

Lugo a nueve de julio de dos mil nueve

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LUGO

SENTENCIA: 00538/2009

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LUGO

Sección 1.ª

SENTENCIA NUMERO 538

ILMOS/AS. SRES/AS.:

PRESIDENTE:

D.ª MARIA JOSEFA RUIZ TOVAR

MAGISTRADOS:

D. JOSE RAFAEL PEDROSA LOPEZ

D. JOSE ANTONIO VARELA AGRELO

La Ilma. Audiencia Provincial de Lugo ha visto en grado de apelación el Rollo de Sala n.º 40/2009, dimanante del Juicio Ordinario n.º 141/2008 seguido en el

Juzgado de Primera Instancia n.º Uno de Mondoñedo sobre tutela del derecho al honor; siendo apelante el demandante Juan Luis , representado

por el procurador Sr. Varela Puga y asistido del letrado Sr. Juan Luis y apelados los demandados Celso y Hermenegildo , representados por la procuradora Srª Erlina Sabariz y asistidos del letrado Sr. Maestre Rodríguez y el Ministerio Fiscal; actuando como ponente la

Magistrada, Ilma. Srª. Doña MARIA JOSEFA RUIZ TOVAR.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha cinco de noviembre de dos mil ocho, el Juzgado de Primera Instancia n.º Uno de Mondoñedo, dictó sentencia en los referidos autos, cuya parte dispositiva dice: "FALLO: Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. García Arias, en nombre y representación del _Sr. Juan Luis , contra don Hermenegildo , y don Celso ,

representados por el Procurador de los Tribunales Sr. Castañeda Gutiérrez. El demandante deberá abonar las costas devengadas."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por el demandante Juan Luis , teniéndose por preparado el mismo y cumplidos los trámites del art. 458 y siguientes de la L.E.C. 1/2000 se elevaron los autos a la Audiencia Provincial para la resolución procedente.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites legales. Señalándose vistas la que tuvo lugar el día dos de junio de dos mil nueve, a las once quince Horas. No se observó el plazo para dictar sentencia por lo novedoso del problema y complejidad del mismo, a fin de estudiar las Directivas Europeas, la L.SSI, doctrina y escasas resoluciones recaídas.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los Hechos Probados de la sentencia apelada en su integridad, siendo del tenor siguiente:

Son hechos probados y así se declaran que en octubre de 2.006, don Celso y don Hermenegildo , crearon la página web www.mindoniese.com, asumiendo su titularidad y administración con la finalidad de informar sobre noticias de Galicia en general y de Mondoñedo en particular, manteniendo en todo caso, una línea informativa crítica con el gobierno municipal del Concello de Mondoñedo, encabezad por su alcalde (desde julio de 1.999 hasta junio de 2.007) el Sr. Juan Luis .

Inicialmente, los demandados, y con sus propios recursos económicos, abonaban un canon anual a un prestador de servicios de alojamiento de datos en Internet o "hosting", denominado Gadaddy. Al cabo de un tiempo, los administradores del foro decidieron financiar el pago de este alojamiento por medio de la contratación de "banners" publicitarios ("Acceda al R.A.I. Acceda al Registro de Aceptaciones Impagadas" o "Sereco"), a través del servicio "Adsense" dependiente del buscador Google.

A principios del año 2.007, y dentro de la página web referida, los demandados diseñaron el foro "mindoniense.com" facilitando así que los usuarios directamente insertaran sus comentarios en relación con los distintos temas de debate creados en su seno. Así, en el tema abierto "Coplas electorais de Mondoñedo" la usuaria "Ana" en fecha 27 de febrero de 2007 realiza, atentando contra el honor del Sr. Juan Luis , el siguiente comentario "La verdad es que tienen toda la razón. Soy de Mondoñedo pero vivo fuera, pq aquí es imposible encontrar trabajo, en los últimos años Mondoñedo ha bajado muchísimo, en vida, en gente, en actividad en general. Me cuentan que el alcalde y sus "amigos" hacen y deshacen a sus antojo, hasta que Bagema (una empresa constructora) le hizo gratis la casa al alcaldillo a cambio de favores políticos en obras municipales y demás. La verdad es que no me extraña nada". Por su parte, en el mismo foro, en el apartado "alcalde, e desposis ... constructor", el usuario "Iván en fecha 28 de febrero de 2.007 expone, con igual resultado lesivo al honor de la actora que, "Mais que constructor ESPECULADOR ou alguén pensa que ese mandante vaise poner a traballar poñendo ladrillos? Bagema fíxolle a casa gratis a cambio de favores (todo Mondoñedo o sabe). Recalificou os terreos e construíse onde él lle interesaba, e agora que deixa o pobo afogado e morto, logo de chupar do bote durante 8 anos (xa que como abogado

non vale nin para firmar) vaise tan pancho a enriquecerse a costa de outros....". Como consecuencia de estas expresiones, el aquí demandante presentó denuncia en el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Mondoñedo, incoándose las Diligencias Previas nº 245/07 , que finalizaron mediante Auto de 11 de febrero de 2.008 de sobresimiento provisional y archivo de la causa por no existir motivos suficientes para atribuir su perpetración a persona alguna determinada.

