

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Transmisión digital. Responsabilidades. Proveedor de alojamiento.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Madrid

FECHA: 20-12-2005

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en copia del original.

OTROS DATOS: Recurso de Apelación No. 229/2005.

SUMARIO:

“A los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, al igual que a los que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, sólo se les podrá hacer responsables en dos supuestos: cuando tengan conocimiento efectivo de que la información almacenada o que es objeto de enlace o búsqueda, es ilícita o de que puede lesionar bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización y cuando teniendo este conocimiento, no actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos; entendiéndose que el servidor conoce la ilicitud de esa información a la que presta un servicio determinado «cuando el órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse», como dice el artículo 16 [de la Ley 34/02 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, nota del compilador]; el legislador español, con el fin de no menoscabar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y otros valores ha optado por la no obligación de fiscalizar los contenidos por parte de los prestadores de servicios, si bien les impone un deber de diligencia, concretado, aparte de lo establecido en el artículo 16, en el artículo 11, que establece una serie de obligaciones en relación con los contenidos, y de colaboración con las autoridades públicas para localizar e imputar responsabilidad a los autores de actividades o contenidos ilícitos que se difundan por la Red o para impedir que éstos se sigan divulgando”.

COMENTARIO:

Partiendo del principio por el cual el almacenamiento electrónico es una reproducción sometida a autorización previa; la puesta a disposición de obras y prestaciones por transmisiones digitales es

una comunicación al público (la que además implica actos de reproducción) y que deben instrumentarse acciones y recursos eficaces contra la acción de eludir los dispositivos técnicos de “autotutela” y de burlar los sistemas de información electrónica capaces de gestionar los derechos sobre las obras y prestaciones que circulan por la red, queda por determinar la responsabilidad de los intervinientes, directos o indirectos, en esa puesta a disposición de los contenidos protegidos. En un orden cronológico está, en primer lugar, el “proveedor de contenidos”, es decir, aquel que elige lo que se publica en una página o sitio en la *web* y que puede estar constituido o no por obras protegidas por el derecho de autor y/o prestaciones tuteladas por los derechos conexos. No hay dudas acerca de la responsabilidad de ese proveedor por su intervención, pues la elección y el almacenamiento con miras a su transmisión impone la obligación de solicitar previamente las autorizaciones respectivas, en lo que la jurisprudencia estadounidense ha denominado “*infracción directa*” (Playboy Enterprises vs. Frena, 839F. Supp. M.D.Fla.1993), equivalente a la “*responsabilidad objetiva*”, en razón de considerar que dicho proveedor sabe –o debería saber–, que está poniendo a disposición obras y prestaciones mediante modalidades de uso que exigen un consentimiento previo. Pero a veces es difícil la identificación y localización física de ese proveedor a los efectos de actuar judicialmente en su contra, éste carece de solvencia económica o se ubica en territorios donde no existe protección legal a las obras y prestaciones objeto de la puesta a disposición digital, todo con el propósito de eludir eventuales reclamaciones. De allí que deba examinarse la responsabilidad que corresponde a los “*intermediarios*” entre el proveedor del contenido y el público receptor. Es así como aparece el “*proveedor de servicios*” en línea, o sea, el propietario del servidor que pone a disposición del proveedor del contenido un espacio en la memoria de ese servidor para “*alojar*” dicho contenido, el cual a partir de allí se encuentra disponible al público conectado a la red. La Directiva Europea sobre Comercio Electrónico (D.2000/31/CE), define al “*prestador de servicios*” como a cualquier persona física o jurídica que suministra un servicio en la sociedad de la información y como “*proveedor de servicios establecido*” a aquel que ejerce de una manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado. La responsabilidad del proveedor del servicio ha sido declarada en varias resoluciones judiciales, entre ellas, bajo las figuras anglosajonas de la “*contributory infringement*” (violación contributiva o coadyuvante), por prestar apoyo a actos constitutivos de una infracción directa (Sega Enterprises vs. Maphia, 857F. Supp. 679, N.D. Cal. 1994) o de la “*vicarious liability*” (responsabilidad originada en otro), si ha sido notificado por el agraviado de la actividad ilícita o al menos en cuanto a su obligación de suspender el servicio al tener conocimiento de la actividad infractora; y, como lo ha resuelto la jurisprudencia en varios casos, esa responsabilidad, conforme a las normas del derecho común, surge de una elemental obligación de cuidado, si el proveedor de servicio es notificado de que uno de los usuarios del sistema a través de su página en la *web* está infringiendo un derecho de autor o cualquiera otro derecho. En ese sentido, muchos proveedores de servicios han evitado conflictos, suspendiendo de inmediato la puesta a disposición al público de la página que contiene el material no autorizado, una vez que han sido notificados por los titulares de derechos acerca de la transmisión ilícita. En la mencionada Directiva Europea y bajo la denominación de “*mera transmisión*”, el artículo 12,1 dispone que los Estados Miembros garantizarán que, en el caso de un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir en una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio ¹ o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, “*no se pueda considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos*”, a condición de que el referido prestador: a) No haya originado él mismo la transmisión; b) No seleccione al destinatario de la transmisión; y, c) No seleccione ni modifique los datos transmitidos. Sin embargo, el artículo 12,3 aclara que la anterior disposición “*no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida*”. Tampoco la Directiva establece una liberación general de responsabilidad para el proveedor de servicios, la cual está condicionada a que: a) El prestador de

