

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

SENTENCIA

Sentencia N°: 144/2013

Fecha Sentencia: 04/03/2013

CASACIÓN

Recurso N°: 748/2010

Fallo/Acuerdo:

Votación y Fallo: 20/02/2013

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 9 DE MADRID

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Escrito por: MJPC/CVS

Nota:

Sociedad de la información Prestadores de servicios de enlaces: conocimiento efectivo.

CASACIÓN Num.: 748/2010

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

Votación y Fallo: 20/02/2013

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

SENTENCIA N.º: 144/2013

Excmos. Sres.:

D. Juan Antonio Xiol Ríos

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. Antonio Salas Carceller

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos

En la Villa de Madrid, a cuatro de Marzo de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el n.º 748/2010 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Graciano Palomo Cuesta, aquí representado por la procuradora D.ª Teresa Uceda Blasco, contra la sentencia de fecha 19 de febrero de 2010, dictada en grado de apelación, rollo n.º 702/2009, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9.ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 771/2008, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Madrid. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de Google Inc., y de D. Eric E. Schmidt. Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Madrid dictó sentencia de 13 de mayo de 2009 en el juicio ordinario n.º 771/2008, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por la procuradora doña M.ª Teresa Uceda Blasco en nombre y representación de don Graciano Palomo Cuesta contra Google Inc. y don Eric E. Schmidt representados por el procurador don Ramón Rodríguez Nogueira siendo parte el Ministerio Fiscal no habiendo lugar a declarar que se ha producido una vulneración del derecho al honor del demandante por parte de las demandadas y desestimando el resto de los pedimentos de la demanda imponiendo a la parte actora el pago de las costas causadas».

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

«Primero.- El demandante, don Graciano Palomo Cuesta, dirige la demanda contra Google Inc. y don Eric E. Schmidt solicitando con carácter principal que se declare que con la difusión de las informaciones que figuran en el hecho primero del escrito de demanda y en las fechas que se indica, se ha producido una intromisión ilegítima en su derecho al honor amparado en el art. 18 CE viéndose afectado especialmente en su faceta profesional. En concreto indica que desde el día 31 de agosto de 2006, la demandada viene difundiendo textos que afectan a la honorabilidad en los que se implica al demandante en la llamada "trama de Roca" asunto relacionado con el sector inmobiliario de Marbella conocido también como "operación Malaya" y que está siendo investigado en diversos juzgados de dicha localidad añadiendo que no solo dicha información es falsa y carente de toda prueba, sino que además no se ha empleado la mínima diligencia profesional en la comprobación de los hechos. Por otra parte refiere que la información ha permanecido "colgada" en Google pese a los requerimientos dirigidos a la demandada y añade que con la inclusión de la información en el buscador de Google se ha producido un efecto multiplicador puesto que a ella acceden otros medios de comunicación y porque diariamente se producen miles de visitas en la página de Internet. En concreto, en la

demanda se hace referencia a la difusión de la información de los periódicos digitales PRNoticias, Telecinco y "Aquí Hay Tomate". Se dirige también la demanda contra don Eric E. Schmidt al amparo del art. 65 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966. Se reclama como indemnización por daños morales la cantidad de 100.000 euros conforme al art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982.

»La parte demandada se opuso a la demanda alegando que conforme a la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico y la Directiva 2000/31/CE, Google presta un servicio de búsqueda de páginas web y enlaces, realizando únicamente funciones de intermediaria entre usuarios y páginas web y en ningún caso elabora o participa en la redacción de la información que figura en las páginas web. Se añade que no le consta que se hubieran declarado ilícitas las informaciones y que actuando de buena fe, cuando se le ha comunicado la presentación de la demanda han retirado la información. Alega la falta de legitimación pasiva del Sr. Schmidt y que no es aplicable la Ley de Prensa a la actividad que realiza como director ejecutivo ni tampoco a Google Inc. puesto que no puede equipararse al editor de publicaciones.

»Segundo.- La parte actora ejercita la acción derivada de la supuesta vulneración del derecho al honor del demandante amparada en los artículos 9 y 7.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho contra Google Inc. al considerar que contribuyó a la difusión de artículos publicados en páginas web que lesionan su derecho al honor.

»La primera cuestión que debe abordarse es que la acción no se está dirigiendo contra los autores de los artículos que el demandante considera ilícitos sino contra Google puesto que al entrar en la página de la que es titular y buscar con términos "graciano palomo" aparecen directamente los artículos de contenido lesivo, permitiendo y facilitando la difusión de los mismos. Pues bien, debe examinarse la responsabilidad de Google Inc. como facilitadora o intermediaria de una información que la parte actora considera que atenta contra su honor.

»En este sentido, el problema se desplaza desde el autor de la información al intermediario de la sociedad de la información debiéndose tener en cuenta que la legislación comunitaria se decantó por declarar la inexistencia de una obligación general de supervisión de los contenidos. A este extremo se refiere el artículo 15 de la Directiva 200/31/CE del

Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información según el cual "Los Estados miembros no podrán imponer a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14". Dicha Directiva ha sido incorporada al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la información y Comercio Electrónico (en adelante LSSI).

»El art. 13 de dicho texto legal, se refiere expresamente a la "responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información" y declara en el apartado 1 que "los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley".

»En este sentido, como recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 10 (Pte. Olalla Camarero, Ana María), "... la tendencia legislativa ha ido desde la práctica impunidad hasta la implicación de los prestadores de servicios en los contenidos que alojan en sus servidores o páginas web". Por tanto, se deduce que si bien la Directiva y la Ley parte de la idea de exonerar a los prestadores de servicios de Internet de la obligación de examinar el contenido de la información, sí que hace depender dicha exoneración de varios requisitos según cuál sea el servicio que presten. Sobre este punto, la Ley de 11 de julio de 2002 permite diferenciar cuatro tipos de prestadores de servicios: 1) operadores de redes y proveedores de acceso a Internet (artículo 14); 2) prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos para su ulterior transmisión a otros destinatarios (artículo 15); 3) prestadores de servicio de alojamiento o almacenamiento de datos (artículo 16); y 4) prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (artículo 17) a los que se refiere el apartado b) del anexo como servicios de intermediación definiendo los mismos como aquellos que facilitan la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información.

