



Roj: **SAP M 1638/2010 - ECLI: ES:APM:2010:1638**

Id Cendoj: **28079370092010100058**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **9**

Fecha: **19/02/2010**

Nº de Recurso: **702/2009**

Nº de Resolución: **95/2010**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN ANGEL MORENO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 1638/2010,**
STS 2245/2013

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 9

MADRID

SENTENCIA: 00095/2010

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE MADRID

Sección Novena

SENTENCIA NÚMERO

RECURSO DE APELACION 702/2009

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSÉ LUIS DURÁN BERROCAL

D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA

D. JOSÉ MARIA PEREDA LAREDO

En Madrid, a diecinueve de febrero de dos mil diez.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Procedimiento Ordinario 771/2008, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 19 de Madrid, a los que ha correspondido el Rollo 702/2009, en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelante D. Torcuato , representado por la Procuradora Sra. D^a. Maria Teresa Uceda Blasco; y de otra, como demandados y hoy apelados **GOOGLE INC.**, D. Agustín , representados por el Procurador Sr. D. Ramón Rodríguez Nogueira, siendo parte asimismo el MINISTERIO FISCAL; sobre derecho al honor,

SIENDO MAGISTRADO PONENTE EL ILMO. SR. D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA.

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 número 19 de Madrid, en fecha trece de mayo de dos mil nueve, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por la Procuradora doña M^a Teresa Uceda Blasco en nombre y representación de don Torcuato contra **GOOGLE INC** y DON Agustín representados por el procurador don Ramón Rodríguez Nogueira



siendo parte el MINISTERIO FISCAL no habiendo lugar a declarar que se ha producido una vulneración del DERECHO AL HONOR del demandante por parte de las demandadas y desestimando el resto de los pedimentos de la demanda imponiendo a la parte actora el pago de las costas causadas."

Segundo.- Notificada la mencionada sentencia y previos los trámites legales oportunos, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del que se dio traslado a la contraparte quien se opuso al mismo, elevándose posteriormente las actuaciones a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones.

Tercero.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo la cual tuvo lugar el día dieciocho de febrero de dos mil diez.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada que deben entenderse completados por los de esta resolución judicial.

Segundo.- Por la representación procesal de D. Torcuato se alega como primer motivo del recurso de apelación la nulidad de actuaciones al entender que al no haber comparecido al acto del juicio el representante del Ministerio Fiscal, que debe ser parte en este tipo de procesos a tenor de lo establecido en el artículo 249.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concurriendo por lo tanto la nulidad de actuaciones que establece el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El citado artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece como motivo de nulidad de actuaciones la infracción de normas esenciales del procedimiento siempre que se haya producido indefensión, siendo por lo tanto dos los requisitos esenciales para que se de el supuesto previsto de nulidad de actuaciones, en primer lugar que se haya infringido alguna norma esencial del procedimiento, y en segundo lugar que dicha infracción haya causado indefensión a la parte que insta la nulidad de actuaciones.

Partiendo de que en virtud del artículo 249.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en este tipo de procesos debe ser parte el Ministerio Fiscal, la nulidad de actuaciones vendrá dada cuando no se le haya dado traslado de la demanda, no haya sido citado al acto de la audiencia previa o al acto del juicio, porque en tal caso si se habría infringido el citado precepto. Ahora bien en el presente caso ha quedado acreditado que se dio traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, que dentro del correspondiente plazo presentó su escrito de alegaciones, se le citó a la audiencia previa, y también al acto del juicio, no habiendo comparecido a dicho acto, presentando en fecha 31 de marzo de 2009 un escrito en el que manifestaba que no podía comparecer el día señalado dados los medios personales de los que disponía en dicho momento dicha sección, a pesar de lo cual no interesaba la suspensión del juicio, con la finalidad de no retrasar el curso de los autos, ni causar perjuicios a las partes por la dilación que podría sufrir el proceso. De tales hechos debe entenderse que no se ha producido por el órgano judicial infracción de normal alguna esencial del procedimiento, toda vez que dada la incomparecencia del Ministerio Fiscal al acto del juicio, ni éste, ni la parte apelante solicitó su suspensión, por lo que mal puede entenderse que haya infringido norma alguna del procedimiento cuando la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 188 supedita la suspensión de una vista o del juicio a la solicitud de ambas partes, o de una de ellas cuando el abogado, en este caso el Ministerio Fiscal tenga dos señalamientos en distinto tribunales, por lo que no puede entenderse que se haya infringido dicho precepto, cuando no se solicitó la suspensión de la vista y muy especialmente no se solicitó por el Ministerio Fiscal, por no causar perjuicios a las partes por el retraso que tal suspensión podría causar a las partes.

El segundo de los requisitos que debe concurrir es que la infracción cometida haya causado indefensión a la parte que insta la nulidad de actuaciones. Pues como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2003, de 27 de octubre (Fundamento Jurídico 4), "para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" (Sentencia del Tribunal Constitucional 118/2001, de 21 de mayo, Fundamento Jurídico 2, citando las Sentencias del Tribunal Constitucional 290/1993, de 4 de octubre, Fundamento Jurídico 4; 121/1995, de 18 de julio, Fundamento Jurídico 4; 62/1998, de 17 de marzo, Fundamentos Jurídicos 3 y 4), de modo que "en ningún caso puede equipararse la idea de indefensión en su



sentido jurídico-constitucional con cualquier infracción o vulneración de normas procesales que los órganos jurisdiccionales puedan cometer".

Debiendo entenderse que la no asistencia del representante del Ministerio Fiscal ningún menoscabo produjo al derecho de defensa de la parte ahora apelante, toda vez que en nada afectó a la facultades de alegaciones y prueba de la parte apelante.

Tercero.- Como segundo motivo del recurso de apelación se alega la aplicación indebida de la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información, en especial los artículos 2,3 y 13 de la citada Ley, al entender la parte actora y ahora apelante que al no tener la entidad demandada domicilio social en España, no acreditado ni probado que tenga actividad económica alguna en España, no le puede ser aplicable la ley 34/2002 de 11 de julio al no concurrir los requisitos del artículo 2 de dicho texto legal. Cuando de las manifestaciones de D^a Camila , actos propios, se deduce que la sociedad demandada no tiene su domicilio en España, ni opera mediante un establecimiento permanente, lo que debe llevar a excluir la aplicación de la ley 34/2002.

Como pone de relieve la propia exposición de motivos de la citada Ley su finalidad es la incorporación al ordenamiento español de la Directiva 2000/31/Comunidad Europea, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico, en virtud de la cual se da un concepto amplio de los servicios de la sociedad de la información», que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador, por lo que el artículo 1 de la Ley 34/2002 viene a entender que dicha norma regula entre otras cuestiones el régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones.

Desde esta perspectiva, es un hecho no discutido en este litigio tanto en primera instancia como en esta alzada, que la pretensión que se ejercita frente a **GOOGLE INC**, tiene su origen en esa labor de intermediación, pues como se recoge en la sentencia apelada la intromisión ilícita que se alega en el derecho del honor, no lo es por que la entidad demandada sea la autora de los artículos recogidos en las páginas WEB de "PRNoticias Telecinco" y "Aquí hay tomate", y "lobby per la Independencia", en la que se vincula al ahora apelante con determinados hechos delictivos, sino porque la sociedad demandada a través de su buscador de páginas Web, permite mediante ese sistema de búsqueda que aparezcan enlaces con dichas páginas en las que se recoge esa información falsa y atentatoria al honor del ahora apelante, siendo por tanto aplicable dicha ley especial en la medida que la entidad contra la que se dirige la demanda lo es no porque sea autora de la información que se considera atentatoria contra el honor de la parte apelante, sino por el hecho de que a través de su sistema de búsqueda permite acceder a dicha información.

La segunda cuestión a examinar es si debe ser aplicable dicha norma dado que la parte demandada tiene su domicilio en Estados Unidos. En cuanto al ámbito territorial de aplicación de la Ley 34/2002 viene recogido en el artículo 2 de dicho texto legal, siendo aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos, o bien en los supuestos en que el prestador de servicios opere mediante un establecimiento permanente situado en territorio español cuando disponga en el mismo, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad.