¹ La Directiva define como destinatario del servicio a cualquier persona física o jurídica que utilice un servicio de la sociedad de la información por motivos profesionales o de otro tipo y, especialmente, para buscar información o para hacerla accesible (art. 2,d).

los servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad de la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción de daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito (art. 14,1,a); o a que, b) En cuanto tenga conocimiento de esos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible (art. 14,2,b). En todo caso, el mismo instrumento comunitario, si bien dispone que no se impondrá obligación a los prestadores de servicios en cuanto a supervisar los datos que transmitan o almacenen (art. 15,1), faculta a los Estados miembros para establecer obligaciones a dichos prestadores en cuanto a comunicar con prontitud a las autoridades competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de sus servicios, o también la obligación de suministrar a dichas autoridades, a solicitud de éstas, cualquier información que permita identificar a los destinatarios de sus servicios con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento (art. 15,2). Dentro de un concepto amplio de lo que se entienden como “prestadores de servicios” se encuentran igualmente los “proveedores de acceso”, o sea, los que ofrecen al público la conexión a la red, cuya responsabilidad en la transmisión de contenidos no autorizados ha sido motivo de discusiones pues, al decir de la doctrina, no faltan argumentos para impugnar la pretensión de inmunidad de tales proveedores, recordando que en el pasado los distribuidores de programas por cable también intentaron rehuir su responsabilidad argumentando que no eran más que prestatarios técnicos, sin control sobre los contenidos y que esa pretensión fue rechazada ². El problema de la responsabilidad se complica si se toma en cuenta la “Declaración Concertada” al artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT), cuando deja entendido que el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación en el sentido del propio Tratado o del Convenio de Berna. A la luz de esa declaración, lo primero que debe afirmarse es que independientemente de que el mero suministro de instalaciones no constituya, por sí mismo, un ilícito (ni tampoco una comunicación pública en el sentido del TODA/WCT), tampoco quiere decir que esa conducta no pueda contribuir, en algunos casos, a la comisión de un acto ilegítimo del cual el proveedor podría resultar al menos co-responsable, si tiene conocimiento de esa ilicitud y, a pesar de ello, no realiza los actos necesarios para impedir su participación en el acto indebido pues, como comenta Schuster, la expresión “en sí mismo” empleada por la “Declaración Concertada” quiso dejar claro que cualquier actividad que el proveedor de suministros realice podría constituir una forma específica de explotación de las obras ³. Si se toma como referencia la D.2000/31/CE, podría concluirse en la exención de responsabilidad del proveedor de acceso siempre que no tuviere conocimiento de que la actividad que presta es ilícita, ni tampoco información de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revelara su carácter ilegítimo o que, en cuanto tuviera conocimiento de ello, no actuara con prontitud para hacer que el acceso a los datos fuera imposible. Dicha Directiva regula asimismo el tema de la “memoria tampón” (o “catching”), conocida en castellano como “memoria caché”, consistente en el almacenamiento automático, provisional y temporal de datos facilitados por el destinatario del servicio y transmitidos por una red de comunicaciones, realizado con el solo fin de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de éstos. El instrumento dispone que el prestador de ese servicio de “catching” no es responsable de dicho almacenamiento automático, provisional y temporal, siempre que, entre otras cosas, no modifique la información y actúe con celeridad para retirar la información que haya almacenado o hacer que el acceso a ella sea imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal u otra autoridad competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella (art. 13,1). La “Digital Millenium Copyright Act” (DMCA) de los Estados Unidos (1998)

