



Roj: **SAP IB 200/2007 - ECLI: ES:APIB:2007:200**

Id Cendoj: **07040370032007100067**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **3**

Fecha: **22/02/2007**

Nº de Recurso: **64/2007**

Nº de Resolución: **65/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ROSA RIGO ROSSELLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00065/2007

Rollo: RECURSO DE APELACION 0000064 /2007

SENTENCIA Nº 65

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DON CARLOS GOMEZ MARTINEZ

MAGISTRADOS:

DOÑA M^a ROSA RIGO ROSSELLÓ

DONA CATALINA MORAGUES VIDAL

En PALMA DE MALLORCA, a veintidós de Febrero de dos mil siete.

VISTOS por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de juicio Ordinario, seguidos ante el Juzgado de 1^a Instancia nº catorce de Palma, bajo el número 883/05, Rollo de Sala nº 64/07, entre partes, de una como actores-apelantes D. Gaspar y D. Jose Antonio , representados por el Procurador D. Miguel Socias Rosselló y asistidos del Letrado D. Julián Carnicero, de otra, como demandado-apelado D. Carlos , representado por el Procurador D. José A. Cabot Llambías y asistido de la Letrada D^a Elena Teruel Preston.

ES PONENTE la Ilma. Sra. Magistrada D^a M^a ROSA RIGO ROSSELLÓ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1^a Instancia nº 14 de Palma, se dictó sentencia en fecha 16 de Octubre de 2006 , cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Desestimo íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Miguel Socias Rosselló, en nombre y representación de D. Gaspar y D. Jose Antonio contra D. Carlos y en consecuencia absuelvo a este último de todas las pretensiones formuladas en su contra con imposición a la parte actora de las costas procesales causadas".

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia, y por la representación de la parte actora, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y seguido el recurso por sus trámites por esta Sala se acordó el señalamiento para la deliberación, votación y fallo el día 22 de febrero de 2007.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.



FUNDAMENTOS JURIDICOS

No se aceptan los de la resolución de instancia.

PRIMERO.- D. Gaspar y D. Jose Antonio interpusieron la demanda de juicio ordinario origen de los autos de que deriva el presente rollo, contra D. Carlos , en solicitud de que se dicte sentencia por la que se declare que tanto la publicación de las cartas como el texto que las acompaña, constituyen una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes, que se determina en el artículo 7.7 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 , condenando a los demandados a abonar la suma que el Juzgador considere oportuna por daño moral, a restablecer a los perjudicados en el pleno disfrute de sus derecho, a prevenir intromisiones posteriores y a la difusión de la sentencia en los mismos medios.

Los demandados se personaron en autos y se opusieron a las pretensiones articuladas en su contra en aquel escrito inicial.

En fecha 16 de octubre de 2006 recayó sentencia por la que se desestimaba íntegramente la demanda y se absolvía al demandado de sus pedimentos.

La expresada resolución constituye el objeto del presente recurso de apelación, al haber sido impugnada por D. Gaspar y D. Jose Antonio .

SEGUNDO.- Establece la juzgadora de instancia en su sentencia que el objeto del presente litigio se centra en determinar:

A.- Si la publicación en la página www.banyalbufar.com de la carta de 30 de diciembre de 2004 remitida por la letrada de los actores al demandado, constituye una intromisión ilegítima, tema que resuelve en sentido negativo, por considerar que no encuadra en ninguno de los supuestos del artículo 7 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 .

B.- Si los mensajes vertidos en el foro: "Banyalbufar: i tú que dius" son objeto del petitum de la demanda y constituyen una intromisión ilegítima en el honor de los demandantes. Ambos temas han sido resueltos por la juez a quo en sentido afirmativo.

C.- Si la responsabilidad es imputable al demandado, tema que resuelve en sentido negativo al considerar que al único que se puede atribuir la lesión del derecho al honor es al que haya realizado las manifestaciones ofensivas, y no al que se limita a proporcionar un lugar donde expresarse.

Se conviene con la juzgadora de instancia en su sentencia que poniendo en relación el suplico de la demanda con los hechos que lo fundamentan hay que entender que cuando en el petitum se alude "a las cartas y al texto que las acompaña" se refiere no sólo a la carta de 30 de diciembre de 2004, sino también a los mensajes que se relacionan en el hecho noveno de la demanda y así lo entendió la propia parte demandada cuando en su contestación se refirió ampliamente a los mismos, para negar tanto su autoría como para afirma que no constituyen intromisión alguna en el derecho al honor de los demandantes.

