



Roj: **SAP M 5559/2011 - ECLI: ES:APM:2011:5559**

Id Cendoj: **28079370082011100154**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **25/04/2011**

Nº de Recurso: **215/2010**

Nº de Resolución: **174/2011**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 5559/2011,**
STS 1441/2013

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 8

MADRID

SENTENCIA: 00174/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE MADRID

Sección 8

1280A

FERRAZ, 41

N.I.G. 28000 1 7003445 /2010

RECURSO DE APELACION 215 /2010

Proc. Origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1682 /2008

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 59 de MADRID

De: EDITORIAL ECOPRENSA, S.A.

Procurador: JAVIER VÁZQUEZ HERNÁNDEZ

Contra: Prudencio

Procurador: JOSE MARIA MURUA FERNÁNDEZ

Ponente : ILMO. SR. D. ANTONIO GARCÍA PAREDES

SENTENCIA Nº 174

Magistrados:

ILMO. SR. D. ANTONIO GARCÍA PAREDES

ILMA. SRA D^a CARMEN GARCÍA DE LEÁNIZ CAVALLÉ

ILMA. SRA D^a MARGARITA VEGA DE LA HUERGA

En Madrid, a veinticinco de Abril de dos mil once. La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los



Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de juicio Ordinario nº 1682/2008, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia núm. 59 de Madrid, seguidos entre partes de una, como demandante-apelado, DON Prudencio , representado por el Procurador DON JOSÉ MARÍA MURUA FERNÁNDEZ y de otra, como demandado-apelante, EDITORIAL ECOPRENSA, S.A., representada por el Procurador DON JAVIER VÁZQUEZ HERNÁNDEZ.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el **Ilmo. Sr. D. ANTONIO GARCÍA PAREDES**.

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 nº 59 de Madrid, en fecha 28 de noviembre de 2009, se dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Estimo la demanda formulada por el Procurador/a D./Dª JOSE MARIA MURUA FERNANDEZ en nombre y representación de Prudencio contra EDITORIAL ECOPRENSA, S.A. y condeno a la demandada a publicar a su costa la sentencia en la portada de la página web "www.eleconomista.es" durante el plazo de 10 días; a retirar los contenidos a que se hace mención en el hecho tercero de la demanda y a abonar a D. Prudencio en concepto de indemnización la suma de 10.000,00 euros, más sus intereses legales sin hacer declaración en materia de costas".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública para la resolución del presente recurso, quedó en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 13 de Abril de 2011.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Planteamiento de la apelación.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda al considerar que la empresa demandada no había actuado con la debida diligencia, para retirar los comentarios ofensivos, al rehusar el burofax enviado por el actor el dos de octubre de dos mil ocho.

Frente a dicha resolución, la demandada EDITORIAL ECOPRENSA S.A. formula recurso de apelación en el que, en síntesis, impugna en primer lugar la decisión de considerar responsable a la demandada por la sola circunstancia del envío por los abogados del demandante alertando sobre la existencia de comentarios vejatorios, pues la carta existió pero no se entregó a la demandada (carta que iba dirigida a EL ECONOMISTA y cuyo remitente era la SGAE), desconociéndose si el contenido de aquella era el mismo que el de la carta acompañada a la demanda. En segundo lugar, impugna la imputación de falta de diligencia de la sentencia, resaltando que EDITORIAL ECOPRENSA adopta medidas de seguridad tales como exigir a quien publica una opinión que incluya su nombre y correo electrónico, incluye además en el foro una advertencia sobre la responsabilidad de quien escribe un comentario, y utiliza una herramienta informática, un programa censor, que básicamente funciona neutralizando o rechazando aquellos mensajes en los que localiza determinadas palabras malsonantes o insultantes. Y concluye aduciendo que se ha interpretado erróneamente el artículo 16 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información , en cuanto a los requisitos para entender cuándo el prestador del servicio tiene conocimiento efectivo de una actividad ilícita de los destinatarios.

La parte actora se opone a dicho recurso alegando que el burofax fue dirigido a la dirección correcta y que si la demandada se hubiera molestado en recogerlo habría visto que se formulaba en nombre del socio de la SGAE D. Prudencio , conocido artísticamente y popularmente como "Ramoncín". Y añade que la jurisprudencia menor, de modo mayoritario, avala la interpretación que la sentencia de instancia hace de los requisitos de la responsabilidad de los prestadores de servicios de internet.

SEGUNDO. Sobre la valoración de la prueba en cuanto al burofax enviado a la entidad actora.

Antes de iniciar el enjuiciamiento de este recurso es conveniente recordar que este Tribunal tuvo ocasión de enjuiciar un caso similar (Sentencia de 8 noviembre 2010, Rec. Apelación 697/2009) en el que se desestimó



otra demanda del ahora demandante, al considerarse que el demandado no incurrió en falta de diligencia al no retirar unos comentarios de terceros que podían ser ofensivos para el demandante, porque el requerimiento enviado no especificaba o acreditaba qué comentarios eran ofensivos y debían ser retirados.

