

Audiencia Provincial de Madrid
Sección Decimonovena
Rollo 841/05

A LA SALA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL PARA ANTE
EL TRIBUNAL SUPREMO

SOFIA PEREDA GIL, Procuradora de los Tribunales y de la **ASOCIACIÓN DE INTERNAUTAS**, según consta acreditado en los autos referenciados, ante la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid comparezco y, como mejor en Derecho proceda, **DIGO**:

Que me ha sido notificada la Providencia de este Juzgado, de fecha 1 de marzo de 2006, en la que, teniendo por preparado el Recurso de Casación planteado por esta parte frente la sentencia dictada en actual procedimiento, se me da traslado a fin de que, en el plazo de 20 días, presente el correspondiente escrito de interposición del Recurso de Casación.

En su virtud, mediante el presente escrito, en tiempo y forma, cumplimiento el traslado conferido, presentando escrito de INTERPOSICIÓN del Recurso de Casación, con base en los siguientes

I. ANTECEDENTES

Primero.- Sobre la Asociación de Internautas

Mi mandante, **la Asociación de Internautas**, es una asociación sin ánimo de lucro **fundada el día 10 de Octubre de 1998**. Sus principales **fin**es, según se recoge en sus estatutos son: "La defensa de los derechos de los usuarios telefónicos y telemáticos, por constituir servicios de uso común, ordinario y generalizado, así como la asistencia a los poderes públicos en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos; y, en especial, fomentará el establecimiento de una tarifa plana para las comunicaciones telefónicas de Internet"

Dada la naturaleza de la Asociación, sus principales actividades se desarrollan en el entorno de la denominada Red de redes, residenciando la misma bajo la dirección <http://www.internautas.org>, a través de la cual se prestan una **serie de variados servicios**

socios, a personas que coadyuven a los fines de la asociación y a ciudadanos en general, algunos de los cuales se encuentran reservados para los socios, tales como el acceso a las zonas privadas de la Asociación, boletín de noticias para socios, lista interna de correo y redirección de correo a través de nuestro servidor. Asimismo, los socios de la Asociación tienen preferencia en las consultas realizadas al Defensor del Internauta. Como muestra de la vinculación con Internet y la utilización de las posibilidades que este medio permite, La Asociación de Internautas celebra su Asamblea General presencial con conexión en línea para todos sus asociados una vez al año.

En cumplimiento de sus objetivos estatutarios la Asociación de Internautas **ha participado activamente en la elaboración y desarrollo de las iniciativas legislativas que más han influido en el desarrollo de la Sociedad de la Información España**, como la normativa que, en año 2.000, por primera vez legisló la tarificación plana para el acceso a Internet mediante la Red telefónica Básica que supuso un incremento del número de usuarios de Internet del 400% en ese mismo año, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSICE), modificaciones de la Ley General de Telecomunicaciones de los años 2004 y 2006 donde por primera vez se establecen criterios de calidad en prestación del servicio de telecomunicaciones y; por último, en el año 2005 la asociación de Internautas ha participado en calidad de ponente en la elaboración del PLAN AVANZA y España.es, modelo gubernamental para el desarrollo de la Sociedad de la Información durante los años 2006 a 2010.

Así mismo, La Asociación de Internautas es **vocal permanente del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, CATSI** desde el año 2002, es **vocal de la Comisión Ministerial de Seguimiento de la Calidad de las Telecomunicaciones** desde el año 2001, forma parte de la **Comisión para el desarrollo de la Sociedad de la Información de Andalucía** y es miembro de la Junta Directiva de la Comisión de Libertades e Informática, que integra a diversas organizaciones como la Confederación Estatal de Consumidores y Usuarios, UGT, la Asociación de Derechos Humanos y CCOO.

La Asociación de Internautas **ha auspiciado**, desde 1999, **hasta siete campañas**

nacionales de Seguridad en la Red en la que ha podido asesorar en este ámbito para la confianza de la navegación en línea a más de cuatro millones de usuarios de Internet hispano hablantes y **la Primera y única Campaña Mundial de seguridad en la red en la que han participado más de 30 países en ocho lenguas distintas. Todas estas acciones divulgativas han contado con el apoyo** del desaparecido Ministerio de Ciencia y tecnología y desde 2004 del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, la Entidad Publica Empresarial Red.es, los principales operadores de telecomunicaciones en España, Telefónica, Wanadoo, Yahoo, Jazztel..., las empresas más importantes de seguridad informática nacionales e internacionales como; Panda Software, Mcfee, Symantec, Trend Micro y CheckPoint y la colaboración de la Brigada de Investigación Tecnológica de Cuerpo Nacional de Policía y el Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil.

En la actualidad **la Asociación mantiene operativa** desde junio de 2005 **la Campaña Nacional de Seguridad para Pymes**, denominada **SeguridadPymes.es**, que cuenta con la colaboración de las siguientes entidades: Ministerio de Industria, Red.es, e-informa, Ing Direct, Telefónica y Panda Software, en la que ya han participado más de 500.000 pequeñas, medianas e individuales empresas.

También la Asociación de Internautas mantiene **una gran actividad en la defensa de los ciberderechos de los ciudadanos conectados a Internet**, participando muy activamente en las campañas en contra de la imposición de un gravamen a los soportes digitales Cds y Dvds vírgenes grabables, la legislación europea sobre patentes de software, la protección de los datos personales en línea de los ciudadanos, así como la defensa de la privacidad e intimidad de las comunicaciones, la protección de los menores en el uso de Internet o las campañas en contra del fraude telemático como la labor informativa desarrollada en contra del fenómeno Phising, de reciente actualidad.

Al ser la Asociación de Internautas referente imprescindible en materia de uso de Internet, sus miembros asociados son requeridos constantemente para ofrecer sus opiniones, experiencias y recomendaciones en esta materia por amplios colectivos representativos de entornos legislativos y socio-profesionales, como, cuerpos legislativos (Senado), sindicatos, instituciones públicas nacionales, autónomas y locales, ONG y medios de comunicación digitales y tradicionales; Prensa, radio y televisión.

Segundo.- Sobre la actividad de prestador de servicios de la Sociedad de la Información desarrollada por la Asociación de Internautas y los hechos que dan lugar al presente proceso

A) La Actividad de prestador de servicios de la Sociedad de la Información

Como se ha destacado, y no podía ser de otra forma, **la Asociación de Internautas desarrolla** una presencia y **actividad permanente y principal en el entorno de Internet**, toda vez que los intereses que defiende son los de los usuarios de estas tecnologías, a los que se **les presta una infinidad de servicios**, muchos de los cuales resultan accesibles desde la dirección principal de la asociación, www.internautas.org, tales como boletín de noticias, consultas al Defensor del Internauta, mantenimiento de foros, proporcionar espacio a iniciativas que coadyuven a los fines de la asociación, muchos de los cuales caen dentro de la categoría de prestador de servicios en la Sociedad de la Información. Entre los mismos, se encuentran servicios de intermediación tanto para el alojamiento de páginas web, como de correo electrónico, de ftp (file transefer protocol), de foros, bitácoras personales, etc., para, en cumplimiento de los fines de la asociación, interactuar con los usuarios de Internet, actualmente conocidos como “internautas” (documentos 6 a 8 de los adjuntos a la contestación a la demanda).

En el marco de la actividad descrita, tal y como se destacó en nuestro inicial escrito de contestación a la demanda, dentro del dominio [internautas.org](http://www.internautas.org), **se proporciona o se ha proporcionado alojamiento a diversos subdominios** respecto de los que mi mandante se ocupa únicamente de gestionar la infraestructura informática necesaria para proporcionar el alojamiento de las páginas que sus usuarios deciden, así como la conexión del servidor que aloja el sitio en Internet para que puedan ser visitadas por los internautas, como cualquier otra empresa de hosting. Algo similar ocurre con las bitácoras de los socios, dado que todos ellos tienen derecho a una página personal de la forma <http://login.internautas.net>, y dichos socios son responsables por tanto de la gestión y control de contenidos que alojen en sus páginas personales, a diferencia de lo que ocurre con las páginas de las sí es responsable directo la asociación, tales como www.internautas.org, www.seguridadenlared.org y www.seguridadpymes.es.

Entre dichos subdominios se encuentran <http://social.internautas.org>, <http://seguridad.internautas.org>, <http://adsl.internautas.org>, <http://cable.internautas.org>,

<http://movil.internautas.org>, <http://trac.internautas.org>, gestionados por socios de la asociación, pero de manera independiente a la página ésta, www.internautas.org, (algunos de reciente desaparición, por tratarse de espacios previstos para momentos temporales concretos), así como otros espacios **gestionados por personas ajenas a la asociación**, pero en relación con temas de interés para la misma, tal como <http://europeswpatentfree.internautas.org>, gestionado por una plataforma de asociaciones en pro de software libre, totalmente ajena a la asociación.

Y tal es la situación de la página que se sitúa en el origen del presente procedimiento, a saber, <http://antiesgae.internautas.org>.

B) Sobre la dirección <http://antiesgae.internautas.org>

No puede desconocerse que mi representada mantiene una enconada dialéctica con la entidad demandante en relación a este espinoso asunto del canon sobre los soportes digitales, dialéctica que mi representada conduce mediante una “Campana Anticanon” residenciada entre otras en la URL: <http://www.internautas.org/html/tema/12/> (documento nº 14 de los adjuntos a la contestación a la demanda) y; desde luego, no puede resultar desacertada la reflexión sobre si estas desavenencias, amén de otras y al margen de lo expuesto en la demanda, son las que se sitúan en el origen del presente procedimiento.

