

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

SENTENCIA

Sentencia N^o: 72/2011

Fecha Sentencia: 10/02/2011

CASACIÓN

Recurso N^o: 1953/2008

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 02/02/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Antonio Xiol Ríos

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13.^a

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José Pablo Carrasco Escribano

Escrito por: LTV/CVS

Nota:

Sociedad de la información. Servicios de almacenamiento de datos.

Régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad por los contenidos ilícitos.

CASACIÓN Num.: 1953/2008

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Antonio Xiol Ríos

Votación y Fallo: 02/02/2011

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José Pablo Carrasco Escribano

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

SENTENCIA N.º: 72/2011

Excmos. Sres.:

D. Juan Antonio Xiol Ríos

D. Xavier O'Callaghan Muñoz

D. Francisco Marín Castán

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos

En la Villa de Madrid, a diez de Febrero de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los señores al margen indicados, el recurso de casación que con el n.º 1953/2008 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Xorxe Oural Martínez, aquí representado por el procurador D. Ramón Blanco Blanco, contra la sentencia de 30 de octubre de 2008, dictada en grado de apelación, rollo n.º 195/2008, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13.ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 168/2007, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 44 de Madrid. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el procurador D. José María Murua Fernández, en nombre y representación de D. José Ramón Julio Márquez Martínez. Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 44 de Madrid dictó sentencia de 13 de septiembre de 2007 en el juicio ordinario n.º 168/2007, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que debo estimar y estimo la demanda formulada por el procurador de los Tribunales Don José María Murua Fernández en nombre y representación de Don José Ramón Julio Márquez Martínez, contra Don Xorxe Oural Martínez, representado por el procurador Don Ramón Blanco Blanco, siendo asimismo parte el Ministerio Fiscal y en consecuencia, debo condenar y condeno al demandado a cesar en la perturbación ilegítima en el derecho al honor del actor, eliminando del sitio web "Alasbarricadas.org" las expresiones y fotografía atentatorias contra el derecho al honor del actor, relatados en la fundamentación jurídica de la presente resolución, que constituyen intromisiones ilegítimas en su derecho al honor, así como a publicar a su costa la sentencia en los mismos medios de puesta a disposición del público utilizado para llevar a cabo dicha intromisión ilegítima, concretamente mediante una página web de internet accesible al público en general, así como a indemnizar al actor con la cantidad de 6.000 euros y al abono de las costas causadas.»

SEGUNDO.- En los fundamentos de Derecho de la sentencia se declara que:

«Primero.- Ejercita la parte actora en el presente procedimiento, una acción de protección de su derecho fundamental al honor, con fundamento en los artículos 18 y 20 de la CE, 10 del Convenio de Roma de 04-11-50 para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, 9.2, 9.3 y 7.7 de la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, 13.1 y 10 de la Ley 34/02 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico y 65.2 de la Ley 14/66 de Prensa e Imprenta, interesando que se declare que los hechos narrados en la demanda (expresiones y fotografía contenidas en la página web del demandado) constituyen intromisiones ilegítimas en el derecho al honor y dignidad del demandante y que se condene al demandado a cesar en la perturbación ilegítima en su derecho al honor,

eliminando del sitio web "Alasbarricadas.org" las expresiones y fotografía atentatorias contra el derecho al honor del actor, así como a la publicación a su costa de la sentencia en los mismos medios de puesta a disposición del público utilizado para llevar a cabo dicha intromisión ilegítima, concretamente mediante una página web de internet accesible al público en general y a abonarle, en concepto de indemnización, la cantidad de 6.000 euros.

»Así alega el demandante que "Alasbarricadas.com" es una página web accesible al público en general a través de internet y que en su autodenominado "Foro anarquista para el debate y contacto directo entre compañer@s" contiene en el apartado, "El Rey del Pollo Frito. Ramoncín", graves expresiones atentatorias al derecho al honor del actor tales como: "solamente abro este tema para expresar mi odio más visceral a este gilipollas"..., pedante, creído, tocapelotas/ovarios, farandulero, feo pasado por los quirófanos, mal artista, mal politiquillo, mal presentador de programas de tv, chupacámaras. etc "solo siento no haber estado en el último festival que estuvo pa descalabrarle con un pedrolo del vente (mensaje publicado el día 13 de junio de 2006) o "menudo hipócrita menos mal que hay gente que desenmasca de vez en cuando a estos mentirosos. A ver si un día de estos le da un paro cardíaco después de haberse metido todo el dinero en dietas en cocaína, menudo imbécil" (mensaje publicado el 13 de junio de 2006) o "este hombre es un grandísimo payaso. Es eskoria, la hipocresía personificada. No sé si un tiempo pasado fue mejor, pero ahora mismo sólo se merece que su queridísima SGAE se quede sin dinero que robar y que termine viviendo en su amada sociedad capitalista como un mendigo" (mensaje publicado el 29 de junio de 2006).

»Además se publicó en dicha página web el 5 de octubre de 2006 una fotografía manipulada del actor, en la que aparece con la cabeza cortada, que supone una grave humillación y amenaza contra el mismo. Tanto la fotografía como las expresiones referidas se mantenían al tiempo de interposición de la demanda y al pie de las mismas se hace constar que los mensajes son responsabilidad exclusiva de sus respectivos autores, declinándose toda responsabilidad sobre los contenidos que no vayan firmados por la administración. Tales expresiones y fotografías exceden de lo que se considera crítica y por su gravedad y forma de divulgarse, implican intromisiones ilegítimas y así un grave perjuicio para el honor del actor, con menosprecio de su dignidad, que se cuantifica en la suma de 6.000 euros.

»Añade que el sitio web "Alasbarricadas.org" infringe la obligación establecida por el artículo 10 de la Ley 34/03 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE), al no contener información alguna en su página web sobre la identidad del responsable o titular de la página o su domicilio para establecer una comunicación directa y efectiva. Así al pinchar cualquier enlace de la página para contactar con los responsables solo se facilita el correo electrónico info@alabarricadas.org, siendo preciso al actor contratar una agencia de detectives para averiguar la identidad del titular del sitio web que resultó el demandado y como tal proveedor de contenidos de la citada web, responsable solidario con los autores de los contenidos publicados. Una vez averiguada su identidad se le dirigió escrito por burofax, solicitando la retirada inmediata de los contenidos atentatorios al honor del actor e identificación de los autores materiales de los contenidos vejatorios especificados, tanto al domicilio obtenido por la investigación privada, como al aportado por el mismo demandado al registrar el dominio "alabarricadas.org", los cuales no pudieron entregarse al tratarse de un destinatario desconocido. Se insta así a través de la demanda además de la indemnización referida la inmediata retirada de los contenidos atentatorios al honor del actor, con publicación de la sentencia en medios de difusión semejantes.

»Segundo.- A tal pretensión se ha opuesto la parte demandada, alegando en primer lugar que como titular del nombre de dominio en que se aloja la web en que se han vertido las manifestaciones y publicado la fotografía, no es responsable de las mismas, al limitarse a poner a disposición de los usuarios tal página, siendo los usuarios quienes dotan de contenido a los foros, ofreciendo aportar al Juzgado cuantos datos obren en su poder sobre los autores de las expresiones a que alude la demanda, si bien al ser de carácter personal, es preciso para proporcionar tal información una resolución judicial. Añade que, en cuanto a la fotografía, no se encontraba realmente en la página del demandado, sino que era un enlace externo a un servidor de imágenes gratuitas (imageshack.us), ajeno al control del demandado.

»Respecto de su página web, alega que creó en el año 2000 con el fin de abrir canales y espacios para que diferentes personas y agentes implicados en labores de trabajo y denuncia social confluyesen y compartiesen información de forma pública y transparente, a través de un foro y de noticias, habiendo incluso creado en colaboración con profesores, estudiantes y aficionados a la Historia, un Ateneo Virtual para difundir contenidos plurales sobre Historia social y

movimientos libertarios, siendo el demandado un prestador del servicios de la sociedad de la información.