² LUCAS, André: “La propiedad intelectual y la infraestructura global de la información”, en *Boletín de Derecho de Autor*. Ed. UNESCO. Vol. XXXII. No. 1. París, enero-marzo, 1998. pp. 13-14.

³ SCHUSTER VERGARA, Santiago: “Propiedad Intelectual en Internet. Responsabilidad en las redes digitales”. Conferencia presentada en el Simposio sobre “Responsabilidades Legales en las Redes Digitales”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Embajada de Estados Unidos y Telefónica, sobre Responsabilidades Legales en Internet. Santiago de Chile, septiembre, 1999, p. 23.

indica los requisitos a cumplir por una persona que albergue el contenido de terceros, a los efectos de quedar eximida de toda responsabilidad directa por violación del derecho de autor o por alguna responsabilidad derivada del hecho de un tercero (“*vicarious liability*”), que son: a) La persona no debe saber qué contiene lo que suministra o, en todo caso, no debe saber que la actividad para la que el sistema utiliza el contenido entraña un hecho fraudulento; b) Tampoco debe saber qué actos, hechos o circunstancias se desprenden de la actividad considerada como fraudulenta; c) El suministro del servicio no debe implicar una ventaja pecuniaria vinculada directamente a la actividad fraudulenta; d) En cuanto el administrador de la información albergada tenga conocimiento de que hay una actividad fraudulenta, debe tomar medidas inmediatas para suprimir el contenido o para bloquear el acceso al mismo; y, e) Una vez que el titular del derecho de autor le ha notificado el fraude al administrador de la información, éste debe actuar inmediatamente para suprimir el contenido o bloquear el acceso a lo tachado como fraudulento. A falta de una regulación específica en la ley nacional, deben aplicarse necesariamente las reglas generales de la responsabilidad civil y penal pues, como apunta Schuster, los proveedores de servicios son responsables, conforme al derecho común, cuando no han adoptado las medidas de prudencia o atención que las necesidades demandan para evitar el daño a terceros, de modo que pueden considerarse promotores de la infracción o encubridores de la misma, según el caso. Finalmente queda la responsabilidad del usuario-receptor que celebra con el proveedor del contenido un “*contrato de mouse-click*” (por el cual se compromete a acceder a la información exclusivamente para su uso personal, sea solamente para su lectura o bien, incluso, para imprimir una sola copia), no obstante lo cual, en violación del contrato (y de los derechos sobre el material transmitido), reproduce varias copias o retransmite la información a terceros a través de la misma red. Aunque el ilícito anterior es evidente (por los actos de reproducción y comunicación pública efectuados por el usuario-receptor sin la autorización de los titulares de derechos), el problema estriba en su detección y persecución, lo que sería en muchos casos más costosa que el daño resarcible (a menos que se tratara de una utilización a escala comercial), razón por la cual resulta cada vez más indispensable el establecimiento de responsabilidades en cabeza del proveedor de contenidos y, en las condiciones comentadas, de los proveedores de servicios, así como la protección de las obras y prestaciones a través de medios técnicos que impidan esa reproducción y/o retransmisión no autorizadas y la represión a quien de cualquier manera eluda o contribuya a eludir tales dispositivos instrumentados para la defensa de los derechos. © **Ricardo Antequera Parilli, 2007.**

TEXTO COMPLETO:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Alcobendas, en fecha 5 de mayo de 2004 se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es de tenor literal siguiente: «Que **DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA** interpuesta por la Procuradora Sra. López Orcera, en nombre y representación de Don Mauricio, en los presentes autos de **PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HONOR** seguidos en este Juzgado contra I España Reseaux, SL, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, debo **ABSOLVER Y ABSUELVO** a la demandada de las pretensiones deducidas en

su contra y todo ello con expresa imposición a la parte actora de las costas procesales causadas».