A raíz de una célebre Sentencia dictada sobre un conflicto habido entre diversas asociaciones, internautas, informáticos, programadores, desarrolladores, empresas de software, estudiantes, fotógrafos, profesores, etc., por la que fue introducido de facto el canon sobre los soportes digitales vírgenes (documento nº 12 de los adjuntos a la contestación a la demanda), fue cuando surgió la denominada “Plataforma de coordinación de Movilizaciones contra la SGAE”, sobre la que ya tenía un conocimiento exhaustivo la parte actora con anterioridad a la presentación de la demanda contra mi representada (documentos nº 9 a 11, de la contestación a la demanda). La dirección <http://antiesgae.internautas.org>, fue asignada a dicha Plataforma, responsable de los contenidos alojados en dicho dominio de tercer nivel.

Y, si bien es cierto que la indicada Plataforma parecía compartir con mi mandante y sus asociados la conmoción provocada por la situación del gravamen al que se estaban sometiendo los soportes digitales, y las dificultades que dicho canon representaba para el

desarrollo adecuado de la Sociedad de la Información en España, lo cierto es que en ningún caso dicha coincidencia de pareceres implicó vinculación alguna en cuanto a las formas y medios de conseguir unos fines, como el desarrollo eficiente de la Sociedad de la Información en España, aparentemente comunes.

Como se ha dicho, la “Campaña contra el canon” que lidera mi representada, se llevaba a cabo sin el menor atisbo de insulto, ofensa o incitación a comportamientos insolentes, manteniendo, eso sí, una distante y disidente, pero correcta, posición respecto de los planteamientos de los demandantes. Por desgracia no se puede decir tanto de la parte actora, a la vista de los cometarios vertidos sobre la Asociación de Internautas por sendas denuncias interpuestas contra su acuerdo sobre el canon, en septiembre de 2003, (documentos nº 13 a 22 de los adjuntos a la contestación a la demanda), imputando calificativos tales como “pendejos electrónicos”, “ladrones”, o “enemigos de la cultura”. Es de probada notoriedad la actitud tolerante y dialogante de la Asociación de Internautas, en las discusiones mantenidas con la SGAE y sus representantes, como muestra cualquiera de los contenidos alojados bajo la dirección en la que reside su actividad asociativa: www.internautas.org. Es de destacar que, a día de hoy, ninguno de los contenidos propios de la Asociación de Internautas ha sido merecedor nunca de censura por parte de los demandantes.

C) Sobre el dominio putasgae.org

Anteriormente a la relación con mi representada, la Plataforma de marras había registrado el dominio putasgae.com, que dio lugar a un proceso en la OMPI, donde la SGAE figuraba como demandante (documentos nº 9 a 11, de la contestación a la demanda), por lo que, al tiempo de presentar su demanda contra mi representada, **la parte actora conocía ya de la existencia de dicha Plataforma, así como que era alguien ajeno a la Asociación de Internautas**.

Resulta que la Plataforma también registró el dominio putasgae.org (el anterior era .com), y redirigió dicho dominio a la dirección que la Asociación le había proporcionado (<http://antiesgae.internautas.org>). De esta forma, si un usuario se dirigía a la dirección putasgae.org, veía los contenidos que se alojaban en <http://antiesgae.internautas.org>, pero, como ha quedado acreditado, mi mandante ni controlaba el dominio putasgae.org, ni los contenidos alojados en <http://antiesgae.internautas.org>.

Sucede que dicha plataforma, y sin autorización alguna de mi mandante, registró dicho dominio a nombre de la Asociación de Internautas. Esta situación cercana, si no constitutiva de suplantación de identidad, por desgracia, no es algo infrecuente en Internet y puede comprobarse intentando cualquier registro bajo cualquier identidad inventada, real o ficticia, es decir, que un dominio .org puede registrarse a nombre de cualquiera y no es infrecuente que las personas que registren dominios proporcionen datos falsos o incorrectos.

De esta forma, los datos que se publican sobre estos dominios no pueden acreditar adecuadamente su titularidad, pues su dueño, lejos de ser quien se dice, será quien haya pagado las tasas correspondientes y quien disponga de los password o claves de acceso a los sistemas de gestión de contenidos (documento nº 4 de los adjuntos a la contestación a la demanda). Y sobre este extremo, la verdad es que la actividad probatoria de la actora brilló por su ausencia.

A pesar de que la Asociación de Internautas nada tuvo que ver con el dominio www.putasgae.org, la demandante, en razón a la hostilidad manifiesta que les separa, decidió ignorar incluso sus propios actos, y el mismo hecho de que conocía quien era el promotor principal del calificativo “putasgae”, para demandar a mi mandante y causarle el mayor perjuicio posible. Como se ha dicho, ya en octubre de 2002 la demandante planteó un procedimiento arbitral ante la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI-WIPO) para obtener la cancelación del nombre de dominio www.putasgae.com (documentos nº 9 a 11 de la contestación a la demanda), procedimiento que, curiosamente, sí fue planteado directamente contra la “Plataforma de coordinación de Movilizaciones contra la SGAE”, y sin la intervención, ni necesaria ni requerida, de mi mandante.

D) Sobre la actuación de la Asociación de Internautas

Finalmente, cabe aludir a la responsable y diligente actuación de **mi mandante** por cuanto, **habiéndose limitado a prestar un servicio de alojamiento** de los contenidos de la Plataforma, y en atención a una conducta no escrita pero aplicada de forma inveterada por la práctica totalidad de los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información que acogen en sus servidores “comunidades electrónicas”, **requirió a los integrantes de la Plataforma mediante telefax para que de modo cautelar adoptasen las prevenciones oportunas, al tener conocimiento de la demanda contra interpuesta contra la**

Asociación, cosa que se hizo aun no habiéndose dictado resolución judicial o administrativa que declarase la ilicitud de los contenidos alojados, de forma que de manera inmediata fueron retirados la mayor parte de los mismos.

En virtud de los hechos expuestos cabe continuar, e insistir, aseverando que la Asociación de Internautas no ha realizado actividad ni vertido opinión alguna que pueda considerarse una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes, ni ha sido tal su intención en ninguna de sus campañas, que nunca han sido denunciadas, notas de prensa y artículos de opinión de obra propia, como corrobora el hecho de que los demandantes no hayan predicado su imputación de ninguna de las muchas acciones realizadas por obra directa y autoría cierta de la Asociación de Internautas o sus representantes, que nunca se ha visto en la necesidad de ocultarse bajo el paraguas de ninguna “comunidad electrónica”, como se pretende por la demandante y aclara cabalmente el Informe Pericial que en su día acompañamos (documento nº 38, de la contestación a la demanda).

Tercero.- Sobre los procesos seguidos en las instancias anteriores

Con fecha 7 de Abril de 2004, se recibió en el Juzgado de Primera Instancia Nº 42 de Madrid, **la demanda de juicio ordinario** contra mi mandante, por la que se solicitaba que se declarase que la utilización de la dirección de Internet www.putasgae.org suponía una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la entidad actora imputable a mi representada, así como que la divulgación en la página de Internet <http://antisgae.internautas.org> de determinadas expresiones, suponían también una intromisión en el derecho al honor, igualmente imputable a mi representada. Ello, con la consiguiente condena a cesar en la perturbación ilegítima en el derecho al honor y a indemnizar a la parte actora.

La **Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 42**, en autos de Juicio Ordinario 379/04 que, como poco, cabe calificar de manifiestamente mejorable, declaró, entre otras cosas, que el servicio de alojamiento suministrado, en relación con las páginas alojadas en la URL <http://antisgae.internautas.org>, suponía una intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), condenándose a la Asociación de Internautas, como supuesto responsable de dichas páginas, al cese en la perturbación del citado derecho, al pago de una indemnización por importe de

18.000 euros a favor de cada uno de los perjudicados, a la publicación de la sentencia firme en la página web <http://www.internautas.org>. y al pago de las costas causadas en el procedimiento.

Los fundamentos de derecho calificaban de insultos e injurias, entre otros, los contenidos publicados bajo el dominio www.putasgae.org así como que lo era el propio dominio (que como hemos visto era totalmente ajeno a mi representada). En el fundamento de derecho cuarto, de forma incomprensible, dejaba totalmente sin resolver la falta de legitimación “ad causam” alegada por mi mandante, diciendo que “no era relevante, pues aunque fuera cierto lo manifestado por la demandada - (la no titularidad y/o capacidad de disposición de los contenidos sobre la referida página web) - , ello no le exoneraría de responsabilidad, sino que simplemente significaría que la plataforma antes dicha también incurrió en una intromisión ilegítima contra el honor de los actores pero estos son libres de dirigirse contra cualquiera de las asociaciones y organizaciones que atenten contra su honor, sin que lo tengan que hacer contra todas pues su responsabilidad siempre sería solidaria”.

Si embargo, contrariamente reconoce que “la demandada afirma y ello sería innegable que ha servido de “mirror” de los contenidos elaborados por la plataforma y que ofreció albergue a la Plataforma para que publicara sus contenidos”, y continúa de nuevo, deshaciendo la responsabilidad ahora trasladada, con unos pronunciamiento ciertamente impropios de la instancia que representa, y que evidencian bien a las claras el desconocimiento que tenía el Juzgado sobre la realidad, y el caso omiso que hace al Derecho vigente, diciendo algo realmente sorprendente:

“es indiferente pues que la demandada tuviera el dominio de la página a la que pertenece la dirección de Internet www.putasgae.org o que se limitara a una labor de prestación de servicios. En cualquiera de los dos casos habría de responder de los contenidos antes dichos pues si presta el servicio a la Plataforma es responsable también de los contenidos de esta pues por el simple hecho de ser el prestador del servicio que presta el dominio o subdominio (...) adquiriría responsabilidad sino por dolo si por negligencia (...) lo cierto es que el que presta un servicio ha de controlar lo que se publica en sus páginas pues si presta su dominio para que se publiquen unos contenidos, también puede y debe impedir que se publiquen si son ilícitos, al menos civilmente como ocurre en el presente caso”.