»Por otra parte el actor es un personaje público que se hizo famoso, bajo el pseudónimo de "El rey del pollo frito" o Ramoncín, con maneras y actitudes subversivas, habiendo adquirido nueva notoriedad como dirigente de la SGAE y contertuliano de programas de entretenimiento debates de tintes amarillistas, abundando entre sus propias manifestaciones públicas insultos, descalificaciones, exageraciones e incluso actitudes contrarias al orden público.

»En cuanto a la imposibilidad de su identificación, se alega que el demandante no ha tenido problema en identificar al titular de la página, pudiendo ser identificados los autores materiales de las expresiones con respecto a la dirección IP en que se vierten los comentarios, si los datos se solicitan por la autoridad competente, habiendo prescindido el actor de localizar a los mismos y de notificar al demandado la existencia de los contenidos a que alude el actor, para poder retirarlos. Además el propio actor reconoce que en la página web consta una dirección de correo electrónico para localizarle por la que también podía haber solicitado la retirada de las expresiones. También en las bases de datos de titulares de dominios (whois) se podía averiguar el efectivo dueño del dominio (como harían los detectives contratados por el actor) y las dificultades en su localización, que no en su identificación, son debidas a que el domicilio que aparece en el registro del dominio, en Salamanca, corresponde al que tenía el demandado cuando cursaba sus estudios en esa ciudad y registró el dominio, olvidando su actualización posteriormente, ignorando como ha averiguado la contraparte el otro domicilio que figura en autos, que resulta el de sus padres. Por otra parte las irregularidades administrativas en que haya incurrido el demandado, tipificadas en la LSSICE, son irrelevantes, incurriendo además en ellas el mismo actor en su propia página web. Por último alega que en cuanto ha conocido las expresiones injuriosas, al darse al mismo traslado de la demanda, ha procedido a retirarlas sin esperar a resolución judicial alguna, en consonancia con el régimen de responsabilidad que le es de aplicación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 16 de la LSSICE, dictada en desarrollo de la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio del Parlamento Europeo y del Consejo, siendo en todo caso excesivo el importe de la indemnización interesada, en función de los hechos y personalidad del actor.

»Por su parte el Ministerio Fiscal ha solicitado la desestimación de la demanda en conclusiones alegando la diligencia del demandado en la retirada de

los contenidos difamatorios, estimados como tales, una vez conocido su contenido, al darse al mismo traslado de la demanda, contando con medios para su localización efectiva a tenor de lo previsto en la LSSICE, sin que sea posible una censura previa por parte del titular del dominio en este caso.

»Tercero.- Sentadas las posiciones de las partes y siendo la esencia de la polémica los límites de protección de los derechos fundamentales que se alegan lesionados, debe precisarse que tal y como entre otras resulta de las STS 11-4-92, 21-6-01, 13-3-01, 17-6-04, 6-11-03,18-02-04 con cita de reiterada Jurisprudencia anterior (STS 30-12-89, 1-6-90, 16-1-91, 30-6-98), que los derechos protegidos por la LO 1/82, no pueden considerarse absolutamente ilimitados, pues imperativos de interés público pueden hacer que por Ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad, que no podrán ser reputadas ilegítimas y si el artículo 7 define las intromisiones que tienen este último carácter, no obstante existen casos en que tales intromisiones e injerencias no pueden considerarse ilegítimas, en virtud de razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales como son las indicadas en el artículo 8 de la propia Ley.

»Así tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional (STC 171/90 y 172/90 de 12 de noviembre, por todas) estiman que la colisión entre los derechos fundamentales a la libertad de información y expresión y al honor, intimidad familiar e imagen, encuadrados en la categoría de derechos de la personalidad, impide fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras entre uno y otro, lo que ha de verificarse en cada caso concreto, sometido a enjuiciamiento. Cada información periodística u opinión constituye un acto individual o de ejercicio del derecho a la libertad de información o expresión que debe ser objeto del tratamiento jurídico que le corresponda, de acuerdo con las expresiones, afirmaciones o valoraciones que en la misma se contengan y el grado de cumplimiento de las reglas de veracidad e interés general que la rigen. Así si cuando se ejerce el derecho a transmitir información u opinar respecto de hechos o personas de relevancia pública, adquiere preeminencia sobre el derecho a la intimidad y al honor, con los que puede entrar en colisión, resulta obligado concluir que, en esa confrontación de derechos, el de la libertad de información u opinión, como regla general, debe prevalecer siempre que la opinión exprese una crítica o la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son de interés general, por las materias a que se refieren y las personas que intervienen, contribuyendo por ello a la formación de la opinión pública. No se

produce así el efecto legitimador, cuando las libertades de expresión e información se ejerciten de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución Española le concede su protección preferente. Se estima así que el honor, la intimidad y propia imagen, son valores absolutos, permanentes e inmutables, pero su tutela efectiva puede aparecer en algunos casos limitada por ciertos condicionamientos que provengan de las leyes, de los valores culturales de la sociedad en cada momento y de un modo especial, del propio concepto que cada persona tenga respecto de sus particulares pautas de comportamiento a lo que se refiere el artículo 2 de la LO 1/821 al proclamar que "la protección civil de estos derechos, quedará delimitada por las propias leyes y los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia por lo que quien malbarate estos derechos o no sea celoso custodio de los mismos, no será acreedor a la protección jurídica, si bien ésta ha de predicarse de toda persona, en tanto no se demuestre lo contrario.

»En este sentido es de indicar que el prestigio profesional, entendido como aquél que tiene cada persona cuando actúa dentro del área de su actividad laboral, artística, deportiva, científica y similar tiene repercusión en el ámbito social y forma parte del derecho al honor, si bien las críticas al mismo no pueden considerarse automáticamente como un atentado a la honorabilidad personal, pues el derecho a la crítica constituye una exteriorización del también protegido derecho a la libertad de expresión. Por molesta o hiriente que resulte una opinión o la crítica evaluación de la conducta profesional de una persona o el juicio sobre su idoneidad profesional ello no constituye de suyo una intromisión ilegítima al honor, salvo que exceda de la libre evaluación y calificación de la propia labor profesional para encubrir una mofa o descalificación de la persona misma utilizándose un lenguaje que se aparta de la neutralidad que supone criticar constructivamente, debiendo determinarse así primero si las expresiones o hechos divulgados tienen ese carácter humillante, difamatorio o vejatorio para la persona a que afectan, de modo que lo hagan desmerecer en el público aprecio, debiendo ser examinadas las ofensas vertidas dentro del contexto, el lugar y ocasión en que se vertieron (ST AP Madrid 20-12-05 ó 6-2-06).

»Cuarto.- A la luz de dicha doctrina se estima que en el caso que nos ocupa tanto las expresiones vertidas en la "web", como la fotografía adjunta, implican una clara y evidente lesión al honor del actor, excediendo de la mera crítica o puesta en conocimiento de los demás de una simple información (así el primer

mensaje establece claramente que solo abre el tema para expresar su odio visceral al personaje), constituyendo los mensajes y expresiones claros insultos, incluso amenazantes para su integridad física, dirigidos simplemente a la vejación y menosprecio del afectado (gilipollas, tocapelotas, imbécil, payaso..) y tenidos por tales en el concepto público, menoscabando los mismos su fama, buen nombre y prestigio profesional, con independencia de que el mismo haya tenido o mantenga posiciones controvertidas de cara al público, sujetas a crítica y opinión, por la misma posición pública asumida voluntariamente, sobre todo en las polémicas cuestiones referidas a la SGAE. Así resulta de la simple lectura de los mensajes y visionado de la fotografía e incluso la propia parte demandada no discute este extremo, habiendo alegado que ha retirado de forma inmediata los mensajes y expresiones en cuanto los ha conocido, evidenciando con sus propios actos que estima lesivo su contenido al honor de la persona, al margen de la alegación sobre que la propia postura y trayectoria polémica del actor, deba tenerse en cuenta a hora de fijar un quantum indemnizatorio y graduar el alcance de la lesión en términos económicos.

