



Roj: **SAP B 2964/2010 - ECLI: ES:APB:2010:2964**

Id Cendoj: **08019370192010100072**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **19**

Fecha: **03/03/2010**

Nº de Recurso: **16/2010**

Nº de Resolución: **98/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MANUEL REGADERA SAENZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN DIECINUEVE

ROLLO Nº 16/2010

DERECHO HONOR Y DERECHOS FUNDAMENTALES LEI 62/78

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE ESPLUGUES DE LLOBREGAT

SENTENCIA Nº 98/10

Ilmos. Sres.

D^a. ASUNCIÓN CLARET CASTANY

D. JOSÉ MANUEL REGADERA SÁENZ

D^a. THEA ESPINOSA GOEDERT

En la ciudad de Barcelona, a tres de marzo de dos mil diez.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Diecinueve de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Derecho Honor y Derechos Fundamentales Lei 62/78 nº 285/2007, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Esplugues de Llobregat, a instancia de D^a. Antonieta y D. Baltasar, contra YAHOO IBERIA SLU; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 5 de Marzo de 2009, por el/la Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Se desestima íntegramente la demanda interpuesta por Baltasar y por Antonieta y, en su virtud, se absuelve a Yahoo Iberia, S.L.U. Se imponen las costas a Baltasar y Antonieta".

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria que se opuso; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 10 de Febrero de 2010.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ MANUEL REGADERA SÁENZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Por parte de la representación de D. Baltasar y de D^a. Antonieta se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada el día 5 de marzo de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Esplugues de Llobregat en Juicio Ordinario 285/2007.

La citada resolución desestimó la demanda interpuesta por los apelantes contra YAHOO IBERIA, S.L.U. en reclamación de que se declarase que como consecuencia de la deficiente gestión y sistemas de seguridad de los servicios de Internet ofrecidos por la demandada los actores han padecido intromisiones ilegítimas en sus derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, por lo que solicitan ser indemnizados en 150.000 euros cada uno; y, en consecuencia, que se condene a la demandada a retirar las páginas en que se atenta contra el honor de los apelantes, a cancelar los "nicks" con los que se ha atentado contra tales derechos, a publicar en su portal una ratificación pública y, en salvaguarda del interés general, a crear sistemas de seguridad en los servicios que prestan de forma que se impida la reproducción de situaciones como la que se denuncia.

La apelante, ante la desestimación de la demanda, reproduce íntegramente la pretensión sostenida en primera instancia además de denunciar la indebida aplicación del artículo 16 de la Ley 34/2.002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación solicitando la estimación parcial de la demanda.

La apelada y demandada solicitó la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- La verdadera cuestión sobre la que gira la controversia que sostiene las partes es cuál sea el grado de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos. Y lo anterior porque desde el principio debe quedar establecido que toda la información documental que consta en autos es más que suficiente para concluir que los actores sufrieron una intromisión ilegítima en sus derechos al honor, intimidad y propia imagen por parte de las personas que utilizaron los perfiles de Internet para insultarlos y vejarnos. Lo anterior en el portal de Internet www.yahoo.es y en concreto en el Chat existente en la "comunidad" denominada "**Chaturanga**", dedicada a las partidas y campeonatos de ajedrez. La STS de 6-11-2000, en línea seguida en la más reciente de 18-2-2004, señala que para apreciar si existe o no intromisión ilegítima en el derecho al honor, ha de establecerse, en primer término, si las expresiones o hechos divulgados tienen ese carácter difamatorio o vejatorio para la persona a quien afectan que la haga desmerecer en el público aprecio, debiendo ser examinadas las ofensas vertidas dentro del contexto, del lugar y ocasión en que se vertieron. Sólo el documento nº 1 de la demanda es suficientemente ilustrativo al respecto.

Se reitera, el verdadero problema jurídico que aquí ha de resolverse es si la prestadora de estos servicios puede ser considerada responsable de la intromisión ilegítima padecida.

En caso semejante, la S. de la A.P. de Madrid (Sección 14^a) de 20 de diciembre de 2005 señaló que: "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, aquí la demandada, sólo serán responsables por contenidos que ellos mismos elaboren o que se hayan elaborado por su cuenta, excluyendo así cualquier responsabilidad por contenidos ajenos que en el ejercicio de sus actividades de intermediación, transmitan, copien, almacenen o localicen, siempre que respeten las limitaciones impuestas por la norma, 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 contenidos ilícitos que se difundan por la Red o para impedir que éstos se sigan divulgando."



La cuestión de la responsabilidad se basa en el conocimiento de la ilicitud, sea del tipo que sea, que pueda estar ocurriendo. La interpretación literal de la norma lleva a que tal conocimiento se presume cuando el órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos. Sin embargo, la reciente S.T.S. (Sala 1^ª) de 9 de diciembre de 2009 señala que: "No es conforme a la Directiva - cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios - una interpretación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2.002 como la propuesta por la recurrente, ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del " conocimiento efectivo" de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo.