»Tercero.- En el presente caso, Google proporciona enlaces a las copias almacenadas en su memoria *caché*, almacenamiento que tiene carácter temporal y provisional indicando la sentencia de la Audiencia

Provincial de Barcelona de 17 de septiembre de 2008 (Pte. Sancho Gargallo Ignacio) referida a Google que "En síntesis, para este servicio de buscador de páginas web, "G" emplea unos robots de búsqueda que rastrean periódicamente los sitios web conectados a la red y hacen una copia del código "html" de las páginas visitadas en su propia memoria para facilitar la indexación de la información contenidas en dichas páginas. "G" además, ofrece al usuario una parte del contenido de la página copiada y un enlace a la copia almacenada en su memoria *caché*".

»De lo anterior se deduce que la actividad de Google consiste en la prestación de servicios de intermediación y dentro de ellos el de facilitación de enlaces al que se refiere el anexo de la Ley. Para esta clase de servicios el art. 17, dedicado a la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, en la redacción dada por la Ley 56/2007 de 28 de diciembre de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, declara que:

"1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

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 proveedor de contenidos al que se

enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos".

»Tal y como resulta del anterior precepto, para que se aplique la exención de responsabilidad es necesario que el prestador no tenga "conocimiento efectivo" de la ilicitud de la información a la que remitan o que lesione bienes o derechos de terceros, y que de tenerlo, actúe con diligencia para suprimir el enlace matizando respecto al "conocimiento efectivo" que es preciso que un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos o declarado la existencia de lesión lo que implica que ha de existir una resolución dictada por órgano jurisdiccional o administrativo al que se refiere el apartado j) del anexo de la Ley al definir "órgano competente".

»Cuarto.- Los enlaces facilitados por Google a los que alude la demanda se refieren concretamente a artículos incluidos en las páginas web de Telecinco de "Aquí Hay Tomate", "PRNoticias" y "Lobby per la Independencia" y en ninguno de los tres casos existe resolución de "órgano competente" que declare la ilicitud. Únicamente, consta que se inició un procedimiento judicial contra PRNoticias que se tramitó ante Juzgado de Primera Instancia n.º 48 de Madrid y que se puso fin al mismo mediante auto de 17 de julio de 2007 que homologa acuerdo transaccional no constando que se comunicara el contenido de dicho acuerdo a la parte demandada. Esta línea es seguida también en la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de julio de 2008 que si bien venía referida a un supuesto del artículo 16 LSSI referido a prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, declara que "Aplicando tales preceptos al caso de autos resulta manifiesto que no concurren ninguno de los supuestos previstos en la norma transcrita, no existe orden de retirada ni pronunciamiento sobre lesividad, que implique el conocimiento exigido normativamente".

»Por otra parte, tampoco puede hablarse de falta de diligencia por no retirar la información cuando el perjudicado le comunica que mediante las páginas web se está produciendo una vulneración de su derecho al honor, por cuanto, la parte demandada contestó al requerimiento y si bien no accedió a la petición de retirar los enlaces, sí que indicó al demandante, mediante un correo electrónico de 13 de diciembre de 2007 que a tal fin debía dirigirse al webmáster de la página que contiene el artículo que considera ofensivo, es decir, al titular de la página, como solución inmediata para impedir la publicación. Es decir, si se dirige al

titular de la página web y este retira la información, automáticamente, cuando los robots de búsqueda realicen los siguientes rastreos, dicha información dejará de estar reflejada en el resultado de la búsqueda. A este punto se refiere también la sentencia de 16 de julio de 2008 declarando que "Y en cuanto a la falta de diligencia, coincide la Sala plenamente con el razonamiento de la juzgadora de primer grado, difícilmente puede presumirse que el prestador del servicio pueda vigilar y controlar previamente los contenidos de todos los mensajes, pues recordemos no es esta la actividad profesional del demandado. Es más probablemente si ejerciera este control previo se generarían situaciones que afectarían a la libertad de expresión ya que para evitarse conflictos se procedería a una "censura previa" de contenidos".

»En otro orden de cosas, la parte actora considera que no resulta de aplicación la exención de responsabilidad que contempla el art. 17 de la LSSI, por cuanto entiende que dicho texto legal no es de aplicación al presente supuesto dado que Google Inc. no tiene su domicilio ni en España ni en la Unión Europea conforme al art. 2 de dicho texto legal. Esta alegación debe ser igualmente rechazada por cuanto el artículo 2.2 de la LSSI declara que resulta de aplicación la citada Ley cuando la sociedad, aunque no tenga su domicilio en España, opera mediante establecimiento permanente en España entendiéndose que existe establecimiento permanente cuando disponga en España, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad. En este caso, según resulta incluso de la documentación aportada por la actora para facilitar el emplazamiento de la demandada, se deduce que si bien Google Inc. no tiene el domicilio social en España, sino en California (Estados Unidos) opera en España mediante una oficina permanente de ventas sita en la Torre Picasso, Plaza Pablo Ruiz Picasso planta 26, de Madrid (lugar en el que se hizo el emplazamiento) y además actúa en España mediante una entidad filial, Google Spain S.L. cuyo único socio fundador es Google Inc. teniendo su domicilio social en Barcelona.

»Otra cuestión suscitada es la aplicación de la Ley 14/1966 de 18 de marzo de Prensa e Imprenta que invoca la parte actora entendiéndose que Google tiene la consideración de editor o propietario del medio y don Eric Schmidt director ejecutivo. Pues bien, a esta cuestión se refirió la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 14.ª de 10 de diciembre de 2005 (Pte. Camazón, Amparo) entendiéndose que el

prestador de servicios no es equiparable al editor porque es un mero distribuidor de la información. En este caso, y como se ha puesto de manifiesto Google se limita a proporcionar enlaces a páginas web, por lo que no participa en ningún caso en la elaboración de la información incluida en las páginas web cuyos enlaces incluye en los resultados de la búsqueda ni el director ejecutivo interviene en la redacción de las noticias incluidas en los resultados de las búsquedas ni en la selección de los contenidos a los que se remiten los enlaces.