Debiendo examinarse si de las pruebas practicadas ha quedado acreditado o no que la entidad demandada tenga un establecimiento permanente en España, o bien disponga en nuestro país de forma continuada o habitual de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad.

Tal como se recoge en la sentencia apelada es un hecho que ha quedado acreditado en los autos, que la entidad demandada opera en España a través de una oficina permanente que tiene en Torre Picaso, Plaza Ruiz Picaso nº 26, lugar en el que se procedió al emplazamiento de la demandada, actuando en España a través de una entidad filial, cuyo único socio fundador es la entidad demandada.

Tales hechos no pueden entenderse desvirtuados tal como se alega en el escrito de apelación, por el hecho de que al inició del litigio, cuando se pretendió realizar el emplazamiento en dicho domicilio, en la primera



diligencia de emplazamiento se manifestara que el domicilio se encontraba en Estados Unidos, e incluso que en fecha 19 de junio de 2008 se presentara un escrito por D^a Camila en representación de **Google Spain** SL, negando que el emplazamiento pudiera hacerse de esa manera, escrito frente al que la parte ahora apelante manifestó que el emplazamiento debía hacerse en el citado domicilio, lo que se acordó mediante providencia del Juzgado de fecha 16 de octubre de 2008 en la que acordó como domicilio a efectos del emplazamiento la sede comercial sita en España, Plaza Ruiz Picaso nº 1 Puerta 26, en base a la propia documentación aportada por la ahora apelante, folio 88 de los autos, en el que se recoge como sede en España y oficina de ventas dicho domicilio.

De lo expuesto debe entenderse que la sentencia ahora apelada ha procedido a una correcta aplicación del artículo 2 de la Ley 34/2002, a los efectos de tener por acreditado la existencia de una oficina de ventas de la demandada en España a través de la cual realiza toda o parte de su actividad dirigida al mercado español.

No puede entenderse aplicable tal como se alega en el presente caso la teoría de los actos propios, en la medida que las alegaciones realizadas por la entidad **GOOGLE SPAIN** SL, o en su caso las recogidas en la diligencia de emplazamiento en modo alguno puede entenderse que sean actos propios y vinculantes de la entidad demandada, pues si como señala esta misma Sección en Sentencia de 7-11-2005 y como reiteradamente viene declarando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de que no es lícito accionar contra los propios actos definiéndose estos como aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir concreción, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o, como aquellos que van encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, sin que en la conducta del agente exista ningún margen de error por haber actuado con plena conciencia para producir o modificar un derecho, en modo alguno pueden deducirse tal como se pretende por la parte apelante de la conducta de la demanda que ésta haya reconocido que no tenga ningún establecimiento en España de forma permanente, cuando se ha procedido a su emplazamiento en dicho establecimiento, en parte por las propias alegaciones que en su momento se hicieron por la propia apelante.

Cuarto.- Como tercer motivo del recurso de apelación se alega la infracción del artículo 17 de la Ley 34/2002, por la indebida aplicación de dicho precepto respecto a la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, al entender que de la prueba practicada ha quedado acreditado que la entidad **GOOGLE** tuvo conocimiento efectivo de la ilicitud de la información, y que en ningún caso actuó con la diligencia necesaria para suprimir dichos enlaces, toda vez que fue conocedora de la ilicitud de dicha información por la documentación remitida, y que en todo caso tiene capacidad para suprimir dichos enlaces cuando es requerida por la autoridad, por lo que puede llevar a cabo la supresión de dichos enlaces cuando sea requerido para ello por el interesado.

El artículo 17 la Ley 34/2002 exige de responsabilidad a los prestadores de los servicios que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos, por la información que dirijan a los destinatarios de sus servicios siempre que se cumplan determinados requisitos, como son que no tengan conocimiento efectivo de la ilicitud de la información o que lesiona bienes o derechos de terceros susceptibles de indemnización o bien que teniendo dicho conociendo actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente, estableciendo dicho precepto que un prestador de servicios tiene conocimiento efectivo a los efectos de dicha exención de responsabilidad cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando 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, precepto que es consecuencia de la transposición del artículo 13 de la Directiva 31/2000.

