



Roj: **SAP M 13597/2007 - ECLI: ES:APM:2007:13597**

Id Cendoj: **28079370182007100469**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **18**

Fecha: **08/10/2007**

Nº de Recurso: **434/2007**

Nº de Resolución: **516/2007**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JESUS CELESTINO RUEDA LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 18

MADRID

**SENTENCIA: 00516/2007**

Rollo: RECURSO DE APELACION 434 /2007

Proc. Origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 19 /2006

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 52 de MADRID

PONENTE: ILMO. SR. D. JESÚS RUEDA LÓPEZ

APELANTE: Narciso

PROCURADOR: LUCIANO ROSCH NADAL

APELADO: Ignacio , SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES

PROCURADOR: JOSE MARIA MURUA FERNANDEZ

En MADRID, a ocho de octubre de dos mil siete.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

ILMO. SR. D. LORENZO PÉREZ SAN FRANCISCO

ILMO. SR. D. PEDRO POZUELO PÉREZ

ILMO. SR. D. JESÚS RUEDA LÓPEZ

La Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos sobre protección del derecho al honor, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 52 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelante demandado DON Narciso representado por el Procurador Sr. Rosch Nadal y de otra, como apelados demandantes DON Ignacio Y SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES representados por el Procurador Sr. Murúa Fernández, siendo parte también el MINISTERIO FISCAL seguidos por el trámite de juicio ordinario.

Visto, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. DON JESÚS RUEDA LÓPEZ.

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 52 de Madrid, en fecha 19 de diciembre de 2006, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D. José María Murúa Fernández en nombre y representación de la Sociedad General de Autores y Editores y D. Ignacio frente a D. Narciso debo condenar y condeno al demandado a que abone



al actor la cantidad de 400 euros a la codemandante Sociedad General de Autores y Editores y la cantidad de 200 euros a D. Ignacio .

Condenándole, igualmente, a la publicación a su costa de la sentencia en el mismo medio de puesta a disposición de público que utilizó para llevar a cabo dicha intromisión ilegítima, concretamente, mediante una página web de Internet accesible al público en general.

Con expresa imposición de costas al demandado".

SEGUNDO.- Por la parte demandada se interpuso recurso de apelación contra la meritada sentencia, admitiéndose a trámite y sustanciándose por el Juzgado conforme a la Ley 1/2000, se remitieron los autos a esta Audiencia.

TERCERO.- Que recibidos los autos en esta Sección se formó el oportuno rollo, en el que se siguió el recurso por sus trámites. Quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 4 de octubre de 2007.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con fundamento legal en el artº. 7.7 LO 1/1982 y 18 CE se ejercitó en su día por la parte actora una acción personal de protección jurisdiccional civil del derecho al honor ante la intromisión ilegítima en el mismo derivada de determinados contenidos obrantes en la página web <http://frikipedia.isdifferent.com> de la que era titular y responsable el demandado, pretensiones a las que se opuso el mismo en la forma que consta en autos, siendo dictada sentencia en la instancia por la que se estimaba la demanda formulada, interponiéndose por el demandado el recurso que es ahora objeto de consideración por esta Sala y que ha venido a fundamentarse en la a su juicio errónea valoración de la prueba y aplicación del derecho en relación con el contenido del artº. 16 de la Ley 34/2002 y en la falta de responsabilidad del demandado en las opiniones y comentarios vertidos en tal página.

SEGUNDO.- Planteada en tales términos la cuestión en esta alzada y comenzando por la primera de tales alegaciones ha de ponerse de manifiesto que el demandado únicamente se opuso a las pretensiones de la actora en su contestación a la demanda, folios 113 y ss de los autos, en la consideración de no ser autor de las expresiones contenidas en la página y que la demandante ha entendido intromisiones ilegítimas en su honor, en afirmar su corta edad, y en considerar que el contexto de esas expresiones era distendido y desenfadado aunque hiriente y peyorativo, es decir alegándose una intención meramente jocosa dada la edad del demandado.