Este absurdo, ilógico e impropio razonamiento, llevó al Juzgado a un fallo condenatorio, imputándole a mi mandante una responsabilidad, por ofensas, que le era del

todo ajena, por hecho y por derecho, tal y como se argumentará más adelante, y llegándole incluso a exigir que eliminase la expresión “putasgae” del nombre de dominio litigioso (putasgae.org), cuando resulta obvio que técnicamente esto es imposible para mi mandante, entre otras causas, por no ser titular del mismo.

Para determinar quien era el dueño de putasgae.org, donde la lógica ya apuntaba que debía ser el mismo que el de putasgae.com (contra quien ya había “pleiteado” la actora), se podría haber comprobado quien había pagado el dominio. Esta sencilla y eficaz comprobación nunca fue realizada, no se requirió a la entidad registradora del controvertido nombre de dominio. Todas las consultas públicas que se realizaron mostraron que la empresa Tucows Inc., con domicilio en el nº 96 de Mowat Avenue de Toronto, en Ontario, (Canadá), es la empresa registradora de dominios de Internet que dispone y tiene todos los datos necesarios para poder proceder a realizar las comprobaciones necesarias sobre lo expuesto (documentos nº 2 a 5 de los adjuntos a la contestación a la demanda), pero se prefirió dar por cierta una presunción que sólo admitía en contra una prueba diabólica.

El correspondiente recurso de apelación fue interpuesto por mi mandante en orden a dilucidar estas cuestiones conforme a Derecho, y **con fecha 6 de Febrero de 2006**, la **Audiencia Provincial** resolvió en similar sentido, desestimándolo y confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, si bien por derroteros parecidos, pero algo más depurados. En esta ocasión, los fundamentos de derecho tampoco quisieron citar las normas legales que justifican la inicial valoración de la responsabilidad, consideró de nuevo irrelevante para su imputación el concepto de titularidad de una página web y renunció a la aplicación de la técnica del “reportaje neutral” (SSTC 15-2-1994, 13-1-1997, 15-7-1999) es decir, a reconocer como conforme a derecho la actitud de no interferir ni censurar en modo alguno la libertad de publicar lo que se considere oportuno por el titular del sitio web, de forma que la neutralidad del prestador se manifiesta con la simple gestión técnica del espacio asignado, sin incidir en los contenidos que allí se alojen.

La sentencia rompe esta neutralidad en el fundamento jurídico noveno, donde hace caso omiso de **la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información** y de Comercio Electrónico y, por supuesto, de **la Directiva Comunitaria 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000**. Normas especiales de aplicación inexcusable a lo solicitado por mi mandante, que ni han sido aplicadas, ni

motivadamente desechadas, sino tan sólo, **citadas sorprendentemente, como irrelevantes** al caso que nos ocupa, según la sentencia ahora recurrida (F.J.6º):

“la protección jurisdiccional del derecho al honor, de modo tal que la expresión de a quién pertenece el dominio de la página y desde dónde se dirigen las comunicaciones, se presenta irrelevante como pronunciamiento, pues ello podrá adquirir relevancia en orden a la legitimación “ad causam” (...) es irrelevante, pues aunque fuera cierta, no le exoneraría de responsabilidad (...). El fundamento jurídico continúa esta línea de exposición al decir que **“la responsabilidad por las intromisiones al honor, intimidad y propia imagen, no se ha de derivar sólo al autor de la información, sino también al intermediario**, que soluciona los contenidos y los introduce en la red, **poniendo a disposición de los usuarios una determinada información**, ya sea **en una página web**, una base de datos o una lista de distribución, con la matización de **que procede entender responsable** al creador y el edito de la información, y a los proveedores de acceso y servicios **sobre la base del efectivo conocimiento y la posibilidad técnica de control de la información(...)**”.

De esta forma, despreciando al legislador comunitario y al español, se señala erróneamente como responsable al intermediario que proporciona el espacio para la página web, cuando es precisamente la propia legislación específica la que exige que no interfiera en la libertad de expresión (derecho constitucionalmente protegido, y así respetado por la legislación específica) del usuario de la página, titular y director efectivo de los contenidos alojados. Más aún, utiliza erróneamente el argumento de mi mandante, que reconoció ser titular de <http://antisgae.internautas.org>, pero no de www.putasgae.org, para incluir una “*probatio diabolica*”, pues de alguna manera obliga a mi mandante a destruir una inventada e ilusoria presunción de titularidad de un nombre de dominio, sin atender a las posibilidades técnicas reales que permiten a cualquier persona registrar cualquier dominio que esté libre con cualesquiera datos, reales o imaginarios, que se quieran.

Resuelve por tanto esta sentencia que la solicitud de mi mandante sobre una resolución motivada, en orden a dirimir las responsabilidades derivadas de la Ley específica aplicable, resulta poco menos que superflua, por la existencia de solidaridad entre los que decide como participantes de primer orden en el hecho, lo que no puede compartir esta parte por las razones jurídicas que a continuación se expondrán.

En consecuencia, las sentencias de instancias, y particularmente la resolución dictada por esta Sección de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 6 de febrero de 2006, rollo 841/05, infringe normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al

vulnerar derechos constitucionales contenidos en los artículos 18 y 20 de la Constitución Española, así como lo dispuesto en la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, y en la Directiva 200/31/CE. Por ello, ahora se interpone el presente recurso de Casación, que se basa en los siguientes:

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- PRIMER MOTIVO DE CASACION, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 477, 2, 1º: Infracción de la configuración legal y constitucional de los Derechos reconocidos en los artículos 18 y 20 de la Constitución

Esta parte considera infringidos los artículos 18 y 20 de la Constitución Española, así como la configuración legal de los derechos reconocidos en dichos preceptos. El derecho al honor, garantizado por el artículo 18 de la Constitución, ha sido el núcleo sobre el que ha pivotado todo el proceso, al igual que sobre el contenido constitucional y fronteras del derecho constitucional a la libertad de expresión, garantizado por el artículo 20 de la Carta Magna y uno de cuyos límites es, precisamente, el derecho al honor, por lo que se ha infringido la configuración constitucional del derecho al honor, violentando así los derechos fundamentales de libertad de expresión e información.

El derecho al honor, sostiene la sentencia dictada en apelación, separándose ligeramente de la dictada en primera instancia, es susceptible de responsabilidad solidaria de todos los intervinientes en el proceso que dio lugar a la efectiva lesión del derecho, siendo indiferente para la Audiencia quien es o no el titular del nombre de dominio, porque -sostiene el juzgador- el interés legítimo de la configuración constitucional de este derecho así lo exige. Pero olvida la Audiencia que, **con este argumento**, en el entorno de la Sociedad de la Información, **se está pretendiendo una configuración de la protección del honor de las personas**, físicas o jurídicas, **a costa de un irreparable sacrificio de la libertad de expresión, contrario a otras normas de nuestro ordenamiento jurídico.**

Si el prestador de servicios de la Sociedad de la Información, al participar como intermediario o proveedor de servicios de alojamiento, 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.

Así, lo resuelto provoca una seria confrontación de derechos, sin tener siquiera en cuenta la capacidad, no ya legal, sino también meramente técnica, de los intermediarios. Pero lo realmente grave es que ignora la posición que sobre los derechos denominados de la

personalidad del art. 18 C.E., ostenta el derecho a la libertad de información del art. 20 C.E., en razón de su doble carácter de:

- a) libertad individual
- b) garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo dentro de un Estado democrático, ya que el acceso a una versión disidente de unos hechos favorece, más que perjudica, el interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad que aquel derecho fundamental protege.

En las páginas alojadas bajo la dirección suministrada a la tan mencionada Plataforma, resulta que la mayoría de los artículos que se consideran injuriosos NO eran ni siquiera propios de dicha plataforma, sino copiados de otros sitios, e incluso de PERIODICOS, tal y como se detalla en la contestación a la demanda.

Pero a pesar incluso de que la información transmitida en una página web no fuese veraz, no estuviese referida a asuntos de relevancia pública o no fuesen de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen, contribuirá a la formación de la opinión pública (STC 240/1992). Sólo judicialmente podrá ser exigido un recorte a la libertad de expresión, conforme a la normativa legal vigente, pues es una facultad propia del juez el decidir cómo se han de tratar los límites propios de la libertad de expresión

Es decir, en esencia, se trata de que un control efectivo de la información publicada (por el intermediario prestador de servicios) no puede en el presente caso cercenar el núcleo esencial del derecho a la libertad de expresión (del destinatario de dichos servicios), pues tanto un exceso como un defecto de celo en la vigilancia podría conllevar una grave sanción judicial, provocando lo expuesto graves situaciones de inseguridad e incluso indefensión. Se deja al margen de este discurso, la problemática relativa a la detección de actividades delictivas conforme al Código Penal, por entender que sobrepasa el objeto de éste procedimiento civil.

Por estas razones precisamente, y frente a la opinión de la Audiencia Provincial, debe rechazarse que “la posibilidad técnica de control” sea un argumento al que pueda anudarse la responsabilidad del prestador de servicios de alojamiento. La referida Sentencia señala

que, cuando se produce una intromisión ilegítima en el derecho al honor, son responsables no solamente el autor, sino también los proveedores de servicios “sobre la base del efectivo conocimiento y la posibilidad técnica de control de la información”, y afirma que la LSSICE “no excluye la aplicación de otras (normativas), como la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen”, como si la LSSICE se refiriera a responsabilidades meramente administrativas y no de otra índole, como la civil, objeto del procedimiento.

Por el contrario, la realidad es bien distinta, pues de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, no puede derivarse una responsabilidad del prestador intermediario que actúe conforme a la LSSICE. Antes bien, para determinar esta responsabilidad del prestador habrá que atender, necesariamente, al art. 16 de esta ley, que alude al “conocimiento efectivo”, pero no a “la posibilidad técnica de control”.

