

Roj: **STS 1441/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1441**Id Cendoj: **28079110012013100158**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **26/02/2013**Nº de Recurso: **1500/2011**Nº de Resolución: **128/2013**Procedimiento: **Casación**Ponente: **JUAN ANTONIO XIOL RIOS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 5559/2011,**
STS 1441/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Febrero de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, el recurso de de casación que con el n.º **1500/2011** ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Arturo , aquí representado por el procurador D. José-María Murúa Fernández, contra la sentencia de fecha 25 de abril de 2011, dictada en grado de apelación, rollo n.º 215/2010, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8 .ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 1682/2008, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 59 de Madrid. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el procurador D. Francisco-Javier Vázquez Hernández, en nombre y representación de la sociedad mercantil Editorial Ecoprensa, S.A. Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 59 de Madrid dictó sentencia de 28 de noviembre de 2009 en el juicio ordinario n.º 1682/2008, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Estimo la demanda formulada por el procurador/a D./D.ª José-María Murúa Fernández en nombre y representación de Arturo 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. economista.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. Arturo en concepto de indemnización la suma de 10.000,00 euros, más sus intereses legales sin hacer declaración en materia de costas.»

SEGUNDO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. El actor ejercita la acción de protección de su derecho al honor contra la Editorial Ecoprensa S.A., por las opiniones vertidas en el foro abierto en su página web "economista.es", atentatorios al mismo, solicitando su retirada, la publicación de la sentencia en dicha página de Internet y una indemnización de 20.000,00 euros; a lo que se opone la demandada alegando su falta de legitimación pasiva, pues los comentarios y opiniones son vertidos por terceras personas que acceden a dicho foro, que es un mero prestador de un servicio de intermediación por lo que es de aplicación el art. 16 de la Ley de Servicio de la Sociedad de la Información y pluspetición.

»Segundo. No existe controversia entre las partes sobre las expresiones volcadas en el foro del economista.com "al comentar la noticia" los usuarios de facebook jubilarán virtualmente a Cebollero ", "este



tío es un sinvergüenza y un mercenario", "este sarnoso se comerá sus propias mierdas, o si a ese cerdo o a sus patéticos esbirros, lo que verdaderamente es un fascista, este tío es un indeseable, a ver si alguien se anima y lo hecha de España por apátrida, lo mejor es darle una hostia y cuando lo veas por la calle, el problema de este consumidor de clínicas de estética, su obra musical e intelectual es una mierda, Cebollero me parece un fantasma putrefacto... no ser un parásito como es y tratar de vivir del cuento, me parece muy bien y si le fusilan de verdad, mejor, deberían fusilarlo a él, que se joda puto cocainómano de mierda, ha sido un yonqui, muérete ya, si este Cebollero hubiese salido más tonto no nace".

»Tercero. Señala la SAP Madrid de 06/04/09 : El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar se consagra como uno de los derechos fundamentales recogidos en el art. 18 de la Constitución , reconociéndose como derechos fundamentales el derecho a la libertad de expresión y de información en el art. 20, si bien en el citado precepto se establece como uno de los límites del derecho a la libertad de expresión y de información, el respeto al derecho a honor y a la intimidad personal.

»Como señala esta misma Sección en sentencia de fecha de 15 de abril de 2005, a falta de un concepto legal de honor la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional ha venido poniendo de relieve las consideraciones y características del mismo; así la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 26 de septiembre de 1995 señala "No existe positivado, lo que facilitaría el camino, un concepto derecho al honor, ni en la Constitución, ni en ninguna otra Ley".

»El tribunal se ha referido expresamente a la imposibilidad de encontrar una definición del mismo en el propio ordenamiento jurídico. Se trata de un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento (STC 185/1989), que encaja sin dificultad, por tanto, en las categorías jurídica conocida de conceptos jurídicos indeterminados (STC 223/1992). A pesar de la imposibilidad de elaborar un concepto incontrovertible y permanente sobre el derecho al honor, ello no ha impedido, acudiendo al Diccionario de la Real Academia Española, asociar el concepto de honor a la buena reputación (concepto utilizado por el Convenio de Roma), como la fama y aun la honra consiste en la opinión que las gentes tienen de una persona buena o positiva si no van acompañadas de adjetivo alguno. Así como este anverso de la noción se da por sabido en las normas, estas, en cambio intentan aprehender el reverso, el deshonor, la deshonra o difamación o lo difamante. El denominador común de todos los ataques e intromisión ilegítima en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena.

»La jurisprudencia constitucional ha venido señalando que cuando del ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información reconocidos en el artículo 20.1 de la Constitución Española resulten afectados otros derechos, el órgano jurisdiccional está obligado a realizar un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, con el fin de determinar si la conducta del agente está justificada por hallarse dentro del ámbito de las libertades de expresión e información, de suerte que si tal ponderación falta o resulta manifiestamente carente de fundamento, se ha de entender vulnerado el citado precepto constitucional.

»No obstante lo dicho, el valor preponderante de las libertades del artículo 20 de la Constitución Española solo puede ser apreciado y protegido cuando aquellas se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces un máximo nivel de eficacia justificada frente a los derechos garantizados por el artículo 18.1 de la Constitución Española en los que no concurre esa dimensión de garantía de la opinión pública libre y del principio de legitimidad democrática. (Así, por ejemplo, SSTC 107/1988)

»Con relación a esta cuestión de la relación y preponderancia del derecho a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de julio de 2008 , ha venido a declarar: "En la confrontación entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión e información, el Tribunal Constitucional ha venido diferenciado desde su sentencia 104/1986, de 17 de julio , entre la amplitud en el ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20.1 de la Constitución , según se trate de la libertad de expresión (en el sentido de la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones) y la libertad de información (en cuanto a la narración de hechos). Con relación a la primera, al tratarse de la formulación de pensamientos, ideas y opiniones, dispone de un campo de acción que viene solo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas y opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas (sentencia del Tribunal Constitucional 105/1990, de 6 de junio). Cuando se persigue suministrar información sobre hechos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz (art. 20.1.d) de la Constitución). Este requisito de la veracidad no se exige en los juicios o evaluaciones personales y subjetivas, sin perjuicio de que, de venir aquella información acompañada de juicios de valor u opiniones, estas últimas deban someterse al canon propio de la libertad de expresión (art. 20.1.a) de la Constitución pues el ejercicio del derecho de crítica tampoco permite emplear expresiones formalmente injuriosas o innecesarias para lo que se desea



comunicar, que bien pueden constituir intromisiones ilegítimas en el derecho al honor ajeno (sentencias del Tribunal Constitucional 105/1990 , entre otras).