TERCERO.- Para la adecuada resolución de la presente cuestión litigiosa se impone recordar que de la prueba practicada, tal como se recoge en el segundo Fundamento de Derecho de la resolución de instancia, han quedado acreditados los siguientes extremos:

1ª Dª Victoria , cónyuge del demandado, es la titular de la página web "www.banyalbufar.com", tal como ha reconocido la misma al declarar como testigo en el acto de juicio. Que en la citada página hay una serie de enlaces a hoteles, restaurantes etc... cuyos titulares no abonan cantidad alguna por los mismos, tal como resulta del documento número seis acompañado con el escrito de contestación a la demanda.

2ª Que en dicha página hay un enlace al foro "Banyalbufar: I tu que dius!!", foro que nació como una idea en el seno del partido político denominado Unión Mallorquina, del que formaban parte tanto los actores como el demandado, que el foro nació dos o tres meses antes de las elecciones municipales de mayo de 2003, habiendo existido una amistad entre el actor D. Gaspar y el hoy demandado, inexistente a día de hoy por motivos políticos.

3ª Que el demandado fue el moderador del foro desde su creación hasta que recibió el burofax remitido por los hoy actores, siendo el único, tal como el mismo ha reconocido en el acto de juicio, que podía borrar los mensajes que aparecían en el foro.

4ª Que el día 30 de diciembre de 2004 por la letrada de los hoy actores se procedió a remitir por burofax una carta por la que se requería al demandado para que procediera de inmediato a la eliminación de ciertos contenidos vertidos en él, así como para que aclarara de forma expresa y visible que la citada página Web no era la página oficial del municipio, suprimiendo de forma inmediata, la descripción y calificación como tal de



la página y el uso del escudo del Ayuntamiento de Banyalbufar, burofax que fue recibido por el demandado el día 3 de enero de 2005 procediendo el demandado a quitar el escudo de la página Web y a sustituir el citado escudo por las fotografías electorales de los hoy actores, las cuales servían de enlace para acceder a la carta remitida por los actores, la cual se publicó en su integridad, tal como resulta de la documentación aportada con el escrito de demanda, habiendo sido reconocido por el propio demandado en el acto de juicio, tanto la publicación de la carta, como la forma de su publicación y resultando igualmente de la documentación aportada por la parte actora con su escrito de demanda.

5º Que el día 27 de octubre de 2004, esto es, dos meses antes de la recepción del burofax, el demandado requirió a determinados usuarios del foro que como consecuencia de las quejas recibidas por su comportamiento, se tomaran unas vacaciones o que aportaran opinión con otro talante.

Entre los mensajes aparecidos en el Foro destacan:

Mensaje de fecha 6 de septiembre de 2004 con el siguiente contenido " Jose Antonio no es mes que un incompetent con delirios populistas que no sap fer l'o amb un canuto ni tan sols amb algú aguament-li el "canuto".

Mensaje de fecha 6 de septiembre de 2004 con el siguiente contenido: "Mirad su trayectoria personal, profesional y política y veréis que el tío es gafe".

Mensaje de fecha 12 de septiembre de 2004 con el siguiente contenido: " Jose Antonio es un negado" así como "Venga, que estamos delante de un incompetente".

Mensaje de fecha 13 de septiembre de 2004 con el siguiente contenido " Jose Antonio es un negado. No da la talla, es tonto de baba, no tiene donde caerse muerto, intenta dar lecciones por donde va, hace las cosas mal" así como "qué cosas buenas han hecho estos imbéciles por el pueblo".

Mensaje de fecha 9 de septiembre de 2004 con el siguiente contenido "Y cobra por cosas que no se pueden decir aquí".

Mensaje de fecha 5 de septiembre de 2004 con el siguiente contenido " Jose Antonio ...este tío merece la silla eléctrica" así como " Jose Antonio : para el año que viene te puedes encargar de quitar los chicles de debajo las sillas. Seguro que así tu labor no demostrará tu incompetencia supina".