En efecto, puesto a salvo de cualquier responsabilidad el prestador intermediario que se ajusta a la LSSICE, sólo cabría imputarle responsabilidad por no ejercer las posibilidades técnicas de control si esta exigencia se encontrara en los parámetros de la LSSICE. Y esto no ocurre.

Basta con examinar la literalidad del art. 16 de la LSSICE para llegar a la conclusión de que la falta de control o supervisión no se encuentra entre los motivos que hacen decaer la exención de responsabilidad del prestador de alojamiento. En efecto, la condición para poder hacer responsable al prestador de alojamiento no es que haya podido controlar o supervisar la información almacenada en su servidor, 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 marcan la propia Ley y la Directiva que transpone.

La conclusión de que no existe un deber de controlar o supervisar la información alojada –sea o no técnicamente posible- 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 (Directiva sobre el comercio electrónico). El Artículo 15 –titulado expresivamente “Inexistencia de obligación general de supervisión”- establece en su apartado 1 que “los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni 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”, es decir, los servicios de intermediación, incluido el alojamiento.

Si la LSSICE no ha recogido expresamente esta regla no es porque, con infracción de su deber de implementar adecuadamente la Directiva, la excluya; al contrario, lo que ocurre es que la definición de la condición que neutraliza la exención de responsabilidad del intermediario es mucho más precisa que la incluida en el texto comunitario (“conocimiento efectivo” en la ley española, frente a “conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito”), de tal forma que resulta superfluo añadir que no existe tal deber de supervisión: si hace falta un positivo “conocimiento efectivo”, es obvio que no basta una mera omisión de un deber de supervisión.

Debe rechazarse, por último, cualquier analogía entre los prestadores de un servicio de intermediación, como el alojamiento, y los titulares de un medio de comunicación, pues, además de que éstos tienen una regulación específica y diferenciada de aquéllos, resulta que los primeros (prestadores de servicios de intermediación) se limitan a ofrecer un instrumento tecnológicamente neutral, mientras que los segundos (medios de comunicación) aplican criterios editoriales a la selección y presentación de la información. De buscarse una analogía para los servidores de alojamiento, ésta se encontraría en el contrato homónimo de alojamiento o el de arrendamiento. Del mismo modo que el arrendador no tiene que desarrollar ninguna vigilancia preventiva o control sobre las actividades que desarrolla el inquilino en la vivienda alquilada, tampoco tiene que hacerlo el prestador del servicio de alojamiento respecto de la actividad e información alojada por el prestatario del servicio. Del mismo modo que el arrendador no responde de los daños causados por el inquilino sino, como mucho, cuando, teniendo conocimiento efectivo de su actividad ilícita, no hubiera hecho lo necesario para evitar los daños, el prestador de un servicio de alojamiento solo responde si, en cuanto adquiere dicho conocimiento efectivo, omite retirar los datos ilícitos.

Lo expuesto hasta ahora tiene constante reflejo jurídico en la LSSICE, que establece un régimen de exención de responsabilidad o, si se prefiere, de no-responsabilidad, de los intermediarios, que resulta incompatible con cualquier intento de basar la responsabilidad de éstos en otras fuentes y al margen de esta Ley. El propósito del legislador es declarar que, aunque se produzcan hechos subsumibles en el supuesto de una norma de responsabilidad, el intermediario estará exento de responsabilidad si no concurren los requisitos de la Ley. Esta interpretación se basa en sólidos argumentos que se exponen a continuación y que se encuentran respaldados por el dictamen efectuado al efecto por D. Santiago Cavanillas Múgica, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de la Islas Baleares y D. Federico Garau Sobrino, profesor titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de las Islas Baleares.

Los antecedentes al citado régimen de responsabilidad se encuentran en la Directiva 2000/31/CE, de la que es desarrollo e implementación la LSSICE, y nos ilustra suficientemente acerca del espíritu y finalidad del régimen de responsabilidad de los intermediarios que instituye. Su ratio legis no es el establecimiento de un régimen mínimo de responsabilidad favorecedor de potenciales perjudicados que, por ello, se acumule a otros regímenes preexistentes, sino la definición de una zona de exención de responsabilidad a favor de los prestadores de servicios de intermediación que los coloque al abrigo de la inseguridad jurídica que se derivaba de la posible aplicación de otros regímenes de responsabilidad y que favorezca la prestación transfronteriza de servicios de la sociedad de la información.

Esta incompatibilidad del régimen de responsabilidad de los intermediarios con otros regímenes de responsabilidad civil se denota en el preámbulo de la Directiva, dónde repetidamente (Considerandos 42, 43, 44, 45 y 46) se refiere al régimen de responsabilidad de los intermediarios, que finalmente instaura como un régimen de “exenciones” o “limitaciones” de responsabilidad. Además, los artículos 12 a 14, que contienen el grueso de dicha regulación, adoptan también un tenor claramente excluyente: “Los Estados miembros garantizarán que (...) no pueda ser considerado responsable de los datos” sobre los que actúa como intermediario. Sólo salva el legislador comunitario la posibilidad de que el intermediario deba hacer frente a acciones de cesación, con lo que implícitamente esta excluyendo cualquier acción de responsabilidad propiamente dicha. La Directiva en cuestión no es una Directiva de mínimos, que, en este punto, permitiera a los Estados establecer un

régimen más favorable a los perjudicados. Al contrario, el considerando 41, refiriéndose al régimen de responsabilidad, explica que su objetivo es lograr “un justo equilibrio entre los diferentes intereses en presencia”. Finalmente, la Directiva pretende dar un tratamiento horizontal a los servicios de la sociedad información que casaría mal con la derogación del régimen uniforme de responsabilidad de los intermediarios por una norma especial de responsabilidad civil de carácter vertical. De hecho, sólo a la salud pública y a la protección de los consumidores –valores que no están en juego en el caso de autos- atribuye la Directiva capacidad para alterar la uniformidad de esa regulación horizontal de los servicios de la sociedad de la información (art. 1.3).

Además, los propios precedentes de la Directiva abonan la interpretación defendida. Como ha señalado la doctrina, su regulación denota la influencia de la más temprana legislación norteamericana (Communications Decency Act, de 1996, y Digital Millenium Copyright Act, de 1998) que se caracterizaba por definir una zona libre de responsabilidad para los intermediarios (llamada safe harbour –“puerto seguro”- o liability haven –“abrigo de la responsabilidad”-), de tal manera que, si se comportaban con la neutralidad que definía la ley, quedaban a salvo de cualquier reclamación de daños. Frente al modelo norteamericano, la Directiva no cambia de estrategia –aunque existan diferencias menores-, sino que, por el contrario, ahonda en la misma al apostar por una regulación horizontal (para todo tipo de actos y daños) de la responsabilidad de los intermediarios. Así, en el Informe del Parlamento Europeo (A4-0173/98) sobre la Comunicación al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones sobre una Iniciativa Europea de Comercio Electrónico, COM (97) 157, se “reconoce el carácter horizontal del problema de la responsabilidad, que cubre distintas cuestiones como los derechos de autor, la protección del consumidor, las marcas registradas, la publicidad engañosa, la protección de datos personales, la responsabilidad del producto, el contenido obsceno, la incitación al odio, etc.” y se hace constar que la elaboración de la Directiva por la Comisión sigue esa aproximación horizontal.

Por otra parte, el art. 13 de la LSSICE, al describir el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, lo hace en dos apartados. El primero de ellos alude a todo tipo de prestadores de servicios de la sociedad de la información, es decir, a prestadores intermediarios (alojamiento, acceso, etc.) y a prestadores finales (los que publican información, venden en Internet, etc.) –las definiciones

de prestador de servicios de la sociedad de la información, en general, y de prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarios, en particular, se encuentran en las letras a) y b) del Anexo de la LSSICE-; el segundo, en cambio, sólo alude a los prestadores de servicios de intermediación: “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”.

El objeto de este artículo 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 arts. de la LSSICE y otros regímenes de responsabilidad. De lo que puede deducirse que no podrá aplicarse a los prestadores ningún régimen de responsabilidad cuyos resultados sean contradictorios con lo dispuesto en la LSSICE.

Según este apartado 13.1, “los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley”. El tenor del precepto es claro al establecer una preeminencia de las reglas de responsabilidad de la LSSICE sobre las de otros cuerpos legales. La expresión “sin perjuicio” no significa “además de” o “sumado a”, sino que tiene el significado preciso que le es propio: “en la medida en que no contradiga o se oponga a”. Ello que no quiere decir que las restantes reglas sobre responsabilidad civil no se puedan aplicar a los prestadores de la sociedad de la información, pero sí que, en caso de colisión, en caso de oposición entre el dictado de aquellas reglas y las de la LSSICE, prevalecen estas últimas. Lo que se desprende del art. 13.1 es, en conclusión, que las reglas generales sobre responsabilidad civil se aplicaran a los prestadores de servicios de la sociedad de la información con la condición de que no perjudiquen lo dispuesto para ellos en la LSSICE.

El art. 13.2, por su parte, se muestra muy categórico cuando dispone 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”. Se desprende del tenor del precepto que los prestadores de servicios de intermediación responderán solamente de acuerdo con lo que disponen los arts. 14 y siguientes de la LSSICE. Solamente si la actuación del prestador excede del “mero ejercicio de actividades de intermediación” serán

de aplicación otras reglas de responsabilidad civil.

Finalmente, merece la pena observar que cuando el legislador ha querido seguir la pauta de la acumulación de regímenes de responsabilidad civil, así lo ha dispuesto expresamente, como ocurre en el art. 15 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos o el art. 1 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, para los daños materiales.

En un paso más, y para la definición del régimen de responsabilidad de los intermediarios (arts. 14 a 17), también encontramos argumentos para sostener que la LSSICE asume que el régimen de responsabilidad de los intermediarios pone a estos a salvo de la aplicación de otros regímenes de responsabilidad. Es decir, que la LSSICE no está definiendo en positivo de qué responden los intermediarios, sino, en negativo, de qué no responden; y esta “no responsabilidad” se opone a la derivación de responsabilidad de cualquier norma extraña a la LSSICE.