»Cuarto. Partiendo de esta doctrina legal debe examinarse si las expresiones recogidas en el foro de la edición " *on line* " del periódico *El Economista* constituyen o no una intromisión al derecho al honor del actor o si por el contrario pueden entenderse amparadas en el derecho a la libertad de expresión. Partiendo del hecho de que dichas expresiones, el llamar a una persona "este tío es un sinvergüenza, sarnoso, comerá sus propias mierdas, que se joda ese puto cocainómano de mierda, yonqui, tonto del culo" entre otras..., han de entenderse como afrentosas y que afectan al honor del actor, en la medida que suponen un menosprecio social; se plantea en el supuesto de autos, si la demandada ha de responder o no de las mismas pues en ningún momento es autor de las mismas sino que se ha limitado a habilitar un espacio, denominado "foro" a través del cual, lectores y usuarios plasman sus variables opiniones sobre la actualidad de cada hecho con importancia informativa, siendo por tanto imputables aquellas a ellos, dueños de su libertad de expresión y opinión, estando la demandada eximida de responsabilidad por ser una prestadora de un servicio de alojamiento o almacenamiento de datos, en este caso, los comentarios realizados por terceros, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16 de la Ley de Servicio de la Sociedad de la Información .

»Quinto. Dispone el art. 16 de la Ley de Servicio de la Sociedad de la Información "Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos: 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 apartado a) 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, 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 pudiera establecerse...".

»Sexto. La cuestión más espinosa de los ataques al honor cometidos a través de Internet es, sin duda, la de quien se deba considerar responsable y en concreto, por razón del propio medio telemático, cual deba ser la responsabilidad de los administradores de los foros. En primer lugar hay que señalar que el espacio denominado "foro que se habilita en las páginas web para que los usuarios o internautas puedan plasmar su opiniones acerca de un determinado hecho o acontecimiento es un medio de comunicación pero no como cualquier otro pues, tal y como se recoge en la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 09/07/09 ". No puede aplicarse analógicamente al caso que nos ocupa el régimen jurídico de la prensa escrita pues son situaciones diferentes, un editor tiene facultades de control y supervisión, mientras que como se examinará en el foro es imposible si son contenidos ajenos.

»"No puede pues sembrarse el confusionismo, los contenidos que se envían por correo electrónico a una página web, necesita la intervención de los administradores para en primer lugar, aceptarlas, abrirla y si así lo deciden publicar (lo que implica un tiempo de retraso). Por el contrario, en el foro creado, de manera inmediata y sin tamiz previo, la publicación es instantánea para generar un debate fluido, sin que los administradores puedan decidir lo que se publica o no. En dicho sentido solo estando veinticuatro horas podría controlarse las opiniones vertidas y a través del "Word censor" que funciona como un corrector ortográfico de Microsoft Word, se puede sustituir palabras inapropiadas, y en todo caso los contenidos solo pueden ser modificados " *a posteriori* ", es decir, una vez publicados.

»Continúa la sentencia mencionada indicando "que el art. 16 de la LSSI , establece que el prestador de servicios no puede ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que no tenga "conocimiento efectivo" de que la actividad o la información almacenada es ilícita o si lo tiene, actúa con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellas".

»La LSSI entiende que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos. Ahora bien, como señala la mencionada sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, dicho precepto contiene una presunción, pero ello no impide que el conocimiento de la ilicitud pueda probarse de alguna otra forma, pues no estamos ante ninguna numeración taxativa, sino una presunción *ad exemplum* y que a *sensu contrario* no impediría probar el conocimiento efectivo por cuales quiera otro medio.

»De todo lo dicho se desprende que si bien es dificultoso y contrario a la propia naturaleza del foro, el control exhaustivo previo de las opiniones vertidas, lo cual no impide que sus creadores deban moderarlo, como así



indicó la demandada, que lo hacía, lo que conlleva una imposibilidad a veces del conocimiento efectivo de lo que en el foro se vuelca, ello no es óbice para que dichos administradores como persona que habilita y pone a disposición de los usuarios de Internet un espacio actúen con la diligencia necesaria para tener un conocimiento efectivo *a posteriori*, facilitando los datos de contacto necesarios, direcciones..., para que los contenidos puedan ser modificados o retirados *a posteriori*, es decir, una vez publicados, de forma inmediata cuando los terceros les alerten o sobre posibles comentarios difamatorios o injuriosos u ofensivos, pues en la ley específica que regula la responsabilidad de los prestadores de servicios se encuentra junto con el art. 16, que ya examinamos el art. 13 por el que empieza precisamente el capítulo dedicado al "Régimen de responsabilidad" que señala: 1 "Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, personal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley".