»Debe así concluirse que en este caso, el derecho de crítica a la figura del actor en su actividad profesional, no ampara la fotografía, que lo representa con la cabeza cortada, ni los ofensivos insultos a la persona misma que se recogen, al manifestar los usuarios de la web sus opiniones.

»Quinto.- Determinada la existencia de una efectiva lesión al honor de la persona, debe resolverse sobre la responsabilidad del demandado como titular de la página web que ha servido de vehículo para la difusión pública de los mensajes, expresiones y fotografía.

»La Ley 34/02, al igual que la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio recoge en su artículo 16 el principio de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, a los que, al igual que a los que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, sólo se les podrá hacer responsables en dos supuestos: cuando tengan conocimiento efectivo de que la información almacenada o que es objeto de enlace o búsqueda, es ilícita o de que puede lesionar bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización y cuando teniendo este conocimiento, no actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos; entendiéndose que el servidor conoce la ilicitud de esa información a la que presta un servicio determinado "cuando el órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los

mismos o se hubiera declarado la existencia de la lesión y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse". Opta así el legislador español, a fin de no menoscabar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, por la no obligación de fiscalizar los contenidos por parte de los prestadores de servicios, si bien les impone un deber de diligencia, concretado, además de lo establecido en el artículo 16, en el artículo 11, que establece una serie de obligaciones en relación con los contenidos y de colaboración con las autoridades públicas para localizar e imputar responsabilidad a los autores de las actividades o contenidos ilícitos que se difundan por la Red o para impedir que éstos se sigan divulgando.

»Debe por tanto ponerse en relación el artículo 16 con el 10 de la referida Ley en cuanto al deber de información general que impone al prestador de servicios de la sociedad de la información, relativo a sus datos de identidad o localización, con el fin de garantizar la posibilidad de cumplir de modo diligente con la obligación de eliminar todo contenido ilícito o atentatorio al honor de determinada persona y eludir su misma responsabilidad, evitando su contribución en su difusión o en que ésta se prolongue en el tiempo. Dicho deber es el que posibilita que el mismo prestador pueda tener conocimiento directo e inmediato de la lesión por parte del afectado (no previo, al no admitirse en nuestra legislación censuras previas, sino posterior al producirse la vulneración de un derecho), pudiendo así en virtud de la misma comunicación del afectado, cesar de modo inmediato en su actuación a falta de otros medios de control efectivos y actuar en suma, de forma diligente en el sentido exigido legalmente por el artículo 16.1 b) de la LSSICE. La omisión de dicha información o las dificultades u obstáculos para acceder a ella dejaría vacía de contenido la posibilidad de conocer el mismo prestador la difusión de los contenidos difamatorios por parte del afectado, ante la imposibilidad de comunicar con él y supondría una actuación poco diligente por su parte, colaborando e incluso asumiendo la difusión de un contenido difamatorio y su prolongación en el tiempo, por su actuación omisiva.

»Así y a fin de poder tener ese conocimiento el artículo 10 establece que ha de poner a disposición de los destinatarios del servicio y del órgano competente, los medios precisos que permitan acceder por medios electrónicos de forma permanente, fácil y gratuita a la información referida a su nombre o denominación social; residencia o domicilio o en su defecto, la dirección de uno de sus

establecimientos permanentes en España; su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva así como los datos de su inscripción en el Registro a que se refiere el artículo 9, los datos sobre la autorización administrativa que ampara su actividad de precisarla e identificativos del órgano competente encargado de su supervisión así como otros relativos a su profesión en caso de ejercer una profesión regulada. La obligación de facilitar dicha información se da por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de internet en las condiciones antes referidas.

»Es por ello que, en el presente supuesto debe determinarse si por parte del demandado se actuó o no de forma diligente en el cumplimiento de su deber de retirada de las expresiones, fotografía y los mensajes difamatorios referidos y ello antes de conocer la interposición de la demanda, toda vez que ambas partes han reconocido y admitido que una vez conocida la presentación de la misma a través del Juzgado, sí procedió de modo inmediato a su retirada. Y ello supone a su vez valorar si el afectado, actor, pudo o no comunicar con el mismo con facilidad, por haber dado cumplimiento el demandado a la obligación impuesta por el artículo 10 de la LSSICE, pues en otro caso, su actitud obstativa a comunicar con él, dejación u omisión, implicaría asumir y colaborar en la difusión de los mensajes y en prolongar indebidamente en el tiempo su difusión, debiendo así asumir la consiguiente responsabilidad.

»De la valoración en conjunto de las pruebas practicadas debe estimarse la demanda formulada en cuanto a la responsabilidad del demandado referida (art. 217 de la LEC), al haber acreditado la parte actora los hechos en que funda su pretensión y ello por las siguientes consideraciones.

»En primer lugar el propio demandado ha reconocido en la contestación a la demanda que los datos del registro que el mismo aportó a los organismos administrativos reguladores de su actividad, a efectos de registrar su dominio, no han sido actualizados y no se corresponden con su actual domicilio. Tampoco consta que la dirección de correo electrónico aportada fuese efectiva para contactar con él, limitándose genéricamente a alegar que es el medio habitual de contacto, pero no aportando prueba al efecto, como le compete una vez verificada la lesión a un derecho fundamental. Así al invertirse la carga de la prueba bastaría con que el demandado hubiese justificado mínimamente que se podía acceder a él con facilidad y de modo efectivo y que eran eficaces los medios que ponía a disposición de los usuarios para poder a su vez dar

cumplimiento a su deber de diligencia, mediante prueba pericial o testifical objetiva. Tampoco acredita o justifica la imposibilidad de contar con un moderador u otros filtros o que los contenidos se actualicen a diario o semanalmente, o las características de su sistema o aplicación informática de modo que se evite prolongar en el tiempo contenidos ilícitos o difamatorios (como podrían serlo fotografías con contenido sancionado penalmente incluso), corroborando por el contrario el informe de los detectives privados aportado por la actora, las dificultades para comunicar con demandado sólo con los datos de su página, que son los que tiene a su disposición el usuario. Consta también que el demandado retiró los contenidos al recibir traslado de la demanda lo que suponen su exposición durante al menos tres meses desde la interposición de la demanda, sin medio alguno efectivo para conocerlo el mismo demandado. Obran también en autos dos burofaxes dirigidos al domicilio del demandado que han sido devueltos por desconocido el destinatario, procediendo los detectives a averiguar su identidad por métodos extraordinarios en el sentido antes expuesto, ante lo infructuoso de las mismas direcciones dadas por el mismo.

»Es por ello que el mismo demandado ha impedido con su actuación que pudiese cumplir diligentemente con su deber de retirada de los mensajes, expresiones y fotografía difamatorias, por lo que se estima al mismo responsable de su contenido y debe así indemnizar al actor en la misma suma que se reclama y ello en función de la gravedad de las expresiones y fotografías divulgadas, difusión del medio en que se ha producido, accesible al público en general a través de internet (vía actual de mayor audiencia) y con gran afluencia de visitas por tener muchos contenidos, según el mismo demandado ha reconocido y lo prolongado en el tiempo de su difusión, no impedida en forma alguna por el demandado hasta la presentación de la demanda, ni habiendo adoptado cautela alguna previa para su creación posterior, actualizando sus datos o poniendo moderadores aun posteriores o fiscalizando mensualmente al menos también a posteriori los contenidos de su página, evitando así prolongadas difusiones de mensajes y fotografías semejantes. Por último el hecho de ser el actor como se alega un personaje público con actitudes, declaraciones o trayectorias polémicas, no implica que esté autorizada su descalificación pública a través de mensajes y fotografías como los que nos ocupan, que exceden del derecho a la crítica que ampara la libertad de expresión, no siendo tampoco causa alguna exoneradora de responsabilidad el hecho de que el actor, a su vez en su propia página web, pueda estar incumpliendo los deberes que le impone la LSSICE.

»Procede así estimar la demanda en su integridad y la condena del demandado en los términos interesados, sin perjuicio de tener ya en cuenta a la hora de ejecutar, el hecho de ya haber retirado el demandado los mensajes y fotografía de su página web, que no lo habían sido al tiempo de interposición de la demanda.