Los arts. 16.2 y 17.2 aluden a este régimen como una “exención de responsabilidad”, lo que revela el propósito del legislador de definir un campo de actuación dentro del cual el intermediario está exonerado de toda responsabilidad. El tenor de los arts. 14 a 17 también es coherente con el carácter de exoneración general que tiene la regulación de la responsabilidad de los intermediarios. En efecto, su redacción consiste en rechazar, sin distinciones, la posibilidad de hacer responsable al intermediario por la información que es objeto de su prestación siempre que se atenga al comportamiento prescrito por la LSSICE.

Pero es que, incluso acudiendo a categorías más generales de atribución de responsabilidad, resulta absolutamente impropio atribuirla a mi mandante en el caso sometido a enjuiciamiento. Con carácter general, a una persona, en la situación de la Asociación, se le podría imputar una conducta por acción o por omisión. Dada la naturaleza de la relación, a la Asociación de Internautas sólo se le podría achacar responsabilidad por actuaciones omisivas, es decir, por la inejecución de medidas de control a las que estuviera obligado. Dicho de otra forma, se le podría hacer responsable si se encontrara en una posición de garante que, con la configuración de la LSSICE, no concurre.

En este sentido, la LSSICE, exige el requisito del “conocimiento efectivo” para poder apreciar la existencia de la posición de garante. Y en el caso que nos ocupa, para apreciar ese, “conocimiento efectivo”, deben observarse dos momentos: primero, conocer la existencia de los contenidos y, segundo, conocer la ilicitud de éstos, a lo que habría de unir un tercer elemento, la omisión de la correspondiente retirada de contenidos en cuanto se tuviera conocimiento de su ilicitud. Pero si el proveedor, aun conociendo el contenido, que mi mandante lo desconocía, dudase del carácter antijurídico de la ilicitud, entonces, el iter señalado quedará irremediabilmente interrumpido, y no se le podría considerar en estas condiciones como garante de la situación.

De lo expuesto cabe deducir, por tanto, que la normativa específica aplicable al caso concreto no ha sido tratada por la Sentencia que ahora se recurre con el rigor interpretativo que cabría esperar, a la luz de la legislación vigente y conexas con ésta, explicada en el contexto normativo analizado hasta aquí y que es hermeneútica incorrecta afecta igualmente a la configuración constitucional y legal de los derechos reconocidos en los artículos 18 y 20 de la Constitución.

Segundo.- SEGUNDO MOTIVO DE CASACION, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 477, 2, 3º DE LA L.E.C.: Infracción de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de la Directiva de Comercio Electrónico

Según el punto 3 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o **aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.**

En el caso que nos ocupa, la norma vulnerada en la sentencia que se recurre, en vigencia desde menos de cinco años, es la vigente Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios

de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en cuyo artículo 16 se dispone lo siguiente:

Artículo 16. Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.

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 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, 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.

2 La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.

Dicha norma es, como ya se ha señalado, 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 (Directiva sobre el comercio electrónico), cuyo principio de no supervisión de contenidos también ha sido vulnerado en la sentencia que se recurre en casación:

Artículo 14. Alojamiento de datos

1. Los Estados miembros garantizarán 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 pueda 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 tenga 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.

2. El apartado 1 no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios.

3. *El presente artículo no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios de poner fin a una infracción o impedirla, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos.*

Artículo 15. Inexistencia de obligación general de supervisión

1. *Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni 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.*

2. *Los Estados miembros podrán establecer obligaciones tendentes a que los prestadores de servicios de la sociedad de la información comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento.*

Se ha expuesto en el primer motivo casacional que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial infringe lo dispuesto en la Ley y Directiva alegadas, al responsabilizar a la Asociación de Internautas, mera intermediaria en la transmisión de contenidos publicados autónomamente por un tercero ajeno a la asociación, y debe aquí por tanto mostrarse el iter de cuestiones más prácticas aplicables al caso concreto, y es que tal y como se desprende del art. 16 LSSICE, para que se produzca la exención de responsabilidad a que alude 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.**

El primer requisito o presupuesto para que pueda hacerse valer la exención de responsabilidad establecida en el art. 16 LSSICE es que la actuación del prestador se enmarque en el “ejercicio de actividades de intermediación”.

Combinando el art. 16.1 y la definición de “servicio de intermediación” del Anexo de

la LSSICE, podemos definir el servicio de alojamiento como aquel por el que se alojan o albergan datos, aplicaciones o servicios suministrados o proporcionados por otros. Su esencia radica en un espacio informático que el prestador pone a disposición del prestatario del servicio para que éste, empleando, en su caso, las claves facilitadas por el prestador, introduzca en él la información deseada; va de suyo que se trata de un espacio “conectado”, es decir, un espacio al que se puede acceder, desde la red, de manera que cualquier otro usuario que conozca su dirección o la obtenga mediante el uso de los buscadores podrá ver la información que contiene.

Característica esencial del servicio es, pues, que la información alojada sea introducida en el servidor o espacio reservado por el propio prestatario, sin más participación del intermediario que la mera puesta a disposición o, si se prefiere una expresión gráfica, “dejar la puerta abierta”. Nos encontraríamos fuera del ámbito de la intermediación si el prestador se ocupara de seleccionar, diseñar u organizar la información proporcionada por el autor o si la incorporara como propia a sus páginas.

Nada de esto ocurre, sin embargo, en el caso de autos. La Asociación de Internautas autorizó a la “Plataforma” para que ésta alojara su información en su servidor, sin que participara en absoluto en la selección, diseño u organización de dicha información; y tampoco asumió editorialmente dicha información, pues no solo no consta que la página propia de la Asociación de Internautas (www.internautas.org) contuviera referencia alguna a la información introducida, sino que le atribuyó un subdominio independiente (antisgae.internautas.org).

Por otra parte, la onerosidad no es necesaria para considerar que un servicio de alojamiento constituye un servicio de la sociedad de la información regido por la LSSICE; la LSSICE se conforma con que se trate de un servicio habitualmente prestado a título oneroso o incluso con que, sin serlo, constituya una actividad económica para el prestador. En este extremo cabe citar en un breve inciso el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, cuyo artículo 50 señala, sobre la prohibición de las restricciones a la libre prestación de servicios que, “se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración”, dice “normalmente, y no “obligatoriamente”. El hecho de que no conste si el servicio prestado a la “Plataforma” fue oneroso o no, por ello, no impide ni minimiza la consideración de que nos encontramos ante un verdadero

servicio de alojamiento en el sentido del art. 16 LSSICE, y de prestación de servicios en el marco legislativo tanto interno como europeo, toda vez que forma parte de la oferta de servicios análogos que ofrece la Asociación, tales como foros, servidores de correo, etc., mencionados en los antecedentes fácticos del presente recurso.

El hecho de que la Asociación de Internautas y la “Plataforma” coincidan en mantener posturas enfrentadas con la SGAE tampoco es óbice a la existencia de un auténtico y neutral servicio de intermediación. De hecho, los foros y tablones de noticias, que constituyen una forma típica de alojamiento, consisten en la propuesta de un tema u objeto por el titular del foro –prestador del servicio- acerca del cual los participantes van introduciendo sus propias opiniones e informaciones; la unidad o comunidad temática, por tanto, no excluye la existencia de un servicio de intermediación propiamente dicho.

Menos aún ha de servir dicha afinidad temática para producir una inversión probatoria como la que afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial al final de su Fundamento Séptimo. En efecto, el hecho de que el dominio www.putasgae.org se hubiera registrado con mención de los datos de la Asociación de Internautas carece de toda relevancia para establecer esta relación de interdependencia entre el intermediario y el autor de la información ofensiva, pues, como explica con toda claridad el propio perito propuesto por la parte actora (min. 42 aprox de la grabación del juicio), no existe el menor control de autenticidad en dichos registros y cualquiera puede hacer constar datos ajenos al registrar un dominio. Pretender, como hace la sentencia recurrida, que la existencia de unos comunes planteamientos críticos hacia la SGAE permite sentar una presunción de exactitud registral – igualando un registro informal y sin control de autenticidad como el del dominio “org” con el de la Propiedad Inmobiliaria- y obligar a la Asociación de Internautas a demostrar su inexactitud debe considerarse incorrecto, pues condena a la Asociación de Internautas a una prueba imposible por las siguientes razones:

En primer lugar, la probanza de un hecho negativo de estas características, a saber, que ella no registró el dominio “org”, constituye ya de por sí una prueba diabólica. En segundo lugar, por el preeminente anonimato que domina el funcionamiento de la sociedad de la información, que hace imposible, en la mayoría de las ocasiones, probar fehacientemente quién fue quien suplantó a otro en la red. Más aún, si por su relación en cuanto a la prestación del servicio, un intermediario de la sociedad de la información dispusiera de los

datos relativos a dicha persona, estaría por ley obligado a mantener la reserva, pues, como establece el art. 12. 3 de la LSSICE, “los datos se conservarán para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los Jueces o Tribunales o del Ministerio Fiscal que así los requieran”, lo que excluye su empleo en un pleito civil y menos aún por propia iniciativa e interés; y porque esta doctrina supondría una incisiva restricción de la libertad de expresión que, con tanto bien para la difusión de la información y la diversificación de opiniones que exige todo Estado de Derecho, ejercen tantos foros y portales o servidores temáticos como existen, con propósito altruista, en Internet. En efecto, la doctrina aludida implicaría imputar a dichos foros o servidores cualquier actuación de los participantes en los mismos consistente en arrogarse la titularidad del foro o servidor o apelar a un mandato o autorización del propio titular del mismo, algo que Internet permite realizar con extremada facilidad y bajo el velo del anonimato, no sólo registrando un dominio, sino también enviando un mensaje de correo o una opinión en un foro, construyendo una página web, etc. Nada más efectivo para someter a silencio opiniones críticas y contrarias al estado de las cosas –como las que viene haciendo públicas la Asociación de Internautas en sus propias páginas sin que hayan merecido condena judicial ni tan siquiera pretensión de ello por la propia demandante- que obligarles a destruir la presunción de autoría de cuantos pretendan suplantarlos.