»Séptimo. Aplicando lo expuesto al caso de autos, resulta que si bien no ha resultado acreditado que la demandada tuviera ese conocimiento efectivo previo de las expresiones vertidas en su foro y atentatorias al derecho al honor del actor, no agotó la diligencia que le era exigible como tal creador y administrador de dicho foro, pues si bien en su página de Internet se recogen los datos para ponerse en contacto con ella, la advertencia de que las personas que accedan al mismo tienen que identificarse, impidió que el actor pudiera contactar con él y alertarle de las mismas y así ejercer el control *a posteriori*, retirándolas de inmediato, al rehusar el burofax enviado por el actor el 02/10/08 (doc. 4 de la demanda), por lo que procede declarar su responsabilidad.

»Octavo. Respecto al *quantum* indemnizatorio, el actor solicita 20.000,00 euros teniéndose en cuenta la gravedad de los insultos, perjuicios ocasionados a su honorabilidad y prestigio profesional y la difusión o audiencia del medio a través del que se ha producido el daño, y la demandada opone pluspetición dado que los comentarios proceden de terceros, la escasa audiencia o difusión de estos, hsu difícil acceso y el nulo beneficio obtenido; y a este respecto es necesario señalar que dado que las expresiones aludidas pueden ser tenidas como graves, que pueden tener repercusión en el ámbito familiar y profesional del actor, pues a Internet acceden personas de distintos ámbitos sociales y edades, pues en el acto del juicio, el director del *Economista* reconoció que diariamente acceden 1,2 millones de usuarios, procede aquella en 10.000,00 euros.

»Noveno.- No procede hacer declaración en materia de costas que se estima que existen dudas de derecho para no hacer una especial imposición de costas pues no existe todavía jurisprudencia del TS y las resoluciones de las audiencias son contradictorias.»

TERCERO.- La Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia de 25 de abril de 2011, en el rollo de apelación n.º 215/2010, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por Editorial Ecoprensa, S.A. frente a don Arturo contra la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2009 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 59 de Madrid, debemos revocar y revocamos la referida resolución, para en su lugar dictar la siguiente:

»"Que, desestimando la demanda interpuesta por don Arturo 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.»

CUARTO.- La sentencia contiene los siguientes 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. Arturo, conocido artísticamente y popularmente como "Cebollero". 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 Eleconomista.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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 aun, a adivinar) que la misiva contenía un requerimiento del demandante. Y, en tercer lugar, aun 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 aun 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 1.ª de 18-5-2010, n.º 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).»

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Arturo , se formula el siguiente motivo de casación:

Motivo único. Infracción del artículo 18.1 de la CE y 7.7 de la LO 1/1982 , de 5 de mayo sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

Este motivo se divide en cinco apartados:

En el apartado primero se citan como preceptos legales infringidos el artículo 18 CE y el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor , a la Intimidación Personal y a la Propia Imagen y el artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico y se funda, en resumen, en lo siguiente:

La sentencia recurrida estima que no cabe 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. Esta argumentación, según el recurrente acoge una interpretación errónea de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 34/2002 y se aleja de la jurisprudencia de esta Sala sentada en SSTS de 9 de diciembre de 2009 y 10 de febrero de 2011 en la que se establece el principio de que la omisión de la información relativa a la titularidad del prestador de servicios deja vacía de contenido la posibilidad de notificar al prestador la difusión de los contenidos difamatorios por parte del afectado, y supone la inobservancia del deber de diligencia, asumiendo el prestador la difusión de un contenido difamatorio y su prolongación en el tiempo. Sostiene el recurrente que la falta de diligencia se hace igualmente manifiesta, pero en mayor grado cuando, como sucede en el caso que nos ocupa, el prestador rehúsa recibir la notificación en que el afectado le comunica la difusión de contenidos ofensivos e insultantes para su persona, colaborando en su difusión y prolongación en el tiempo.

Por si lo anterior no fuera suficiente, estima que ha quedado acreditado que la demandada pese a serle notificada la demanda y especificarse en ella las injurias que se vertían contra el recurrente tampoco procedió a retirar los contenidos injuriosos o a impedir su acceso, prolongando así el daño causado al recurrente.

Siguiendo la doctrina jurisprudencial que 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, considera que la demandada pudo inferir de manera lógica que abrir un foro de debate, al hilo de un personaje y una noticia altamente controvertida («Los usuarios de Facebook 'fusilarán virtualmente' a Cebollero ») tendría consecuencias altamente lesivas para el demandante, sobre todo si el sistema de control era inoperante. Por tanto la demandada debió tener una especial diligencia, al saber lo que podía suceder, y actuar con prontitud en la retirada de los contenidos o impidiendo su acceso, al tener conocimiento mediato de su ilicitud.

En el apartado segundo se citan como preceptos legales infringidos el artículo 18 CE , el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor , a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, el artículo 4.1 del Código Civil , el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , artículo 111.2 de la Ley 58/2003 , General Tributaria y el artículo 161.2 de la LEC . Argumenta la parte recurrente que procede la aplicación analógica de la normativa administrativa y procesal que prevé consecuencias lesivas para quien rechace o rehúse ser notificado pues lo contrario supone dejar al libre arbitrio del destinatario rechazar o aceptar ser notificado y decidir cuando se producirán dichos efectos. De esta forma, el destinatario podrá rechazar o aceptar ser notificado pero no podrá evitar que se desplieguen los efectos jurídicos correspondientes. Por tanto, estima que procede la aplicación analógica del principio jurídico sentado por las normas anteriormente citadas, siendo el efecto jurídico de rechazar la comunicación remitida, que se



produzca el «conocimiento efectivo» del que se deriva la inmediata responsabilidad del prestador de servicios, por lo que al no entenderlo así la sentencia recurrida incurre en la infracción denunciada.

