de los medios técnicos que tiene a su disposición para continuar con su actividad productiva durante el desarrollo de una huelga, supliendo la actividad de los huelguistas mediante recursos de índole técnica y es claro que en el caso que nos ocupa la tecnología no se ha empleado en tal sentido, lo que se ha hecho no es otra cosa que sustituir a trabajadores huelguistas, si bien para hacerlo se ha empleado una herramienta informática de uso corporativo. En definitiva, no se ha utilizado en este caso la tecnología para sustituir la propia actividad de los huelguistas sino para asignar trabajadores que sustituyesen a los huelguistas.

Ante la acusación de vulneración del derecho de huelga la empresa se defiende apoyándose en la ausencia de intencionalidad, pues, a su juicio, al emplearse una herramienta informática para asignar las tareas de manera automática a trabajadores no huelguistas la ausencia de intención dirigida a vulnerar el derecho de huelga resulta evidente. Se trata de un argumento, que a la luz del pronunciamiento del TS, podemos calificar de endeble. Y es que una vez analizado cómo funciona dicha herramienta de gestión de personas y tareas y cómo es utilizada por las distintas empresas del Grupo Ericsson con carácter ordinario, resulta bastante difícil mantener los argumentos esgrimidos por la empresa. Precisamente, nos encontramos ante un caso claro en el que se utilizan medios técnicos en el marco de una huelga que provocan un resultado inadmisibles y por ello se requiere una actuación correctora por parte del ser humano. En este caso por parte de la empresa que es la propietaria de dicha herramienta y como tal está en condiciones de ejercer el poder de dirección y control sobre ella y al hacerlo no ha de perder de vista el contenido del derecho de huelga, de modo que si el resultado de la asignación de tareas era la sustitución de trabajadores huelguistas debería haber adoptado las medidas oportunas sin perder de vista que con tecnología o sin ella el art. 6.5 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, ha de ser respetado.

4.- ACERCA DE LA SOLIDARIDAD DE LA CONDENA.

Otra de las cuestiones que se discute en este caso tiene que ver con la solidaridad de la condena. Tres eran las empresas afectadas por la acusación del sindicato. En concreto se trataba de las compañías Ericsson España S.A. (EEM), Ericsson Network Services S.L. (ENI) y Excellence Field Factory S.L. (EFF), que junto a Ericsson Broadcast and Media Services Spain, S.L (EXM) formaban el Grupo Ericsson en España. La huelga se había convocado en la

empresa EFF y por ese motivo las otras dos condenadas a indemnizar, esto es, EEM y ENI, entendían que en tanto no eran empleadoras de quienes participaban en la huelga no tenían que asumir la solidaridad en la condena.

Sin embargo, el TS entendió que la interrelación existente entre dichas empresas no se pone de manifiesto únicamente en el desarrollo de su actividad en general, sino también en el marco de la huelga. Para el TS resulta evidente y por ello confirma la condena solidaria a las tres compañías, que las conductas a las que se imputa el efecto lesivo solo pudieron llevarse a cabo gracias a la interconexión que existe entre dichas empresas y al engranaje del sistema que comparten para atender las incidencias. Criterio que ya tuviera en cuenta el TS en sus sentencias de 11 de febrero de 2015 (núm. rec. 95/2014) y de 3 de octubre de 2018 (núm. rec. 1147/2017) y cuya doctrina trae a colación el TS en esta ocasión para llegar a la solución descrita.

5.- SENTENCIAS RELACIONADAS.

Acerca de la sustitución de huelguistas: STS 8 de junio de 2011 (Nº. Rec.144/2010), 5 de diciembre de 2012 (Nº. Rec. 265/2011), 20 de abril de 2015 (Nº. Rec. 354/2012) y 13 de enero de 2020 (Nº. Rec. 138/2018).

Acerca de la condena solidaria por vulneración del derecho de huelga a un conjunto de empresas que constituyen un grupo: STS de 11 de febrero de 2015 (Nº. Rec. 95/2014) y STS de 3 de octubre de 2018 (Nº. Rec.1147/2017).