»En resumen, la normativa aplicable es la Ley de Servicios de la Información y Comercio Electrónico, incorporando al ordenamiento español la Directiva 2000/31/CE y particularmente el art. 17 de dicho texto legal, y habiéndose acreditado la concurrencia de los requisitos que dicho artículo prevé para exonerar de responsabilidad a las empresas que prestan servicios de intermediación dado que Google no tenía ni conocimiento de que la titular de la página PRNoticias había reconocido haber atentado contra el honor del demandante, siendo en este caso incluso innecesario la notificación a Google puesto que cumpliéndose el acuerdo transaccional la titular de la página retiraría la información lesiva, hecho que supondría la desaparición automática del enlace en al resultado de búsquedas en Google. Por otra parte y respecto a las otras dos publicaciones digitales, Telecinco y "Lobby per la Independencia", no consta resolución declarando la ilicitud de las publicaciones con lo cual no le era exigible a Google ninguna diligencia para retirar la información.

»Conforme a lo expuesto, procede la desestimación de la demanda conforme al art. 17 LSSI al no ser la demandada Google Inc., ni don Eric Schmidt responsable del contenido de los artículos publicados en la página de Telecinco de "Aquí hay Tomate" ni "Lobby per la Independencia" ni "PRnoticias" a los que se refiere la demanda.

»Quinto.- Desestimada la demanda, se condena a la parte actora al pago de las costas causadas conforme al principio objetivo del vencimiento a tenor del artículo 394 LEC».

TERCERO.- La Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia de 19 de febrero de 2010, en el rollo de apelación n.º 702/2009, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Graciano Palomo Cuesta, contra la

sentencia dictada por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 19 de Madrid en fecha 13 de mayo de 2009.

»Todo ello con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante».

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

«Primero.- Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada que deben entenderse completados por los de esta resolución judicial.

»Segundo.- Por la representación procesal de D. Graciano Palomo se alega como primer motivo del recurso de apelación la nulidad de actuaciones al entender que al no haber comparecido al acto del juicio el representante del Ministerio Fiscal, que debe ser parte en este tipo de procesos a tenor de lo establecido en el artículo 249.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concurriendo por lo tanto la nulidad de actuaciones que establece el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

»El citado artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece como motivo de nulidad de actuaciones la infracción de normas esenciales del procedimiento siempre que se haya producido indefensión, siendo por lo tanto dos los requisitos esenciales para que se dé el supuesto previsto de nulidad de actuaciones, en primer lugar que se haya infringido alguna norma esencial del procedimiento, y en segundo lugar que dicha infracción haya causado indefensión a la parte que insta la nulidad de actuaciones.

»Partiendo de que en virtud del artículo 249.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en este tipo de procesos debe ser parte el Ministerio Fiscal, la nulidad de actuaciones vendrá dada cuando no se le haya dado traslado de la demanda, no haya sido citado al acto de la audiencia previa o al acto del juicio, porque en tal caso sí se habría infringido el citado precepto. Ahora bien en el presente caso ha quedado acreditado que se dio traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, que dentro del correspondiente plazo presentó su escrito de alegaciones, se le citó a la audiencia previa, y también al acto del juicio, no habiendo comparecido a dicho acto, presentando en fecha 31 de marzo de 2009 un escrito en el que manifestaba que no podía comparecer el día señalado dados los medios personales de los que disponía en dicho momento dicha sección, a pesar de lo cual no interesaba la suspensión del juicio,

con la finalidad de no retrasar el curso de los autos, ni causar perjuicios a las partes por la dilación que podría sufrir el proceso. De tales hechos debe entenderse que no se ha producido por el órgano judicial infracción de norma alguna esencial del procedimiento, toda vez que dada la incomparecencia del Ministerio Fiscal al acto del juicio, ni este, ni la parte apelante solicitó su suspensión, por lo que mal puede entenderse que haya infringido norma alguna del procedimiento cuando la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 188 supedita la suspensión de una vista o del juicio a la solicitud de ambas partes, o de una de ellas cuando el abogado, en este caso el Ministerio Fiscal tenga dos señalamientos en distinto tribunales, por lo que no puede entenderse que se haya infringido dicho precepto, cuando no se solicitó la suspensión de la vista y muy especialmente no se solicitó por el Ministerio Fiscal, por no causar perjuicios a las partes por el retraso que tal suspensión podría causar a las partes.

»El segundo de los requisitos que debe concurrir es que la infracción cometida haya causado indefensión a la parte que insta la nulidad de actuaciones. Pues como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 185/2003, de 27 de octubre (Fundamento Jurídico 4), "para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" (sentencia del Tribunal Constitucional 118/2001, de 21 de mayo, Fundamento Jurídico 2, citando las sentencias del Tribunal Constitucional 290/1993, de 4 de octubre, Fundamento Jurídico 4; 121/1995, de 18 de julio, Fundamento Jurídico 4; 62/1998, de 17 de marzo, Fundamentos Jurídicos 3 y 4), de modo que "en ningún caso puede equipararse la idea de indefensión en su sentido jurídico-constitucional con cualquier infracción o vulneración de normas procesales que los órganos jurisdiccionales puedan cometer".

»Debiendo entenderse que la no asistencia del representante del Ministerio Fiscal ningún menoscabo produjo al derecho de defensa de la parte ahora apelante, toda vez que en nada afectó a las facultades de alegaciones y prueba de la parte apelante.

»Tercero.- Como segundo motivo del recurso de apelación se alega la aplicación indebida de la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información, en especial los artículos 2,3 y 13 de la citada Ley, al entender la parte actora y ahora apelante que al no tener la entidad demandada domicilio social en España, no acreditado ni probado que tenga actividad económica alguna en España, no le puede ser aplicable la ley 34/2002 de 11 de julio al no concurrir los requisitos del artículo 2 de dicho texto legal. Cuando de las manifestaciones de D.^a María González Ordóñez, actos propios, se deduce que la sociedad demandada no tiene su domicilio en España, ni opera mediante un establecimiento permanente, lo que debe llevar a excluir la aplicación de la ley 34/2002.

»Como pone de relieve la propia exposición de motivos de la citada Ley su finalidad es la incorporación al ordenamiento español de la Directiva 2000/31/Comunidad Europea, 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, en virtud de la cual se da un concepto amplio de los servicios de la sociedad de la información», que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador, por lo que el artículo 1 de la Ley 34/2002 viene a entender que dicha norma regula entre otras cuestiones el régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones.

»Desde esta perspectiva, es un hecho no discutido en este litigio tanto en primera instancia como en esta alzada, que la pretensión que se ejercita frente a Google Inc., tiene su origen en esa labor de intermediación, pues como se recoge en la sentencia apelada la intromisión ilícita que se alega en el derecho del honor, no lo es porque la entidad demandada sea la autora de los artículos recogidos en las páginas web de "PRNoticias Telecinco" y "Aquí hay tomate", y "Lobby per la Independencia", en la que se vincula al ahora apelante con determinados hechos delictivos, sino porque la sociedad demandada a través de su buscador de páginas web, permite mediante ese sistema de búsqueda que aparezcan enlaces con dichas páginas en las que se recoge esa información falsa y atentatoria al honor del ahora apelante, siendo por tanto aplicable dicha ley especial en la medida que la entidad contra la que se dirige la demanda lo es no porque sea autora de la información que se considera atentatoria contra el honor de la parte apelante, sino por el hecho de que a través de su sistema de búsqueda permite acceder a dicha información.

»La segunda cuestión a examinar es si debe ser aplicable dicha norma dado que la parte demandada tiene su domicilio en Estados Unidos. En cuanto al ámbito territorial de aplicación de la Ley 34/2002 viene recogido en el artículo 2 de dicho texto legal, siendo aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos, o bien en los supuestos en que el prestador de servicios opere mediante un establecimiento permanente situado en territorio español cuando disponga en el mismo, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad.

»Debiendo examinarse si de las pruebas practicadas ha quedado acreditado o no que la entidad demandada tenga un establecimiento permanente en España, o bien disponga en nuestro país de forma continuada o habitual de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad.

»Tal como se recoge en la sentencia apelada es un hecho que ha quedado acreditado en los autos, que la entidad demandada opera en España a través de una oficina permanente que tiene en Torre Picasso, Plaza Ruiz Picasso n.º 26, lugar en el que se procedió al emplazamiento de la demandada, actuando en España a través de una entidad filial, cuyo único socio fundador es la entidad demandada.

»Tales hechos no pueden entenderse desvirtuados tal como se alega en el escrito de apelación, por el hecho de que al inició del litigio, cuando se pretendió realizar el emplazamiento en dicho domicilio, en la primera diligencia de emplazamiento se manifestara que el domicilio se encontraba en Estados Unidos, e incluso que en fecha 19 de junio de 2008 se presentara un escrito por D.^a María González en representación de Google Spain S.L., negando que el emplazamiento pudiera hacerse de esa manera, escrito frente al que la parte ahora apelante manifestó que el emplazamiento debía hacerse en el citado domicilio, lo que se acordó mediante providencia del juzgado de fecha 16 de octubre de 2008 en la que acordó como domicilio a efectos del emplazamiento la sede comercial sita en España, Plaza Ruiz Picasso n.º 1 Puerta 26, en base a la propia documentación aportada por la ahora apelante, folio 88 de los autos, en el que se recoge como sede en España y oficina de ventas dicho domicilio.

»De lo expuesto debe entenderse que la sentencia ahora apelada ha procedido a una correcta aplicación del artículo 2 de la Ley 34/2002, a los efectos de tener por acreditado la existencia de una oficina de ventas de la demandada en España a través de la cual realiza toda o parte de su actividad dirigida al mercado español.

»No puede entenderse aplicable tal como se alega en el presente caso la teoría de los actos propios, en la medida que las alegaciones realizadas por la entidad Google Spain S.L., o en su caso las recogidas en la diligencia de emplazamiento en modo alguno puede entenderse que sean actos propios y vinculantes de la entidad demandada, pues si como señala esta misma Sección en sentencia de 7-11-2005 y como reiteradamente viene declarando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de que no es lícito accionar contra los propios actos definiéndose estos como aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir concreción, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o, como aquellos que van encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, sin que en la conducta del agente exista ningún margen de error por haber actuado con plena conciencia para producir o modificar un derecho, en modo alguno pueden deducirse tal como se pretende por la parte apelante de la conducta de la demanda que esta haya reconocido que no tenga ningún establecimiento en España de forma permanente, cuando se ha procedido a su

emplazamiento en dicho establecimiento, en parte por las propias alegaciones que en su momento se hicieron por la propia apelante.

»Cuarto.- Como tercer motivo del recurso de apelación se alega la infracción del artículo 17 de la Ley 34/2002, por la indebida aplicación de dicho precepto respecto a la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, al entender que de la prueba practicada ha quedado acreditado que la entidad Google tuvo conocimiento efectivo de la ilicitud de la información, y que en ningún caso actuó con la diligencia necesaria para suprimir dichos enlaces, toda vez que fue conocedora de la ilicitud de dicha información por la documentación remitida, y que en todo caso tiene capacidad para suprimir dichos enlaces cuando es requerida por la autoridad, por lo que puede llevar a cabo la supresión de dichos enlaces cuando sea requerido para ello por el interesado.

»El artículo 17 la Ley 34/2002 exime de responsabilidad a los prestadores de los servicios que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos, por la información que dirijan a los destinatarios de sus servicios siempre que se cumplan determinados requisitos, como son que no tengan conocimiento efectivo de la ilicitud de la información o que lesiona bienes o derechos de terceros susceptibles de indemnización o bien que teniendo dicho conociendo actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente, estableciendo dicho precepto que un prestador de servicios tiene conocimiento efectivo a los efectos de dicha exención de responsabilidad cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, precepto que es consecuencia de la transposición del artículo 13 de la Directiva 31/2000.

»Partiendo del hecho no discutido en esta alzada de que la entidad Google se limita a ser un prestador de servicios en una red de comunicaciones, facilitando datos para el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, no puede ser responsable del contenido de los datos transmitidos siempre que se cumplan los requisitos necesarios para que entre en juego esa exención de responsabilidad.

»Debiendo entrarse por lo tanto a examinar que dicha exención de responsabilidad por los datos o accesos permitidos en virtud de su buscador cuando tenga conocimiento efectivo de la ilicitud de la información o en su caso que lesiona derechos de terceros susceptibles de indemnización.

»Partiendo de que la información que aparece en las páginas web de PRNoticias Telecinco y "Aquí hay tomate", y "Lobby per la Independencia", se incluyen informaciones que objetivamente pueden considerarse atentatorias al derecho al honor del apelante, en cuanto le vinculan a un grave caso de corrupción que ha tenido un amplio eco en la sociedad, como es el caso Malaya, debe examinarse si se dan o no los presupuestos necesarios para exonerar de responsabilidad al prestador del servicio, si la entidad demandada ha actuado con diligencia o no desde el momento en que tuvo conocimiento efectivo de la ilicitud de dicha información o que la misma lesionaba derechos de terceros susceptibles de indemnización.

»Con relación a que se entiende que ha existido ese conocimiento efectivo de la ilicitud de la información por parte del prestador del servicio, el propio legislador en aras de ese principio recogido en la Directiva comunitaria que parte de que no puede imponerse a los prestadores de servicios una supervisión previa de dichos contenidos, da una definición y alcance que debe darse a conocimiento efectivo, que solo existirá cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos ordenando su retirada, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, lo que ha de entenderse que hasta ese momento, es decir que el prestador del servicio, en este caso Google, haya tenido conocimiento de la correspondiente resolución, en el ordenamiento jurídico español una resolución judicial, que haya ordenado la retirada de tales datos, o bien se haya declarado la existencia de la lesión, en el presente caso se hubiera dictado la correspondiente resolución judicial declarando que tales datos suponen una intromisión ilegítima en el honor del ahora apelante, pues hasta ese momento no puede entenderse que el proveedor del servicio haya tenido conocimiento efectivo y por lo tanto tenga que actuar con diligencia a los efectos de suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

»De las pruebas practicadas en los presentes autos ha quedado acreditado que la información que se considera atentatoria al derecho al honor del actor inició su difusión el día 31 de agosto de 2006 que la

misma estuvo colgada en las correspondientes páginas web al menos hasta la fecha de presentación de la demanda el 24 de mayo de 2008, que la ahora actora se dirigió en diversas ocasiones a la demandada en fechas 14 y 31 de diciembre de 2006, agosto de 2006, 4 de julio de 2007, 30 de mayo de 2007 y 27 de septiembre del mismo año, con el fin de que se suprimiera dichas referencias.

»De dichas comunicaciones, como acertadamente se recoge en la sentencia ahora apelada no puede entenderse que la entidad demandada tuviera conocimiento efectivo de la existencia de una resolución de un órgano competente que hubiera declarado la existencia de la lesión, toda vez que en tales comunicaciones se alude a la existencia de un procedimiento judicial en marcha, folio 31 de los autos, y en otra de dichas comunicaciones se alude, folio 35, a que se ha dictado una resolución judicial en la que se declara que la información de PRNoticias es falsa, pero sin que conste ni se haya acreditado por la parte actora que remitiera en ningún momento copia de dicha resolución a la parte demandada, puesto que ese sería el momento determinante de la existencia del conocimiento efectivo por parte del prestador del servicio, y el momento a partir de que debe entenderse que surge en la obligación de actuar con diligencia a fin de suprimir los enlaces, en la medida que la entidad demandada, como se recoge en la sentencia apelada no es el autor de la noticia, pues se limita a través de su buscador a permitir el acceso a dichas páginas en las que aparecen esos contenidos que son intromisiones ilegítimas en el honor del ahora apelante».

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

El motivo primero del recurso se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del apartado primero del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso-por infracción de los artículos 2, 3 y 13 de la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico».

En este motivo la parte recurrente plantea, en síntesis su discrepancia con la aplicación territorial de la LSSI al considerar la sentencia recurrida que la demandada opera en España con una oficina permanente de

ventas mediante una entidad filial, extremo este que la parte recurrente no considera acreditado a través de la prueba practicada, en concreto de la declaración de la representante legal de la sociedad demandada, que niega ostentar la representación de Google Inc y del Registro Mercantil Central en el que el socio de Google Spain S.L. es Google Internacional LLC.

El motivo segundo del recurso se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del apartado primero del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso-por infracción por indebida aplicación del artículo 17 de la Ley 34/2002 de 11 de julio, por indebida aplicación referente a la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten el acceso a contenidos o instrumentos de búsqueda».

En este motivo la parte recurrente plantea, en síntesis, que de la prueba practicada se puede concluir que la demandada tuvo conocimiento efectivo de la ilicitud de la información y no actuó con la diligencia debida. La Audiencia Provincial reconoce que la recurrente se dirigió en diversas ocasiones contra la parte demandada y que de esta documentación conocía la ilicitud. Considera que el auto que homologó el acuerdo tiene la suficiente entidad como para entender el conocimiento efectivo de la lesión en el honor del recurrente.

El motivo tercero del recurso se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del apartado primero del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso-por infracción del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/82 que disciplina como intromisiones ilegítimas la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Todo ello en relación con la indebida aplicación de la Ley 34/2002 de 11 de julio».

En este motivo la parte recurrente plantea, en síntesis, la aplicación de la Ley Orgánica 1/82 al intermediario que introduce información en la red y a los proveedores de acceso y servicios sobre la base del efectivo conocimiento y posibilidad técnica de control de la información.

Termina solicitando de la Sala «Que, previos los trámites de Ley, se sirva en su día dictar sentencia por la que estimando el presente recurso, case y anule la sentencia recurrida, dictando otra en su lugar con el

alcance pretendido en el presente recurso, con todo lo demás que en Derecho proceda».

SEXTO.- Por auto de 19 de octubre de 2010 se acordó admitir el recurso de casación.

SÉPTIMO.- En el escrito de oposición al recurso de casación presentado, la representación procesal de Google Inc., y D. Eric E. Schmidt se formulan en síntesis, las siguientes alegaciones:

Con carácter previo, la parte recurrida señala que la LSSI es de aplicación al caso y que la demandada no ha tenido constancia de la existencia de una decisión judicial o administrativa que declarara la ilicitud de los artículos, según los hechos probados. Considera que existe una defectuosa interposición del recurso al reproducirse en el recurso de casación los argumentos del recurso de apelación, pretendiendo una nueva valoración de la prueba y una alteración de los hechos declarados probados.

Al motivo primero, la parte recurrida señala que el régimen de responsabilidad de Google Inc. es el contenido en el artículo 10.9 CC y que debe regirse por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho, entendiendo este como el domicilio del demandante. Considera aplicable la LSSI por el artículo 4 al quedar acreditado que la demandada tiene su domicilio en EEUU, que Google España es un servicio prestado por Google Inc que no tiene ningún establecimiento permanente en España y que Google España es un servicio dirigido al territorio español.

Al motivo segundo, la parte recurrida señala que la demandada no tuvo conocimiento efectivo de la ilicitud de la información, ya que el auto de homologación no lo tuvo hasta que no le fue notificada la demanda del presente procedimiento, sin que además pueda considerarse una decisión sobre la ilicitud al ser un auto que homologaba un acuerdo privado. La parte recurrida señala que la jurisprudencia española como de terceros países confirman la necesidad de desestimar este recurso de casación.

Al motivo tercero la parte recurrida señala que la LSSI no es incompatible con la LO 1/82, sino que se complementan; que la actuación de Google no está subsumida en ninguna de las conductas del artículo 7.7 LO 1/82 y en todo caso sería de aplicación la doctrina del reportaje neutral.

Termina solicitando de la Sala «Que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, acordar su unión a las actuaciones de su razón, tener por interpuesto por la representación de Google Inc. y D. Eric E. Schmidt, en tiempo y forma, oposición al recurso de casación interpuesto por D. Graciano Palomo Cuesta contra la sentencia dictada por la Sección 9.ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid de fecha 19 de febrero de 2010 para que, previos los trámites que en Derecho procedan, acuerde su desestimación, confirmándola en todos sus extremos, con imposición de las costas a la parte recurrente».

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso de casación. El Ministerio Fiscal manifiesta su conformidad con los argumentos de la Audiencia Provincial, considerando que no han sido desvirtuados por la parte recurrente. En su argumentación cita un artículo sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios en internet, y la posición de la doctrina sobre la responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de información. Señala que la Ley 34/2002 que traspone la Directiva 2000/31/CE, les excluye de responsabilidad salvo que hayan originado la transmisión o modificado o seleccionado datos, y siempre que no tengan conocimiento efectivo de la ilicitud de la información. Cita la STJUE de 23 de marzo de 2010 sobre el empleo de palabras claves de marcas ajenas por Google, considerando aplicable la Directiva a Google, que será responsable cuando conociendo la ilicitud de los datos o actividades del anunciante, no actúa con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

NOVENO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 20 de febrero de 2013, en que tuvo lugar.

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

CE, Constitución Española.

FJ, fundamento jurídico.

LOPJ, Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

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

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

RC, recurso de casación.

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional.

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

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

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

STJUE, sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **JUAN ANTONIO XIOL RÍOS**, que expresa el parecer de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Resumen de antecedentes.*

1. D. Graciano Palomo Cuesta interpuso demanda de protección de su honor contra Google Inc. y contra su director ejecutivo, D. Eric E. Schmidt, por la contribución de los demandados en la difusión en la web de artículos en los que se le implicaba con la denominada *Operación Malaya*. La conducta que se les imputaba era el permitir el enlace desde el 31 de agosto de 2006 a las páginas web de *Telecinco* ("Aquí Hay Tomate"), "PRNoticias" y "Lobby per la Independencia" que contenían artículos en los que se hacía referencia a D. Graciano Palomo Cuesta como implicado en la *Operación Malaya*. Así en la página de *PRNoticias* de 31 de agosto de 2006, bajo el título *La lista de los periodistas de Marbella*, y el encabezamiento "Rescatamos una serie de nombres de profesionales que en el pasado han mantenido excelentes relaciones con los distintos ediles marbellíes, de los cuales, unos han muerto y los otros están preparados para pasar unas largas vacaciones viéndose privados de los lujos a los que accedieron saqueando al Pueblo de Marbella", se cita a D. Graciano Paloma y sus relaciones con los distintos equipos de gobierno. En la página web de *Aquí hay Tomate*, de 31 de agosto de 2006, entre otros nombres, se cita a "El Palomo", (a continuación se dice "Es Graciano Palomo") señalando que "Nuevos nombres conocidos podrían estar presentes en la tercera fase de la Operación Malaya sobre todo si es cierta la noticia que aparecía en el periódico digital PRnoticias.

Según este periódico nuevos nombres famosos aparecen en una agenda que circulan por la cárcel de Alhaurín de la Torre". En la página web de *Lobby per la independència*, bajo el título "L'escàndol de Marbella ja esquitxa directament periodistas de la Brunete mediática", se reproduce la información de PrNoticias.

2. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda en aplicación del artículo 17 de la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la información y Comercio Electrónico. La sentencia consideró que los demandados prestaban servicios de intermediación y facilitación de enlaces en la web y que estaban exentos, conforme a la legislación, de responsabilidad por (i) no existir resolución de órgano competente que declarara la ilicitud de la información y por tanto, no tener conocimiento efectivo de la misma. Así se declaró que Google no tenía conocimiento de que la titular de la página PRNoticias había reconocido haber atentado contra el honor del demandante mediante acuerdo transaccional en un procedimiento judicial. Y respecto a las otras dos publicaciones digitales, Telecinco y "Lobby per la Independencia", se declaró que no constaba resolución declarando la ilicitud de las publicaciones con lo cual no le era exigible a Google ninguna diligencia para retirar la información.

3. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó esta resolución, desestimando el recurso de apelación de la parte demandante. La sentencia declaró aplicable la LSSI desde la perspectiva territorial, al declarar probado que la entidad demandada operaba en España a través de una oficina permanente y que actuaba en España a través de una entidad filial, cuyo único socio fundador era la entidad demandada. Confirmó también la aplicación de la exoneración de responsabilidad del artículo 17 LSSI al considerar (i) que la entidad Google se limitaba a ser un prestador de servicios en una red de comunicaciones, facilitando datos o acceso a una red de comunicaciones; (ii) que no había actuado de forma negligente al no retirar los contenidos, ante las comunicaciones remitidas por el demandante, pues si bien en una de estas se le comunicaba la existencia de un procedimiento judicial en el que se había dictado una resolución, no constaba la remisión de la copia de esta resolución, hecho que la Audiencia Provincial valora como suficiente para entender cumplido la falta del requisito legal de conocimiento efectivo de la ilicitud de la información.

4. La parte demandante ha interpuesto recurso de casación al amparo del ordinal 1.º del artículo 477.1 de la LEC.

5. Son hechos relevantes para la decisión de este recurso los siguientes: (i) D. Graciano Palomo se dirigió en diversas ocasiones a la demandada en fechas 13 y 14 de diciembre de 2006 (solicitando la retirada de determinados contenidos por su falsedad), 4 de julio de 2007 (en la que informa de la existencia de un procedimiento judicial en marcha) y 28 de septiembre del 2007, remitiendo por fax una carta dirigida a la directora de Google Spain S.L. en la que se comunica lo siguiente: "[...] Pues bien, una resolución judicial ha determinado que esa 'información' de PRNoticias era falsa, su autor ha sido condenado a pagar una indemnización y a rectificar, además, de que el mismo autor reconoce en sede judicial que lo publicado y difundido por Google es completamente falso [...]"; (ii) que D. Graciano Palomo inició un procedimiento judicial civil contra PRNoticias que finalizó mediante auto de 18 de julio de 2007 de homologación de acuerdo transaccional.

SEGUNDO.- *Enunciación de los motivos de casación.*

El motivo primero del recurso se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del apartado primero del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso-por infracción de los artículos 2, 3 y 13 de la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico».

En este motivo la parte recurrente plantea, en síntesis su discrepancia con la aplicación territorial de la LSSI al considerar la sentencia recurrida que la demandada opera en España con una oficina permanente de ventas mediante una entidad filial, extremo este que la parte recurrente no considera acreditado a través de la prueba practicada, en concreto de la declaración de la representante legal de la sociedad demandada, que niega ostentar la representación de Google Inc y del Registro Mercantil Central en el que el socio de Google Spain S.L. es Google Internacional LLC.

El motivo segundo del recurso se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del apartado primero del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso-por infracción por indebida aplicación del artículo 17 de la Ley 34/2002 de 11 de julio, por indebida aplicación

referente a la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten el acceso a contenidos o instrumentos de búsqueda».

En este motivo la parte recurrente plantea, en síntesis, que de la prueba practicada se puede concluir que la demandada tuvo conocimiento efectivo de la ilicitud de la información y no actuó con la diligencia debida. La Audiencia Provincial reconoce que la recurrente se dirigió en diversas ocasiones contra la parte demandada y que de esta documentación conocía la ilicitud. Considera que el auto que homologó el acuerdo tiene la suficiente entidad como para entender el conocimiento efectivo de la lesión en el honor del recurrente.

El motivo tercero del recurso se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del apartado primero del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso-por infracción del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/82 que disciplina como intromisiones ilegítimas la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Todo ello en relación con la indebida aplicación de la Ley 34/2002 de 11 de julio».

En este motivo la parte recurrente plantea, en síntesis, la aplicación de la Ley Orgánica 1/82 al intermediario que introduce información en la red y a los proveedores de acceso y servicios sobre la base del efectivo conocimiento y posibilidad técnica de control de la información.

El examen de los tres motivos del recurso de casación se realizará de forma conjunta al plantearse en esencia, la correcta aplicación al caso concreto de la LSSICE, desde su perspectiva territorial, material y su relación con la LPDH.

El recurso de casación ha de ser desestimado.

TERCERO.- *Responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información. Aplicación subjetiva y material.*

A) El artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31 define los «servicios de la sociedad de la información» por remisión al artículo 1, apartado 2, de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, en su versión

modificada por la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998 como:

«todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios».

B) Esta Directiva fue objeto de trasposición al ordenamiento español a través de la ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE), en cuyo artículo 2 se define la aplicación de esta normativa a los servicios establecidos en España. El establecimiento se hace coincidir con la residencia o domicilio social en España, cuando en este se encuentra la gestión y dirección de su actividad. Sin embargo, la ley también es de aplicación para los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado, con establecimiento permanente en territorio español, definiendo este como la disposición en España de «forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad».

C) El artículo 13.1 de la LSSICE establece que «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», determinándose la responsabilidad por el ejercicio de actividades de intermediación por los artículos siguientes.

El anexo de la ley recoge la definición de los servicios de intermediación y establece que «son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet».

La LSSICE regula en sus artículos 15 y siguientes los requisitos para exonerar de responsabilidad a los proveedores de servicios que realicen copia temporal de datos, alojamiento o almacenamiento de los mismos o faciliten enlaces y entre ellos se encuentra el «conocimiento efectivo» que es definido en los artículos 16 y 17 «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».

Esta Sala en STS de 9 de diciembre de 2009, RC n.º 914/2006 y en STS 10 de febrero de 2011, RC n.º 1953/2008 realizó una interpretación del concepto de «conocimiento efectivo» a la luz de la Directiva traspuesta. Así se señaló que la LSSICE no se limitaba a incluir en los supuestos de exención de responsabilidad el conocimiento por parte del proveedor de resolución dictada por órgano competente que declarara la ilicitud, sino que incluía también, de conformidad con el artículo 16 de la LSSICE, la posibilidad de "*otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse*" -, como el conocimiento «*que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate*» o en palabras de la Directiva, en su artículo 14, «*hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito*».