Además de que el propio artículo 16 permite esa interpretación favorable a la Directiva - al dejar a salvo la posibilidad de " otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse " -, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al " conocimiento efectivo " a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate."

Lo anterior implica que una vez el prestador de servicios tiene conocimiento, por el medio que sea, de que se pueden estar produciendo hechos como los aquí sucedidos, debe obrar con la diligencia debida para que las infracciones que se estén cometiendo cesen.

En este caso, la actora documenta reclamaciones por los hechos que estaban sucediendo (folios 263 y s.s.) desde el día 20 de julio de 2004. Lo cierto es que esas reclamaciones sólo aluden a insultos y acoso psicológico por otros usuarios del portal y, como señala la sentencia de instancia, no se hicieron ni en la forma ni a la dirección que establece la condición general 17 del contrato y que era conocida por los actores Folio 525 de las actuaciones, en documento aportado con la demanda). También es cierto que no utilizaron la posibilidad de comunicar abusos "on line" que consta en las mismas páginas indicadas, tal y como reconoció el perito Sr. Octavio . Entonces, con la sentencia de instancia, habrá que concluir que la demandada tuvo efectivo conocimiento de lo que estaba sucediendo al recibir el día 21 de febrero de 2005 el burofax de fecha 18 de febrero de 2005 que les fue remitido por el Sr. Letrado de los actores. La demandada contestó el 26 de febrero de 2005 (folio 302) señalando que era la primera noticia que tenía, que iba a borrar inmediatamente los perfiles desde los que se estaba insultando a los actores y ofreciendo sus disculpas. De los documentos 15 y 16 de la contestación a la demanda (folios 845 y s.s.) se sigue que efectivamente se borraron esos perfiles entre febrero y marzo de 2005.

Como señala la S. A.P. de Madrid (sección 19^a) de 6 de febrero de 2006: "lo precedente nos lleva a partir de la consideración de Internet como red de redes, con un impacto o resultados ambivalentes, y donde concurren varios niveles o, como se ha dicho, capas superpuestas, entre las que se distribuyen o reparten las funciones habituales de la comunicación, desde la capa más alta, aplicación, que genera los datos a transmitir y los pone a disposición del inmediato inferior, para después los datos resultantes viajar a través de la red, hasta llegar a los clientes o usuarios a través del navegador WWW, siendo que los contenidos ofrecidos por los servidores se estructuran en unidades de visualización denominadas páginas, varias de las cuales pueden relacionarse entre sí formando una entidad denominada Web cite; constituyendo los servidores de nombre dominio una red jerárquica, lo expuesto ya revela las dificultades para identificar las fuentes e identificar los contenidos y consecuentemente la dificultad en la capacidad de control, al ser un medio de comunicación descentralizado, con la consiguiente ausencia de un emisor único, con la dificultad de controlar, en ocasiones, la información que accede a la red, llegando a decirse que Internet era un sueño para sus usuarios y una pesadilla para los prácticos del Derecho, llegando a desarrollarse un cuerpo legislativo, en España constituida por la Ley 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 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".

En este caso debe concluirse, con la sentencia de instancia, que el proveedor del servicio actuó diligentemente en cuanto tuvo conocimiento efectivo de lo que estaba sucediendo, ya que antes no se habían utilizado



los trámites contractualmente pactados para evitar estas situaciones, que eran conocidos por los actores. Y desde este momento no puede imputársele responsabilidad por las infracciones civiles cometidas por terceros, ya que como señala la S. de la A.P. de Madrid (Sección 10ª) de 16-7-2008: "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 se vigilar y controlar previamente los contenidos de todos los mensajes, pues recordemos no es esta la actividad profesional del demandado. Es mas 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."

TERCERO.- Por lo que hace al pronunciamiento sobre las costas en primera instancia, que también es objeto de recurso, lo cierto es que la cuestión que se ventila ofrece serias dudas de derecho, tal y como se ha visto, por lo novedoso de la cuestión y las innegables lagunas en su regulación. Lo cierto es que los actores sufren ciertamente una intromisión ilegítima en sus derechos cuya responsabilidad, por lo que se ha dicho, no es trasladable a la demandada. Lo anterior no obsta a que sea legítima su reclamación, aunque de dificultosa interpretación técnica. Por tanto, conforme a lo previsto por el art. 394.1 de la LEC no se hará expresa imposición de las costas causadas en la instancia.

Visto el art. 398 de la LEC no se hará expresa imposición de las costas causadas.

FALLAMOS :

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por parte de la representación de D. Baltasar y de Dª. Antonieta contra la sentencia dictada el día 5 de marzo de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Esplugues de Llobregat en Juicio Ordinario 285/2007, que se revoca únicamente en cuanto no se hace expresa imposición de las costas causadas en ninguna de las instancia.

Contra esta sentencia no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

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

PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.