6.- BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA.

TODOLÍ SIGNES, A., “El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga”, *Actualidad Laboral*, Nº 7-8, 2014.

POQUET CATALÁ, R., “Esquirolaje tecnológico y derecho de huelga. Comentario a la STC 17/2017, de 2 de febrero”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 11, 2017.

TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje tecnológico*, Aranzadi, 2018.

VALLE MUÑOZ, F.A., “La sustitución tecnológica de trabajadores huelguistas”, *IUSlabor*, 3/2018.

SALA FRANCO T., “El esquirolaje tecnológico”, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías, (Estudios en homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25 º aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, Coords.: E. Monreal BringsVaerd, X. Thibault Aranda y A. Jurado Segovia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

ARGÜELLES BLANCO, A.R., *Derecho de huelga y determinación de los servicios mínimos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

Derecho de desistimiento del consumidor en contratos de prestación de servicios ya ejecutados.

(Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 24 de marzo de 2021, Recurso nº 2491/2018)

Luz María García García
Abogada

1.- EL CASO.

Doña Asunción y don Camilo suscribieron en su domicilio, el 25 de noviembre de 2014, un contrato de corretaje con la agencia inmobiliaria “Mejor que Ayer” S.L. (Superhabit Consulting) para la gestión de la venta de una vivienda de su propiedad, mediante la firma de la correspondiente nota de encargo profesional u hoja de encargo de venta. En dicha hoja se pactaban los honorarios de la agencia por sus servicios, pero ni constaba ni se hacía referencia alguna al derecho de desistimiento que asistía a los propietarios.

Días después, el 9 de diciembre de 2014, doña Asunción y don Camilo enviaron un burofax a “Mejor que Ayer S.L.” comunicándole su intención de desistir del contrato dados los altos honorarios de la agencia y el bajo precio señalado para la vivienda, lo que hacía que, teniendo en cuenta además las cargas con las que contaba el inmueble, la venta, de realizarse, no les proporcionaría ventaja económica significativa. La inmobiliaria se opuso a este desistimiento alegando que ya había cumplido el contrato y prestado el servicio pues a la recepción del burofax ya había encontrado compradores para el piso, que incluso habían abonado una determinada cantidad en concepto de “reserva”, por lo que les reclamaba el abono de los honorarios pactados por importe de 14.447,40 €.

Frente a la negativa de los propietarios a su pago, la inmobiliaria interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia nº 33 de Madrid, que fue parcialmente estimada condenando a doña Asunción y don Camilo al pago de 2.000 € al entender que, habiendo sido ejecutada la prestación y siendo por tanto el desistimiento extemporáneo, en realidad se trataba de una resolución unilateral del contrato por parte de los propietarios que daba lugar a la indemnización de los daños y perjuicios causados a la agencia, que estimó en esa cantidad. Esta Sentencia fue recurrida en apelación por ambas partes, y revocada por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que desestimó íntegramente la demanda por considerar ejercitado en plazo el derecho de desistimiento que asistía a los propietarios.

Contra esta resolución interpuso la agencia inmobiliaria recurso de casación, que da lugar a la Sentencia que se comenta. El recurso gira, esencialmente, en torno a un motivo: el derecho del consumidor a desistir de un contrato de prestación de servicios celebrado fuera de establecimiento mercantil (o a distancia) cuando el servicio ya ha sido completamente prestado por el empresario.

2.- SOBRE EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA Y FUERA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL: LA EXCEPCIÓN DE PRESTACIÓN YA CUMPLIDA.

El RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, reconoce al consumidor el derecho a desistir (“dejar sin efecto”) del contrato celebrado con la simple notificación de su decisión al empresario contratante, y sin necesidad de esgrimir causa alguna ni penalización de ninguna clase (art. 68.1). Ahora bien, esta facultad no se recoge respecto a todos los contratos de consumo, sino únicamente cuando así lo reconozca la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato, y en los supuestos previstos legal o reglamentariamente (art. 68.2), como es el caso de los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento mercantil.

Originariamente, cada uno de estos tipos de contrato (a distancia y fuera de establecimiento mercantil) disponía de su propia regulación (la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles), reconociéndose en ambos casos el derecho de desistimiento del consumidor durante un plazo de siete días, aunque con un régimen jurídico distinto.

Sin embargo, el art. Único Veintiocho de la Ley 3/2014, unifica en el Título III del Libro II del TRLCU el régimen legal de los contratos a distancia y de los celebrados fuera de establecimiento mercantil, incluido el del derecho de desistimiento. Por ello, aunque la Sentencia que comentamos se refiera a un supuesto de contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil, la interpretación que hace de la excepción al derecho de desistimiento prevista por el art. 103.a) es plenamente aplicable (y cabría decir incluso que con mayor relevancia, dado el volumen de operaciones) a la contratación a distancia (por vía electrónica o telefónica).

Pues bien: el art. 102 TRLCU, conforme a esta nueva redacción, reconoce al consumidor y usuario en los contratos a distancia “el derecho a desistir del contrato durante un periodo de 14 días naturales sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste”, entendiéndose por contrato a distancia todos los casos de contratos celebrados sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor, presencia física que es sustituida por el uso de uno o varios medios de comunicación a distancia (como el correo postal, internet, teléfono o fax) desde los trámites preliminares o precontractuales hasta la celebración del contrato, todo ello en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia (art. 92.1 TRLCU).

El objetivo del reconocimiento del derecho de desistimiento al consumidor en estos supuestos es precisamente el de paliar esa falta de presencia física simultánea de empresario y consumidor, y la imposibilidad de éste de compro-

bar personalmente las características del producto o servicio y meditar bien su decisión, otorgándole un periodo de reflexión durante el que pueda replantearse la contratación realizada. Como dice la STJUE de 23 de enero de 2019 (asunto C-430/17 (TJCE 2019, 9), con cita de la de 3 de septiembre de 2009 (asunto C-489/07 (TJCE 2009, 246): “el derecho de desistimiento tiene por objeto proteger al consumidor en la situación concreta de una venta a distancia, en la que no tiene la posibilidad real de ver el producto o de conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato. Por tanto, se considera que el derecho de desistimiento compensa la desventaja resultante para el consumidor de un contrato a distancia, concediéndole un plazo de reflexión apropiado durante el cual tiene la posibilidad de examinar y probar el bien adquirido”. Y en términos de la Sentencia que se comenta, la finalidad del reconocimiento del derecho a desistir es “paliar los riesgos de decisiones poco informadas o meditadas que van asociados a ciertas formas de contratación en las que el consumidor no ha tomado la iniciativa de contratar o se ve expuesto a técnicas agresivas empleadas por los empresarios para lograr la celebración del contrato” (FD 2).

Ahora bien, en el artículo siguiente (art. 103 TRLCU), se relacionan una serie de supuestos en los que no cabrá este derecho de desistimiento, entre los que está “La prestación de servicios, una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado, cuando la ejecución haya comenzado, con previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y con el reconocimiento por su parte de que es consciente de que, una vez que el contrato haya sido completamente ejecutado por el empresario, habrá perdido su derecho de desistimiento” -apartado a)- (excepción que aparece por primera vez con la modificación del TRLCU operada por la Ley 3/2014, pues no existía en su redacción originaria).