Mensaje de fecha 2 de septiembre de 2004 con el siguiente contenido "PEDERALDILLO.- Dícese del concejal del ayuntamiento al que le gustan los niños. PEDERALTA.- Dícese del concejal del ayuntamiento al que le gustan los niños ya que su capacidad intelectual es equivalente".

Mensaje de fecha 20 de agosto de 2004 con el siguiente contenido "Realmente creo que tenemos a unos incompetentes en el Ayuntamiento".

Mensaje de 23 de agosto de 2004 con el siguiente contenido "Que creáis que haría un electricista sin luces que necesita dinero urgente para pagar sus deudas? Y el teniente de Alcalde qué? No tiene donde caerse muerto y va de vacile por todas partes dándole lecciones a la gente de cómo deben hacerse las cosas. El alcalde y su teniente parece que nacieron ambos con una flor en el culo, por eso lo de las jardineras. FUERA ALCALDE INEPTO, EXIGIMOS MOCIÓN DE CENSURA YA".

Mensaje de fecha 30 de julio de 2004 con el siguiente contenido "que cultura se puede esperar de dos analfabetos como los de UM, que no se organiza nada para el verano. En fin!! Iros a la mierda, sin vergüenzas".

CUARTO.- La jurisprudencia tiene declarado (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Julio de 1981 , 2 de diciembre de 1981 , 19 de enero de 1982 , 3 de mayo de 1982 , y Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de diciembre de 1983) que el derecho, como instrumento ideado y creado por la mente humana para hacer posible la convivencia entre los hombres, se traduce, en su principal manifestación, en el ordenación de relaciones jurídicas que conllevan un entresijo de recíprocos o correlativos derechos y obligaciones o deberes en relación de interdependencia, o cuya mutua coexistencia impone la fijación de límites, así el derecho de libertad de expresión constitucionalmente reconocido, entre los fundamentales, en el artículo 20 de nuestro texto Básico, ampara el derecho a expresar los pensamientos ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de comunicación, y en consecuencia, el de emitir juicios respecto al comportamiento de personas en el ejercicio de cargos a los que se haya confiado el cuidado de intereses públicos o de indudable trascendencia social o comunitaria, pues la crítica, es una exigencia pragmática indispensable para el mantenimiento de la integridad de las costumbres y para lograr los saludables efectos que para el bien común se derivan del general conocimiento de lo que puede atentar al mismo; ahora bien, el ejercicio de tal derecho encuentra limites, entre los que están los derivados del deber de respetar otro Derecho Fundamental, también reconocido en el artículo 18 de la Constitución , cual es el derecho al honor, o sea, que no se puede,



a pretexto de ejercitar el derecho de libertad de expresión, atentar al patrimonio moral de las personas que constituye uno de los sagrados derechos de la personalidad que siempre ha merecido protección civil y penal y que, como queda dicho, goza de reconocimiento constitucional; siendo sumamente ilustrativa de lo que constituye el objeto de la presente apelación, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1982, que establece que "el derecho de libertad de expresión, reconocido en el artículo 20 de la Constitución entre los derechos fundamentales, autoriza a todos los españoles a "expresar y difundir libremente los pensamientos ideas y opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier medio de difusión", así como a "comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión", siempre que no se olvide que, como también se declara en el mismo texto Constitucional, esta libertad tiene sus límites en el respeto a los Derechos reconocidos a los demás ciudadanos en el mismo Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan, y especialmente en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por todo lo cual hay que concluir que el ejercicio de una crítica racional, honesta y constructiva de la acción pública no constituye en principio ilícito, pero cuando ello no es así, y el censurante, amparándose en el citado derecho que comprende los de narración, de información o de crítica, traspasa los límites legalmente establecidos para menospreciar, desacreditar o desprestigiar, tal conducta queda despojada de toda utilidad social y tales excesos o extralimitaciones no pueden ser amparados bajo la bandera de la libertad de expresión o de crítica, porque tal libertad debe terminar y termina allí donde comienza el derecho de las demás personas individuales o jurídicas a defender su honorabilidad, dignidad y prestigio virtudes o dotes que por otra parte resulta innecesario atacar para efectuar una crítica seria, objetiva y desapasionada.