Pues bien, siendo tales los hechos en los que se fundamentó la contestación a la demanda, difícilmente puede fundamentarse el recurso en la vulneración o aplicación indebida de unas normas no alegadas que sirvan de base a unos hechos no afirmados y en las que no se fundamentó la oposición como lo es la afirmación de que el demandado es un mero prestador de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos a los efectos del artº. 16 de la citada Ley 34/2002 , puesto que, como tiene reiterado la doctrina del TS en sus sentencias, entre otras que se citarán, de 20 de diciembre y 13 de mayo de 2002 , los Tribunales deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes le hayan sometido, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones, que son los rectores del proceso. Así lo exigen los principios de rogación ( STS 15 de diciembre de 1984 , 4 de julio de 1986 , 14 de mayo de 1987 , 18 de mayo y 20 de septiembre de 1996 , 11 de Junio de 1997 ); y de contradicción (SS de 30 de enero de 1990 y 15 de abril de 1991 ), por lo que el fallo ha de adecuarse a las pretensiones y planteamientos de las partes, conforme a la regla iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium ( SS 19 de octubre de 1981 y 28 de abril de 1990 ), sin que quepa modificar los términos de la demanda (prohibición de la mutatio libelli, S de 26 de diciembre de 1997), ni cambiar el objeto del pleito en la segunda instancia (pendente appellatione nihil innovetur, SS 21 de abril de 1992 y 9 de junio de 1997 ). La alteración de los términos objetivos del proceso genera una mutación de la causa petendi, y determina incongruencia extrapetita (que en el caso absorbe la omisiva de falta de pronunciamiento sobre el tema realmente planteado), todo ello conforme con la doctrina jurisprudencial que veda, en aplicación del art. 359 Ley de Enjuiciamiento Civil resolver planteamientos no efectuados ( SS 2 de abril de 1996 , 19 de diciembre de 1997 y 21 de diciembre de 1998 ).

En base a ello ya debería desestimarse sin más el primer motivo de apelación.

TERCERO.- No obstante ello, y aún teniendo por temporáneamente formuladas tales alegaciones, es cierto que se ha desarrollado en España un cuerpo legislativo constituido por la Ley citada 34/2002, de 11 de Julio, de



Servicios de la Información y de Comercio Electrónico, que tiene como objeto la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de Junio, y que incorpora parcialmente la Directiva 98/27 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de Mayo es transposición, siendo de señalar, como afirma la SAP de Madrid de 6 de febrero de 2006 , "que tal normativa no excluye la aplicación de otras, como la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, Protección Civil del Derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen; de lo hasta aquí indicado pasamos a concluir que la responsabilidad por las intromisiones en el honor, intimidad y propia imagen, no se ha de derivar sólo al autor de la información, sino también al intermediario, que soluciona los contenidos y los introduce en la red, poniendo a disposición de los usuarios una determinada información, ya sea en una página Web, una base de datos o una lista de distribución, con la matización de que procede entender responsable al creador y el editor de la información, y a los proveedores de acceso y servicios sobre la base del efectivo conocimiento y la posibilidad técnica de control de la información;"

Pues bien, las pruebas obrantes en autos tanto la pericial como el propio interrogatorio del demandado han dejado plenamente acreditada la responsabilidad del mismo en la creación de la página, en la introducción de sus contenidos y en la posibilidad técnica del control de los mismos. El citado artº. 16 establece que "1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:

- a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
- b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador", y el anexo b) de la ley, "definiciones" describe el servicio de intermediación como "servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información. Son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet".

Es evidente que el demandado no actuaba como mero prestador de servicios de alojamiento o intermediación como en esta alzada, y no en la instancia, alega sino que es el creador de la página y es autor de parte de los contenidos y comentarios en ella vertidos, y en too caso es responsable de lo que en ella publiquen otros y todo ello según se deriva tanto de la pericial obrante en autos como de las propias respuestas del demandado en su interrogatorio, por lo que procede la desestimación de tal motivo de recurso.

CUARTO.- Y por último en cuanto a la consideración de que el demandado no es el autor de las frases y contenidos injuriosos, no cabe sino reiterarse el contenido del anterior fundamento en el sentido de que el demandado es el creador de la página y su máximo responsable de ella y de sus contenidos no tratándose de un mero prestador de servicios técnicos de alojamiento según la pericial obrante en autos, poro lo que decae el contenido de tan reiterativa afirmación, procediendo la desestimación del recurso formulado, confirmándose la sentencia recurrida con imposición al recurrente de las costas procesales causadas en esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

Por cuanto antecede en nombre de Su Majestad El Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

### III.- FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Narciso representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Roch Nadal contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez titular del Juzgado de 1ª. Instancia nº 52 de Madrid de fecha 19 de diciembre de 2006 en autos de juicio ordinario nº 19/06 DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente la misma con imposición al recurrente de las costas procesales causadas en esta alzada.



Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