La actividad de administración de la página web "mindoniense. Com" permite definir a los demandados, con la finalidad de determinar el régimen de responsabilidad civil al que deban quedar sujetos, como "prestadores de servicios de la sociedad de la información", sin que se les pueda imputar responsabilidad alguna por las expresiones vertidas en los días 27 y 28 de febrero de 2.007 por los usuarios "Ana" e "Iván", dado que ni se ha acreditado que hubieran tenido conocimiento efectivo de que estos comentarios fueran atentatorios al honor del Sr. Juan Luis ni que, en días previos al 30 de abril de 2.007, y tras haberse puesto en contacto la Unidad Orgánica de la Policía Judicial con el Sr. Celso , no los hubieran retirado una vez tomaron conocimiento del alcance de aquellas afirmaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada, excepto el de costas.

PRIMERO.- Invoca en primer término el recurrente la INCONGRUENCIA de la sentencia apelada, pues omite la protección del derecho fundamental al honor del demandante conculcando el art. 18 de la Constitución y la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar a la propia imagen. Pues bien, el motivo al entender de la Sala -vicio de Incongruencia- no puede ser atendido; ello, por que el objeto del presente procedimiento civil, tal como vino planteado en la audiencia previa, se concretó en la responsabilidad civil sobre los comentarios vertidos en un foro administrado por los demandados, en concreto de mensajes donde se imputa al demandante la ejecución gratuita de la obra de su casa por parte de una constructora BAGEMA a cambio de favores políticos, lo cual resultó radicalmente falso, obrando en los autos las facturas de la casa en cuestión -con las correspondientes transferencias bancarias-, aceptándose por los demandados en la audiencia previa como no podía ser de otro modo que tales mensajes no eran ciertos, lo cual sin duda provocó un atentado contra el Honor del demandante.

Pero, y pese a ello, quiérase o no la perspectiva del análisis efectuado por la sentencia apelada es de todo punto correcto, pues lo que hay que decidir es sí los demandados administradores del foro deben responder o no por ello.

La Directiva 200/31 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2.000 -Directiva sobre el Comercio Electrónico- obliga a los estados miembros a establecer en sus respectivas legislaciones la prohibición de la restricción de la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información (art. 3), pues el objeto de la Directiva es garantizar la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información, estableciéndose además en su artículo 4º la pro scripción de la autorización previa ni ningún otro requisito con efecto equivalente; y además exige a los respectivos estados el

establecimiento de parcelas de impunidad para que la denominada "sociedad de la información" desarrolle el rol que le corresponde. En efecto el art. 12 de la Directiva que coincide sustancialmente con el art. 14 de la Ley 34/2.002, de 11 de julio (servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, en los sucesivos LSSI) obliga en ese marco, datos transmitidos por un tercero, que "no se pueda considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos", a condición de que no haya originado el mismo la transmisión, no selecciona al destinatario de la transmisión, y no selecciona ni modifica los datos transmitidos. De igual forma para el alojamiento de datos, el art. 14 de la Directiva que coincide sustancialmente con el art. 16 de la LSSI, establece que el prestador de servicios no puede ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatarios, a condición de que no tenga "conocimiento efectivo" de que la actividad o la información almacenada es ilícita, o sí lo tiene, actúan con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellas.

Estamos pues ante una Ley específica que regula la responsabilidad de los prestadores de servicios, y almacenadores de datos, con una inexistencia obligación general de supervisión, pues los estados miembros no pueden imponer (art, 15) a los prestados de servicios una obligación de tal índole, o de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas.

Por ello, no puede aplicarse analógicamente al caso que nos ocupa el régimen jurídico de la prensa escrita (incluso ello antes de la transposición al Derecho interno de la Directiva había sido ampliamente criticado por la Doctrina), 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, siendo evidente el riesgo de lesiones de otros bienes jurídicos -como el del demandante- pero por imperativo legal, no responderá el servidor o almacenador, como regla general, salvo cuando realice un acto positivo, más allá de la simple facilitación de un servicio, mediante la creación de contenidos propios o seleccionando ajenos, o cuando tenga conocimiento efectivo de que la información almacenada es ilícita, y finalmente no actúe con diligencias para retirar tales datos.