En el apartado tercero se citan como preceptos legales infringidos el artículo 18 CE, el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, el artículo 4.1 del Código Civil y el artículo 1973 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta. Basa la parte recurrente dicho apartado en que cabe la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 1973 del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta y que dispone que la reclamación extrajudicial puede consistir en cualquier tipo de comunicación siempre que se haga patente el ejercicio del derecho. Considera la parte recurrente que la sentencia recurrida al negar que la demandada tuviera conocimiento efectivo a través del burofax enviado, ignora que la reclamación extrajudicial puede consistir en cualquier tipo de comunicación siempre que se haga patente el ejercicio del derecho. Mantiene que, en el presente caso, se ha hecho patente el ejercicio de los derechos contemplados en los artículos 18 CE y 7.7 LPDH a través de la correspondiente comunicación, que por aplicación analógica del artículo 1973 del Código Civil, debe ser medio suficiente para producir el conocimiento efectivo, en este caso, del ejercicio de una acción, motivo por el que se ha producido la vulneración de los derechos citados.

En el apartado cuarto se citan como preceptos legales infringidos el artículo 18 CE, el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen y el artículo 7.1 del Código Civil. Argumenta la parte recurrente que la resolución recurrida infringe el principio de la buena fe al considerar que rechazar o rehusar comunicaciones donde terceros ejercitan sus derechos frente al destinatario, es una conducta amparada por la buena fe, que incluso tiene consecuencias jurídicas favorables para el requerido. Igualmente contraría este principio las argumentaciones que se dan en la sentencia recurrida al diferenciar al remitente del burofax pues no se acierta a comprender por qué habría de correr suerte distinta el burofax remitido por la SGAE de otro enviado por D. Arturo cuando en ocasiones el remitente lo hace en representación de un tercero. También se vulnera este principio cuando se dice que aunque hubiese llegado a su destinatario de su contenido no se puede determinar qué mensajes eran los que se consideraban ofensivos puesto que, según el recurrente, los mensajes y los insultos son tan notoriamente injuriosos y ofensivos que la demandada pudo haberlos identificado con facilidad.

Por último, en el apartado quinto se alega la infracción del artículo 18 CE, del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen y del principio *pro actione* interpretado constitucionalmente en el sentido de que no debe primar la rigidez formalista frente al ejercicio de un derecho fundamental. Señala la parte recurrente que la resolución recurrida, escudándose en aspectos formales, impide el acceso del recurrente a la protección de su derecho al honor, estableciendo un grave desequilibrio entre los fines que supuestamente se preservan y los intereses que se sacrifican.

Termina solicitando de la Sala «Que teniendo por recibido el presente recurso, junto a los autos de los que el mismo dimana, se sirva admitirlo y, previos trámites legales oportunos, dicte sentencia por la que estimando el mismo, se acuerde casar y anular la sentencia recurrida, dictando otra en su lugar, en la que se declare firme la sentencia dictada en primera instancia, estimando íntegramente la demanda origen del presente litigio, con expresa imposición de las costas que legalmente procedan a la contraparte.»

SEXTO.- Por auto de 10 de enero de 2012 se acordó admitir el recurso de casación.

SÉPTIMO.- En el escrito de oposición al recurso de casación presentado por, la representación procesal de la mercantil Editorial Ecoprensa, S.A. se formulan en síntesis, las siguientes alegaciones:

Al apartado primero. La parte recurrente en este motivo de su recurso considera la existencia de una vulneración del artículo 16 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto al significado de «conocimiento efectivo». Aduce la recurrida que no tuvo el conocimiento efectivo de la existencia de los comentarios sobre el Sr. Arturo puesto que constituye un hecho probado que el burofax no llegó a su poder dado que se rehusó, sin que ella fuera responsable de que eso sucediera. Estima que el recurrente no explica suficientemente porqué dicho burofax no fue remitido a la recurrida ni a su director, sino que se dirigió al diario «El economista», el cual carece de personalidad jurídica. Precisa que también olvida el recurrente reseñar que la página web eleconomista.es contiene un apartado informando sobre la forma y método para poder ponerse en contacto con la empresa, procedimiento que no fue usado por el recurrente. Añade que no consta aportada en autos la certificación del contenido del burofax enviado por la SGAE y rehusado, por lo que no consta acreditado que lo enviado fuera la carta que se acompaña a la demanda. No es cierto, como mantiene el recurrente que la recurrida no hubiera retirado los comentarios alojados en su web tras tomar conocimiento con la recepción de la demanda de la existencia de determinados comentarios de carácter ofensivo contra su persona.



La sentencia recurrida no contradice lo dispuesto en las SSTs de 9 de diciembre de 2009 y de 10 de febrero de 2011 que cita el recurrente en cuanto a la interpretación que haya de darse al «conocimiento efectivo» sino que parte de ellas e indaga a través de los hechos probados si efectivamente la parte recurrida tuvo o no conocimiento efectivo de la existencia contenidos vejatorios en su web y llega a la conclusión de que no fue así puesto que lo único que existió fue una carta que nunca recibió, que ni siquiera envió el propio Sr. Arturo y cuyo contenido no ha sido probado.

Es evidente que ninguna falta de diligencia es imputable a la entidad recurrida por cuanto: en su web y en el lugar donde aparecían los comentarios se incluía una dirección de correo electrónico, poniendo a disposición de los posibles perjudicados los medios de contacto necesarios, pese a que nunca fuera utilizada por el recurrente, la editorial recurrida utiliza una herramienta informática de cribado y censura de aquellos comentarios que contengan palabras ofensivas, el domicilio social de la misma figura en la web, no existe una obligación general de supervisión a priori de los comentarios, el burofax fue rehusado presumiblemente porque no iba dirigido correctamente. Mantiene que no es cierto, como afirma el recurrente, que esté acreditado en autos que tras la notificación de la demanda no hubiese retirado los comentarios de contenido injurioso, ni que esté justificado pretender imponer una diligencia previa a los prestadores de servicios de almacenamiento de datos para evitar cualquier foro digital en función del personaje o noticia sobre la que se informa o sobre la que trata la web.