SEGUNDO: Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte apelante Don Mauricio, al que se opuso la parte apelada «I España Reseaux SL», y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LECiv (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) , se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO: Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 13 de diciembre de 2005.

CUARTO En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

PRIMERO: El actor, don Mauricio, miembro de la hermandad de la Masonería Española, que había desempeñado el cargo de Gran Maestro de la Gran Logia de España desde el 11 de marzo de 2000 al 11 de mayo de 2002, ejerció acción de protección del derecho fundamental al honor contra I España Reseaux, SL, que se decía vulnerado por una serie de artículos, insultantes y con manifestaciones falsas sobre su gestión económica, difundidos, con ocasión de su cese en el cargo, en la página web (www.aprendizmason.org), destinada a difundir contenidos relativos a la asociación; página registrada en una compañía francesa de registro de nombres de dominio llamada Gandi y cuyo representante a estos efectos -registro de la página Web- había sido la demandada, a través de su apoderado, y alojada en un portal de Internet llamado iespaña.es, que ofertaba al público la posibilidad de crear páginas web, correos electrónicos y otros servicios de Internet, resultando propietario de la página «Narciso», con domicilio en la Calle No. ... de Barcelona -08001-, datos de identificación de dicha persona falsos. La responsabilidad solidaria que exigía en la demanda a la demandada tenía como fundamento que ésta, tras el requerimiento efectuado por el actor por conducto notarial en fecha 27 de enero de 2003, poniendo en su conocimiento la ilicitud de los contenidos que se publicaban en la página, concretándole los títulos y requiriéndole facilitara la verdadera identidad del propietario y cliente, no había facilitado la verdadera identidad del propietario de la página, ni tampoco había procedido con diligencia para retirar los datos publicados y difundidos, limitándose a advertir al propietario de la página, a través de un comunicado en la propia página web, que había recibido una carta

notarial por la publicación de «documentos» posiblemente atentatorios contra el honor, sin eliminar la página por tratarse de un espacio de pago y continuando el propietario publicando el artículo «un bel morir» en fecha 20 de marzo de 2003 y dos nuevos artículos «masonería española: corrupción y extremismo» y «las falacias de Mauricio» y alegaba expresamente el artículo 16 de la Ley 34/02, de 11 de julio (RCL 2002\ 1744, 1987) , de comercio electrónico, el artículo 1902 del Código Civil (LEG 1889\ 27) y la negligencia de la demandada, a la que calificaba de auténtico editor de las publicaciones infractoras, puesto que procedió a registrar, en calidad de representante, la página web a nombre de persona desconocida y permitió que los artículos en cuestión se siguieran publicando sin tomar medidas al respecto, aún después de recibir el requerimiento notarial, esto es, a pesar de tener constancia de la ilicitud de lo que se publicaba, permitió que siguiera vertiéndose en la página nuevos artículos difamatorios, no retiró la difusión de los antiguos y no le facilitó la identidad real del cliente.

La demandada se opuso a la demanda alegando su falta de legitimación pasiva porque no podía proceder a la retirada o censura de los artículos de opinión o crítica escritos por terceras personas y contenidos en la página publicada en el portal de Internet, ya que ello atentaría contra el derecho fundamental a la libre expresión y, sin estar obligada a ello, advirtió al autor de los artículos de la carta recibida del actor, indicándole que podría estar atentando contra su honor, pues hasta que no existiera una resolución judicial que estableciera que los artículos de opinión publicados en su portal eran constitutivos de un delito de injurias o calumnias o atentatorios al honor del actor y ordenara su retirada, no podía exigirse responsabilidad a la demandada por la publicación, como resultaba del artículo 16 de la Ley de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, y menos aún por no haber facilitado al actor los datos de carácter personal del autor de los artículos, al venir prohibido por el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (RCL 1999\ 3058) , de Protección de Datos de Carácter Personal, por ser responsable del

fichero, máxime cuando el actor no había seguido el procedimiento previsto en el artículo 11 de la Ley de Servicios de la sociedad de la información y de correo electrónico para ordenar la retirada de cualquier contenido, cuya competencia no correspondía al actor.