SEGUNDO.- Desde tal perspectiva de análisis, no se estima que los recurridos deban responder de dicha vulneración del Derecho al Honor emitido por personas distintas, "Ana" e "Iván", habiéndose archivado las diligencias penales previas por falta de autor. Con independencia de la dificultad en el rastreo de la red para la identificación de los ordenadores y consecuentemente usuarios de los que remitieron los mensajes (Dirección IP), no se estima que en este caso concreto los creadores del foro tuvieran un "conocimiento efectivo" de que la información fuera ilícita. Resulta obvia la dificultad de interpretación del tal expresión, los penalistas hablan de un dolo particularmente intenso, y los civilistas de un conocimiento constatable en todos sus extremos. Como anteriormente se reseñó e interpreta la Doctrina (Véase Sr. Pequero Poch) el legislador delimita una serie de supuestos de hecho garantizando que, si se cumplen las condiciones previstas en las mismas, el prestador no podrá ser declarado responsable de los contenidos ilícitos de terceros que dicho prestador haya transmitido, alojado o enlazado. Dentro del alojamiento se contemplan no solo la actividad básica los prestadores de Hosting -alojamiento de sitios web, sino también comentarios de terceros en un blog, el de artículos en un wiki, o el de mensajes en un foro-, realizándose una función por los demandados subsumible en el supuesto contemplado en el art. 16 de la

L.S.S.I . Dicho precepto contiene una presunción, debiendo declararse probado dicho conocimiento efectivo a que se refiera el apartado a) "cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada" Etc y el prestador conociera la correspondiente resolución. Pero; ello no impide a juicio de esta Sala que el conocimiento de la ilicitud pueda probarse de alguna otra forma, pues no estamos ante ninguna numeración taxativa, sino una presunción (resolución judicial conocida) "ad exemplum", y que a "sensu contrario" no impediría probar el conocimiento efectivo por cualesquiera otro medio. Pues bién; en el caso concreto sometido a la consideración de esta alzada no se estima que se tuviese tal conocimiento de ilicitud. Aún reconociendo que los creadores de un foro, deben moderarlo, como así ocurre en la práctica diaria, se comparte con la sentencia apelada que no puede darse por probado que los demandados tuvieran certeza efectiva, y no meras sospechas, de que los comentarios de "Iván" y "Ana" resultaron atentatorios contra el honor del demandante. Fueron inmediatamente localizados los administradores en la dirección de correo electrónico, retirando de forma inmediata los dos mensajes, tras la comunicación efectuada por la Guardia Civil, siendo intrascendente el carácter o no lucrativo de la página (que por otra parte sí se probó que anunciaba otros productos) pues constituían una actividad económica para el prestador de servicios aunque fuese de escasa cuantía (ANEXO DEFICIONES A de la LSSI), no compartiéndose en tal extremo el informe pericial realizado a instancia de la actora. Tampoco se comparte lo expuesto en el recurso, pues hoy y a la vista de las facturas y transferencias no puede dudarse del carácter calumnioso de los mensajes, pero no antes a falta de otra prueba. La utilización del "word censor" no obsta a lo apuntado, el único sistema de control para filtrar los mensajes sería a tener en una persona 24 horas en el foro. Véase que el informe del perito Sr. Damaso es mucho más completo en dicho puntos. La página web creada nttp (www.mindoniense.com), aloja un foro (<http://foro.mindoniense.com>), una sección denominada albún de fotos para que los usuarios puedan subir sus fotos, previo envío de las mismas a los administradores de la página web que deciden si son publicadas o no en la referida web (<http://www.mindoniense.com/fotos>), y una sección destinada a enlaces que se entienden de interés de acuerdo con la temática del portal ([http://www.mindoniense.com/ligazons/.](http://www.mindoniense.com/ligazons/))

No puede pues sembrarse el confusionismo, los contenidos que se envían por correo electrónico a una página web,, necesitan la intervención de los administradores para en primer lugar, aceptarlas, abrirlas 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 instantaneo para generar un debate fluido, sin que los administradores puedan decidir lo que se publica o no. En dicho sentido solo estando 24 horas podrían controlarse las opiniones vertidas, y a través del "word censor" que funciona como corrector ortográfico de microsof word, se puede sustituir palabras inapropiadas, y en todo caso los contenidos solo pueden ser modificados "a posteriori", es decir una vez publicados.