En el presente caso, otra vez el mismo demandante plantea una reclamación similar pero contra un demandado distinto, aquí ECOPRENSA, editora de la página web El economista.com por una serie de comentarios de terceros, que aparecieron alojados en dicha página -como constató el Notario D. Pablo Durán de la Colina el día 6 de octubre de 2008, según el acta unida como documento nº 3- y que no fueron retirados a pesar de que el demandante a través de los servicios jurídicos de la SGAE envió a dicho medio un burofax en que requería la retirada de tales comentarios ofensivos (documento nº 4 de la demanda).

La sentencia de primera instancia estimó la demanda, en base a que -en aplicación del artículo 16 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información - la demandada no había desplegado la diligencia necesaria para retirar los comentarios ofensivos a pesar de que el demandante le había enviado un requerimiento a través de burofax. Burofax que fue rehusado por la demandada.

En cualquier caso, el centro de la impugnación de la sentencia de instancia lo coloca la parte apelante en el hecho del " **conocimiento efectivo** ". Alega la parte apelante que la sentencia ha incurrido en error al valorar los medios probatorios relativos a ese conocimiento.

Si el proveedor de servicios (la demandada) ha de asumir su responsabilidad como tal proveedor es necesario que se acredite que pudo (y debió) impedir que en su página web se mantuviesen alojados contenidos ofensivos al derecho al honor del demandante.

Ya hemos indicado que la sentencia de instancia señala como factor determinante el hecho de que la demandada "rehusase" el **burofax** enviado por el demandante.

Si ese es realmente el factor probatorio con que la parte demandante intenta probar la falta de diligencia de la demandada, pensamos que se trata de un medio probatorio sumamente débil. En primer lugar, porque se trata de un **burofax** (documento nº 4 de la demanda) en el que no aparece como remitente el demandante (y es absurdo el argumento de la parte apelada de que si hubiera retirado el burofax se habría dado cuenta al leerlo de que se enviaba en nombre del demandante; eso es simplemente una petición de principio, puesto que no hay ninguna norma que obligue a los ciudadanos a recibir y abrir los correos que les llegan, ni por correo ordinario ni por correo electrónico). En segundo lugar, porque, por el hecho de que el burofax proviniese de los servicios jurídicos de la SGAE y el demandante hubiese sido vocal de dicho organismo no tiene por qué exigir que la demandada estuviera obligada a conocer (más aún, a adivinar) que la misiva contenía un requerimiento del demandante. Y, en tercer lugar, aún en el hipotético caso de que se hubiese probado que el burofax hubiese llegado a conocimiento de la demandada y que su contenido era el mismo que el de la carta acompañada con la demanda, del contenido del mismo - conocido a posteriori- no se puede determinar qué mensaje o mensajes consideraba el demandante que eran ofensivos y que debían ser retirados de la página web. De manera que, ni aún echando mano del mecanismo de las presunciones, cabría decir que la parte demandada tuvo un conocimiento efectivo de los contenidos que eran ilícitos a juicio del demandante y que debían ser retirados de la página web de El Economista.com.

El conocimiento efectivo es una cuestión de hecho que el tribunal debe valorar en base a los datos fácticos aportados al proceso, teniendo en cuenta que -según la Directiva antes citada y la LSSI- los proveedores de servicios no tienen obligación general de supervisar toda la información que les llega ni a retirar la información ilícita, salvo desde el momento en que tenga conocimiento efectivo de la misma. En sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la STS Sala 1ª de 18-5-2010, nº 316/2010, que a su vez cita la STS de 9 de diciembre de 2009.

Por tanto, ni la parte actora ni la sentencia puede apoyarse en el envío del burofax de los servicios jurídicos de la SGAE para deducir, de su rehúse, la existencia de un conocimiento efectivo en la demandada, causado por su falta de diligencia en recoger el burofax.

Debe, pues, ser estimado el recurso y revocada la sentencia para no dar lugar a la estimación de la demanda.

TERCERO. Costas procesales.

Por la estimación del recurso de apelación no procede imposición de las costas procesales de la segunda instancia, según establece el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Mientras que las de la primera instancia deben ser impuestas a la parte demandante al haber sido desestimadas sus pretensiones (art. 394 LEC)

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación.



III.- FALLAMOS

Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por EDITORIAL ECOPRENSA, S.A. frente a DON Prudencio contra la sentencia de fecha 28 de Noviembre de 2009 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 59 de Madrid, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la referida resolución, para en su lugar dictar la siguiente:

"Que, desestimando la demanda interpuesta por DON Prudencio contra EDITORIAL ECOPRENSA, S.A. ,debemos absolver y absolvemos a la demandada de los pedimentos contenidos en aquella, con imposición de las costas procesales de la primera instancia a la parte actora."

Y sin pronunciamiento especial en cuanto a las costas procesales de esta segunda instancia.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 208.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , póngase en conocimiento de las partes que, en su caso, contra esta resolución cabe recurso de casación o infracción procesal si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 del texto legal antes citado , en el plazo de cinco días y ante esta misma Sala.

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

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia fue hecha pública por los Magistrados que la han firmado. Doy fe. En Madrid, a