Partiendo del hecho no discutido en esta alzada de que la entidad **GOOGLE** se limita a ser un prestador de servicios en una red de comunicaciones, facilitando datos para el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, no puede ser responsable del contenido de los datos transmitidos siempre que se cumplan los requisitos necesarios para que entre en juego esa exención de responsabilidad.

Debiendo entrarse por lo tanto a examinar que dicha exención de responsabilidad por los datos o accesos permitidos en virtud de su buscador cuando tenga conocimiento efectivo de la ilicitud de la información o en su caso que lesiona derechos de terceros susceptibles de indemnización.

Partiendo de que la información que aparece en las páginas Web de PR Noticias Telecinco y "Aquí hay tomate", y lobby per la Independencia, se incluyen informaciones que objetivamente pueden considerarse atentatorias al derecho al honor del apelante, en cuanto le vinculan a un grave caso de corrupción que ha tenido un amplio eco en la sociedad, como es el caso Malaya, debe examinarse si se dan o no los presupuestos necesarios para exonerar de responsabilidad al prestador del servicio, si la entidad demandada ha actuado con diligencia o no desde el momento en que tuvo conocimiento efectivo de la ilicitud de dicha información o que la misma lesionaba derechos de terceros susceptibles de indemnización.



Con relación a que se entiende que ha existido ese conocimiento efectivo de la ilicitud de la información por parte del prestador del servicio, el propio legislador en aras de ese principio recogido en la Directiva Comunitaria que parte de que no puede imponerse a los prestadores de servicios una supervisión previa de dichos contenidos, da una definición y alcance que debe darse a conocimiento efectivo, que solo existirá cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos ordenando su retirada, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, lo que ha de entenderse que hasta ese momento, es decir que el prestador del servicio, en este caso **GOOGLE**, haya tenido conocimiento de la correspondiente resolución, en el ordenamiento jurídico español una resolución judicial, que haya ordenado la retirada de tales datos, o bien se haya declarado la existencia de la lesión, en el presente caso se hubiera dictado la correspondiente resolución judicial declarando que tales datos suponen una intromisión ilegítima en el honor del ahora apelante, pues hasta ese momento no puede entenderse que el proveedor del servicio haya tenido conocimiento efectivo y por lo tanto tenga que actuar con diligencia a los efectos de suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

De las pruebas practicadas en los presentes autos ha quedado acreditado que la información que se considera atentatoria la derecho al honor del actor inició su difusión el día 31 de agosto de 2006 que la misma estuvo colgada en las correspondientes páginas Web al menos hasta la fecha de presentación de la demanda el 24 de mayo de 2008, que la ahora actora se dirigió en diversas ocasiones a la demandada en fechas 14 y 31 de diciembre de 2006, agosto de 2006, 4 de julio de 2007, 30 de mayo de 2007 y 27 de septiembre del mismo año, con el fin de que se suprimiera dichas referencias.

De dichas comunicaciones, como acertadamente se recoge en la sentencia ahora apelada no puede entenderse que la entidad demandada tuviera conocimiento efectivo de la existencia de una resolución de un órgano competente que hubiera declarado la existencia de la lesión, toda vez que en tales comunicaciones se alude a la existencia de un procedimiento judicial en marcha, folio 31 de los autos, y en otra de dichas comunicaciones se alude, folio 35, a que se ha dictado una resolución judicial en la que se declara que la información de PR Noticias es falsa, pero sin que conste ni se haya acreditado por la parte actora que remitiera en ningún momento copia de dicha resolución a la parte demandada, puesto que ese sería el momento determinante de la existencia del conocimiento efectivo por parte del prestador del servicio, y el momento a partir de que debe entenderse que surge en la obligación de actuar con diligencia a fin de suprimir los enlaces, en la medida que la entidad demandada, como se recoge en la sentencia apelada no es el autor de la noticia, pues se limita a través de su buscador a permitir el acceso a dichas páginas en las que aparecen esos contenidos que son intromisiones ilegítimas en el honor del ahora apelante.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS:

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Torcuato , contra la sentencia dictada por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 19 de Madrid en fecha 13 de mayo de 2009 .

Todo ello con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Haciéndose saber que contra la misma CABE recurso de casación, que podrá prepararse ante esta Sala en el término de cinco días siguientes a la notificación de la presente.

PUBLICACION.- 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. Doy fe.