Según el art. 16 de la LSSICE, cede la exención de responsabilidad cuando el intermediario adquiere “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” y no procede a retirar los datos en cuestión.

Del significado de “conocimiento efectivo” en la LSSICE caben dos interpretaciones – una estricta y otra más amplia-, pero ninguna de ellas permite concluir que la Asociación de Internautas tuviera dicho conocimiento antes de la interposición de la demanda por parte de SGAE.

Según la interpretación más estricta, siempre que no se haya adoptado un código autorregulatorio más exigente o preciso –“los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios”- o se introduzcan legislativamente deberes específicos de control o supervisión –“otros medios de

conocimiento efectivo que pudieran establecerse”-, sólo habrá conocimiento efectivo “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”. En suma, según esta lectura, cuando el último párrafo del art. 16.1 alude a qué “se entenderá” que constituye “conocimiento efectivo” introduce una lista cerrada de causas de conocimiento.

Esta que llamamos interpretación estricta del concepto de conocimiento efectivo es la que cuenta con mejores argumentos interpretativos, por sus antecedentes y por las posibilidades que ofrece su interpretación gramatical, lógica, sistemática, y teleológica, tal y como se explica a continuación.

Es antecedente prelegislativo inmediato de la LSSICE naturalmente lo es la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Pues bien, la Directiva distingue la responsabilidad civil de la penal. En relación a esta segunda, limita la responsabilidad al caso de que el servidor tenga “conocimiento efectivo” de que alberga actividades o informaciones ilícitas. En cambio, respecto de la responsabilidad civil, basta con que “tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito”. Aparentemente, al menos, este precedente abonaría una interpretación generosa de los términos de responsabilidad establecidos en la ley española. Sin embargo, como ocurre tantas veces en los productos normativos europeos, resultantes de una negociación multiestatal, con presencia percuciente de poderosos lobbies económicos, la propia directiva alberga mensajes contradictorios. En efecto, en paralelo con el deseo de fijar unas reglas coherentes de responsabilidad civil de los intermediarios, circula por la Directiva una preocupación por defender la libertad de expresión –amenazada si la decisión sobre si mantener o retirar una información recayera exclusivamente sobre un intermediario civilmente responsable de su resolución- mediante el establecimiento de un canal único (judicial y excepcionalmente administrativo) para la retirada de materiales alojados en un servidor. Esta posibilidad aparece claramente reflejada en el considerando 46 de la Directiva de Comercio Electrónico: “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 de 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. La retirada de datos o la actuación encaminada a impedir el acceso a los mismos habrá de llevarse a cabo respetando el principio de libertad de expresión y los procedimientos establecidos a tal fin a nivel nacional. La presente Directiva no afecta a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan requisitos específicos que deberán cumplirse con prontitud antes de que retiren los datos de que se trate o se impida el acceso a los mismos.” Y es esto último lo que puede haber querido el legislador español al limitar el concepto de conocimiento efectivo: fijar como “requisito específico” la existencia de una resolución judicial o administrativa que declare ilícitos los materiales alojados, lo que es congruente con la expresión en el art. 14.2 de la Directiva “El presente artículo no afectará (...) la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos”.

Ya en el marco legislativo español, a lo largo de todo el iter “preparlamentario” se observa una neta evolución del texto legal hacia redacciones cada vez más restrictivas y exoneradoras para los intermediarios, sin duda debido a la presión ejercida por el lobby de las empresas de telecomunicaciones. El proceso parlamentario también deja traslucir una preocupación general por restringir las causas de responsabilidad de los intermediarios y permitirles operar en un régimen de máxima seguridad jurídica. Aunque la modificación en el Congreso del texto de los actuales arts. 16 y 17, respecto del inicial proyecto de ley, parece más bien formal, no se debe pasar por alto que obedece a una enmienda transaccional del Partido Popular que trata de contentar a las voces que, no sólo en el Parlamento (enmiendas 98, 171 y 263), reclamaban mayor seguridad jurídica y una definición cerrada de las causas de responsabilidad de los intermediarios. La propia exposición de motivos de la LSSICE nos ofrece una pista sobre cuál era el propósito del legislador, al vincular la responsabilidad del intermediario con el incumplimiento de sus deberes de colaboración: “La Ley establece, asimismo, las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios que realicen actividades de intermediación como las de transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en la red. En general, éstas imponen a dichos prestadores un deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando. Las responsabilidades que pueden derivar del incumplimiento de estas normas no son sólo de orden administrativo, sino de tipo civil o penal, según los bienes jurídicos afectados y las normas que resulten aplicables”. Además, coloca en el mismo plano la responsabilidad civil y penal y la administrativa, cuando ésta se reduce al

caso de incumplimiento de órdenes administrativas de retirada (art. 38), lo que quiere decir que lo que estaba en la mente del legislador es que sólo tales resoluciones daban lugar a “conocimiento efectivo”.

Sobre la interpretación que cabe darle a lo expuesto, empleando en primer lugar la interpretación gramatical, encontramos un sentido a la disposición de la norma en una regla -“se entenderá...”- y dos salvedades -“sin perjuicio...”-. La expresión “sin perjuicio” viene a indicar la voluntad del redactor de un texto de salvar la oración subordinada de los efectos propios de la oración principal. Dicho de otra manera, insertar un “sin perjuicio” sólo tiene sentido si la oración principal puede perjudicar o contradecir aquello que se quiere salvar. Pues bien, la inclusión del inciso “sin perjuicio de...” en el art. 16 LSSICE solamente tiene sentido si la orden de la autoridad competente es la única forma de conocimiento efectivo legalmente reconocida. Sólo en tal caso es necesario “salvar” dos casos en los que puede haber conocimiento efectivo sin tal orden: cuando se hayan adoptado voluntariamente ciertos procedimientos de detección y retirada y cuando así se establezca en un futuro. Si, por el contrario, la alusión a la orden de retirada como forma de conocimiento efectivo se considerara abierta (la orden de retirada supone conocimiento efectivo pero no lo agota), sería innecesario hacer salvedades.

A tenor de una interpretación lógica, cabe señalar que si el legislador hubiera querido asumir un concepto abierto de “conocimiento efectivo”, lo lógico es que después, bajo el encabezado presuntivo de “se entenderá” o “presumirá”, hubiera incluido algún caso difícil, precisado de esclarecimiento legislativo por resultar huidizo a la apreciación judicial. Pero lo que no tiene explicación coherente es que el legislador se crea obligado a precisar que hay conocimiento efectivo en un caso –conocimiento por el prestador de una resolución judicial que declara expresamente la ilicitud de los datos- en que ni al intérprete más obtuso se le ocurriría dudar de que hay conocimiento efectivo. Y es que la única explicación coherente es que el párrafo final del art. 16.1 no pretende precisar que algo puede entenderse como “conocimiento efectivo”, sino limitar qué puede entenderse como tal.

En otro orden, y desde un punto de vista sistemático, la interpretación restrictiva permite explicar por qué el texto final de la LSSICE, a diferencia de la Directiva y de otras leyes nacionales de transposición, no alude a la inexistencia de un deber general de supervisión. Y es que, efectivamente, recoger expresamente la ausencia de un deber de

supervisión resulta superfluo si el único deber del servidor, en relación a los contenidos alojados, consiste en atender debidamente las órdenes administrativas o judiciales de retirada.

Lo explicado hasta aquí no es un mero ejercicio interpretativo. Al contrario, obedece a una lógica que coincide con los valores presentes en nuestra Constitución relativos a la libertad de expresión e información. En efecto, el legislador ha pretendido evitar la atribución a los intermediarios de la función “parajudicial” de decidir la difusión o retirada de ciertos datos; y es que a nadie se escapa que, ante el temor de ser declarados responsables, podrían adoptar políticas muy restrictivas para la libertad de expresión.

De asumirse esta interpretación, la AI se habría excedido en su celo al retirar los datos ofensivos al serle comunicada la demanda, pues la LSSICE lo permitiría retrasar la retirada hasta el momento en que el juzgador, cautelar o definitivamente, se lo ordenara.

Como decimos, frente a esta interpretación estricta del concepto de “conocimiento efectivo” podría adoptarse una ligeramente más amplia, basada en que el párrafo último del art. 16.2 contiene una mera lista ejemplificativa o abierta de supuestos de conocimiento efectivo. Aun siendo más amplia, sigue sin alcanzar el comportamiento de la Asociación de Internautas.

En efecto, la expresión “conocimiento efectivo” exige, por su propio significado, dos requisitos, que el conocimiento sea probado, sin que quepa deducirlo de presunciones ni menos de una hipotética inversión de la carga de la prueba basada en la mera posibilidad técnica de control y, que el conocimiento sea efectivo no solamente respecto de los hechos, sino respecto de la ilicitud de los mismos; es decir, que debe tratarse de datos o informaciones cuya ilicitud sea patente y no dependa de valoraciones ni de variables que no están al alcance del intermediario. En cuanto a lo primero, ninguna prueba hay en los autos de que la Asociación de Internautas conociera la ilicitud de los datos alojados en su servidor por la Plataforma. Debe descartarse radicalmente que el mero redireccionamiento desde la dirección www.putasgae.org implique el menor atisbo de conocimiento efectivo, pues, como explica el propio perito propuesto por la parte actora (mins. 39 ss.), se trata de una decisión unilateral del responsable de dicho dominio. El prestador del servicio de alojamiento de las páginas hacia las que se produce el redireccionamiento no solamente es ajeno a dicha

decisión, sino que no tiene medios de conocerla, pues los visitantes “redireccionados” no pueden distinguirse de los normales: todos acceden a los materiales alojados de la misma manera. Y en cuanto a lo segundo, cabe observar que el carácter ofensivo de la información difícilmente puede considerarse patente, pues, como se en los autos, las expresiones ofensivas se encuentran desperdigadas, acá y acullá, a lo largo de cerca de las 90 páginas que alojaba la Plataforma.