Al apartado segundo. La parte recurrente parte de un argumento falso como es que la recurrida habría rechazado o rehusado voluntaria e intencionadamente ser notificada del burofax enviado presuntamente advirtiendo sobre la existencia de comentarios vejatorios sobre el Sr. Arturo y por tanto debe asumir unas consecuencias lesivas porque en otros campos del Derecho se establecen. Insiste en que no cabe la aplicación analógica de las normas que se citan en la argumentación del motivo al tratarse de supuestos diferentes puesto que en el caso que nos ocupa no existe ese rechazo voluntario, ni hubo posterior notificación, ni estamos dentro de un proceso judicial ni un expediente administrativo o tributario.

Al apartado tercero. Este motivo carece de fundamento pues si el burofax no llegó a conocimiento de la recurrida según consta probado en autos nunca puede entenderse que se ha producido reclamación extrajudicial válida además nada tiene que ver que una reclamación extrajudicial interrumpa la prescripción de la acción con que se haya producido o no el conocimiento efectivo por el prestador del servicio de alojamiento de datos que contempla el artículo 16 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información .

Al apartado cuarto. Alega que carece de fundamento este motivo pues la sentencia recurrida en ningún momento estima que esté amparado por la buena fe rechazar una comunicación. La sentencia impugnada al considerar que no existió conocimiento efectivo debido a que el burofax se rehusó y analizadas las circunstancias del envío del mismo y su rehúse (se envió por la SGAE y no por el demandante y a un destinatario diferente a Editorial Ecoprensa, falta la certificación del texto realmente enviado, etc.) está decidiendo implícitamente que no existió ni mala fe ni falta de diligencia en la demandada.

Al apartado quinto. También sostiene que este motivo carece de fundamento toda vez que en ningún momento se ha impedido al recurrente el ejercicio de alguna acción o recurso durante la litis. Además el fundamento de la sentencia recurrida para desestimar la demanda no está basado en cuestiones formales sino que por el contrario, aplica una ley que regula y determina el ámbito de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento de datos, que no deben responder de actos de terceros que alojan datos en sus servidores o en sus páginas web salvo que tengan conocimiento efectivo de la existencia de los datos ilícitos. Cosa distinta es que no se hayan estimado sus pretensiones en la sentencia.

Termina solicitando de la Sala «Que teniendo por presentado este escrito, en tiempo y formas legales se sirva admitirlo y por formulada oposición al recurso de casación interpuesto por la representación de don Arturo , para en su día y tras los trámites legales oportunos se desestimen los mismos todo ello con expresa imposición de las costas ocasionadas a la parte recurrente, confirmando la sentencia dictada por la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Madrid rollo 215/2010 en los extremos recurridos e impugnados por la representación procesal de Editorial Ecoprensa.»

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso de casación e informa, en resumen, lo siguiente:

Partiendo de la base fáctica fijada en la sentencia de primera instancia y aceptada por la Audiencia Provincial, los hechos objeto del presente recurso se centran en las opiniones vertidas por diversos particulares contra el demandante en el foro de debate abierto el día 25 de septiembre de 2008 en la página web eleconomista.es de la que es titular la entidad demandada, acerca de la noticia publicada en la referida página web titulada «Los usuarios de Facebook fusilarán virtualmente a Cebollo ».



La Audiencia Provincial no cuestiona que el contenido de las expresiones y opiniones vertidas en el foro de la página web sean constitutivas de atentado al derecho al honor, aceptando en este punto las conclusiones alcanzadas por el Juez de Primera Instancia. La cuestión litigiosa se centra por tanto en determinar si la Audiencia Provincial aplicó correctamente el régimen de exclusión establecido en la Directiva 2000/31/CE y en los artículos 13.1 y 16 de la LSSICE que incorpora al ordenamiento jurídico español tal directiva.

Esta Sala en sus SSTs 9 de diciembre de 2009, 18 de mayo de 2010 y 10 de febrero de 2011 ha fijado una doctrina jurisprudencial acerca de la interpretación que haya de darse al artículo 16 de la LSSICE, en lo referente al conocimiento efectivo, a cuya ausencia se condiciona, en uno de los supuestos, la liberación de responsabilidad de la prestadora de servicios de alojamiento por la información almacenada a petición del destinatario. Esta Sala ha puesto en relación el citado precepto con el de la diligencia mínima exigible al prestador, para que así los perjudicados puedan comunicarse con este de forma fácil y directa, a fin de que se interrumpa la publicación que afecte a los derechos fundamentales. Es esta diligencia la que resulta por tanto exigible a los prestadores de servicios, sin que estos puedan ampararse en el concepto estricto de conocimiento efectivo, que tan rigurosamente ha definido el artículo 16 LSSICE, habida cuenta de que se puede entender que el citado precepto elabora una mención de naturaleza ejemplificativa de conocimiento efectivo, no excluyendo la posibilidad de que el mismo se pruebe de cualquier otra manera, es decir, no restringe los instrumentos aptos para alcanzarlo.

En definitiva, según la doctrina jurisprudencial de esta Sala contenida en las sentencias antes citadas, el prestador no será responsable de lo publicado por los usuarios en su página web cuando no tenga conocimiento efectivo del contenido vejatorio y evidente y ello por cualquier medio fehaciente, sin necesidad de declaración previa de ilicitud o cuando habiendo tenido conocimiento efectivo del mismo haya procedido con premura a suprimirlo.

Partiendo de esta interpretación es necesario examinar el contexto de la actividad de intermediación, ya que liberalizada la prueba del conocimiento efectivo, este puede hallarse no solamente en la notificación de la parte afectada, sino también en la forma e información que rodean la actividad de alojamiento o enlace.