Y es que no son pocos los contratos que los consumidores celebran a distancia para la contratación de un servicio en los que le interesa la prestación inmediata del mismo, sin tener que esperar a que transcurra el plazo de desistimiento, para poder disponer de forma continuada y sin interrupciones de ese servicio (piénsese por ejemplo en los servicios de telefonía, internet, suministro eléctrico..., especialmente en los casos de cambio de operador o distribuidora). En estos casos, se impone al empresario la obligación de exigir al consumidor que presente una solicitud expresa en tal sentido (art. 98.8 TRLCU para contratos a distancia y 99.3 para los celebrados fuera de establecimiento mercantil), sin que haya justificación para que esta prestación anticipada del servicio conlleve la pérdida del derecho de desistimiento

Si comenzada así la prestación del servicio el consumidor ejercita en tiempo y forma su derecho de desistimiento, el empresario también debería poder cobrar los servicios que hubiese prestado hasta ese momento, pues lo contrario supondría un enriquecimiento injusto para el consumidor y un desequilibrio de las contraprestaciones entre las partes. En esta línea, el art. 108.4 TRLCU impone al consumidor la obligación de abonar al empresario el importe proporcional a la parte ya prestada del servicio hasta el momento en que haya notificado al empresario el ejercicio del derecho de desistimiento, importe pro-

porcional que se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato y que, de resultar excesivo, se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio, obligación de pago que decae si el empresario no le informó de su derecho de desistimiento o si el consumidor no solicitó expresamente la prestación anticipada del servicio (art. 108.5.a) 1º y 2º TRLCU).

Si el anticipo de la prestación del servicio conlleva o puede conllevar la completa ejecución del contrato, también es razonable que el consumidor no pueda desistir pues el servicio, por su naturaleza incorporal, no puede ser devuelto, se agota con su propia prestación, y el consumidor ya se habrá beneficiado de la utilidad perseguida con el contrato. Ahora bien, el consumidor debe ser expresamente informado de que perderá su derecho de desistimiento para valorar, con conocimiento de causa, si le compensa o no solicitar esa prestación inmediata y anticipada del servicio. Por ello, también se impone al empresario la obligación de exigir al consumidor la declaración de conocer que, si el empresario ejecuta íntegramente el contrato, perderá su derecho a desistir (art. 98.8 TRLCU para contratos a distancia y 99.3 para los celebrados fuera de establecimiento mercantil).

En línea con estas disposiciones, el art. 103.a) TRLCU excluye, en estos casos de prestación anticipada y completa del servicio (o cumplimiento íntegro del contrato), el derecho de desistimiento del consumidor.

Y es esta excepción la que, en el caso que analizamos, opone la inmobiliaria al derecho de desistimiento ejercitado por los propietarios de la vivienda, dentro del plazo legalmente establecido, pero cuando ya se había cumplido el contrato al haber encontrado la agencia compradores para la vivienda.

Para llegar al fallo, la Sentencia, siguiendo el dictado del art. 103.a), entra a analizar la información que ha de facilitarse al consumidor sobre el derecho de desistimiento para que sea de aplicación la excepción de prestación cumplida, pues no se puede obviar (como hizo la Sentencia de la primera instancia) que este precepto supedita la exclusión del derecho de desistimiento a que el empresario haya cumplido la obligación de información que le impone el art. 98.8 TRLCU en los contratos a distancia y 99.3 para los celebrados fuera de establecimiento mercantil, esto es:

- que el consumidor haya consentido expresamente que la prestación de servicios comience antes del vencimiento del plazo para desistir.

- y “reconocimiento por su parte de que es consciente” de que, si como consecuencia de ese inicio anticipado de la prestación el empresario llega a ejecutar íntegramente el contrato, ello supondrá la pérdida de su derecho de desistimiento (este segundo requisito ha sido dotado de una redacción que podríamos denominar aclaratoria por el art. 82.13 del Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre (con entrada en vigor el 28 de mayo de 2022), pasando a decir “con el conocimiento por su parte”).

Con ello, lo que hace el art. 103.a) TRLCU es sancionar al empresario que no cumpla su obligación de información con la pérdida de oportunidad

de invocar la excepción de prestación cumplida frente al desistimiento del consumidor, convirtiéndose de esta manera, como señala la Sentencia, en un refuerzo de la exigibilidad de los deberes precontractuales de información relativos al derecho de desistimiento evitando que el empresario burle la efectividad de este derecho simplemente anticipando la ejecución del contrato.

Pero la resolución comentada no se queda ahí, sino que analiza también el cumplimiento por parte de la agencia del deber general de información precontractual que el TRLCU impone al empresario para la celebración de contratos a distancia o fuera de establecimiento mercantil sobre el desistimiento: “las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho, así como el modelo de formulario de desistimiento” (art. 97.1.j), los gastos que, en estos supuestos y en caso de ejercitar el desistimiento, el consumidor deberá abonar al empresario por los servicios ya prestados (art. 97.1.l), y la pérdida del derecho de desistimiento cuando el consumidor presente una solicitud de comienzo anticipado de la prestación y ésta haya sido íntegramente ejecutada (art. 97.1.m).

Y sanciona el incumplimiento por parte del empresario de esta obligación de información con el mantenimiento del derecho a desistir del consumidor incluso cuando la prestación haya sido íntegramente cumplida y, tratándose de servicios, sea imposible su devolución. Es decir, que para que el empresario pueda oponer frente al desistimiento del consumidor la excepción de prestación ya cumplida, el consumidor no sólo debe haber solicitado expresamente el comienzo de la prestación del servicio contratado durante el plazo de desistimiento y declarado conocer que la íntegra ejecución del contrato durante ese periodo supondría la pérdida de su derecho de desistimiento, sino que el empresario debe haberle informado de los gastos que el ejercicio del desistimiento le podría comportar.

Además, al declarar, conforme al art. 68.3, la aplicación supletoria de la regulación general del derecho de desistimiento que contiene el TRLCU (arts. 68 y ss.), resultaría también exigible al empresario que informase al consumidor por escrito, en el propio contrato, de manera clara, comprensible y precisa, del derecho a desistir del contrato y de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, entregándole además un documento a modo de formulario de desistimiento.

Como de ninguno de estos extremos se había informado al consumidor, el Tribunal no considera de aplicación la excepción y estima válidamente ejercitado el derecho de desistimiento sin coste alguno para el consumidor.

Como concluye la Sentencia comentada, “si no existe información previa por parte del empresario sobre el derecho de desistimiento y el consumidor no presta su consentimiento expreso para el inicio de la prestación habiendo sido informado de que con la ejecución del contrato perderá el derecho a desistir, este derecho se conserva incluso en el caso de que el contrato se ejecute completamente, y no asumirá ningún coste”.

3.- SENTENCIAS RELACIONADAS.

En un caso similar al presente de desistimiento de un contrato de prestación de servicios (arrendamiento de obra), con inicio de la prestación acordado entre empresario y consumidor y anticipado al vencimiento del plazo de desistimiento, se descarta la aplicación de la exclusión del art. 103.a) TRLCU por no haber renunciado el consumidor a su derecho a desistir y se declara válido el desistimiento ejercido, debiendo el consumidor abonar los servicios que ya habían sido prestados a ese momento: STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 14 de abril de 2021, Rec. nº 1927/2018).

4.- BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA.

DÍAZ ALABART, S., ÁLVAREZ MORENO, M.T., *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TR LCU)*, Ed. Reus, 2014.

GARCÍA GARCÍA, L.M., «Régimen general del derecho de desistimiento», en *Derechos de los Consumidores y Usuarios (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2016, pp. 595-676; *Ibidem*, «Los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil», en *Derechos de los Consumidores y Usuarios (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2016, pp. 816-887.

PALACIOS GONZÁLEZ, D., «La contratación a distancia con consumidores», en *Derechos de los Consumidores y Usuarios (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2016, pp. 777-815.

PINO ABAD, M., SERRANO CAÑAS, J.M., “El nuevo régimen jurídico de los contratos a distancia”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 37, 2015.

Concepto de expediente administrativo electrónico

(Sentencia del Tribunal Supremo 1818/2021, de 13 de mayo, Recurso nº 5011/2019)

Mónica Álvarez Fernández

Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo

Javier García Luengo

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo

1.- CONTEXTO DEL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO.

La Sentencia del Tribunal Supremo que comentamos es relevante por varios motivos. En primer lugar, como es natural, por la doctrina que sienta en un asunto relevante en la aplicación cotidiana del derecho administrativo sancionador, como es la posibilidad de que las Administraciones utilicen para sancionar datos cedidos por otras entidades jurídico-públicas, pero también lo es, y nos atreveríamos a decir que no en menor medida, por una importante advertencia, que el Tribunal Supremo hace *obiter dicta*, sobre como se debe configurar el expediente electrónico para que pueda ser considerado como tal.

El asunto que enjuicia el Tribunal Supremo se plantea porque el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria impuso a un taxista de esta localidad una sanción muy grave, por cesión de sus títulos, como consecuencia de la información que le transmitió la Agencia Tributaria sobre sus operaciones económicas, información que no fue utilizada por el Ayuntamiento con una finalidad tributaria, sino para perseguir una práctica ilegal que nada tiene que ver con los tributos.

No obstante, el aspecto de la Sentencia, que anula la sanción por considerar que la información no fue ni conseguida ni utilizada legítimamente por el Ayuntamiento, que aquí queremos destacar es otro, ya que el Tribunal Supremo hace al hilo de este asunto una consideración, muy significativa, sobre el concepto de expediente electrónico en la que vamos a centrar nuestro análisis.

2.- LA IMPORTANCIA DEL EXPEDIENTE Y LAS NUEVAS POSIBILIDADES ABIERTAS POR SU CONFIGURACIÓN ELECTRÓNICA.

La importancia del expediente en el procedimiento administrativo y en el procedimiento judicial contencioso-administrativo es difícilmente negable. El expediente debe incorporar cuantos antecedentes ha ido acumulando en el procedimiento la Administración a lo largo de la instrucción (y si es preciso, incluso, otros antecedentes que guarden una relación directa con la resolución

que finalmente se adopte, como pueden ser informes evacuados en otros procedimientos pero que se deben incorporar a la actual instrucción, u otros procedimientos que sirven de inmediato antecedente al actual).

Cualquier pérdida u omisión en la cadena de actuaciones que han conducido a la resolución final enturbia inmediatamente el proceso de verificación de su oportunidad y legalidad, haciendo más complejo el control de la actividad administrativa. Por ello, la mejor doctrina (BAÑO LEÓN, 2016) reaccionó con justa indignación cuando la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común incorporó una definición del expediente administrativo, en su artículo 70.4, que excluye del expediente, entre otros documentos, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento. Esta exclusión facilita que se puedan “depurar” del expediente las opiniones disidentes de funcionarios que actuando con objetividad señalen alguna “inconveniencia” para la autoridad o superior competente. Además, la regulación legal, aunque impone el expediente electrónico no lo define con la debida precisión y se limita a exigir que el expediente se forme (i) mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlo, que contenga (ii) un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita, y que se remita (iii) de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad y en las correspondientes Normas Técnicas de Interoperabilidad y completo, foliado, autenticado y acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga.

Es esta autenticación del índice lo que garantiza, según la Ley, la integridad e inmutabilidad del expediente electrónico generado desde el momento de su firma y permite su recuperación siempre que sea preciso, haciendo admisible que un mismo documento forme parte de distintos expedientes electrónicos.

No obstante, la Ley no impone una exigencia muy importante como es la necesidad de que cada documento electrónico que se incorpore al expediente tenga una marca temporal, que no sea fácilmente manipulable, que garantice que la formación del expediente fue ordenada desde un punto de vista cronológico y que efectivamente se fueron cumpliendo los requisitos formales con la sucesión prevista normativamente. Esta exigencia se incorporó, no obstante, recientemente en el artículo 50 del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, que exige que todo documento electrónico incorpore o bien una marca de tiempo, consistente en la asignación por medios electrónicos de la fecha y, en su caso, la hora a un documento electrónico, o bien, cuando las normas reguladoras del expediente lo requieran, un sello electrónico cualificado de tiempo, consistente en la asignación por medios electrónicos de una fecha y hora a un documento electrónico con la intervención de

un prestador cualificado de servicios de confianza que asegure la exactitud e integridad de la marca de tiempo del documento.