La sentencia de instancia estimó que las expresiones contenidas en los artículos publicados en la página web lesionaban la dignidad del actor, menoscabando su fama y prestigio, tanto personal como profesional, así como: que el autor de los textos era desconocido; que el nombre de dominio «www.aprendizmason.org» fue registrado a través de la entidad gestora de nombres de dominio de nacionalidad francesa Gandi, mediante la suscripción de un contrato electrónico concertado entre lespaña Reseaux, SL, y la persona que se identificó como Narciso, con domicilio en Calle ... de Barcelona, 08001; que el registro tuvo lugar el 8 de abril de 2002, expirando el 8 de abril de 2003, dejando de estar registrado el nombre de dominio en la compañía Gandi el 14 de mayo; que a la fecha del dictado de la sentencia la página web ya no se alojaba en el portal de la demandada; que el 31 de enero de 2003, el actor remitió a la demandada carta por conducto notarial por la que se requirió a la misma para que adoptase medidas tendentes a «cancelar de forma inmediata la citada página o, en su defecto, la emisión por Internet de los referidos documentos -con referencia a los titulados «un bel morir, tutta la vita onora» y «Antolín el G. Orador justiciero o el lacayo de Tom Sorobe»-, así como de cualesquiera otros de los que se deriven otras intromisiones ilegítimas en el derecho al honor de don Mauricio», y para que «a la mayor brevedad posible, faciliten a mi abogado (...) la identidad del citado webside, a fin de poder iniciar las acciones judiciales pertinentes en defensa de mi derecho al honor»; que la demandada advirtió al propietario de la página, a través de un comunicado en la misma, de que habían recibido una carta notarial por la publicación de documentos posiblemente atentatorios contra el honor; y razonando que el artículo 16 de la Ley 34/02, de 11 de julio (RCL 2002\ 1744, 1987) , no dejaba lugar a duda sobre la exención de responsabilidad de la demandada en el presente supuesto, al no existir previa

declaración por el órgano competente de la ilicitud del contenido de la página web ordenando su retirada o imposibilitando el acceso a la misma, ni de la existencia de la lesión al derecho fundamental al honor del actor, no existiendo espacio de impunidad alguno porque el actor había podido acudir a lo establecido en el artículo 8 de la Ley 34/02, de 11 de julio, desestimó la demanda, condenando al actor al pago de las costas causadas. El actor interpone recurso de apelación alegando la infracción del artículo 18 de la CE (RCL 1978\ 2836) , el artículo 1.1 y 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (RCL 1982\ 1197) , de Protección del derecho al honor, en relación con el artículo 13.1 de la Ley 34/02, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico, y argumentando que lo planteado en la demanda no era tanto que la empresa de Internet respondiese por no haber actuado con la diligencia debida puesto que no recibió ningún requerimiento judicial al respecto, cuanto que tenía responsabilidad solidaria por haber contratado un sitio web con una persona no identificada, cuyos datos eran falsos y a la que ni siquiera identificó posteriormente, lo que significa negligencia al amparar espacios de impunidad, ya que esa actitud coadyuva en gran medida a que la lesión al honor se produzca de forma impune y el no realizar la demandada la comprobación necesaria para saber si los datos del propietario de la página eran reales, la convierte en responsable solidaria por la intromisión en el derecho al honor, al resultar compatible lo dispuesto en la Ley 34/02 con la responsabilidad general del artículo 1902 del Código Civil (LEG 1889\ 27) , como se deduce del artículo 13 de la Ley 34/02 y resultar aplicable, por analogía, la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad solidaria del editor y director de medios de comunicación en supuestos de intromisión ilegítima del derecho al honor.

SEGUNDO: El argumento de la demanda se ha retorcido de tal forma en el recurso de apelación que, en puridad, podría considerarse un argumento nuevo. En la demanda, el fundamento de la responsabilidad solidaria que exigía a la demandada era el artículo 16 de la Ley 34/02 (RCL 2002\ 1744, 1987) -la referencia al artículo 1902 del Código Civil (