En este supuesto, la Audiencia Provincial exonera de responsabilidad al titular de la página web, al considerar que no tuvo conocimiento efectivo de la entidad titular de la página web afirmando en su FJ 2 que en el burofax el demandante no aparecía como remitente, que el hecho de que el burofax proviniese de los servicios jurídicos de la SGAE y el demandante hubiese sido vocal de dicho organismo no significa que la demanda estuviera obligada a conocer que la misiva provenía de él, así como que en el hipotético caso de que hubiese llegado a su conocimiento el contenido de la carta acompañada a la demanda, de la misma no se puede determinar que mensajes consideraba el demandante que eran ofensivos y debían ser retirados.

La Audiencia Provincial al interpretar el artículo 16 de la LSSICE, en lo relativo al concepto de conocimiento efectivo, lo limita exclusivamente al tenor literal del precepto, considerando que no ha existido al no haber recibido la entidad demandada el burofax remitido por el actor solicitando la retirada del material lesivo para el honor, excluyendo la posibilidad de que el mismo se pruebe de cualquier otra manera.

Sin embargo partiendo de los hechos probados por la Audiencia Provincial, el conocimiento efectivo por parte de la demandada, se deduce claramente de los contenidos de los mensajes que eran graves y evidentemente atentatorios al honor del demandante, e incluso sin valorarse en este ámbito, pudieran ser de ámbito penal, no pudiendo alegar su desconocimiento la entidad demandada, ya que como titular de la página web donde se vertieron tales datos, han estado a su disposición, no siendo preciso para su conocimiento, que fuera el demandante, como pretende la sentencia recurrida, quien indicara qué mensajes eran ofensivos, ya que la ilegalidad de los contenidos del foro era claramente patente. En esta línea se cita la STS de 10 de febrero de 2011.

Por otro lado queda acreditado que el titular de la página web no actuó con la diligencia mínima necesaria para retirar los contenidos lesivos, a pesar de ser el quebranto del derecho fundamental al honor indiscutible, claro y flagrante.

El titular de la página web abrió un foro de debate de los denominados calientes, donde el tema a comentar ya venía predeterminado de forma peyorativa para el demandante con el título «Los usuarios de Facebook fusilarán virtualmente a Cebollero» por lo que dado las características del foro debió ejercerse un mayor control por la demandada para retirar inmediatamente aquellas opiniones claramente ilegales que se vertieron contra el actor, control que no se ejerció adecuadamente en la medida que no fueron retiradas con premura.

Además se afirma como hecho probado que la demandada rehusó recibir el fax remitido por la SGAE en nombre del demandante, poniendo trabas al contacto entre el afectado y el prestador de servicios, independientemente de que como remitente no figurara el nombre del demandante, pues ello no puede perjudicar al usuario vejado



de forma tan palmaria porque tal actitud obstativa impidió la comunicación del afectado con el prestador y supuso la difusión y prolongación en el tiempo del contenido vejatorio, lo que conlleva la consiguiente responsabilidad de este.

En consecuencia, queda acreditado que la demandada tuvo conocimiento efectivo del contenido vejatorio de las opiniones vertidas contra el actor, al ser este notorio y evidente, pese a lo cual no procedió con premura a suprimirlo. La conclusión alcanzada por la Audiencia Provincial es contraria a la doctrina jurisprudencial fijada por esta Sala en lo relativo a la interpretación del artículo 16 LSSICE por lo que procede la estimación del motivo.

NOVENO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 14 de febrero de 2013, en que tuvo lugar.

DÉCIMO.- En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

CE, Constitución Española.

FJ, fundamento jurídico.

LOPJ, Ley Orgánica del Poder Judicial.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LPDH, Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

RC, recurso de casación.

LSSICE, Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico.

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. D. Arturo , conocido artísticamente como Cebollero , formuló demanda de protección del derecho al honor, contra Editorial Ecoprensa, S.A. como consecuencia de los comentarios y las opiniones vertidas en la edición digital del periódico *El economista*, en concreto, en la página web www.economista.es, titularidad de la editorial demandada, al hilo de comentar la noticia titulada «Los usuarios de Facebook fusilarán virtualmente a Cebollero » que considera claramente vejatorias y despectivas sobre su persona, tales como: «este tío es un sinvergüenza y un mercenario», «este sarnoso se comerá sus propias mierdas (causa de su sarna)...», «lo digo por si a ese cerdo o a sus patéticos esbirros», «lo que verdaderamente es, un fascista», «este tío es un indeseable», «a ver si alguien se anima y lo hecha de España por apátrida», «lo mejor es darle una hostia cuando lo veas por la calle», «el problema de este consumidor de clínicas de estética», «su obra musical e intelectual es una mierda», « Cebollero me parece un fantasma putrefacto», «... no ser un parásito como es y tratar de vivir del cuento», «se me olvidaba que hace más de 20 años este sinvergüenza no hace nada», «me parece muy bien, y si le fusilan de verdad mejor», «que asco de pavo», «es un tío patético», «deberían fusilarlo a él», «que se joda puto cocainómano de mierda», «ha sido un yonqui», «muérete ya», «es un gran hdp», «impresentables como el señor Cebollero » y «si este Cebollero hubiese salido más tontolculo, no nace».

Con base en lo anterior solicitaba además de la declaración de ilicitud, la condena de la demandada a eliminar los contenidos injuriantes, así como a publicar a su costa la sentencia en dicha página web de internet, a indemnizarle con la cantidad de 20 000 euros y al abono de las costas causadas.

2. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda condenando al demandado a publicar a su costa la sentencia en la portada de la página web *eleconomista.es* durante el plazo de diez días, a retirar los contenidos injuriosos del foro respecto del demandante, así como al pago de una indemnización de 10 000 euros al demandante. Se fundó, en síntesis, en que, si bien no quedó acreditado que el demandado tuviera conocimiento efectivo previo de las expresiones vertidas en su foro y atentatorias al derecho al honor del demandante, no agotó la diligencia que le era exigible como tal creador y administrador de dicho foro para tener un conocimiento efectivo a posteriori, a pesar de que el demandante a través de los servicios jurídicos



de la SGAE envió a dicho medio un burofax el día 2 de octubre de 2008 a través del que se le requería la retirada de tales comentarios ofensivos y dicho burofax fue rehusado por la demandada.