»Sexto.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC y, procede imponer las costas a la parte demandada.»

TERCERO.- La Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia de fecha 22 de septiembre de 2008, en el rollo de apelación n.º 195/2008, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Xorxe Oural Martínez, contra la sentencia dictada en fecha 13 de septiembre de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia número 44 de los de Madrid, en los autos de juicio ordinario seguidos ante dicho órgano judicial con el número 168/2007, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante».

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

«Primero.- Se admiten los contenidos en la resolución impugnada en cuanto no se opongan a los que siguen.

»Segundo.- Por D. Xorxe Oural Martínez, se interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 13 de septiembre de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 44 de los de Madrid, que estimó la demanda presentada por D. Jorge Ramón-Julio Márquez Martínez contra aquél por la publicación de graves expresiones atentatorias -según el demandante- contra su honor en la página web "alabarricadas.org", en el denominado "Foro Anarquista para el debate y contacto directo entre compañer@s", dentro del apartado "El Rey del Pollo Frito. Ramoncín", interesando que se condenase al demandado a cesar en la perturbación ilegítima en el derecho al honor del actor, eliminando del sitio web las expresiones y fotografías que consideraba atentatorias contra su derecho al honor; a la publicación a su costa de la sentencia en los mismos medios de puesta a disposición del público utilizado para llevar a cabo dicha intromisión ilegítima; y a abonar, en concepto de indemnización, la cantidad de 6.000 €. Alega la parte apelante, en síntesis, que la referida sentencia incurre en

transgresión de normas de procedimiento y violación de derechos fundamentales (artículos 414 y 428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); vulneración del hecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa; vulneración de derechos fundamentales en el acto del juicio; infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, recogido en el artículo 24.1 de la vigente Constitución; error en la apreciación de la prueba e infracciones de derecho sustantivo; y solicitó que se declarase la nulidad de actuaciones desde la audiencia previa; subsidiariamente, desde la vista del juicio oral; y, subsidiariamente, que estimando el recurso se desestimase la demanda con imposición de costas a la actora, planteando formalmente cuestión de prejudicialidad al amparo de lo dispuesto en el artículo 234 del tratado CEE. Frente a tales alegaciones la representación procesal de la parte apelada se opuso al anterior recurso y solicitó la confirmación de la sentencia apelada con imposición de las costas causadas en esta segunda instancia a la parte recurrente.

»Tercero.- Con carácter previo al examen de los motivos impugnatorios del recurso referidos al fondo litigioso, siguiendo el orden de las impugnaciones formuladas, hemos de comenzar analizando lo que la parte recurrente califica de "flagrante y sistemática violación de derechos fundamentales e infracción de normas de procedimiento de las que ha hecho gala la juzgadora de instancia, que ha provocado una intolerable indefensión a esta parte".

»Así, dentro del apartado que nos ocupa, alega el apelante que la transgresión de las normas de procedimiento y la consecuente violación de sus derechos fundamentales comenzó en el acto de la audiencia previa en el que la juzgadora impidió a dicha parte fijar los hechos controvertidos.

»Ciertamente el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone, en el segundo párrafo de su apartado 1, que la audiencia previa se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes para, entre otros fines, fijar con precisión el objeto del proceso y los extremos, de hecho o de Derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba. Asimismo el artículo 428 reitera en su apartado 1 que "(...) En su caso, la audiencia continuará para que las partes o sus defensores, con el tribunal, fijen los hechos sobre los que exista conformidad y disconformidad de los litigantes". Ahora bien, lo anteriormente expuesto no puede ser interpretado como un formalismo esencial sin cuyo cumplimiento adolezca el procedimiento de un defecto que, por producir indefensión a cualquiera de los litigantes, dé lugar a la

nulidad de lo actuado a tenor de lo dispuesto en el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; máxime cuando ninguna de las partes litigantes, incluida por tanto la que ahora recurre, formuló protesta o reserva de tipo alguno ante el pronunciamiento verbal de la juzgadora en el sentido de, considerando suficientemente claras las alegaciones y pretensiones deducidas en juicio, continuar la audiencia previa requiriendo a los Letrados de las partes para que propusiesen los medios de prueba de que intentaban valerse.

»Según doctrina jurisprudencial reiterada, seguida, entre las más recientes, por la STS de 7 de enero de 2008 no puede alegar indefensión quien se sitúa en ella por pasividad, impericia o negligencia (SSTC 112/1993, 364/1993, 158/1994, 262/1994 y 18/1996)... Es exigible que se acredite por la parte recurrente, a quien corresponde la carga procesal correspondiente, la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante [por todas, STC 157/2000, de 12 de junio, F. 2c)]. Añade aquella resolución que no todo quebrantamiento de las formas del proceso produce la indefensión de los litigantes sino únicamente aquel que lesiona los intereses del perjudicado (SSTS de 10 junio 1991, 22 abril 2002, 24 y 17 de junio de 2004 y 22 de septiembre de 2005); y que "la infracción de las normas relativas a los actos de garantías procesales que producen indefensión requiere que se haya pedido la subsanación de la falta o trasgresión la instancia en que se hubiere cometido y que, de haberlo sido en la primera instancia, se reproduzca en la segunda, con la salvedad, en cuanto las faltas cometidas en segunda instancia, de que fuese ya imposible la reclamación".

»En el presente caso, ni ha probado el recurrente qué omisión de hechos controvertidos le ha perjudicado, ni consta en autos que actuase diligentemente frente a esa supuesta infracción formal de las normas reguladoras de la audiencia previa -aquietándose, por el contrario, con lo resuelto por la juzgadora- ni siquiera, evacuando el trámite de conclusiones, expuso los hechos que consideraba controvertidos y que no habían merecido tal consideración durante el proceso en primera instancia.

»Lo mismo sucede en cuanto a la denegación de determinados medios de prueba que, según el recurrente, estaban orientados a identificar a los autores materiales de los mensajes objeto de litigio. Alega el recurrente que ya en su escrito de contestación a la demanda negó la imposibilidad de identificar a los autores materiales de dichos mensajes pero que parece que ni el actor ni el Juzgado estaban mínimamente interesados en llegar a averiguar quiénes eran los presuntos autores de las expresiones atentatorias al honor del demandante y

que, por el contrario, su único interés consistía en declarar a toda costa que el titular de la página web es responsable de las expresiones vertidas por terceros en ella (folio 242). Alegación que contradice lo expuesto en el último párrafo del escrito de contestación a la demanda según el cual el demandado manifestó al Juzgado que se encontraba a su disposición para aportar cuantos datos obraban en su poder sobre los autores materiales de las expresiones objeto de la demanda, dejando constancia de que, dado el carácter personal de los datos de identificación, sería necesario una resolución judicial para la aportación de los mismos (folio 80).

»Igual suerte desestimatoria corre la alegada vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, que el recurrente articula sobre la consideración de habersele denegado que se requiriese a Nodo 50, prestador de servicios de alojamiento del web objeto del pleito, para que identificara vía I.P. a los autores de los comentarios que se introdujeron en el foro "alabarricadas.org" por terceros ajenos al demandado, remitiéndonos a lo acordado mediante auto de 14 de julio pasado. No es objeto de la presente litis la autoría de dichos comentarios sino la responsabilidad en que haya podido incurrir el demandado como titular del nombre de dominio en que se aloja la web en que se han depositado los comentarios y la fotografía que se cita en la demanda.

»Por último, la celebración de la vista a puerta cerrada sin que conste en autos la argumentación de tal acuerdo en los términos que exige el artículo 138 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aún cuando pudiera constituir una disfunción de la titular del Juzgado no ha ocasionado indefensión alguna a la parte recurrente, a los efectos prevenidos en el artículo 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que se aquietó con sendas decisiones judiciales tanto al comienzo de la vista del juicio como cuando, en el curso de la misma, irrumpió en ella una persona.

»Cuarto.- Entrando a conocer de las impugnaciones formuladas sobre el fondo del asunto, alega el recurrente que la Juzgadora ha interpretado erróneamente la normativa española y comunitaria aplicable en materia de responsabilidad por contenidos ajenos en Internet.