Finalmente, el art. 16.2 establece un último límite a la exención de responsabilidad del intermediario: “La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador”.

La relación de este precepto con el art. 1903 del Código civil y con la jurisprudencia que ha venido delimitando su ámbito subjetivo es patente. Por ello, decaerá la excepción en dos casos, cuando el prestatario del servicio –es decir, quien aloja los datos en el servidor del prestador- se encuentra en una relación de dependencia laboral, administrativa o familiar con el intermediario; y cuando no exista tal relación de dependencia, sino un contrato de obra o arrendamiento de servicios, pero el prestador intermediario se hubiera reservado expresamente las funciones de dirección o control. Pues bien, ninguna de estas circunstancias se da en el caso de autos. Se descarta, de partida, que entre la Asociación de Internautas y la “Plataforma” existiera una relación laboral, administrativa o familiar. Tampoco consta que hubiera mediado ningún encargo –por obra o servicios- a la “Plataforma” por parte de la Asociación de Internautas para que elaborara o editara la información por su cuenta.

En esta línea argumental se deben citar algunas notas judiciales que refuerzan lo dicho hasta ahora, si bien es cierto, existen otras con argumentos contrarios, que sin embargo viene a confirmar la necesidad casacional del presente conflicto. En primer lugar, El Juzgado de Primera Instancia nº 47 de Madrid dictó con fecha 17 de marzo de 2001 una pionera sentencia por cuanto condenaba a un portal de Internet por vulnerar derechos de propiedad intelectual de otro Portal. Este juzgado, reconoció por primera vez que Internet es un *medio y un canal de comunicación susceptible de intereses privados y merecedor de la aplicación de las leyes civiles y mercantiles*, y que una web es una *obra colectiva, obra creada por la iniciativa de una persona que la edita y divulga bajo su nombre y que está*

constituida por la aportación de diferentes autores cuyas aportaciones se funden en una creación única. Finalmente, se condenó a la empresa que explotaba la página cuestionada, por estimarse que *había intervenido culpa del agente permitiendo esta cadena de subcontrataciones sin vigilar la corrección formal de los contenidos.* En este momento no estaba vigente sistema legal alguno de responsabilidad para los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información, y es relevante destacar cómo se confundían los conceptos de “explotador de un portal web”, de sus contenidos, y “prestador del alojamiento” al señalar la obligación de los portales web de controlar los contenidos que incluyen en sus páginas Web.

Dos años después, en 2003, el Juzgado de Instrucción nº 9 de Barcelona, absolvía de responsabilidad al titular de un portal web (gestor de la información publicada) por los contenidos de los portales enlazados desde el denunciado. Es decir, excluía la responsabilidad del portal web sobre los contenidos que otro titulares gestionaban al margen de su capacidad de disposición, pues se limitaba a incluir enlaces que redireccionaban a aquellos. Fue el caso llamado “ajoderse.com” y, en auto de fecha 7 de marzo de 2003, resolvió que los hechos denunciados no eran constitutivos de delito, suponiendo la primera interpretación jurisprudencial habida sobre la LSSICE, ya vigente en España.

Más recientemente, cabe destacar la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 7 de Zaragoza, en relación con la página web www.esgay.com, el 29 de Noviembre de 2004. Dicha página permitía elaborar un periódico personalizado, diseñado por el destinatario del servicio, en el que se destacaba la "salida del armario" de la persona elegida como blanco de una supuesta broma. En este caso, el prestador se limitó a ofrecer el dispositivo técnico para gastar una broma, y así lo entendió el juez absolviendo al titular de la página web de toda responsabilidad por un supuesto delito de injurias.

En consecuencia, para ser coherentes, y respetuosos, con la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, la Directiva de Comercio Electrónico, así como con los artículos 18 y 20 de nuestra Constitución, no cabe sino anular y dejar sin efecto las sentencias de instancia y declarar la ausencia de responsabilidad de mi representada en los hechos enjuiciados.

Por lo expuesto,

A LA SALA SUPLICO que, teniendo por presentado este escrito, se tenga por INTERPUESTO, en tiempo y forma, RECURSO DE CASACIÓN contra la sentencia dictada en fecha 6 de febrero de 2006, por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, rollo 841/2005, y remita los autos al Tribunal competente para conocer el presente recurso, y

AL TRIBUNAL SUPREMO SUPLICO 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 representada, con expresa imposición de las costas causadas a la parte actora en las diferentes instancias, con lo demás que en Derecho proceda.

Es de Justicia que pido en Madrid, a 7 de abril de dos mil seis.

OTROSI PRIMERO DIGO que, dado que la discusión objeto de litigio y, por consiguiente, del presente recurso de casación, pende en gran medida de la interpretación de normas emanadas por la Unión Europea, tal como se anunció en la preparación del presente recurso, se plantea formalmente CUESTION DE PREJUDICIALIDAD, al amparo de los dispuesto en el art. 234 del tratado CEE que establece:

“El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación del presente Tratado;*
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE;*
- c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.*

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.”

En concreto, habría de preguntarse en el caso actual al Tribunal Europeo la interpretación de los artículos 14 y 15 de la Directiva Comunitaria 2000/31/CE, a fin de que se pronuncie sobre la siguiente cuestión “¿Puede interpretarse el art. 14 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), en el sentido de que permite hacer civilmente responsable al prestador de servicios de alojamiento, por los datos ilícitos que aloja, si tiene la posibilidad técnica de controlar y supervisar esos datos y tal circunstancia sirve para imputarle la responsabilidad conforme a una ley especial que regula la protección del honor, la intimidad o propia imagen, o, por el contrario, la exención de responsabilidad prevista en el art. 14 prevalece sobre cualquier ley especial?”

Bajo la presente petición en las siguientes

ALEGACIONES

Primera.- Sobre la naturaleza de la cuestión prejudicial planteada

El Art. 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que regula la competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) sobre cuestiones prejudiciales, le permite pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de las normas de Derecho comunitario originario (Tratados constitutivos) y de Derecho comunitario derivado, tanto típicas (Reglamento, Directiva, Decisión) como atípicas (Decisiones del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, Resoluciones,...). Es la denominada **cuestión prejudicial de interpretación**.

Es importante distinguir la cuestión prejudicial de interpretación de otros procedimientos que pueden ser planteados ante el Tribunal comunitario y que presentan cierta relación con ella, pero no están al alcance de mi mandante en las presentes circunstancias.

Así, junto con la cuestión prejudicial objeto del presente OTROSI, se encuentran, entre otros procesos, la **cuestión de validez**, que tiene por objeto verificar que un acto de las

Instituciones se adecua al Derecho comunitario, **las cuestiones prejudiciales específicas reguladas en el art. 68, aps. 1º y 2º, del Tratado CE, así como en el art. 35 del Tratado de la Unión Europea**, referidas, la primera a las materias de justicia y asuntos de interior regulados y la segunda a la cooperación policial y judicial en materia penal contenida en el Tratado de la Unión Europea, o **el recurso previsto en el art. 230 del Tratado CE**, que tiene por objeto un acto comunitario del que se discute su legalidad, siendo examinado a título principal por el TJCE y cuya declaración de nulidad tiene eficacia frente a todos.

El objeto de la cuestión de interpretación que se plantea aquí es determinar el contenido y el alcance de una norma comunitaria respecto de la que cabe albergar dudas sobre su significado, sentido u objetivo.

No puede desconocerse que el propio TJCE ha fijado en su jurisprudencia ciertos límites a su labor de interpretación (véase R. Silva de Lapuerta, *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 2ª edic., Madrid, 1993, págs. 229 ss.), señalando que *la interpretación del TJCE se centra en el Derecho comunitario*, careciendo de competencia para hacerlo en relación con el Derecho interno, que queda reservado a los tribunales nacionales [sentencia de 30.4.1986, Asuntos acumulados 209 a 213/84 (Asjes), Recueil, 1986, pp. 1425, apartado 12; sentencia de 22.1.2002, Asunto C-390/99 (Canal Satélite Digital), Recopilación, 2002, pp. 607 ss., apartado 18].

Tampoco puede pronunciarse sobre cuestiones de hecho del litigio nacional, careciendo igualmente de competencia para *examinar los motivos que tuvo el órgano jurisdiccional nacional* a la hora de plantearle la cuestión prejudicial [véase sentencia de 12.7.1984, Asunto 107/83 (Klopp), Recueil, 1984, pp. 2971 ss., apartado 14; sentencia de 14.1.1982, Asunto 65/81 (Reina), Recueil, 1982, pp. 33 ss., apartado 7].