TERCERO.- El caso sometido a la consideración de esta alzada es por ello diferente del resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid (recurso nº 195/2.008), donde se siguió permitiendo el acceso a la página y donde se tenía un domicilio inexacto, o cuando menos no actual que impidió al demandante comunicarse con el demandado. En el caso presente la guardia civil se puso en contacto con el domicilio del administrador sin la

menor dificultad. Por otra parte la información general regulada en el art. 10 de la Ley SSI no contempla una responsabilidad civil anudada a la falta de la misma, previéndose por el legislador que el sistema permita una comunicación directa y efectiva, como en definitiva resultó en este caso.

Implícitamente también se está sosteniendo el error en la apreciación de la prueba, pero tampoco puede ser apreciada. Aún pidiéndose en la instancia un careo entre el testigo D. Luis (representante legal de Construcciones Bagema S.L.) y el demandado, lo cierto es que el testigo no recordó exactamente el tiempo que pasó entre la salida del nombre original de su empresa y sustitución por "xxx", no llamando expresamente para reprochárselo a la página web.

Tampoco se intentó acreditar ningún tipo de connivencia entre los internautas y los administradores de la página, o que saliese de los mismos los comentarios falsos, dada la línea crítica de la página. Véase el F- 46 donde por el administrador se informa a la Guardia Civil, en las diligencias penales, los IP de donde salieron los dos mensajes.

CUARTO.- Al entender de la Sala la aplicación de una Ley específica, no vulnera los principios de legalidad y de jerarquía normativa, sino que el legislador comunitario y español dan primicia a la Sociedad de la información, creando parcelas de impunidad para los servidores y alojadores de datos, cuando como un caso en el que nos ocupa las opiniones se vierten por terceros. Tal criterio se ha extendido a otros países del entorno así en EEUU, la "Decency Act" del Congreso aprobada en 1.996 declarando la responsabilidad indiscriminada del proveedor (de acceso o servicio) de todos los contenidos ilícitos que circulan bajo su radio de influencia, fue declarado anticonstitucional por el T.S. Americano dos años después, por vulneración de la libertad de expresión.

Ello no implica que se será responsable de los contenidos propios -que no es el caso de un foro-, y la posibilidad de rastrear a los verdaderos autores, caso contrario sería igual hacer responsable un librero por las opiniones vertidas en los libros que venda, y como ya se adelantó tampoco es aplicable por analogía la Ley de prensa e imprenta, no siendo un instrumento semejante pues en los foros no se controlan los contenidos previamente.

En definitiva para la sala si es aplicable el art. 16 de la LSSI pues se albergan datos, siendo más completo al respecto el informe del perito Don. Damaso , que el de la perito Sra. Paloma no tratándose de una página personal la del foro, incluido en la página web, por su acceso directo por parte de los internautas, no elaborados por los creadores de tal página. Por ello; no es de aplicación la exclusión de responsabilidad del art. 16.2 de la LSSI, pues el acceso es directo por el 3º , y aunque tales mensajes tuvieron que ser conocidos por innumerables personas así lo declaró en la vista celebrada en esta sala el titular del único ciber de Mondoñedo, e incluso de forma más o menos inmediata por los administradores de la red, ello no significa que exista el "conocimiento efectivo" a que alude el art. 16 nº 1 a) de la LSSI , ni que no se hubiera actuado con diligencia pero retirarlas.

QUINTO.- Pese a la desestimación del recurso en cuanto al fondo, la Sala estima que existen suficientes dudas fácticas y jurídicas para no hacer una especial imposición de costas en ninguna de ambas instancias.

Aunque no se da por probado "el conocimiento efectivo" de la ilicitud, no puede desconocerse que el número de mensajes no fue muy alto, que se suprimió el nombre de la empresa constructora, y que tal como se resalta en la sentencia de instancia al menos uno de los administradores apenas dos horas después el mensaje enviado por Iván, incluyó una cláusula de exención de responsabilidad de las opiniones vertidas -ampliada o no-, por lo que podía haberse moderado el foro por los administradores de forma más efectiva para evitar intromisiones en el honor. Jurídicamente lo novedoso del problema planteado, no existiendo todavía Jurisprudencia del T.S., con resoluciones de las Audiencias contradictorias, habiéndose incluso planteado por la Fiscalía una cuestión prejudicial, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, justifica también la no especial imposición de costas a tenor de los arts. 398 n° 2 y 394 n° 1 de la L.E.C.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

F A L L A M O S

Desestimando el recurso de apelación articulado, se confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n° uno de Mondoñedo de 5 de noviembre de 2.008, si bien no se hace una especial imposición de costas en la instancia. Tampoco se hace una especial imposición de las de esta alzada.

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

DILIGENCIA DE CONSTANCIA.- Firmada la anterior sentencia por los Magistrados se hace pública incorporándose al Libro de Sentencias. Doy fe.

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

DILIGENCIA:

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