3. La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada y revocó la sentencia de primera instancia, desestimando la demanda y absolviendo a la parte demandada de todos los pedimentos de esta. Basó tal decisión en que el envío de un burofax por los servicios jurídicos de la SGAE y su rechazo por la demandada no son suficientes para justificar la falta de diligencia de esta en la retirada de los comentarios ofensivos porque: (a) se trata de un burofax en el que no aparece como remitente el demandante, (b) 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 que la misiva contenía un requerimiento del demandante, (c) aun 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 a la demanda, de su contenido no se puede determinar qué comentarios eran ofensivos y debían ser retirados. De manera que no puede decirse que la entidad demandada tuviera conocimiento efectivo de que los contenidos almacenados eran ilícitos a juicio del demandante y que debían ser retirados de la página web *eleconomista.es*.

4. Contra esta sentencia se ha interpuesto recurso de casación por la representación procesal de D. Arturo el cual ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.1.º LEC por afectar el proceso a derechos fundamentales.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo único.

El motivo único se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción del art. 18.1 de la CE y 7.7 de la LO 1/1982 , de 5 de mayo de sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen.»

El motivo se divide en cinco apartados. El primero se introduce a su vez con la siguiente fórmula:

«Infracción del art. 18.1 de la CE y 7.7 de la LO 1/1982 , de 5 de mayo de sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen, por vulneración de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico, concretamente de su artículo 16 , en cuanto al significado que ha de tener el 'conocimiento efectivo', en concordancia con la jurisprudencia sentada por las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2009 y 10 de febrero de 201.1».

Sostiene la parte recurrente en tal apartado que por la entidad demandada existió una falta de diligencia al no retirar los comentarios ofensivos sobre su persona, existiendo un conocimiento efectivo que cabe deducir del rechazo del burofax en el que se comunicaba la difusión de los contenidos ofensivos e insultantes y esta falta de diligencia se hace más patente por el hecho de que incluso después de habersele notificado la presente demanda los comentarios ofensivos sobre el demandante no han sido retirados.

El apartado segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción del art. 18.1 de la CE y 7.7 de la LO 1/1982 , de 5 de mayo sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen, en conexión con la aplicación analógica, en virtud del artículo 4.1 del Código Civil , del artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , artículo 161.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , 111.2 de la Ley 58/2003 , General Tributaria y demás normativa afín, que establece consecuencias lesivas para quien rechace o rehúse ser notificado.»

En este apartado argumenta la parte recurrente que procede la aplicación analógica de la normativa administrativa y procesal que prevé consecuencias lesivas para quien rechace o rehúse ser notificado pues lo contrario supone dejar al libre arbitrio del destinatario rechazar o aceptar ser notificado y decidir cuándo se producirán dichos efectos.

El apartado tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción del art. 18.1 de la CE y 7.7 de la LO 1/1982 , de 5 de mayo de sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen, en conexión con la aplicación analógica, en virtud del artículo 4.1 del Código Civil , del artículo 1973 del Código Civil -y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta- en el sentido de que medios son suficientes para el ejercicio de un requerimiento extrajudicial.»

Basa la parte recurrente dicho apartado en que procede la aplicación analógica del artículo 1973 del Código Civil que dispone que la reclamación extrajudicial puede consistir en cualquier tipo de comunicación siempre que se haga patente el ejercicio del derecho. Considera la parte recurrente que en el presente caso se ha hecho patente el ejercicio del derecho lo que supone y determina la existencia de un conocimiento efectivo.

El apartado cuarto se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción del art. 18.1 de la CE y 7.7 de la LO 1/1982 , de 5 de mayo de sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen, por infracción del principio de buena fe establecido en el artículo 7.1 del Código Civil .»

Argumenta la parte recurrente en este apartado que la resolución recurrida infringe el principio de la buena fe al considerar que el envío del burofax no presupone un conocimiento efectivo.

El apartado quinto se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción del art. 18.1 de la CE y 7.7 de la LO 1/1982 , de 5 de mayo de sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen, por infracción del principio *pro actione* (sentado en las sentencias del Tribunal Constitucional 38/1998 , 184/1997 y 207/1998 , entre otras), en el sentido de que no debe primar la rigidez formalista frente al ejercicio de un derecho fundamental.»

En este apartado alega la parte recurrente que la resolución recurrida, escudándose en aspectos formales, impide el acceso de la recurrente a la protección de su derecho al honor, estableciendo un grave desequilibrio entre los fines que supuestamente se preservan y los intereses que se sacrifican.

El motivo debe ser estimado.

TERCERO.- *Responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de información. Inclusión de comentarios en los foros abiertos en las páginas web de noticias.*

A) No existiendo controversia entre las partes sobre el contenido y el carácter ofensivo y difamatorio de las expresiones contenidas en el foro abierto en la página web www.economista.es, titularidad de la entidad demandada, para comentar la noticia titulada «Los usuarios de Facebook fusilarán virtualmente a Cebollero », la cuestión que se plantea en definitiva en el motivo único del recurso de casación es determinar la eventual responsabilidad de la demandada en relación con los contenidos alojados por terceras personas en su página web, esto es, la responsabilidad derivada del alojamiento y/o almacenamiento de aquellos datos.

B) En relación a esta cuestión, con el propósito de poner fin a las divergencias normativas y jurisprudenciales existentes entre los Estados miembros sobre la materia, la Directiva 2.000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2.000, reguló -en la sección cuarta de su capítulo segundo- el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios que actúan como intermediarios de la sociedad de la información.