Para esta parte la interpretación de la Directiva Comunitaria no deja lugar para la duda y resulta favorable a las tesis defendidas por mi representada, pero una solución contraria a lo sostenido aquí, requeriría de forma inexcusable la consulta al Tribunal europeo, toda vez que, **si la resolución que se adopte es irrecurrible, entonces existe la obligación de plantear la cuestión prejudicial. Desde sus inicios, el TJCE ha sido taxativo sobre la obligatoriedad de plantearlo: los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no son susceptibles de ser recurridas «tienen la obligación de recurrir al Tribunal a**

título prejudicial» [sentencia de 15.7.1964, Asunto 6/64 (Costa), *Recueil*, 1964, pp. 1141 ss.]. Es indiferente el tipo de tribunal que deba pronunciarse sobre el caso y su situación dentro de la organización jurisdiccional del Estado, puesto que el único dato relevante es que su resolución no pueda ser recurrida. El término «recurso judicial» que utiliza el art. 234 se refiere, en nuestro ordenamiento, a los recursos ordinarios –reposición y apelación– y a los extraordinarios que una vez resueltos permiten ganar firmeza a la resolución. Este es el caso del recurso por infracción procesal o del recurso de casación. No entrarían en este concepto el recurso en interés de ley, el recurso de revisión o los recursos ante el Tribunal Constitucional [sobre el tema en general véase Ch. Gaitanides, «Artikel 234» en H. van der Groeben, J. Schwarze (Hrsg.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, vol. 4, Baden-Baden, 2003, número 64]. Quedan también excluidos los recursos ante tribunales internacionales (p.ej., el Tribunal Europeo de Derecho Humanos).

Tal es el caso en el que nos encontramos, donde la Sentencia que dicte el Tribunal Supremo no será recurrible por cauces ordinarios, en el sentido expuesto anteriormente.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal comunitario, corresponde exclusivamente al tribunal nacional que conoce del litigio y que debe decidir sobre apreciar, a la vista de los elementos concurrentes en el asunto, la *necesidad de plantear una decisión prejudicial para poder dictar su sentencia*, así como la *pertinencia de las cuestiones* que plantea al Tribunal comunitario [sentencia de 15.12.1995, Asunto C-415/93 (Bosman), *Recopilación*, 1995, pp. 4921 ss., núm. 59].

En este sentido esta parte estima que para resolver el caso que se plantea, al Tribunal al que tengo el honor dirigirme, es necesario que el TJCE interprete algún aspecto de la Directiva 2000/31/CE, dado el sentido que han adquirido los dos pronunciamientos de instancia, toda vez que efectúan, cuando menos, una desacertada interpretación de la Directiva invocada.

Segunda.- La procedencia del planteamiento de la cuestión

Para determinar la solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial de interpretación y, si tal como sostiene la Sentencia que se recurre, la responsabilidad de un prestador de

servicios de alojamiento puede ser civilmente responsable por los datos alojados en razón de la “posibilidad técnica de control de la información” y con aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, es necesario averiguar cuál es el alcance de la exención de responsabilidad que establece el art. 16 LSSICE.

A su vez, la regulación en la LSSICE del régimen y causas de responsabilidad de los prestadores de la sociedad de la información del tipo intermediarios de alojamiento tiene como precedente inmediato y, por ello, guía hermenéutica principal, el art. 14 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), tal como expresa el primer párrafo de la Exposición de Motivos de la LSSICE.

En consecuencia, la resolución del presente pleito viene a depender de la interpretación que merezca el art. 14 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

El Art. 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que regula la competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) sobre cuestiones prejudiciales, le atribuye competencia para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de las normas de Derecho comunitario originario (Tratados constitutivos) y de Derecho comunitario derivado, tanto típicas (Reglamento, Directiva, Decisión) como atípicas (Decisiones del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, Resoluciones,...). Es la denominada cuestión prejudicial de interpretación.

El TJCE considera obligatorio en planteamiento de esta cuestión para los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no son susceptibles de ser recurridas [sentencia de 15.7.1964, Asunto 6/64 (Costa), *Recueil*, 1964, pp. 1141 ss.], como es, en las presentes circunstancias, el Tribunal Supremo. En relación con los *supuestos de obligatoriedad de plantear la cuestión prejudicial*, el Tribunal comunitario ha declarado que, a pesar de existir tal obligatoriedad, el tribunal nacional puede no hacerlo cuando compruebe que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición comunitaria en cuestión ha sido ya objeto de

interpretación por el TJCE, o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a ninguna duda razonable, posición que sostiene esta parte para defender su ausencia de responsabilidad en los hechos enjuiciados.

La existencia de tales circunstancias debe apreciarse en función de las características propias del Derecho comunitario, de las dificultades que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en la UE [véase sentencia de 6.10.1982, Asunto 283/81 (CILFIT), *Recopilación*, 1982, pp. 3415 ss., núm. 21].

En el presente caso, de poder imputar a mi mandante la responsabilidad exigida de contrario, la cuestión es, como se ha visto, pertinente. **No consta la existencia de jurisprudencia comunitaria sobre el particular ni la interpretación del art. 14 resulta exenta de dudas razonables.** Además, **la producción de jurisprudencia divergentes sobre la responsabilidad de los intermediarios de alojamiento produciría importantes efectos sobre el mercado europeo**, en el que los servicios de la sociedad de la información se prestan frecuentemente con carácter fronterizo y a cargo de empresas de gran volatilidad territorial, que pueden buscar “puerto seguro” en países con una jurisprudencia más favorable a los prestadores de servicios de intermediación.

Incluso es posible citar aquí como jurisprudencia relevante, la nacida mediante resolución de 23 de febrero de 2001, cuando el Göta Hovrätt (Suecia) sometió al Tribunal de Justicia siete cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en lo sucesivo, «Directiva 95/46» o simplemente, «Directiva»). No es el presente un asunto de defensa de derechos fundamentales, como el que aquí se cita, pero sí se trata de ponderar la prevalencia de intereses en conflicto, y sobre ello, determinar quien tiene la responsabilidad misma en la vulneración de unos u otros.

En el procedimiento penal entablado contra Bodil Lindqvist, se consideró que esta persona era la responsable del tratamiento de datos personales que se publicaron en una web. Para ello, se tomo en cuenta que era quien definía y determinaba los contenidos de la web, quien, en definitiva, trataba los datos (y no se mencionaba al prestador de servicios

que le proporcionaba alojamiento, no se le consideró como una parte que interviniese en el procedimiento). remarcaba la irrelevancia de *si el servidor del proveedor se encuentra físicamente en un país tercero*, y ello porque la responsabilidad se imputó únicamente a la persona que decidía y gestionaba lo publicado en la página web denunciada. Y sobre la aplicabilidad de una directiva en el derecho interno, señaló que *nada impide que un Estado miembro extienda el alcance de la normativa nacional que adapta el Derecho interno a la Directiva 95/46 a situaciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta última, siempre que ninguna otra norma de Derecho comunitario se oponga a ello*.

Por todo ello, aunque es competencia del Tribunal Supremo tanto la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial como su contenido, proponemos la siguiente pregunta: **“¿Puede interpretarse el art. 14 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), en el sentido de que permite hacer civilmente responsable al prestador de servicios de alojamiento, por los datos ilícitos que aloja, si tiene la posibilidad técnica de controlar y supervisar esos datos y tal circunstancia sirve para imputarle la responsabilidad conforme a una ley especial que regula la protección del honor, la intimidad o propia imagen, o, por el contrario, la exención de responsabilidad prevista en el art. 14 prevalece sobre cualquier ley especial?”**

Alternativa o acumulativamente, en el caso de que el Tribunal Supremo entienda que la resolución del caso depende del concepto de “servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio”, proponemos la formulación de la siguiente pregunta: **“¿Puede interpretarse el art 14 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), en el sentido de que, para hacer valer la exención de responsabilidad recogida en dicho artículo, el prestador del servicio ha de probar fehacientemente la identidad del destinatario del servicio a los efectos de demostrar que se trata de una persona distinta del propio prestador o, al menos, deberá llevar a cabo dicha prueba cuando exista afinidad temática entre los objetivos perseguidos por la actividad del prestador y los datos alojados y/o el destinatario haya suplantado al prestador o haya aludido a la**

existencia de un mandato o autorización suyos en alguna actuación carente de control fiable de autenticidad?”

En virtud de lo expuesto,

AL TRIBUNAL SUPREMO SUPLICO 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.

Por ser de Justicia que pido en lugar y fecha dichos.

SEGUNDO OTROSI DIGO que, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta parte manifiesta su interés por celebrar vista en el presente recurso de Casación, dado que, debido a la novedad de los asuntos a tratar y su trascendencia para el desarrollo de Internet en España y, por ende, de la Sociedad de la Información en nuestro país y, en su caso, de la doctrina que al respecto establezca el Tribunal al que tengo el honor de dirigirme, la misma resulta conveniente para la mejor impartición de Justicia. En su virtud,

AL TRIBUNAL SUPREMO SUPLICO que, teniendo por efectuada la anterior manifestación, acuerde la celebración de vista en el presente Recurso de Casación.

Es de Justicia que pido en lugar y fecha dichos.

TERCER OTROSÍ DIGO que adjunto al presente escrito se acompaña certificación de la Sentencia recurrida, así como dictamen en el que se ha basado el mismo. En su virtud,

A LA SALA SUPLICO que acuerde la inclusión en Autos de los citados documentos.

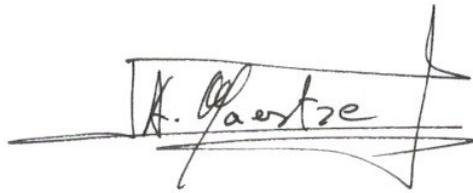
Es de Justicia que pido en lugar y fecha dichos.

CUARTO OTROSÍ DIGO que, a los efectos de lo dispuesto en el art. 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta parte manifiesta su voluntad de cumplir todos los requisitos exigidos por la Ley. En su virtud.

A LA AUDIENCIA PROVINCIAL Y AL TRIBUNAL SUPREMO SUPLICO

que tenga por efectuada la manifestación precedente a los efectos oportunos.

Es de Justicia que pido en lugar y fecha dichos.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. Maestre', enclosed within a rectangular box. The signature is stylized and somewhat obscured by the box lines.

Ldo: Javier Maestre Rodríguez
Col.: 58950

Proc: Sofia Pereda Gil

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Ofelia Tejerina', enclosed within a rectangular box. The signature is highly stylized and cursive.

Lda: Ofelia Tejerina Rodríguez
Col.: 73.588