Recientemente el TJUE en Sentencia de 16 de febrero de 2012 (C-360/10) en relación con una cuestión prejudicial en la que se declaró contrario a la normativa comunitaria el requerimiento judicial en el que se ordenara a un prestador de servicios de alojamiento de datos establecer sistemas de filtrado para bloquear la transmisión de archivos que vulneraran los derechos de autor, ha argumentado entre otras razones que con esta situación se podría vulnerar la libertad de información, «*dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito*».

La Gran Sala en STJUE de 23 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C-236/08 y c-238/08 Google France y Louis Vuitton) en un asunto en el que fue demandada Google señaló que «*El artículo 14 de 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), debe interpretarse en el sentido de que la norma que establece se aplica al prestador de un servicio de referenciación en Internet cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de*

los datos almacenados. Si no desempeña un papel de este tipo, no puede considerarse responsable al prestador de los datos almacenados a petición del anunciante, a menos que, tras llegar a su conocimiento la ilicitud de estos datos o de las actividades del anunciante, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible».

CUARTO.- *Aplicación de esta doctrina al caso enjuiciado. Aplicación subjetiva de la ley.*

En el motivo primero del recurso de casación la parte recurrente plantea la no aplicación subjetiva de la LSSICE a Google INC. por tener su domicilio en Estados Unidos. Considera que Google Spain S.L. no representa a la parte demandada, atendiendo a la declaración de su representante legal y a los datos obrantes en el Registro mercantil. La sentencia recurrida ha considerado acreditado en este punto que la demandada opera en España a través de una oficina permanente que tiene en Torre Picasso y que a través de ella realiza toda su actividad dirigida al mercado español.

Este motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones: (i) No corresponde al recurso de casación, sino al recurso extraordinario por infracción procesal, la desvirtuación de la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida pretendida por la parte recurrente; (ii) la aplicación de la LSSICE al caso es correcta al constar acreditado en el procedimiento que la demandada Google Inc. dispone conforme al artículo 2 de la LSSICE de una oficina de ventas en España, según su propia información corporativa disponible, concepto que ha de encuadrarse en el supuesto de domicilio fuera de España, pero con disponibilidad de «forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad».

QUINTO.- *Aplicación de esta doctrina al caso enjuiciado. Aplicación de la LSSICE.*

La aplicación de la doctrina expuesta en el FD 4.º de esta resolución conlleva a la desestimación del segundo y tercer motivo de casación.

La sentencia recurrida concluyó la falta de responsabilidad de la entidad demandada de la falta de «conocimiento efectivo» de la ilicitud de la información que había sido difundida en la red desde el 31 de agosto de 2006 hasta el 24 de mayo de 2008. Esta conclusión se alcanzó tras

afirmar que el demandante había dirigido diversas comunicaciones a la demandada comunicándole la existencia de un procedimiento en marcha y haberse dictado una resolución judicial en la que se declaraba que la información era falsa, *«sin que conste ni haya acreditado la parte actora que remitiera en ningún momento copia de dicha resolución a la parte demandada, puesto que ese sería el momento determinante de la existencia de conocimiento efectivo por parte del prestador del servicio»*.

La conclusión alcanzada por la Audiencia Provincial es conforme con la doctrina establecida en las sentencias de esta Sala antes mencionadas, pues de los hechos acreditados no puede inferirse de forma lógica, al alcance de cualquiera, que la información era falsa ni tampoco que se revelara de su contenido su carácter ilícito, supuesto en el que esta Sala ha declarado en otros casos la existencia de conocimiento efectivo. La circunstancia de que la persona que se consideraba ofendida se hubiera dirigido a Google para la retirada de la información por considerarla ilícita no es suficiente para que se produzca esta conducta, cuando, como aquí ocurre, la información por sí misma tampoco revelaba de manera notoria su carácter ilícito. Tampoco es suficiente que se pusiera en conocimiento el inicio de acciones civiles ni la carta comunicando el 28 de septiembre de 2007 la existencia de una resolución judicial, pues no se remitía junto a ella la resolución judicial de homologación de acuerdo de 18 de septiembre de 2007. Los términos de la carta remitida a Google, en relación a la resolución, tampoco son ciertos, pues la resolución judicial no determinó la falsedad de la información, ni condenó a pagar ni a rectificar al demandado, al consistir en un auto de homologación, lo único cierto era que el demandado había reconocido ante el Juzgado, porque así consta en el auto de homologación, como señala la parte recurrente, la falsedad de la noticia, pero este auto no fue remitido a la demandada, teniendo solo conocimiento de lo que el Sr. Palomo afirmaba.

Por tanto, esta Sala coincide con la valoración fáctica y jurídica de la sentencia recurrida, sin que ninguna vulneración del artículo 17 de la LSSICE se haya producido, habiéndose realizado una aplicación correcta del mismo al excluir de responsabilidad a la entidad demandada por falta de conocimiento efectivo de la falsedad de la información.

Esta misma argumentación conlleva a la desestimación del tercer motivo de casación en el que la parte recurrente pretende la aplicación de la Ley Orgánica 1/1982 para declarar la responsabilidad de Google

"sobre la base del efectivo conocimiento y la posibilidad técnica de control de la información, convirtiéndose en una especie de cooperador necesario, por cuanto, [...] conoce perfectamente la ilicitud de la información". La falta de conocimiento efectivo de la ilicitud de la información hace decaer los argumentos de la parte recurrente.

SEXTO.- *Desestimación del recurso de casación.*

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

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

F A L L A M O S

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Graciano Palomo Cuesta, contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo n.º 702/2009, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9.ª, de fecha 19 de febrero de 2010, cuyo fallo dice

«Fallamos.» Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Graciano Palomo Cuesta, contra la sentencia dictada por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 19 de Madrid en fecha 13 de mayo de 2009.

» Todo ello con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante».

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

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte que lo interpuso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Juan Antonio Xiol Ríos
Gabriel

José Ramón Ferrándiz

Antonio Salas Carceller
Gargallo

Ignacio Sancho

Rafael Sarazá Jimena
Bayón Cobos

Rafael Gimeno-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Juan Antonio Xiol Ríos**, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.