La garantía de esta huella temporal de la elaboración de cada documento es absolutamente esencial y reduce de forma radical la posibilidad de manipulaciones en los expedientes. En este contexto, han de entenderse las aparentemente poco significativas afirmaciones del Tribunal Supremo en la Sentencia que comentamos pero que tienen una relevancia nada desdeñable para evitar que las garantías que añade el expediente electrónico queden desvirtuadas por la inercia o la mala fe de las Administraciones.

3.- LA CENSURA DEL TRIBUNAL SUPREMO A LOS EXPEDIENTES “ELECTRÓNICOS” FORMADOS POR ACUMULACIÓN DE DOCUMENTOS ESCANEADOS.

El Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos censura abierta e inequívocamente que se considere expediente electrónico el que se ha formado escaneando documentos elaborados en papel y se acompañe a los mismo un índice que no permite el enlace automático al documento indexado, evitando que para encontrar el documento se tenga que visualizar todas las páginas hasta alcanzar la concretamente buscada. En palabras del Tribunal Supremo:

“Ese índice lateral izquierdo cuando el expediente es electrónico ha de permitir su consulta desplegando las hojas sin necesidad de visualizar todas las páginas cada vez que se opte por comprobar o contrastar un dato. Lo anterior es lo que permiten los documentos digitalizados en PDF con el servicio de índice, es decir, al colocar el cursor sobre el apartado correspondiente se abre en la página buscada, aunque el documento en PDF tenga miles de páginas (...)

*Tal situación no se cumple en el expediente remitido, que mal puede llamarse electrónico, en el que en lugar del modo presentación que facilita la consulta, se ha **confeccionado con el modo amontonamiento**, es decir un simple escaneado de las hojas de papel del expediente administrativo original, impidiendo así la búsqueda ágil que es el objetivo último de la Administración digital, obligando, en cambio, a visualizar todas y cada una de las hojas en la pantalla del ordenador cada vez que se consulta un documento”.*

Las consecuencias del “amontonamiento” que denuncia y censura el Tribunal Supremo van más allá de la mera incomodidad para su manejo, aunque dicha incomodidad ya es efectivamente censurable en cuanto dificulta la adecuada defensa y obliga al ciudadano o a sus representantes a emplear más horas en su defensa, lo que va siempre en detrimento de la calidad de la misma, y puede tener consecuencias materiales importantes en los expedientes más voluminosos que acumulan miles de páginas y que no son nada infrecuentes en la práctica.

En efecto, más allá de esa “incomodidad” en su manejo, el expediente formado por acarreo de documentos escaneados no incorporará huella temporal alguna (marca de tiempo o sello electrónico cualificado de tiempo) que aporte las garantías propias de las nuevas tecnologías en la formación del expediente y dificulta, además, la identificación precisa de cada funcionario o autoridad que ha intervenido que también permiten las nuevas tecnologías.

En definitiva, la censura del Tribunal Supremo al expediente enviado por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria es algo más que un capricho o un formalismo vacuo, es una reivindicación de la necesidad de cumplir con garantías formales esenciales para garantizar tanto que la Administración actúa ordenadamente como que facilite al ciudadano su derecho a la defensa.

La Sentencia de 13 de mayo de 2021 constituye, por lo tanto, en su simplicidad, una pieza importante para que la implantación de la administración electrónica no sea únicamente una disculpa para una mayor burocratización de la actividad administrativa, y contenga cuando menos algún avance en las garantías del ciudadano.

4.- BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA.

BAÑO LEÓN, J. M., “Súbditos de la Administración”, *El País*, 11 de mayo de 2016 (también en *El diario del Derecho*, Iustel, 17 de mayo de 2016).

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M., *Las garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

MIR PUIGPELAT, O., *Transparencia y procedimiento administrativo. El derecho de acceso al expediente y su conexión con el derecho de acceso a información pública*, Civitas, Madrid, 2019.