LEG 1889\ 27) carecía de desarrollo- y la falta de diligencia de la demandada, a la que calificaba de auténtico editor de las publicaciones infractoras, por haber procedido a registrar, en calidad de representante, la página web a nombre de persona desconocida y haber permitido que los artículos en cuestión se siguieran publicando sin tomar medidas al respecto, aún después de recibir el requerimiento notarial, esto es, porque a pesar de tener constancia de la ilicitud de lo que se publicaba, permitió que siguiera vertiéndose en la página nuevos artículos vulneradores del derecho al honor, no retiró la difusión de los antiguos y no le facilitó la identidad real del cliente. En el recurso de apelación se dice que la responsabilidad de la demandada surge, no por no haber actuado con diligencia en la retirada de los artículos, sino por haber contratado con persona inexistente mediante contrato electrónico, sin comprobar su identidad. No obstante, como quiera que de forma indirecta se hizo referencia en la demanda a la contratación con persona cuyos datos de identidad no eran reales y al artículo 1902 del Código Civil, examinaremos la cuestión desde la perspectiva del recurso de apelación.

La Ley 34/02 recoge el principio de responsabilidad por actos propios de los proveedores de contenidos, si bien al constituir una norma de carácter subsidiario, se remite al régimen general de responsabilidad civil y penal. El autor de un material es el que lo crea, lo edita y lo pone a disposición del público, y es quien responde por sus propios actos, aquí, el cliente de la demandada, proveedor y autor del contenido ilícito.

La página web en que se difundieron los artículos lesivos del honor del demandante se contrató por contrato electrónico el 8 de abril de 2002, pagándose mediante ingreso bancario, estando alojada en el portal de la demandada hasta el 8 de abril de 2003, en que expiró el registro. A la fecha en que se celebra el contrato entre el proveedor de alojamiento de datos y el titular de la web, la Ley 34/02 no estaba vigente -entró en vigor, en lo que aquí interesa, el 12 de octubre de 2002-, y no existía obligación legal alguna de comprobar el proveedor de alojamiento la verdadera

identidad del cliente -proveedor y autor del contenido- y el contrato electrónico tipo utilizado por la demandada únicamente preveía que éste facilitara los datos de identidad, pero no que diera garantías que permitieran al proveedor de alojamiento comprobar a la fecha de la contratación que los datos facilitados eran reales con el fin de poder localizar, en su caso, al titular del sitio web.

Es cierto que los datos facilitados por el cliente en el contrato electrónico no se correspondían con una identidad real y ello está reconocido por la demandada. Ahora bien, no se contrató con una persona inexistente; el contrato electrónico se celebró con una persona real, que abonó el precio pactado a la demandada mediante ingresos bancarios, y que facilitó al contratar por aquél medio unos datos de identidad que a la postre resultaron falsos. Y también es cierto que es extremadamente difícil comprobar si los datos proporcionados por los clientes al contratar por contrato electrónico son ciertos.

Tanto la Unión Europea en la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio (LCEur 2000\ 1838) , como España en la Ley 34/02 (RCL 2002\ 1744, 1987) , han optado por no hacer responsables a los proveedores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos que albergan un sitio web del control de los contenidos que transitan por sus sistemas informáticos, con determinadas excepciones; se recoge la norma general de que los prestadores de servicios, aquí la demandada, sólo serán responsables por contenidos que ellos mismos elaboren o que se hayan elaborado por su cuenta, excluyendo así cualquier responsabilidad por contenidos ajenos que en el ejercicio de sus actividades de intermediación, transmitan, copien, almacenen o localicen, siempre que respeten las limitaciones impuestas por la norma, a tenor de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 34/02.

A los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, al igual que a los que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, sólo se les podrá hacer responsables en dos supuestos: cuando tengan conocimiento

efectivo de que la información almacenada o que es objeto de enlace o búsqueda, es ilícita o de que puede lesionar bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización y cuando teniendo este conocimiento, no actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos; entendiéndose que el servidor conoce la ilicitud de esa información a la que presta un servicio determinado «cuando el órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse», como dice el artículo 16; el legislador español, con el fin de no menoscabar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y otros valores ha optado por la no obligación de fiscalizar los contenidos por parte de los prestadores de servicios, si bien les impone un deber de diligencia, concretado, aparte de lo establecido en el artículo 16, en el artículo 11, que establece una serie de obligaciones en relación con los contenidos, y de colaboración con las autoridades públicas para localizar e imputar responsabilidad a los autores de actividades o contenidos ilícitos que se difundan por la Red o para impedir que éstos se sigan divulgando.