»Compartimos su afirmación según la cual en el presente procedimiento se discute la eventual responsabilidad del registrador del dominio de una página Web por comentarios que en esta han vertido terceras personas; sin embargo, a diferencia de lo que alega dicho litigante, sin ignorar la responsabilidad en que

incurre el autor de las manifestaciones y de la fotografía incorporadas a la página web del demandado y sin cuestionar que su contenido es claramente atentatorio contra el honor del demandante, como se recoge en la sentencia de primera instancia en términos que este Tribunal da por reproducidos, la cuestión principal se centra en determinar si alcanza también al demandado, en cuanto titular del dominio de esa página Web, la responsabilidad derivada del alojamiento y/o almacenamiento de aquellos datos.

»Siendo aplicables al presente caso la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo, así como la Ley de 11 de julio de 2002, de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, por la que se incorporaba aquella a nuestro ordenamiento jurídico, se remite el recurrente al informe emitido por el Ministerio Fiscal con fecha 24 de octubre de 2006 con motivo de una cuestión prejudicial interpuesta en un recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de febrero de 2006, que, invocando la ante dicha Directiva recordaba cómo en su artículo 15, bajo el epígrafe "Inexistencia de obligación general de supervisión", disponía en su apartado 1 que "(...) Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que trasmitan o almacenen, y una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12,13 y 14".

»Omite el recurrente que, de igual modo, el artículo 14, titulado "Alojamiento de datos", también dispone en su apartado 1 que "(...) Los Estados miembros de la garantizan que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no puede ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que: a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenía conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

»Dicho deber de diligencia en la rápida retirada de datos ilícitos o en impedir el acceso a ellos necesariamente ha de ponerse en relación con el apartado (42) de sus antecedentes según el cual "...Las exenciones de responsabilidad

establecidas en la presente Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento y control de la información transmitida o almacenada". Según su apartado (46) "Para beneficiarse de una limitación de responsabilidad, el prestador de un servicio de la sociedad de la información consistente en el almacenamiento de datos habrá que actuar con prontitud para retirar los datos de que se trate o impedir el acceso a ellos en cuanto tenga conocimiento efectivo de actividades ilícitas..." Su apartado (48) igualmente contempla que "La presente Directiva no afecta a la posibilidad de que los Estados miembros que exijan a los prestadores de servicios, que proporcionan alojamiento de datos suministrados por destinatarios de su servicio, que apliquen un deber de diligencia, que cabe esperar razonablemente de ellos y que esté especificado en el Derecho nacional, a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales". Finalmente su apartado (54) establece que "Las sanciones establecidas en virtud de la presente Directiva se entenderán sin perjuicio de cualquier otra sanción por reparación establecidos en virtud de la legislación nacional".

»En cuanto a la Ley de 11 de julio de 2002, como alega el recurrente, permite diferenciar cuatro tipos de prestadores de servicios: 1) operadores de redes y proveedores de acceso a Internet (artículo 14); 2) prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos para su ulterior transmisión a otros destinatarios (artículo 15); 3) prestadores de servicio de alojamiento o almacenamiento de datos (artículo 16); y 4) prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (artículo 17).

»Claramente, según afirma el apelante, resulta aplicable al presente caso lo dispuesto en el artículo 16, a cuyo tenor:

"1. 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, ordenado su retirada o que se haga imposible el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse".

»Ahora bien, tampoco cabe ignorar que el artículo 10 de dicha Ley, con el título "Información general" dispone en su párrafo 1 que:

"(...) Sin perjuicio de los requisitos que en materia de información se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información estará obligado a disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos competentes, acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita a la siguiente información:

a) Su nombre o denominación social; su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España; su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva.

b) Los datos de su inscripción en el Registro a que se refiere el artículo 9..."

»Aplicando dichas disposiciones al caso que nos ocupa, es claro que el demandado no puede responder del contenido de las comunicaciones remitidas por terceros a su página web mientras no tenga conocimiento efectivo de que las mismas son ilícitas o lesionan bienes o derechos de distinta persona susceptibles de indemnización; sin embargo sí le es exigible una diligencia mínima para que, de producirse alguna de las situaciones descritas, pueda el perjudicado comunicarse con él de forma fácil y directa para interrumpir la publicación de aquellas manifestaciones verbales o fotográficas que le resulten lesivas. Diligencia que en este caso no observó el demandado manteniendo en el registro como su domicilio uno inexacto o, cuando menos, no actual, que impidió al demandante comunicarse con él cuando le remitió sendos burofaxes el 27 de septiembre de 2006 (folios 45 y siguientes de las actuaciones), permitiendo el

acceso de terceros a dicha página web (alabarricadas.org) hasta que aquél acudió a la vía judicial en defensa de sus intereses el 4 de enero de 2007.

»No obsta a lo anterior el que no haya precedido ninguna resolución judicial que declarase la ilicitud del contenido de las manifestaciones y fotografía pues, debiendo interpretarse las normas -además de según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos- conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad (artículo 3.1 del Código Civil), es claro que en el actual mundo de las telecomunicaciones, caracterizado por la facilidad y rapidez de difusión de los datos, remitir al perjudicado a la previa obtención de una declaración formal de ilicitud cuando la intromisión en el derecho fundamental al honor es tan notoria como en el caso que nos ocupa, en el que se emplean expresiones tales como "gilipollas..." -ya se refieran a su faceta artística, ya a su actuación en la Sociedad General de Autores y Editores- y se inserta una fotocomposición con la cabeza cortada del demandado, multiplicaría los perjuicios que se le ocasionarían hasta el extremo de que, cuando obtuviese respuesta a la tutela judicial pretendida, aquellos perjuicios pudieran ser ya irreparables.

»Por cuanto antecede estamos en el caso de desestimar el presente recurso y confirmar en su integridad la sentencia contra la que se ha apelado.

»Quinto.- A tenor de lo dispuesto en el art. 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impone a la parte apelante el pago de las costas causadas en esta alzada considerando la desestimación del recurso».

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Xorxe Oural Martínez, se formulan los siguientes motivos de casación:

Motivo primero. «Infracción de la configuración legal y constitucional de los derechos reconocidos en los artículos 18 y 20 de la Constitución».

Este motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Expone el recurrente que si las expresiones aparecidas en la web efectivamente constituyen un atentado al derecho al honor del demandante, el principal responsable de las mismas debe ser el usuario que las profirió e incorporó a la web titularidad del recurrente, siendo un error atribuir responsabilidad al recurrente, como hacen las sentencias de instancia, que es un mero prestador de servicios de la sociedad de la información. Si el prestador de

servicios de la sociedad de la información, al participar como intermediario, tuviera la potestad de censura que la sentencia recurrida le confiere, el destinatario de dichos servicios vería irremediablemente perdida su libertad para decidir y gestionar el sistema de comunicación individual que se pone a su disposición, por lo que se vería seriamente afectada la configuración de la libertad de expresión e información en el ámbito de internet.

Considera, además, que ha de rechazarse que la falta de actualización de datos del whois o la eventual notoriedad de una ilicitud cometida por un usuario, sea base suficiente para excepcionar el régimen de responsabilidad de la LSSICE. La condición para hacer responsable al prestador de alojamiento no es que haya podido controlar o supervisar la información almacenada en su servidor o en la notoria ilicitud de lo que un usuario decide escribir sino que tuviera "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" conforme a los parámetros que para la determinación de ese conocimiento efectivo marca la propia Ley y la Directiva que transpone, a saber, declaración judicial que así lo indique y que dicha declaración se le notifique.

La conclusión de que no existe un deber de controlar o supervisar la información alojada se ve reforzada si acudimos a los antecedentes de la LSSICE y, en concreto, a la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

El objeto del artículo 13 de la LSSICE es establecer el marco de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información y, en particular, la relación entre el régimen de responsabilidad contenido en los siguientes artículos de la LSSICE y otros regímenes de responsabilidad. De lo que se deduce que no podrá aplicarse a los prestadores ningún régimen de responsabilidad cuyos resultados sean contradictorios con lo dispuesto en la LSSICE. El tenor del precepto es claro al establecer una preeminencia de las reglas de responsabilidad de la LSSICE sobre la de otros cuerpos legales.

