



Roj: **SAP M 12603/2008 - ECLI: ES:APM:2008:12603**

Id Cendoj: **28079370102008100471**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **10**

Fecha: **16/07/2008**

Nº de Recurso: **774/2007**

Nº de Resolución: **511/2008**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANA MARIA OLALLA CAMARERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 10

MADRID

**SENTENCIA: 00511/2008**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE MADRID

Sección 10

1280A

C/ FERRAZ 41

Tfno.: 914933847-48-918-16 Fax: 914933916

N.I.G. 28000 1 7038603 /2007

Rollo: RECURSO DE APELACIÓN 774/2007

Autos: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 743/2006, TUTELA DEL DERECHO AL HONOR

Órgano Procedencia: JZDO. PRIMERA INSTANCIA Nº 10 DE MADRID

De: Amanda

Procurador: MARÍA MERCEDES SAAVEDRA FERNÁNDEZ

Contra: Cosme

Procurador: JOSÉ CARLOS GARCÍA RODRÍGUEZ

Ponente: ILMA. SRA. D<sup>a</sup> **ANA M<sup>a</sup> OLALLA CAMARERO**

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

D. ÁNGEL VICENTE ILLESCAS RUS

D<sup>a</sup>ANA M<sup>a</sup> **OLALLA CAMARERO**

En Madrid, a dieciséis de Julio de dos mil ocho.

La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los Autos Nº 743/2006, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia Nº 10 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelante demandante D<sup>a</sup> Amanda , representado por la Procuradora Sra. D<sup>a</sup> Mercedes Saavedra Fernández y defendido por Letrado, y de otra como apelado



demandante DON Cosme , representado por el Procurador Sr. Don José Carlos García Rodríguez y defendido por Letrado, con la presencia del Ministerio Fiscal, seguidos por el trámite de Procedimiento Ordinario, sobre tutela del Derecho al Honor.

VISTO, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> **ANA M<sup>a</sup> OLALLA CAMARERO**.

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

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

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia N<sup>o</sup> 10 de Madrid, en fecha 28 de Junio de 2.007, se dictó Sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: FALLO:

"Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por la procuradora Sra. Saavedra Fernández en nombre y representación de DOÑA Amanda contra DON Cosme representado por el procurador Sr. García Rodríguez con intervención del MINISTERIO FISCAL y en consecuencia debo absolver y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos instados en su contra, y ello con imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte actora."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso Recurso de Apelación por la parte demandante. Admitido el Recurso de Apelación en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la parte apelada. Elevándose los Autos ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, de fecha 5 de Junio de 2.008, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 14 de Julio de 2.008.

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

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan y se dan por reproducidos, los fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- El presente recurso trae causa de la acción ejercitada en la Instancia por D<sup>a</sup> Amanda sobre tutela de derecho al honor contra D. Cosme como titular del portal de Internet con la denominación DIRECCION000 en el que aparecieron publicadas expresiones de descrédito contra la actora. Habiéndose dictado sentencia desestimatoria contra las pretensiones de la demandante.

TERCERO.- Se interpone recurso de Apelación por la representación de D<sup>a</sup> Amanda , alegando como primer motivo error en la valoración de la prueba y como segundo la aplicación indebida de los Art. 13 , 16 y concordantes de la Ley 34/02 de 11 de Julio, sobre Servicios de la Sociedad de la Información y Correo Electrónico . Ambos serán tratados conjuntamente pues como vamos a ver se interrelacionan en la propia argumentación del apelante.

La apelante entiende que la sentencia erróneamente concluye que el demandado no es el prestador del servicio, pero es lo cierto que la Sala no considera que esto sea así, pues claramente se contrae que la resolución impugnada claramente sienta lo contrario. Así, si bien como indica el apelante el fundamento Tercero de la sentencia apunta a la posibilidad de que ostente tal condición **VELOXIA NETWORK SL**, es lo cierto que el razonamiento contenido en el Fundamento Cuarto despeja toda duda al sentar que el "el demandado es realmente un prestador de servicios" en el sentido recogido en el Art. 16 la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Correo Electrónico . Por lo tanto el error se detecta en la conclusión del apelante no en la sentencia que ha concluido lo contrario. Ahora bien lo que también sostiene la sentencia es que el demandado como prestador puede incurrir en responsabilidad si no precede a borrar los mensajes, pero en las condiciones que dicho precepto indica. Y resuelve finalmente que el demandado no tiene responsabilidad por su actuación en el foro objeto de litis, al entender que no se ha declarado la ilicitud de los datos albergados en el foro por ningún órgano, sin que concurra falta de diligencia en la retirada de dichos datos pues no fue requerido en momento alguno por la ahora recurrente, que se limitó a plantear un acto de conciliación en el que tampoco se insto tal retirada, sin haberse producido ningún otro mensaje de esta índole contra ella. Procediendo el apelado a publicarlas normas de acceso al foro, en el que expresamente se comprometía a respetar los derechos de los demás.

La Sala comparte el impecable argumento de la Juzgadora de Instancia, observándose que la tendencia legislativa ha ido desde la práctica impunidad hasta la implicación de los prestadores de servicios en los contenidos que alojan en sus servidores o páginas Web. De esta manera, la Ley 34/2002, de 11 julio, de



servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, establece en su actual redacción el siguiente régimen de responsabilidad:

Art. 16. Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.

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.

Aplicando tales preceptos al caso de autos resulta manifiesto que no concurren ninguno de los supuestos previstos en la norma transcrita, no existe orden de retirada ni pronunciamiento sobre lesividad, que implique el conocimiento exigido normativamente. Y en cuanto a la falta de diligencia, coincide la Sala plenamente con el razonamiento de la Juzgadora de Primer Grado, difícilmente puede presumirse que el prestador del servicio pueda vigilar y controlar previamente los contenidos de todos los mensajes, pues recordemos no es esta la actividad profesional del demandado. Es más probablemente si ejerciera este control previo se generarían situaciones que afectarían a la libertad de expresión ya que para evitarse conflictos se procedería a una "censura previa" de contenidos.

Sostiene el apelante que no se puede proceder a una interpretación tan formalista del Art. 16 LSSI, pues ello conllevaría su inefectividad, ciertamente la Sala no entiende que se trate de una aplicación rigorista de la norma, sino más bien de la aplicación estrictu sensu de la Ley, que si no es observada lo que produce es su inaplicación. Ciertamente la aplicación del Art. 13 LSSI citado, puede no ser proclive a los intereses de la apelante pero lo que no se puede es obviar una normativa existente, ya sea para aplicarla o para motivar su inaplicación. No se considera de aplicación al caso el criterio de la sentencia reseñada por el apelante dictada por esta Audiencia por la Sec. 19 en fecha 6/2/06, pues dicha resolución condenatoria viene referida al caso de la SGAE contra la Asociación de Internautas por las expresiones contenidas en la Web alojada bajo el nombre de dominio putasgae.org, de propiedad de dicha asociación, pues en la misma ya solo el registro de un nombre tan indudablemente peyorativo como es "putasgae" conlleva una intencionalidad difamatoria obvia, que no es necesario que sea puesta de manifiesto por el agraviado, en virtud del propio Art. 13 LSSI. Lo cual no es el caso como ya hemos razonado, considerando esta Sala más próxima al presente caso, la sentencia a la que alude la resolución apelada dictada por esta Audiencia en fecha 20/12/05 que ya ha sido objeto de amplio estudio en la resolución de Primera Instancia.

Plantea también el apelante que con esta interpretación se crea un espacio de impunidad para contenidos que pueden revestir ilicitudes tan graves como los espacios en los que se aloje un contenido de pornografía infantil, o se incluya un link/enlace a una Web de estas características, u otra similar, que no deje lugar a dudas sobre su ilicitud penal.

Sobre este punto existen diferentes opiniones, siendo de destacar las conclusiones del artículo de Marisa Castelo publicado en fecha 10 de enero de 2007 por El Derecho, que considero crucial en este punto "el Art. 13, por el que empieza precisamente el Capítulo dedicado al "Régimen de responsabilidad" y que establece: Art. 13. Responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información. 1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información estén sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley. Estimamos que las normas siguientes de la LSSI podrán ser de aplicación en el ámbito civil, o en casos en que exista duda sobre la ilicitud penal (por ejemplo, si se publica un contenido que infringe un derecho de marca, lo que en muchos casos el prestador de servicios no pueda saber si no es advertido de ello), pero en ningún caso puede autorizar que un prestador de servicios sea irresponsable de una mínima culpa in vigilando, del cuidado que se le exigiría a un buen padre de familia, sobre contenidos manifiestamente delictivos que se aparejen con su website o servidor".



En consecuencia dado que no se cumplen los requisitos exigidos en la Ley 34/02 respecto a la responsabilidad del prestador demandado, y puesto que el contenido de los mensajes pese a su contenido de crítica áspera y desafortunada, no pueden ser tachados de manifiestamente delictivos, resulta claro que al igual que la sentencia de Instancia no se puede derivar que D. Cosme sea responsable del contenido de los mensajes que aparecen el foro denunciado. Ante ello y como se resuelve en la sentencia de instancia resulta innecesario pasar a conocer si el contenido de los mensajes atenta contra el honor de la actora.

Por lo cual deben decaer los motivos objeto del recurso y a la vista, de lo expuesto, y por sus propios y acertados argumentos, procede confirmar la sentencia de instancia.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley Enjuiciamiento Civil la desestimación del recurso conlleva la imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente.

Vistos los preceptos legales citados y demás disposiciones normativas de general y pertinente aplicación.

### III.- FALLAMOS

Que, desestimando el Recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Saavedra Fernández, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Amanda , frente a DON Cosme , representado por el Procurador Sr. García Rodríguez, contra la sentencia dictada en fecha 28 de Junio de 2.007 , por el Ilmo. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia N<sup>o</sup> de Madrid, Juicio N<sup>o</sup> 743/2006, de que dimana el presente rollo, procede:

1.º CONFIRMAR íntegramente la expresada resolución.

2.º IMPONER a la recurrente vencida las costas ocasionadas en la sustanciación de esta alzada.

Cúmplase al notificar esta resolución lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Devuélvanse los autos al juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, interesándose acuse de recibo.

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.