TERCERO: Siendo evidente y así viene a aceptarlo el actor en su recurso de apelación, que la responsabilidad de la demandada no puede surgir en aplicación del artículo 16 de la Ley 34/02 (RCL 2002\ 1744, 1987) , porque no había tenido conocimiento efectivo, en el sentido dado por el precepto, de que los artículos de opinión lesionaran el derecho al honor del actor y no venía obligada a retirar o imposibilitar el acceso a los artículos, so pena de convertirse en órgano censor vulnerador del contrato celebrado con el cliente y, de resolverse finalmente que no había existido vulneración del derecho al honor, en trasgresora del derecho a la libertad de expresión del referido cliente, e, incluso, había advertido al propietario de la página, a través de un comunicado en la propia página web, que había recibido una carta notarial por la

publicación de «documentos» posiblemente atentatorios contra el honor del actor, y no existiendo a la fecha de celebración del contrato electrónico con el titular de la web, obligación legal de comprobar la veracidad de los datos de identificación facilitados por aquél al contratar -ni siquiera estaba en vigor la Ley 34/02 y ésta solo obliga a identificarse a los proveedores de contenidos profesionales, lo que no era el cliente de la demandada, y a los proveedores de servicios a comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, la información que les permita identificar a los destinatarios de servicios, no a solicitud de cualquier tercero como era el actor cuando efectúa el requerimiento a la demandada-, tampoco podía estimarse omisión culposa de la que deducir, como sostiene el recurrente, la responsabilidad civil solidaria de la demandada, al amparo del artículo 1902 del Código Civil (LEG 1889\ 27) , por la contratación con el proveedor de contenidos, autor material de los artículos vulneradores del derecho al honor del actor, sin comprobar que los datos por éste facilitados no se correspondían con su identidad real y no identificarle posteriormente, dada la extrema dificultad para comprobar si los datos proporcionados por los clientes al contratar por contrato electrónico son ciertos o no lo son.

No se puede hablar de un espacio de impunidad en el supuesto presente pues el actor bien pudo actuar los procedimientos a que se refiere el artículo 8 de la Ley 34/02 cuando tuvo constancia de la publicación del primer artículo.

CUARTO: El artículo 65.2 de la Ley de 14/1966, de 18 de marzo (RCL 1966\ 519) , se entendió por el Tribunal Constitucional no incompatible con la libertad de expresión y el derecho a la libre información, reconocida en el artículo 20.1 de la Constitución Española (RCL 1978\ 2836) , porque la responsabilidad civil solidaria del director del medio de comunicación y del editor se justifica en su respectiva culpa, ya que ninguno de ellos son ajenos al contenido de la información y opinión que el periódico emite; el director tiene el derecho de veto sobre ese contenido concreto y a la empresa editora le corresponde la libre designación del director.

Ello no es equiparable al prestador de servicios y por ello mismo la Ley 34/02 (RCL 2002\ 1744, 1987) opta por exonerarles de responsabilidad, con las salvedades aquí inaplicables, ya que es imposible controlar el enorme volumen de información que se introduce en los ISP y el prestador de servicios no puede equipararse a un editor porque es un mero distribuidor de la información; la equiparación que procede es editor-creador de la página web (aquí el cliente de la demandada); no la de editor-propietario del ordenador donde se aloja la información o editor-servidor. La proveedora de servicios demandada carecía de capacidad de decisión respecto de los contenidos de la página web creada y es extrema la dificultad para comprobar si los datos proporcionados por los clientes al contratar por contrato electrónico son ciertos o no lo son, de modo que no concurrían los requisitos exigidos por el artículo 1902 del Código Civil (LEG 1889/27) cuya aplicación pretende el apelante, ni resultaba aplicable la analogía.

QUINTO: El recurso de apelación ha de ser desestimado e impuestas las costas causadas en esta alzada a la parte apelante (artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento civil [RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892]).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Mauricio, representado por el Procurador doña Gema Sainz De La Torre Villalta, contra la sentencia dictada en fecha 5 de mayo de 2004 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de los de Alcobendas (juicio ordinario 256/03) debemos confirmar como confirmamos dicha resolución, condenando a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.