Tras analizar el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación contenido en los artículos 14 a 17 de la LSSICE, el recurrente llega a la conclusión de que la sentencia recurrida ha interpretado erróneamente la ley pues en modo alguno se le puede atribuir responsabilidad en el caso de autos.

Motivo segundo. «Infracción de la Ley de Servicios de la Sociedad y de la Directiva de Comercio Electrónico».

Este motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Alega el recurrente que la sentencia recurrida ha vulnerado la LSSICE, en concreto, el artículo 16 de la misma que regula la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos. Dicha Ley es una transposición de la vigente Directiva Comunitaria 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, cuyo principio de no supervisión de contenidos contenido en su artículo 14 también ha sido vulnerado en la sentencia que se recurre en casación.

Además, considera que para que se produzca la exención de responsabilidad tal y como se desprende del artículo 16 de la LSSICE deben darse tres requisitos:

- a) Que la información dañosa se encuentre alojada en el servidor de un prestador intermediario de servicios de la sociedad de la información.
- b) Que dicho intermediario no hubiera tenido conocimiento efectivo del carácter ilícito de los datos alojados o que, teniéndolo, hubiera procedido a retirarlos.
- c) Que el autor no haya generado los datos bajo la dirección, autoridad o control" del intermediario.

En el caso de autos, la web objeto de litigio ofrece un servicio de puesta a disposición para que los consumidores y usuarios alojen sus opiniones en el servidor, sin que el intermediario participara en absoluto en la selección, diseño u organización de dicha información, ni la asumiera, sino que son terceras personas las que vierten esos comentarios. La exención de responsabilidad cede cuando el intermediario adquiere "conocimiento efectivo" de que la actividad o información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización y no procede a retirar los datos en cuestión. Respecto al concepto de "conocimiento efectivo", tras analizar las dos interpretaciones del mismo, esto es, la estricta, que introduce una lista cerrada de causas de conocimiento y la más amplia, basada en que el último párrafo del artículo 16.2 contiene una lista meramente ejemplificativa o abierta de supuestos de conocimiento efectivo, concluye el recurrente que sea cual sea la interpretación que se quiera dar -el es partidario de acoger la interpretación

estricta y ofrece diferentes argumentos para ello- no alcanza a su comportamiento. El recurrente no tiene conocimiento de la presunta ilicitud del contenido albergado en la web hasta que no recibe la demanda origen del presente procedimiento, por lo que de conformidad con lo anteriormente expuesto no se le puede hacer responsable por esa eventual ilicitud, máxime cuando procedió a retirar inmediatamente el hilo del foro que motivaba la queja tan pronto recibió la demanda. En cuanto al tercero de los requisitos, también se cumple toda vez que no existe relación de dependencia laboral, administrativa o familiar entre el prestatario del servicio y el intermediario ni contrato de obra o arrendamiento de servicios en el que el prestador intermediario se hubiera reservado expresamente las funciones de dirección o control.

Termina solicitando de la Sala «que, previos los trámites todos de Ley, dicte en su día Sentencia por la que, estimando el presente recurso, anule y deje sin efecto la sentencia impugnada en el presente procedimiento, sustituyéndola por otra en la que se desestime la demanda interpuesta contra mi representado, con expresa imposición de las costas causadas a la parte actora en las diferentes instancias, con lo demás que en Derecho proceda.».

Por otrosí plantea cuestión de prejudicialidad, al amparo de lo dispuesto en el artículo 234 del Tratado de CEE, acerca de la interpretación que haya de darse a los artículos 14 y 15 de la Directiva Comunitaria 2000/31/CEE.

Termina solicitando de la Sala «que teniendo por efectuadas las anteriores manifestaciones, se sirva tener por planteada cuestión sobre la interpretación de la Directiva 2000/31/CE, con lo demás que en Derecho proceda.»

SSEXTO.- Por auto de 9 de diciembre de 2009 se acordó admitir el recurso de casación.

SÉPTIMO.- En el escrito de oposición del recurso presentado por la representación procesal de D. José Ramón Julio Márquez Martínez se formulan en síntesis, las siguientes alegaciones:

Al motivo primero.

Expone la parte recurrida que el eje argumental del recurso se centra no tanto en negar el carácter injurioso de las afirmaciones vertidas en la página web www.alasbarricadas.org, cuanto en afirmar la ajeneidad de dichos contenidos y por ende la exención de responsabilidad. La parte recurrente no alega suficientemente en qué medida se han infringido los artículos 18 y 20 de la CE

por lo que considera que este motivo debe ser desestimado sin más ya que de manera tácita la recurrente reconoce la existencia de una vulneración al derecho al honor y, por tanto, en ningún momento se han infringido los preceptos constitucionales invocados.

Al motivo segundo.

Considera la parte recurrida que bajo la aparente infracción de normas sustantivas sobre la tutela de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 18 y 20 de la CE el recurso se centra no ya en negar la ilegítima intromisión en el derecho al honor, sino exclusivamente en la falta de legitimación pasiva alegada en la contestación por estar exonerado de responsabilidad, cuestión ésta que excede del ámbito propio del recurso de casación.

Respecto a la infracción de la LSSICE y de la Directiva de Comercio Electrónico el recurrido se remite a lo dispuesto en la STS de 9 de diciembre de 2009 sobre la interpretación que debe darse al requisito del "conocimiento efectivo" del artículo 16 de la LSSICE y a la citada Directiva. Expone que las manifestaciones de la parte recurrente contradicen las conclusiones probatorias sentadas en la sentencia recurrida, que ha considerado acreditado que el demandado no observó la diligencia mínima exigible para que el perjudicado pudiese comunicarse con él de forma fácil y directa para interrumpir la publicación de aquellas manifestaciones verbales o fotografías que le resultaran lesivas ya que mantuvo en el registro como su domicilio uno inexacto, impidiendo así que el perjudicado pudiera comunicar con el mismo con facilidad.

Con el régimen de exoneración previsto en el artículo 16 de la LSSICE los prestadores de servicios de intermediación pueden beneficiarse de la exención de responsabilidad cuando actúan en términos absolutamente neutrales y su intervención es meramente instrumental, pasiva o automática. Siendo el fundamento de la exclusión de responsabilidad la neutralidad del prestador en relación con los contenidos injuriosos, resulta imprescindible averiguar si el prestador actuó con una mínima diligencia exigible, sin que quepa ampararse en una interpretación estricta del concepto de "conocimiento efectivo" como la pretendida por el recurrente, pues en tal caso vaciaría de contenido el régimen de exención de responsabilidad establecido en la normativa comunitaria. Así se deduce del contenido del artículo 14 y de los Considerandos 42 y 428 de la Directiva.

Añade que en el ordenamiento jurídico español dicho deber de diligencia se articula entre otros, en el artículo 10 de la LSSICE a través de la obligación de

todo prestador de servicios de intermediación de disponer de los medios que permitan acceder de forma fácil, directa y gratuita a su nombre o denominación social, su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España, su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva. En el caso concreto estima que el demandado no observó la diligencia mínima que exige el referido artículo resultando difícil al demandante comunicar con él solo con los datos de su página que son los que tiene a su disposición el usuario.

Termina solicitando de la Sala «Que teniendo por presentado este escrito, con sus copias, en la representación que ostento de D. José Ramón Julio Márquez Martínez, se digne admitirlo y unirlo al rollo de su razón, teniendo por formalizada en tiempo y forma, y en nombre de mi representado, la oposición al recurso de casación interpuesto de contrario en las actuaciones de referencia y, previos los trámites legales oportunos, dicte en su día sentencia en la que, por no estimar procedente ningún motivo declare no haber lugar al recurso, con expresa imposición de las costas a la parte recurrente.»

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal informa, en resumen, lo siguiente:

Impugna ambos motivos del recurso. En cuanto al motivo primero, considera que el recurrente no plantea la infracción de los preceptos constitucionales, sino que niega su autoría en base a lo dispuesto en la Ley de Servicios de la sociedad de la información y de la Directiva de comercio electrónico lo cual es objeto del segundo de los motivos y a cuya respuesta se remite. En cuanto al motivo segundo, tras analizar lo que dicen los artículos 13.1 y 16 de la LSSICE expone las dos interpretaciones doctrinales del concepto "conocimiento efectivo" contenido en el artículo 16 de la citada Ley. Una primera, cuyos argumentos principales se encuentran en los antecedentes legislativos y prelegislativos de la ley y en su propia literalidad, que viene a sostener que no habiéndose establecido legal ni reglamentariamente otros medios de conocimiento y a falta de acuerdos voluntarios sobre procedimientos de detección y retirada, sólo podrá afirmarse la concurrencia de "conocimiento efectivo" en presencia de una previa resolución de un órgano competente acerca de la ilicitud de los datos en cuestión. La segunda considera que la Directiva de que procede la LSSICE- que emplea el metro del "conocimiento efectivo" para la exención de responsabilidad penal y el de "conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la

información revele su carácter ilícito" para la que atañe a la responsabilidad civil-, el párrafo mencionado tiene naturaleza meramente ejemplificativa y no excluye que pueda probarse la existencia de "conocimiento efectivo" de cualquier otra manera.

Siendo partidario de la interpretación más amplia, que invita a examinar el contexto de la actividad de intermediación, entiende que liberalizada la prueba del conocimiento efectivo, éste 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.

Sobre esta polémica se ha pronunciado esta Sala en Sentencia de 9 de diciembre de 2009 cuyos fundamentos de Derecho segundo y cuarto reproduce.

En el caso que nos ocupa estima que la ilicitud de los materiales alojados es evidente por sí sola, no depende de datos o información que no se encuentran a disposición del intermediario pues su ilegalidad es patente, por lo que conforme con la doctrina de esta Sala concluye que el prestador del servicio no ha cumplido con el deber de diligencia a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales.

Considera además, tal y como afirman las sentencias de instancia, que el recurrente no ha cumplido los requisitos que, en materia de información, establece el artículo 10 de la citada Ley, pues mantuvo en el registro un domicilio que no era el actual impidiendo de este modo, que el perjudicado se comunicara con el de una forma fácil y directa para interrumpir la difusión de las expresiones y fotografía lesivas, permitiendo así el acceso de terceros a dicha página hasta que aquél acudió a la vía judicial en defensa de sus intereses. Es decir, ha dejado de poner los medios para impedir su persistencia incumpliendo también de este modo lo establecido en el artículo 14.1 de la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000.

Conforme con la interpretación amplia, antes expuesta, concluye que existió falta de diligencia en el demandado recurrente en el cumplimiento de la carga prevista en la letra b) del repetido artículo 16 de la Ley 34/2002.

Por todo lo anterior, los motivos deben ser desestimados.

NOVENO. - Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 2 de febrero de 2011, en que tuvo lugar.

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

CE, Constitución Española.

FJ, fundamento jurídico.

RC, recurso de casación.

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.

LSSICE, Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la 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 Excmo. Sr. D. **JUAN ANTONIO XIOL RÍOS**, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. D. José Ramón Julio Márquez Martínez formuló demanda en protección de su derecho al honor contra D. Xorxe Oural Martínez, por los mensajes publicados en su página web, denominada "Alasbarricadas.com" dentro del llamado "Foro anarquista para el debate y contacto directo entre compañer@s" en el apartado "El Rey del Pollo Frito. Ramoncín", en los que se contenían expresiones claramente despectivas y vejatorias sobre su persona, tales como: "solamente abro este tema para expresar mi odio más visceral a este gilipollas"..., pedante, creído, tocapelotas/ovarios, farandulero, feo pasado por los quirófanos, mal artista, mal politiquillo, mal presentador de programas de tv, chupacámaras, etc.... "solo siento no haber estado en el último festival que estuvo *pa descalabrarle con un pedrolo del vente*" (mensaje publicado el día 13 de junio de 2006) o "menudo

hipócrita menos mal que hay gente que desenmascara de vez en cuando a estos mentirosos. A ver si un día de estos le da un paro cardíaco después de haberse metido todo el dinero en dietas en cocaína, menudo imbécil" (mensaje publicado el 13 de junio de 2006) o "este hombre es un grandísimo payaso. Es eskoria, la hipocresía personificada. No sé si un tiempo pasado fue mejor, pero ahora mismo sólo se merece que su queridísima SGAE se quede sin dinero que robar y que termine viviendo en su amada sociedad capitalista como un mendigo" (mensaje publicado el 29 de junio de 2006). Además se publicó en dicha página web el 5 de octubre de 2006 una fotografía manipulada del actor, en la que aparece con la cabeza cortada, que supone una grave humillación y amenaza contra el mismo.

Con base en lo anterior solicita además de la declaración de ilicitud, la condena del demandado D. Xorxe Oural Martínez a cesar en la perturbación ilegítima en su derecho al honor, eliminando del sitio web "Alasbarricadas.org" las expresiones y fotografía referidas, así como a publicar a su costa la sentencia en los mismos medios de puesta a disposición del público utilizado para llevar a cabo dicha intromisión ilegítima, concretamente mediante una página web de internet accesible al público en general, así como a indemnizarle con la cantidad de 6 000 euros y al abono de las costas causadas.

2. El Juzgado de Primera Instancia estimó totalmente la demanda al considerar que tanto las expresiones vertidas en la *web denominada* "Alasbarricadas.com", como la fotografía adjunta, implican una clara y evidente lesión al honor del actor, excediendo de la mera crítica o puesta en conocimiento de los demás de una simple información, constituyendo los mensajes y expresiones claros insultos, incluso amenazantes para su integridad física, dirigidos simplemente a la vejación y menosprecio del afectado y tenidos por tales en el concepto público, menoscabando los mismos su fama, buen nombre y prestigio profesional.

Resta añadir que una y otras se mantenían al tiempo de interposición de la demanda, dado que el demandante intentó contactar directamente con el demandado para que retirase inmediatamente los contenidos atentatorios, sin conseguirlo al no contener información alguna en su página web sobre la identidad o titular de la página o su domicilio, más allá del siguiente correo electrónico "info@alabarricadas.org", siendo después de dar traslado de la demanda cuando se ha procedido a su retirada.

Estima responsable al demandado como titular de la página web que ha servido de vehículo para la difusión pública de los mensajes, expresiones y

fotografía, toda vez que concluye que como prestador de servicios de la sociedad de la información y, en concreto como prestador del servicio de alojamiento o almacenamiento de datos, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la LSSICE, no actuó de manera diligente en el cumplimiento de su deber de retirada de las expresiones, fotografía y mensajes difamatorios referidos.

3. La Audiencia Provincial, desestimó el recurso de apelación interpuesto por D. Xorxe Oural Martínez al entender que había existido intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante y que el demandado debía responder por los daños morales que le había causado como titular del dominio en que se aloja la web en que se han depositado los comentarios y la fotografía que se cita en la demanda.

La sentencia se fundó, en síntesis en que: (a) no se aplicó por el demandado la diligencia mínima que hubiera permitido al perjudicado comunicarse con él, manteniendo en el registro un domicilio inexacto o, cuando menos no actual, permitiendo el acceso de terceros a dicha página web hasta que aquel acudió a la vía judicial en defensa de sus intereses (b) no obsta a lo anterior el que no haya precedido ninguna resolución que declarase la ilicitud del contenido de las manifestaciones y fotografía de la página web, pues es claro que en el actual mundo de las telecomunicaciones, dada la facilidad y rapidez de difusión de los datos, remitir al perjudicado a la previa declaración formal de ilicitud cuando la intromisión en el derecho al honor es tan notoria como en el caso que nos ocupa, multiplicaría los perjuicios.

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

SEGUNDO.- *Enunciación de los motivos primero y segundo.*

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de la configuración legal y constitucional de los derechos reconocidos en los artículos 18 y 20 de la Constitución».

El motivo se funda, en síntesis, en que el principal responsable de las expresiones aparecidas en la web debe ser el usuario que las profirió e incorporó a la web titularidad del recurrente, siendo un error atribuir responsabilidad al recurrente que es un mero prestador de servicios de la sociedad de la información, lo que significaba de hecho imponerle un control efectivo de los

pensamientos ideas y opiniones exteriorizadas por terceros y, en definitiva, una censura previa incompatible con la configuración de la libertad de expresión e información en el ámbito de internet.

Estima la parte recurrente que la condición para hacer responsable al prestador de alojamiento no es que haya podido controlar o supervisar la información almacenada en su servidor o en la notoria ilicitud de lo que un usuario decide escribir sino que tuviera -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 conforme a los parámetros que para la determinación de ese conocimiento efectivo marca la propia Ley y la Directiva que transpone, a saber, declaración judicial que así lo indique y que dicha declaración se le notifique.

A tenor de lo expuesto cabe concluir que si bien el recurrente en este motivo señala como infringidos los artículos 18 y 20 de la Constitución, no niega que nos encontremos ante una ilegítima intromisión en el ámbito de protección delimitado por la ley, sino que sostiene que de esa intromisión no debe responder él, sino quien fuera su autor, porque, en otro caso, se le estaría exigiendo un deber efectivo de control de las opiniones almacenadas, en detrimento de la libertad de expresión e información de los proveedores de contenidos. Expone, al fin, la necesidad de armonizar el régimen específico de responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información - en particular, de los de alojamiento o almacenamiento de datos, que son los que él presta y por los que ha sido condenado - con el derecho fundamental de sus destinatarios a expresar y difundir libremente pensamientos ideas y opiniones.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula.

«Infracción de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de la Directiva de Comercio Electrónico».

Este motivo se funda, en síntesis, en que para que se produzca la exención de responsabilidad, tal y como se desprende del artículo 16 de la LSSICE, deben darse tres requisitos: a) que la información dañosa se encuentre alojada en el servidor de un prestador intermediario de servicios de la sociedad de la información; b) que dicho intermediario no hubiera tenido conocimiento efectivo del carácter ilícito de los datos alojados o que, teniéndolo, hubiera procedido a retirarlo; y c) que el autor no haya generado los datos bajo la dirección, autoridad o control del intermediario, requisitos que concurren en el caso de autos, por lo

que la sentencia recurrida al no apreciar concurrente la causa de exclusión de responsabilidad que dicho precepto regula, incurre en la infracción denunciada.

Alega el recurrente al fundamentar el motivo que aunque permitió alojar o albergar en su servidor contenidos - en concreto los mensajes, opiniones y fotografía del demandante - no tuvo ninguna participación en la selección, diseño u organización de dicha información, sino que se limitó a prestar un servicio de mediación en términos absolutamente neutrales, por lo que no cabe atribuirle responsabilidad alguna por su comportamiento.

Afirma que concurre a su favor la exención de responsabilidad que el artículo 16 apartado 1 letra a) de la LSSICE establece, tanto si dicha norma se entiende en sentido estricto, esto es, como la expresión de una lista cerrada de causas de conocimiento efectivo, como si se interpreta en sentido amplio, es decir, como una relación ejemplar o abierta de alguno de los supuestos de conocimiento efectivo.

Estos motivos, que están relacionados entre sí, deben ser estudiados conjuntamente y deben ser desestimados.

TERCERO.- *Responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información.*

Del desarrollo argumental del recurso, se observa que no se discute la ilicitud de la intromisión en el ámbito del honor del demandante, a tenor del contenido de los mensajes, expresiones y fotografía alojados en la web del demandado, quedando reducido el objeto de este recurso según manifestación expresa del demandante a determinar la eventual responsabilidad del demandado en cuanto titular del dominio de esa página web, por los comentarios que en ésta han vertido terceras personas, esto es, la responsabilidad derivada del alojamiento y/o almacenamiento de aquellos datos. Se trata de determinar si la Audiencia Provincial aplicó de modo correcto el régimen de exclusión previsto en la Directiva 2000/31/CE y en la Ley 34/2002 que incorporó sus normas al ordenamiento español.

Así la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de 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 artículo 16, en relación con los prestadores de servicios de alojamiento o

almacenamiento de datos dispone que los mismos *"no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o si es que lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos"*.

Sobre la interpretación que haya de darse al artículo 16 conforme a la Directiva 2000/31/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 se ha pronunciado recientemente esta Sala en sus sentencias de 9 de diciembre de 2009, RC n.º 914/2006 y en la de 18 de mayo de 2010, RC n.º 1873/2007.

CUARTO.- *Aplicación al caso concreto.*

Dos son los presupuestos de la exclusión de responsabilidad con que el artículo 16 de la Ley 34/2002 -al incorporar al ordenamiento jurídico español el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE- favorece a los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, que han sido negados en la sentencia recurrida. La Audiencia Provincial negó que el demandado desconociera el contenido de los datos alojados en su página así como que hubiera actuado diligentemente para retirarlos o hacer imposible el acceso a ellos.

Por su parte y en primer término, niega el recurrente que supiera de la ilicitud de las opiniones y comentarios vertidos por los usuarios hasta que no recibió la demanda origen del presente procedimiento y para ello se sirve del significado que a las palabras *"conocimiento efectivo"* atribuye el legislador español en el artículo 16, apartado 1, de la Ley 34/2002 -*"se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución"*- y añade que, en el caso, ningún órgano competente había declarado previamente a la demanda la ilicitud de los datos almacenados o la lesión de los derechos de los actores y, menos, ordenado la retirada de contenidos.

Esta interpretación que ofrece el recurrente del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2002 no es conforme a la Directiva, como ya lo analizó esta Sala en la sentencia de 9 de diciembre de 2009, RC n.º 914/2006 ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del "*conocimiento efectivo*" de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo.

Además de que el propio artículo 16 de la Ley 34/2002 permite esa interpretación favorable a la Directiva - al dejar a salvo la posibilidad de "*otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse*" -, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al "*conocimiento efectivo*" a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate.

Partiendo de ello, la Audiencia Provincial atribuye ese mismo valor revelador a los contenidos almacenados o enlazados por cuanto su ilicitud es patente y evidente por sí sola, al no depender de datos o información que no se encuentren a disposición del intermediario. Considera que tanto la foto como las expresiones empleadas constituyen una intromisión en el derecho al honor del demandante notoria y manifiesta que no era precisa resolución judicial que declarase la ilicitud del contenido de las mismas.

Esa conclusión es conforme con la doctrina expuesta y lleva a concluir la falta de diligencia del demandado en el cumplimiento de la carga prevista en la letra b) del repetido artículo 16 de la Ley 34/2002.

Además el recurrente ha incumplido lo dispuesto en el artículo 10 de dicha Ley en materia de información al mantener en el registro como domicilio uno inexacto o cuando menos, no actual, que impidió al demandante comunicarse con él de una forma fácil y directa para así interrumpir la difusión de las expresiones y fotografía lesivas permitiendo el acceso de terceros a dicha página web hasta que aquel acudió a la vía judicial en defensa de sus intereses, inobservando de esta forma su deber de diligencia en la rápida retirada de datos ilícitos o en impedir el acceso a ellos.

No se aprecia, en suma, la infracción que se imputa a la sentencia recurrida.

QUINTO.- Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC, en relación con el 398 LEC.

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

FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Xorxe Oural Martínez, contra la sentencia de 30 de octubre de 2008, dictada por la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación n.º 195/2008 cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Xorxe Oural Martínez, contra la sentencia dictada en fecha 13 de septiembre de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia número 44 de los de Madrid, en los autos de juicio ordinario seguidos ante dicho órgano judicial con el número 168/2007, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante».

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

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 Ríos

Xavier O'Callaghan Muñoz

Francisco Marín Castán

José Antonio Seijas Quintana

Rafael Gimeno-Bayón Cobos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Juan Antonio Xiol Ríos**, 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.