QUINTO.- Analizando el contenido de los mensajes a que antes se ha hecho referencia, a la luz que la doctrina que se acaba de exponer, se llega a la misma conclusión que la juzgadora de instancia, de que constituyen una intromisión en el honor de los demandantes, ya que no se limitan a enjuiciar su labor en el Ayuntamiento de Banyalbufar sino que interfieren en su esfera personal y profesional, conteniendo expresiones de evidente contenido ofensivo que no tiene nada que ver con una crítica seria, objetiva y desapasionada de la labor de los demandantes como Alcalde y Teniente Alcalde del Ayuntamiento, respectivamente, y son de nulo interés público y trascendencia social, en el sentido apuntado en el anterior Fundamento de Derecho de la presente resolución.

SEXTO.- Tanto la Unión Europea en la Directiva 2000/31 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, como España en la Ley 34/02, han optado por no hacer responsables a los proveedores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos que albergan un sitio Web del control de los contenidos que transitan por sus sistemas informáticos, con determinadas excepciones; se recoge la norma general de que los prestadores de servicios, sólo serán responsables por contenido que ellos mismos elaboren o que se hayan elaborado por su cuenta, excluyendo así cualquier responsabilidad por contenido ajenos que en el ejercicio de sus actividades de intermediación, transmitan, copien, almacenen o localicen, siempre que respeten las limitaciones impuestas por la normas, a tenor de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 34/02 .

A los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, al igual que a los que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, sólo se les podrá hacer responsables en dos supuestos: cuando tengan conocimiento efectivo de que la información almacenada o que es objeto de enlace o búsqueda, es ilícita o de que puede lesionar bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización y cuando teniendo este conocimiento, no actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos; entendiéndose que el servidor conoce la ilicitud de esa información a la que presta un servicio determinado "cuando el 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", como dice el artículo 16; el legislador español, con el fin de no menoscabar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y otros valores ha optado por la no obligación de fiscalizar los contenidos por parte de los prestadores de servicios, si bien les impone un deber de diligencia, concretado, aparte de lo establecido en el artículo 16, en el artículo 11, que establece una serie de obligaciones en relación con los contenidos, y de colaboración con las autoridades públicas para localizar e imputar responsabilidad a los autores de actividades o contenido ilícitos que se difundan por la Red o para impedir que éstos se sigan divulgando.

La normativa anteriormente indicada 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 a la propia imagen; de lo hasta aquí indicado pasamos a concluir que la responsabilidad por las intromisiones en el honor, la intimidad y la 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 al 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.

En el caso de autos el demandado Don. Carlos tenía perfecto conocimiento de los contenidos y que estos lesionaban el derecho de los demandantes como lo prueba el mensaje de 27 de octubre de 2004 -folios 41- que corrobora las manifestaciones tanto de D. Gaspar como de D. Jose Antonio de que en repetidas ocasiones denunciaron al Sr. Carlos el contenido despectivo e insultante de los mensajes y le instaron a su retirada. También consta acreditado, por las manifestaciones de D. Carlos que era él quien tenía el control de la información y quien podía borrar los mensajes que aparecían en el foro.

OCTAVO.- El artículo 9.3 de la Ley Orgánica declara que la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización, según dicho precepto, se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

Atendiendo a las expresadas circunstancias éste Tribunal considera ponderada y fija en consecuencia una indemnización a favor de los demandantes de 6000 euros.

NOVENO.- De acuerdo con lo prevenido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impone a la parte demandada las costas de la primera instancia y no se hace expresa imposición de las costas de esta alzada.

FALLAMOS

1º.- Se estima el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Miguel Socias Rosselló en nombre y representación de D. Gaspar y D. Jose Antonio contra la sentencia de fecha 16 de octubre de 2006 dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de esta Ciudad, en los autos de juicio ordinario de que deriva el presente rollo y, en consecuencia, se revoca la expresada resolución.

2º.- Se estima la demanda deducida por el Procurador Sr. Socias Rosselló en la antes indicada representación, contra D. Carlos y se declara que los mensajes a que se refiere el hecho noveno de la demanda constituyen una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes, condenado al demandado a pasar por tal declaración, al cese de la intromisión así como prevenir intromisiones posteriores y a la difusión de la sentencia, a su costa, en el mismo medio y con la misma extensión y características en los que se produjeron y a abonar a los demandantes la cantidad de 6.000 euros.

3º.- Se imponen al demandado las costas de la primera instancia.

4º.- No se hace expresa imposición de las costas de esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.