La Ley 34/2.002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, al incorporar al Ordenamiento jurídico español la Directiva, dispone -en el artículo 13, apartado 2 - que, para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, " *se estará a lo establecido en los artículos siguientes* ", entre ellos, el 16 y 17 que, en relación con los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos y que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda "condición atribuible a la demanda" proclama que los mismos no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario y la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptible de indemnización o, si es que lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Esta Sala en sentencias de 9 de diciembre de 2.009 , 18 de mayo de 2010 y 10 de febrero de 2011 se ha pronunciado sobre la interpretación de ese artículo 16 conforme a la Directiva 2.000/31/CE , en lo referente al conocimiento efectivo, a cuya ausencia se condiciona, en uno de los supuestos, la liberación de responsabilidad de la prestadora de servicios de alojamiento por la información almacenada a petición del destinatario de aquellos.

CUARTO.- *Aplicación al caso concreto .*

Dos son los presupuestos de la exclusión de responsabilidad con que el artículo 16 de la Ley 34/2002 favorece a los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, que la sentencia recurrida entendió que concurrían en el caso concreto. En primer lugar, la sentencia recurrida estimó que no había quedado acreditado que la demandada tuviera ese conocimiento efectivo de que las expresiones vertidas en el foro eran atentatorias al derecho al honor del demandante. En segundo lugar, cuestionó que la demandada no hubiera agotado la diligencia que le era exigible como tal creador y administrador de dicho foro por el simple hecho de que hubiese rehusado el burofax enviado por los servicios jurídicos de la SGAE en nombre del demandante que presumiblemente contenía un requerimiento de este.



El recurrente, por el contrario, y en primer término, afirma, siguiendo la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias antes citadas que la postura mantenida por la Audiencia Provincial reduce extremadamente las posibilidades de obtención del «conocimiento efectivo» de la ilicitud de los contenidos almacenados y que, en el caso que nos ocupa, el contenido de lo almacenado en sí mismo es tan revelador que su ilicitud es patente y evidente por sí sola sin necesidad de resolución judicial que así lo declare así como que el titular de la página web no actuó con la diligencia mínima necesaria para retirar los contenidos lesivos pese a que las características del foro lo aconsejaban, llegando incluso a rehusar el envío de un burofax remitido por el demandante.

Esta Sala, compartiendo lo dispuesto por el Ministerio Fiscal en su informe, considera que las conclusiones alcanzadas por el recurrente son conformes con la jurisprudencia de esta Sala y atribuye el mismo valor revelador del conocimiento efectivo al contenido y naturaleza de los mensajes, sumamente graves y claramente ofensivos al honor del demandante, sin que pueda alegarse desconocimiento por parte de la entidad demandada a raíz del fax recibido, dado que en él se advertía con claridad la existencia de comunicaciones lesivas del derecho al honor y se reclamaba su retirada, hecho que respondía a la realidad y que impide que el titular de la página web pueda a partir de ese momento desconocer.

Por tanto esta Sala estima que la entidad demandada, como titular de la página web y creadora del foro de debate abierto, debió extremar las precauciones y ejercer un mayor control sobre las opiniones y comentarios alojados, cuyas connotaciones despectivas y peyorativas para el demandante no podían pasarle inadvertidas, pese a que del contenido del burofax no se desprendiera qué comentarios eran los que se consideraban ofensivos y procurar de este modo la pronta retirada de aquellos que manifiesta e inequívocamente aparecían como gravemente injuriosos o incitadores a la violencia. No puede pasar inadvertido el papel desempeñado por el titular de la página que no solo alberga un contenido externo, sino que genera la posibilidad realizar comentarios, incorporándolos a la noticia y permite que se consideren como elemento de valoración de la misma.

Dado que resulta probado que la demandada rehusó recibir el fax remitido por el demandante impidiendo a este poder comunicarse con ella y así conseguir la interrupción de la difusión de los comentarios lesivos y ofensivos para su persona facilitando su prolongación en el tiempo, cabe concluir que la entidad demandada incumplió el deber de diligencia que le incumbía.

Por tanto, la conclusión alcanzada en la sentencia es contraria a la doctrina jurisprudencial fijada por esta Sala relativa a la interpretación que haya de darse a lo dispuesto en el artículo 16 LSSICE en cuanto al concepto de conocimiento efectivo, de ahí que incurra en la infracción denunciada en el motivo analizado.

QUINTO.- Estimación del recurso.

Según el artículo 487.2.º LEC , si se tratare de los recursos de casación previstos en los números 1.º y 2.º del apartado 2 del artículo 477, la sentencia que ponga fin al recurso de casación confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida.

Estimándose fundado el recurso de casación, procede, en consecuencia, casar la sentencia recurrida y, de conformidad con lo razonado, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Editorial Ecoprensa, S.A., con imposición de costas a la apelante y confirmar la sentencia de primera instancia.

De conformidad con el artículo 398 LEC , en relación con el artículo 394 LEC , no procede la imposición de las costas causadas en este recurso de casación.

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

FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Arturo , contra la sentencia de 25 de abril de 2011 dictada por la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación n.º 215/2010 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por Editorial Ecoprensa, S.A. frente a don Arturo contra la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2009 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 59 de Madrid , debemos revocar y revocamos la referida resolución, para en su lugar dictar la siguiente:

»"Que, desestimando la demanda interpuesta por don Arturo 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.»

2. Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto con imposición de costas a la entidad apelante y confirmamos la sentencia de 28 de noviembre de 2009 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 59 de Madrid en el juicio ordinario n.º 1682/2008 que estima la demanda, sin hacer declaración en materia de costas.

4. No ha lugar a la imposición de costas en el recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. Ignacio Sancho Gargallo. Rafael Saraza Jimena. Sebastian Sastre Papiol. Rafael Gimeno-Bayon Cobos. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEN