



Roj: **STS 3970/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3970**

Id Cendoj: **28079119912022100012**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **03/11/2022**

Nº de Recurso: **997/2021**

Nº de Resolución: **747/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 747/2022**

Fecha de sentencia: 03/11/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 997/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Procedencia: AUD.PROVINCIAL A CORUÑA. SECCIÓN 5.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: EMGG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 997/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 747/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres



D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Juan María Díaz Fraile

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 3 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Leovigildo , representado por la procuradora Dña. Fátima Pereira Santelesforo, bajo la dirección letrada de Dña. María Jesús Rico Infante, contra la sentencia núm. 356/20, dictada el 25 de noviembre de 2020 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, en el rollo de apelación núm. 559/2019, dimanante de los autos de procedimiento ordinario núm. 95/2019 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ferrol sobre tutela judicial civil del derecho al honor.

Ha sido parte recurrida Dña. María Esther y D. Oscar , representados por la procuradora Dña. Mónica García Montero y bajo la dirección letrada de D. José López Balado.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Dña. Mónica García Montero, en nombre y representación de Dña. María Esther y D. Oscar , interpuso una demanda de juicio ordinario en solicitud de tutela efectiva del derecho al honor e intimidad personal y familiar y a la propia imagen, contra D. Leovigildo , en la que en base a los hechos y fundamentos de derecho expuestos solicitaba se dictase sentencia en virtud de la cual se declarase:

«[...]1. La intromisión ilegítima en el honor de los demandantes, por parte de D. Leovigildo y se le condene a estar y pasar por ello.

» 2. Se condene al demandado a cesar en la intromisión ilegítima en los derechos de mis representados y a eliminar de su perfil de DIRECCION000 los comentarios lesivos y que se describen en la presente demanda.

» 3. En el caso de que la sentencia sea estimatoria de nuestras pretensiones, se condene al demandado a la publicación íntegra de la sentencia por el mismo cauce por el que ha vertido dichas manifestaciones injuriosas, es decir, DIRECCION000 y cualesquiera otras redes sociales de las cuales el demandado pudiese disponer.

» 4. Se condene al demandado a indemnizar los daños y perjuicios causados, indemnización que se cifra en DIEZ MIL EUROS (10.000€), o en la cantidad que prudencialmente fije el Juzgado teniendo en cuenta los antecedentes de esta demanda.

» 5. Se condene al demandado al pago de las costas del presente procedimiento».

2. Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ferrol fue registrada como procedimiento ordinario núm. 95/2019. Admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada para que se personara y presentara su escrito de contestación, lo que hizo en tiempo y forma, oponiéndose a la misma, solicitando que fuera desestimada y se le absolviera de todos los pedimentos de contrario, con imposición a los demandantes de todas las costas ocasionadas.

3. Tras seguirse los trámites correspondientes, celebrado el juicio y practicada la prueba propuesta y admitida, las partes alegaron lo que tuvieron por conveniente y declarados los autos conclusos para sentencia el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Ferrol dictó sentencia de fecha 2 de septiembre de 2020, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«FALLO

» Debo desestimar y desestimo la demanda presentada por DÑA. María Esther , y D. Oscar contra don Leovigildo .

» Las costas del demandado serán abonadas por los demandantes».

### SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*



1. La sentencia fue recurrida en apelación por la representación de la parte demandante, Dña. María Esther y D. Oscar, recurso al que se opuso en tiempo y forma la representación de D. Leovigildo. El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación interpuesto, solicitó su desestimación y que se confirmara la sentencia recurrida en lo que atañe a la intromisión ilegítima en el derecho al honor.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, que lo tramitó con el número de rollo 559/2019 y, tras seguirse los correspondientes trámites, dictó la sentencia núm. 356/20 de 25 de noviembre de 2020, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO

» Que, con estimación parcial del recurso de apelación de los demandantes Doña María Esther y Don Oscar, se revoca en parte la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se acuerda estimar en parte la demanda de aquéllos y se declara la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes por parte del demandado Don Leovigildo por las frases y expresiones ofensivas ya especificadas en el fundamento de derecho séptimo, y por ello le condenamos cesar en tal intromisión y a eliminar de su perfil de DIRECCION000 dichos comentarios lesivos, así como a publicar esta sentencia en la forma parcial indicada en el fundamento octavo. Asimismo le condenamos a indemnizar a los demandantes en la cantidad de 3 mil euros, con los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la presente sentencia de apelación, todo ello sin hacer mención especial de las costas de ambas instancias y devolución del depósito constituido para recurrir».

**TERCERO.** *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. Contra dicha sentencia la representación de D. Leovigildo interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

1.1 Interpone el recurso extraordinario por infracción procesal al amparo de lo establecido en el art. 469, en relación con el art. 477.2 de la LEC, en virtud de las normas transitorias establecidas por la Disposición Final 16ª de la LEC.

Fundamenta la interposición del recurso en cinco motivos que introduce con los siguientes encabezamientos:

(i) «[...] Primero. - Al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 120.3 de la CE, del artículo 248.3 de la LOPJ y del artículo 209 de la LEC en relación con el artículo 218.2º de la LEC, al adolecer de una falta grave de motivación.

(ii)» Segundo. - Al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 de la LEC; por infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia, y por infracción de los artículos 218.1º de la LEC, al incurrir en incongruencia interna.

(iii)» Tercero. - Al amparo de los ordinales 3º y 4º del artículo 469.1 de la LEC, se funda en infracción del art. 10 LEC y del art. 24 de la CE., porque la sentencia recurrida admite la legitimación pasiva ad causam de mi representado para responder civilmente de la vulneración del derecho al honor de los demandantes por comentarios realizados por terceras personas.

(iv)» Cuarto. - Al amparo del ordinal 4.º del artículo 469.1 de la LEC, por vulneración del artículo 24.1 de la CE, en relación con el artículo 326 y 319 de la LEC, por error en la valoración de la prueba.

(v)» Quinto. - Al amparo del ordinal 4.º del artículo 469.1 de la LEC, por vulneración del artículo 24.1 de la CE, por error en la valoración de la prueba en relación con los artículos 218.1º, 217.2º y 376 de la LEC».

1.2 Interpone el recurso de casación al amparo de lo establecido en el art. 477.2. 1 de la LEC.

Fundamentado en base a tres motivos que introduce así:

«[...] Primero.- Infracción del artículo 20.1º a) y d) de la CE en relación con el artículo 18 de la misma y los artículos 2.1 y 7.7 de la L.O. 1/82, y de la jurisprudencia relativa a los criterios normativos que rigen la ponderación de los derechos fundamentales en colisión (libertad de expresión versus derecho al honor), al prevalecer el derecho a la información y a la libertad de expresión frente al derecho al honor de los demandantes (invocado de contrario).

» Segundo.- Infracción del artículo 20.1º a) y d) en relación con el artículo 18 de la CE y los artículos 2.1 y 7.7 de la Ley Orgánica 1/82. Infracción de la jurisprudencia que establece los criterios de ponderación del ejercicio de los derechos fundamentales en colisión: "libertad de expresión versus derecho al honor", todo ello en relación con la incorrecta aplicación del derecho y Jurisprudencia aplicable a la responsabilidad civil de mi representado respecto del ejercicio de la libertad de expresión de terceras personas.



» Tercero.- Infracción del artículo 9.3 de la Ley de Protección al Honor la Intimidación Personal Familiar y a la Propia Imagen. Arbitrariedad y desproporción de la cuantía de la indemnización».

3. Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas las partes, por auto de fecha 20 de octubre de 2021 se acuerda admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito la procuradora doña Gloria, oponiéndose a los recursos interpuestos así como a la admisibilidad de los mismos, solicitando «[...]que se dicte providencia declarando la inadmisibilidad de ambos recursos y, supletoriamente, sentencia desestimándolos íntegramente, con imposición de costas al recurrente». Conferido traslado al Ministerio Fiscal, en base a la argumentación que expone en su escrito de 17 de diciembre de 2021, apoya los recursos de casación y extraordinario de infracción procesal interpuestos.

3. Por providencia de 4 de febrero de 2022 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista pública.

4. Por providencia de 23 de febrero de 2022, se señaló para la votación y fallo el día 22 de marzo de 2022, acordándose en esa fecha que se suspendiera la deliberación una vez había sido iniciada y que se sometiera a la decisión del Pleno de la Sala el conocimiento de los recursos.

5. Por providencia de 22 de julio de 2022 se señaló para la deliberación y fallo el día 4 de octubre de 2022, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. D. Leovigildo publicó en su perfil de DIRECCION000 los siguientes comentarios:

i) El día 7 de diciembre de 2016:

«Hoy es un día GRANDE y especial, un día donde vuelve a brillar el sol y donde, por fin, un sueño puede seguir forjándose... Después de un año, desde el 19 de Noviembre de 2015, en el cual no he tenido más que trabas e innumerables injusticias y demoras por parte del Ayuntamiento de DIRECCION001, con una paralización incluso de obras donde, desde esa fecha, no he podido hacer nada en mi propia casa... Ni pintar, ni poner un ladrillo, ni pegar una plaqueta... nada! Con numerosas visitas de la Policía Local a mi domicilio, como si de delincuentes se tratase, para comprobar que aquí todo estaba parado... Después de aguantar la falsedad y ver la cara de soberbia de mis vecinos de la finca colindante, íntimos amigos del Concejal de obras de este Ayuntamiento, tratando por todos los medios de no dejarnos avanzar en este proyecto... Porque no somos de aquí de toda la vida, porque llevamos aquí en este pueblo 3 años, porque aquí se creían que tienen más derechos los vecinos "antiguos" que los "venideros", porque hoy es un día GRANDE... Y porque a mi vecina de al lado, muy conocida ella por ser la panadera del pueblo, no le ha servido de NADA llevarle a diario el pan a la puerta de su casa al propio Concejal... Hoy es un GRAN día!!! Hoy la ley y el Ayuntamiento de DIRECCION001 nos ha dado la razón y, previo pago de las tasas correspondientes, nos han dado POR FIN la licencia de obras de la construcción de las instalaciones para mis perros. Hoy estoy feliz y tengo que agradecer, sobre todo y por encima de todo, la ayuda y apoyo desinteresado de dos grandes profesionales sin los cuales esto no sería posible. Mi marido y compañero de vida, Anselmo y mi cuñado Argimiro, "mi" abogado y arquitecto respectivamente por haber hecho posible todo ello de forma totalmente desinteresada. A ti, Argimiro, por tu paciencia al tratar el tema, por mantenerte siempre en contacto con el aparejador del Ayuntamiento, por las modificaciones que has tenido que ir haciendo, por tu trabajo, por estar ahí... MUCHAS GRACIAS!! Y a ti, Anselmo, mi amigo, mi compañero, mi pareja, mi otro yo y, por supuesto, mi marido... Agradecerte, por encima de todo, estar al tanto de todas las leyes de urbanismo, por mirar constantemente jurisprudencia, por acompañarme a hablar con el Alcalde, por los numerosos escritos que has presentado al Ayuntamiento, por rebatir con fundamentos y con las leyes en la mano todas las trabas ilegales que se sacaban de la manga y nos han interpuesto para no dejarnos continuar, por estar siempre ahí... MUCHAS GRACIAS!!! Próximamente, cuando venga el buen tiempo, hacia el verano... mis dos instalaciones estarán acabadas! Una de ellas para mis pequeñajos, con sus estancias, sus patios cubiertos, jardines privados, cuarto de aseo, calefacción... etc. Y la otra instalación que estará destinada a "Hotel Canino" para dar servicio a todas aquellas personas, y sus mascotas sobre todo, que en épocas de vacaciones y días que no puedan atenderlos personalmente puedan dejarlos en buenas manos, con todas las comodidades y atenciones. Hoy sigo llorando, sí, pero ya no lo hago de rabia, impotencia y frustración; hoy lloro de alegría y felicidad... porque hoy sigue siendo un día GRANDE!!».

ii) El día 5 de junio de 2017:



«Hoy hago público, después de varios meses de sufrir "en silencio" los continuos ataques directos e indirectos que venimos sufriendo, tanto mi marido como yo, que se han tomado las oportunas medidas legales contra Oscar y Ramona , "mis adorables vecinos". Desde que, hace unos años, iniciamos las obras de cierre de la finca de nuestra vivienda, así como la construcción de las instalaciones para alojamiento y cría de mis perros en el año 2014, todo han sido problemas con el Ayuntamiento de DIRECCION001 , sobre todo por parte del aparejador Efrain y el concejal de obras Emiliano , cuya estrecha amistad con mis vecinos es de todos conocida, y han tratado de hacer todo lo habido y por haber para que no pudiésemos realizar dichas obras. De hecho, la cuñada del propio concejal, "trabaja" como limpiadora en casa de los vecinos.

» El ayuntamiento desobedece y se pasa por alto los plazos administrativos que tiene para contestar nuestros escritos, para otorgar las licencias oportunas y emitir la caducidad por la paralización de obras, y todo ello por la amistad que les une con mis vecinos.

» Sufrimos acoso, insultos que no quiero ni mencionar y vejaciones por parte de mis vecinos, y parece que a los que compete todo esto les ampara y apoya. Que salgas a tu jardín y se rían de ti y que no te sientas cómodo ni en tu propio hogar.

» El pasado sábado día 3 de este mes de junio, me encuentro con que mi vecino (que tiene una construcción ilegal de chabolas de tablas de madera donde aloja gallinas, caballos y demás).

» No hablando con el concejal sin que haya denuncia firme contra nosotros, como han hecho ellos... Lo que recibo al recriminarle su actuación y obra son insultos, por supuesto vejatorios y homofóbicos, sintiéndose siempre superiores a nosotros (que somos "venideros" y no somos naturales de DIRECCION001 ), y varios de esos insultos son grabados por la cámara de mi teléfono móvil, la cual le he enseñado hoy a la Guardia Civil.

»Tengo varias cámaras webs "ip" en casa, las cuales utilizo en su mayoría para ver a los perros y cachorros cuando no puedo estar con ellos. Y una de esas cámaras, la tengo en ocasiones en una de las ventanas de mi casa, justo encima de la puerta del sótano, enfocando al exterior, a mi cierre y a mi finca... a modo de vigilancia exterior. Indirectamente, esa cámara capta al fondo una galería ilegal y una terraza que mis vecinos tienen pegada a mi finca y en la que se asoman hacia mi jardín y, en numerosas ocasiones, tiran porquería. Es increíble que, como se suele decir, quien más tiene que callar... es el que más habla y mas ofende! En la "falsa" denuncia que nos han interpuesto hoy, han tratado de meter a menores de edad en la misma... haciendo fotos a 2 niños, nietos de mis vecinos, con la cámara de vigilancia al fondo, como si la misma estuviese direccionada a grabar a esos niños cuando están fuera con algún extraño fin. Algún extraño fin? Por qué? Porque somos una pareja del mismo sexo? Somos pederastas o pedófilos? Con estas cosas no se juega y con mentiras... tampoco! No somos delincuentes. No somos maleantes. Y, sobre todo, no somos pederastas ni nos gustan los niños por el hecho de ser un matrimonio formado por 2 hombres. Me aterra el hecho de tocar, simplemente, este tema y me parece caer muy bajo.

» Maldad, envidia, homofobia y demás... nos encontramos ante la peor de las "faunas" humanas!.

» No hay cosa peor que unos vecinos "tocawebos".

» No hay peor cosa que un vecino puñetero y si, aún encima, ese vecino es amigo de toda la vida del Concejal de Obras y demás corporación.

»Y si ya a ello le sumas el amiguismo de cargos públicos que los amparan para perjudicarnos con el tema de las obras... es muy fuerte!". "Cuando ya se sabía que había tanta amistad entre algunos miembros de su corporación y mis vecinos.

»Ya si encima te tocan unos vecinos puñeteros (...) con sus amigos y enchufes.

» Retrógrados.

» Es que es indignante y muy cruel querer hacer algo así utilizando a unos niños. Si los padres de los mismos se han prestado a ello, será porque son todos iguales en esa casa. Ya sabes lo que suele decirse; de tal palo... tal astilla!

» Unos vecinos tan dañinos.

» Y encima, que ellos son los que cometen las ilegalidades y tienen ahí adosada su balconada y galería, ante el Ayuntamiento de DIRECCION001 somos nosotros los que no podemos cerrar nuestra finca en el límite como estipula la ley. Según nos dicen, les damos sombra! Les damos sombra? Pero es que "eso" no tenía que estar ahí!!! Increíble, increíble. Nosotros, que llegamos nuevos y no protestamos por esa construcción cuando nos mudamos... Pero que quieras cerrar tu finca y, ante el Ayuntamiento, seas tú el que estás cometiendo una irregularidad... eso tiene un nombre:



» Corrupción! Caciquismo!

» Encima, por parte del Ayuntamiento se apoye a unos vecinos molestos, homofóbicos y con construcciones ilegales.

» Nos denuncian ante la Guardia Civil con injurias y calumnias, el amiguismo que mis "adorables vecinos" tienen con varias personas de su corporación y La respuesta que hemos obtenido por su parte ha sido una denuncia falsa ante la Guardia Civil también el mismo lunes día 5, y queriendo meter a menores de edad por medio. Curioso, no?».

iii) Y el día 1 de febrero de 2017:

«Jajajaja... gracias! Ya vessss... Guillermo ! Y tanto que quería comer solo ella, de ahí que tenga esa cara de bollo de pan de 5 kg... [...]» en respuesta al comentario que hizo en su perfil, al hilo de la comunicación inicial y el mismo día en que tuvo lugar (el 7 de diciembre de 2016), D. Guillermo : «Pues para ser panadera deja mucho q desear p q todos tenemos q comer y por lo q veo solo quería comer ella».

**2.** D.<sup>a</sup> María Esther y D. Oscar interpusieron una demanda contra D. Leovigildo al considerar constitutiva de una intromisión ilegítima en su derecho al honor la publicación:

i) Tanto de dichos comentarios, que afirman son injuriosos y han afectado de manera perjudicial a su vida personal, familiar y profesional, ya que han sido visualizados por una gran cantidad de seguidores del DIRECCION000 del demandado, compartidos 1280 veces y recibido 447 «me gustas».

ii) Como la de aquellos otros que, a consecuencia de ellos, fueron realizados en el perfil de DIRECCION000 del demandado por terceras personas:

a) Calificándolos de «homófobos», «sin vergüenzas», «incultos», «ignorantes», «garrapatas», «basura», «borregos», «incivilizados», «mierda de vecinos que los jordan bien con un palo astillado», «intolerantes», que tienen «un coeficiente intelectual de cero», «gentuza», «En los ayuntamientos pequeños por desgracia aún existe el caciquismo entre concejales y sus amiguitos de copas y fiestas. Se creen con total impunidad porque descuelgan el teléfono y llaman a su amiguito concejal. Leovigildo seguir luchando porque la ley os ampara y está por encima de cualquier ignorante que se cree terrateniente aún. Sobre lo de tema homófobo por desgracia es la agresión más socorrida contra unos gays».

b) Insultando a su nuera, como en el caso de Celsa que comentó: «la nuera es de lo peor me parece patética y solo la conozco de vista».

c) O amenazándoles gravemente como en los casos de Daniela , Edurne y Elsa que comentaron, respectivamente: «Contrata a un matón.. Con gente así tanto formalismo no vale para nada.. Unas ostias bien dadas y después a saber quién ha sido»; «K vecinas mas asquerosos yo los likido y acabamos antes»; y «Eso es vivir condenado yo les pego un tiro al padre a la madre y al hijo y así me condenan pero por algo».

**3.** El demandado se opuso a la demanda y el Juzgado de Primera Instancia la desestimó al considerar:

i) Que en el DIRECCION000 del día 7 de diciembre de 2016 lo que hizo el demandado fue comunicar su alegría a un colectivo indeterminado de personas al conseguir, una vez superadas determinadas trabas administrativas, una licencia de obra o actividad, al tiempo que expresaba su agradecimiento a su esposo y a su cuñado por la labor que habían realizado a tal fin, como abogado y arquitecto, respectivamente; que la mención a los demandantes en dicho comentario era circunstancial y que en él no se contenían expresiones injuriosas ni calumniosas, no habiéndose producido, por lo tanto, intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes; y que la referencia a la profesión (panadera) y cara de la demandante (bollo de pan), producida casi un mes después de la comunicación inicial y realizada en el marco de una conversación online entre dos personas fue desafortunada, pero no atentatoria contra su derecho al honor, porque para vincularla con la demandante hubiera sido necesario prestar atención a las diferentes conversaciones durante casi un mes, ser vecino de DIRECCION001 y conocer a ambos intervinientes.

ii) Y que en la comunicación del DIRECCION000 del día 5 de junio de 2017 no existe ninguna expresión injuriosa o vejatoria hacía sus vecinos, los demandantes, ni intromisión en su derecho al honor, sino que simplemente se relatan las denuncias que se cruzaron y las malas relaciones que mantenían.

**4.** Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial, estimándolo en parte, declaró la existencia de la intromisión ilegítima en su derecho al honor y condenó al demandado a cesar en ella, a eliminar de su DIRECCION000 los comentarios lesivos, a publicar parcialmente la sentencia, y a pagar a los demandantes, en concepto de indemnización, la suma de tres mil (3000) euros, sin verificar expresa condena en las costas de la primera instancia y de la apelación.



Al analizar los comentarios litigiosos, la Audiencia Provincial empieza señalando que:

«Una parte son contenidos de tipo informativo acerca de un conflicto real entre el demandado y su esposo con el ayuntamiento y con los vecinos demandantes por unas obras, su paralización, tiempo transcurrido, actuaciones u omisiones, y denuncias cruzadas. Otra parte son opiniones personales críticas y reproches de tipo valorativo sobre conflicto y la actuación o denuncias de los demandantes, pero mayormente dirigidas contra la actuación del ayuntamiento o de personas del mismo intervinientes en el asunto, por considerarlo el demandado frustrante, irregular y contrario a la legalidad, injusto, incluso influenciado por amiguismo en el pueblo o por el estilo (favoritismo, enchufismo, caciquismo), con diferencia de trato para las obras en su finca respecto a las realizadas por sus colindantes, que entiende ilegales al igual que sus denuncias, tachadas de injustas o falsas, y en definitiva por estar, pasando por un infierno».

Para la Audiencia Provincial estas manifestaciones guardan relación con un conflicto real y, aunque subjetivamente puedan disgustar o enfadar a los demandantes y ponerles nerviosos, no desbordan el marco de la libertad informativa y de expresión u opinión en una sociedad democrática. Pero a continuación precisa que:

«[...] se difundieron también en esa red social una serie de comentarios conteniendo frases y expresiones en forma de insultos, burlas escarnecedoras e hirientes, así como de simuladas amenazas ofensivas, que no venían a cuento, a todas luces excesivas e innecesarias por no aportar nada a la información ni a la discusión o debate, y teniendo una clara intencionalidad o significación en sí misma vejatoria y denigrante para la dignidad de cualquier persona en una sociedad democrática y en concreto de los demandantes [que...] Constituyen una innegable intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes [...] Pues [...] no existe un "derecho al insulto", expresiones vejatorias, ofensivas, ultrajantes, para manifestar opiniones o informaciones, lo que sería un maltrato contrario a la dignidad de la persona protegida por la Constitución y las leyes».

Las frases o expresiones en cuestión, que se anotan en la sentencia recurrida identificando a los terceros que las profirieron por las iniciales de sus nombres, son las siguientes:

«El comentario del demandado diciendo de la demandante, trabajadora de una panadería del pueblo, que tiene "esa cara de bollo de pan de 5 kg". Tratar a los demandantes de "gentuza" ( Anselmo . y María Esther . 5 junio, o Efrain . -"jentuza"-, Argimiro . y , María Esther . 6 de junio), "sinvergüenzas" e "incultos" ( Leovigildo . 5 junio), o "sinverguensas!!!" ( Argimiro . 6 junio). Darles el "valor que tiene la basura" ( Argimiro . 5 junio). "Asco de garrulos" ( María Esther . 5 junio). Decir no ya que "las moscas son cojoneras" sino "plaga de garrapatas hambrientas" ( Aurelio . 6 junio). Los comentarios: "vecinos asquerosos yo los liquido y acabamos antes" ( Eduarne . 6 junio); "Contrata a un matón (...) Unas ostias bien dadas y después a saber quién ha sido" ( Leovigildo . 6 junio); "yo les pego un tiro al padre, a la madre y al hijo" ( Argimiro . 7 junio)».

Para la Audiencia Provincial de estas frases y expresiones:

«No se puede, decir que se tratase de comentarios en privado entre particulares, pues se expusieron en un DIRECCION000 abierto, compartido, por propia voluntad del demandado, que incluso pedía a los usuarios compartir los contenidos y por tanto propagar su difusión a más personas, como sucedió efectivamente en la red y trascendió en el pueblo».

Y en relación con ellas:

«Tampoco se le puede eximir de responsabilidad civil [al demandado] por proceder tales frases o expresiones de terceras personas pues, además de que una de ellas es del propio demandado, es evidente que no fue algo puntual ni que le pudiera pasar desapercibido, sino que tuvieron su aquiescencia o conformidad, al responder a prácticamente todos los comentarios y agradecer las intervenciones. Incluso llegó a bloquear y borrar los comentarios de signo distinto de un vecino que pidió sensatez y moderación en el lenguaje, como puso de manifiesto al testificar en el juicio».

De otra parte, para fijar la cuantía de la indemnización, la Audiencia Provincial, partiendo de lo establecido por el art. 9.3 LOPDH, argumentó lo siguiente: «[...] hay que tener en cuenta la afectación personal que naturalmente ha de producir en los demandantes los comentarios denigrantes y vejatorios objeto de infracción contra el honor en esta sentencia. Pero también que la desestimación de los restantes reproches al honor imputados en la demanda. Además de que la parte más importante de la afectación no deriva realmente de aquello sino de la tensión nerviosa producida por las malas relaciones y prolongación del conflicto con sus vecinos colindantes en diversos ámbitos. Y que las expresiones y frases objeto de condena no se difundieron más que en el DIRECCION000 en cuestión, con cierta extensión, aunque limitada a los contenidos compartidos, y en parte a nivel local, no en otros medios ni con mayor amplitud, no pudiendo decirse que los demandantes y familia con quienes conviven sean conocidos más allá del pueblo y alrededores

»[...]



» Sopesando lo expuesto el Tribunal no puede conceder la cantidad indemnizatoria pedida en la demanda por daño moral, sino otra más adecuada al caso de tres mil euros».

5. El demandado-apelado (ahora recurrente) ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, con fundamento en cinco motivos, y, por el cauce del art. 477.2. 1º LEC, recurso de casación, con fundamento en tres motivos.

Todos los motivos de ambos recursos han sido admitidos.

Los demandantes-apelantes (ahora recurridos) se han opuesto y han alegado, además, causa de inadmisión del recurso de casación.

El fiscal apoya ambos recursos.

### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

#### **SEGUNDO. Motivos del recurso. Decisión de la sala**

1. En el motivo primero se denuncia la infracción de los arts. 120.3 CE, 248.3 LOPJ y 209 en relación con el 218.2º, ambos de la LEC, por falta de motivación.

El recurrente alega que la Audiencia Provincial no motiva la conclusión a la que llega «[...] al considerar como vulnerado el derecho al honor de los demandantes con la expresión, "esa cara de bollo de pan de 5 Kg" [...]» ni su condena «[...] por los comentarios formulados por terceras personas; ya que el titular del derecho a la libertad de expresión en cada comentario no es [...] él] sino terceras personas que realizan comentarios de forma libre y espontánea [...]».

La motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir institucionalizada en el art. 120.3 CE, es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE que permite conocer las razones de la decisión contenida en ellas y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos (por todas, sentencia 108/2022, de 14 de febrero).

La sentencia recurrida cumple dicha exigencia. Se dice en ella que la expresión mencionada (al igual que los comentarios realizados por los terceros que ya hemos consignado con anterioridad) tiene un carácter insultante, burlón, escarnecedor e hiriente; que no venía a cuento y resultaba excesiva e innecesaria, ya que no aportaba nada a la información ni a la discusión ni al debate; que su significación es en sí misma vejatoria y denigrante para la dignidad de cualquier persona en una sociedad democrática; y que constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes, porque no existe un derecho al insulto ni a la utilización de expresiones vejatorias, ofensivas o ultrajantes para manifestar opiniones o informaciones, puesto que ello supondría un maltrato contrario a la dignidad de la persona protegida por la Constitución y las leyes. Añadiéndose, para explicar por qué se considera responsable al demandado de los comentarios proferidos por los terceros, por un lado, que estos se expusieron en un DIRECCION000 abierto por la voluntad de aquel, que incluso pedía a los usuarios compartir los contenidos y, por tanto, propagar su difusión a más personas, como sucedió efectivamente en la red y trascendió en el pueblo; y por otro lado, que la publicación de dichos comentarios en el DIRECCION000 del demandado no fue algo puntual o que le pudiera pasar desapercibido, sino que tuvieron su aquiescencia o conformidad al responder a casi todos ellos, agradeciendo las intervenciones, e incluso llegando a bloquear y borrar los comentarios de signo distinto de un vecino que pidió sensatez y moderación en el lenguaje, como puso de manifiesto al testificar en el juicio.

Como se ve, la razón de la decisión está expuesta de forma clara y suficiente. Se puede comprender con sencillez y controlar sin dificultad. Otra cosa es si resulta acertada o no, lo que habrá que examinar, en su caso, en el recurso de casación.

El motivo primero se desestima.

2. En el motivo segundo se denuncia la infracción del art. 218.1º LEC por incongruencia interna.

El recurrente alega la existencia de contradicción «entre las conclusiones sentadas en los Fundamentos Jurídicos y los pronunciamientos recogidos en el Fallo, pues el carácter subjetivo del derecho al honor y del derecho a la libertad de expresión, implica que su ejercicio y las consecuencias del mismo corresponda exclusivamente a sus titulares, como así lo recoge respecto del derecho al honor de terceras personas que no sean los demandantes, sin embargo el Tribunal se aparta de ese criterio para condenar[le] [...] por los comentarios de terceras personas en el ejercicio de su derecho de libertad de expresión, sin que exista ninguna motivación o fundamentación jurídica en la propia sentencia recurrida que justifique al Tribunal apartarse de su criterio».

El motivo es defectuoso por partida doble. Por un lado, porque mezcla cuestiones heterogéneas al referirse, cuando tiene por objeto la incongruencia, a la falta de motivación. Y por otro lado, porque la naturaleza de la



cuestión que está planteando no es procesal, sino sustantiva, dado que lo que encierra es una excepción de falta de legitimación pasiva *ad causam*. Y tal cuestión no es procesal, sino de fondo, pues su determinación conlleva examinar el derecho al propio ejercicio de la acción, lo que excede del recurso extraordinario por infracción procesal y pertenece al ámbito del recurso de casación. Es claro, por lo demás, que el fallo de la sentencia es plenamente consistente con su fundamentación y que no hay ninguna contradicción entre lo decidido en aquel y alguna conclusión sentada en esta como consecuencia de una argumentación decisiva.

El motivo segundo se desestima.

**3.** En el motivo tercero se denuncia la infracción de los arts. 10 LEC y 24 CE, por admitir la sentencia recurrida la legitimación pasiva *ad causam* del demandado, ahora recurrente «[...] para responder civilmente de la vulneración del derecho al honor de los demandantes por comentarios realizados por terceras personas [...]».

Procede aquí reiterar y dar por reproducido lo señalado en el motivo anterior sobre la legitimación pasiva *ad causam*.

El motivo tercero se desestima.

**4.** Los motivos cuarto y quinto los examinaremos conjuntamente, dado que ambos plantean la existencia de error en la valoración de la prueba y la infracción del art. 24.1 CE, en un caso, en relación con la prueba de documentos privados con vulneración de los arts. 326 y 319 LEC; y en el otro, en relación con la prueba testifical con vulneración de los arts. 218.1º, 217.2º y 376 LEC.

El recurrente alega, por un lado, que la afirmación contenida en la sentencia de que los comentarios realizados por terceras personas contaron con su aquiescencia o conformidad al responder a casi todos ellos y agradecer las intervenciones «[...] atenta de forma clara contra la racionalidad de la valoración de la prueba, y resulta claramente arbitraria, pues de la totalidad de [...] sus] palabras [...] se desprende una queja y malestar ante una situación que la propia Audiencia Provincial denomina como "estar pasando por un infierno", y éste es el único motivo por el que [...] agradece el apoyo que se le muestra a través de los comentarios pero en ningún caso de sus palabras, escritas en su perfil, se puede desprender un ánimo de incitación al uso de palabras inapropiadas ni un tono agresivo, sino todo lo contrario, con sus respuestas a los comentarios reconduce las conversaciones al tono de denuncia inicial que es el único motivo que provocó que hiciese las publicaciones en su perfil personal de DIRECCION000 ». Y por otro lado, dice que la declaración testifical de D. Vidal y la de su marido (del recurrente) D. Anselmo evidenciarían una actitud beligerante por parte del primero que sin duda chocaría «[...] con la sensatez y moderación que se dice por el Tribunal que reclamaba [...]»; que «En cualquier caso, no se eliminaron sólo los comentarios del testigo sino todas las contestaciones a dicho comentario por haberse iniciado una discusión online que [...] consideró que no era su perfil personal el lugar idóneo para que se produjese sin más»; y que «De la valoración global de la prueba testifical del D. Vidal y de D. Anselmo, resulta ilógico y arbitrario deducir exclusivamente que se trataba de eliminar comentarios que pedían sensatez y moderación en el lenguaje pues esa sensatez y moderación se puede observar en el resto de comentarios, (más de 600), que recibió la publicación y que para el Tribunal no atentaron contra el honor de los dtes.».

Nuestra doctrina jurisprudencial sobre el error en la valoración de la prueba, contenida, entre otras muchas, en las sentencias 853/2021, de 10 de diciembre, 562/2021, de 26 de julio y 141/2021, de 15 de marzo, podemos resumirla, por lo que ahora interesa, en las siguientes proposiciones: (i) el recurso extraordinario por infracción procesal solo se puede fundar en los motivos tasados que se enumeran en el art. 469 LEC entre los que no figura el error en la valoración de la prueba, lo que pone de manifiesto que el legislador reservó dicha valoración para la primera y la segunda instancia y se cuidó de no convertir al Tribunal Supremo en una tercera instancia; (iii) sin embargo, con fundamento en el art. 24 CE, como garantía del juicio justo y por el cauce del art. 469.1.4º LEC, cabe corregir las valoraciones probatorias que contravengan el canon de racionalidad que debe presidir la adopción de cualquier decisión judicial conforme a lo exigido por el Tribunal Constitucional para que se respete el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; (iii) dicho canon se contraviene por la concreta infracción de una norma tasada de valoración de la prueba o cuando esta incurre en errores fácticos de constatación objetiva y trascendencia acreditada en la decisión del proceso que resultan patentes, manifiestos, evidentes o notorios e inmediatamente verificables de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales; (iv) pero no se vulnera cuando, tratándose de pruebas a valorar conforme a las reglas de la sana crítica, las conclusiones de la parte son distintas a las conclusiones del tribunal, pues valoración discordante no es lo mismo que valoración conculcadora del canon de racionalidad, no pudiendo en estos casos anteponerse a la del tribunal la valoración de la parte que discrepa del resultado de una actividad que resulta distintiva y forma parte de la esencia del ejercicio de la función jurisdiccional.

Examinadas, a la luz de la doctrina anterior, las alegaciones del recurrente, concluimos que estas no justifican que la Audiencia Provincial haya realizado una valoración de la prueba conculcadora del canon de racionalidad constitucional.



La Audiencia Provincial no dice que de lo escrito por el recurrente en su DIRECCION000 se desprenda un ánimo de incitación al uso de palabras inapropiadas ni un tono agresivo. Dice que los comentarios de los terceros contaron con su aquiescencia o conformidad. Y esta conclusión, que no infringe ninguna norma de valoración tasada de la prueba, y que la Audiencia Provincial sustenta en el hecho de que el recurrente contestó a casi todos los comentarios agradeciendo las intervenciones, lo que aquel no niega, aunque su conclusión sea otra, no puede caracterizarse como un error patente, manifiesto, evidente o notorio e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

Y tampoco puede considerarse que la Audiencia Provincial haya incurrido en un error de tales características, por considerar probado, a partir de una prueba testifical, que se valora conforme a las reglas de la sana crítica, que el recurrente «incluso llegó a bloquear y borrar los comentarios de signo distinto de un vecino que pidió sensatez y moderación en el lenguaje, como puso de manifiesto al testificar en el juicio», cuando es lo cierto, aunque la valoración de aquel sea otra, que, tal y como sostiene la Audiencia Provincial, eso fue lo que dicho testigo, D. Vidal, declaró, efectivamente, al ser interrogado en el juicio.

Lo que realmente subyace bajos los dos motivos es la disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba realizada por la Audiencia Provincial, pero, como ya hemos dicho, valoración discordante no es lo mismo que valoración conculcadora del canon de racionalidad, no pudiendo en estos casos anteponerse a la del tribunal la valoración de la parte.

Además, el motivo quinto, cuyo objeto es el error en la valoración de la prueba, resulta defectuoso, ya que menciona como infringidos, junto a los arts. 24.1 CE y 376 LEC, el art. 218 LEC, sobre exhaustividad y congruencia de las sentencias, y el art. 217 LEC, sobre carga de la prueba. La vulneración de la norma sobre exhaustividad y congruencia de la sentencia y la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva por error en la valoración de la prueba no se pueden acumular, puesto que son infracciones de diferente naturaleza. Y tampoco cabe denunciar al propio tiempo y sobre un mismo hecho, ya que ello contraviene el principio lógico de no contradicción, la infracción de la norma sobre carga de la prueba (que supone que la sentencia ha adoptado un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuido las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas establecidas en el art. 217 LEC y desarrolladas por la jurisprudencia) y la existencia de error en la valoración de la prueba (que supone que la sentencia recurrida ha basado su decisión en la existencia de prueba sobre los hechos relevantes, aunque en dicha valoración se haya incurrido en un error que conculca el canon de racionalidad constitucional al que con anterioridad nos hemos referido).

Los motivos cuarto y quinto se desestiman.

En conclusión, el recurso extraordinario por infracción procesal se desestima.

### **Recurso de casación**

#### **TERCERO.** *Causa de inadmisión. Decisión de la sala*

Los recurridos, en un apartado previo de su alegato de oposición al recurso de casación, titulado «Oposición a la admisibilidad», dicen: «Entendemos, que el recurso, no genera ningún tipo de interés casacional, ni choca con ninguna doctrina vigente del tribunal supremo (sic), por lo cual entendeos (sic) que no debería de ser admitido».

La alegación es impertinente. No viene al caso apelar al interés casacional cuando el supuesto del recurso de casación no es el del núm. 3.º del art. 477.2 LEC, sino el del núm. 1.º de dicha norma.

La causa de inadmisión se desestima.

#### **CUARTO.** *Motivos del recurso. Decisión de la sala*

1. El motivo primero se introduce con el siguiente encabezamiento «Infracción del artículo 20.1º a) y d) de la CE en relación con el artículo 18 de la misma y los artículos 2.1 y 7.7 de la L.O. 1/82, y de la jurisprudencia relativa a los criterios normativos que rigen la ponderación de los derechos fundamentales en colisión (libertad de expresión versus derecho al honor), al prevalecer el derecho a la información y a la libertad de expresión frente al derecho al honor de los demandantes (invocado de contrario)».

En su desarrollo, el recurrente alega que la Audiencia Provincial considera vulnerado el derecho al honor de los demandantes por el comentario en el que se refirió a la Sra. María Esther como trabajadora de una panadería del pueblo que tiene «esa cara de bollo de pan de 5 Kg», pero sin realizar la ponderación que exige la doctrina jurisprudencial entre los derechos al honor y a la libertad de expresión o ponderándolos incorrectamente. Para el recurrente la conclusión que se obtiene, si se consideran debidamente los parámetros que hay que tener en cuenta al realizar el juicio de ponderación de los derechos en conflicto (relevancia pública, veracidad y



proporcionalidad atendido el contexto interno y el externo, las personas a que se dirijan las expresiones y su gravedad objetivamente considerada), es que su derecho a la libertad de expresión prevalece.

Estamos de acuerdo con el recurrente y disentimos de la Audiencia Provincial cuando considera que aquel vulneró al derecho al honor de la recurrida al utilizar, refiriéndose a ella, la expresión: «esa cara de bollo de pan de 5 Kg».

En algunas sentencias nos hemos referido a la suficiencia de la intensidad ofensiva de las manifestaciones o expresiones proferidas como condición de necesidad para que estas constituyan una intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor (por todas, sentencias 49/2022, de 31 de enero y 540/2018, de 28 de septiembre). Y en muchas otras, a su gravedad objetivamente considerada como requisito para que se puedan llegar a considerar como indudablemente ofensivas o injuriosas y, por tanto, lesivas para la dignidad de otra persona (por todas, sentencias 429/2020, de 15 de julio y 308/2020, de 16 de junio).

También hemos declarado, de forma reiterada, que el requisito de la proporcionalidad supone que ninguna idea, opinión o información puede manifestarse mediante frases y expresiones ultrajantes u ofensivas y que lo relevante para determinar el carácter meramente ofensivo u oprobioso de una expresión es su vinculación o desvinculación con el juicio de valor que se emite o con la información transmitida (por todas, sentencias 252/2019, de 7 de mayo y 338/2018, de 6 de junio). E, igualmente, que las expresiones deben valorarse dejando al margen una concepción abstracta del lenguaje (estrictamente sintáctica o semántica) en beneficio de una concepción pragmática, según la cual el lenguaje, como actividad humana de orden práctico, debe considerarse en relación con su contexto, por lo que, expresiones ofensivas por su significado si son aisladamente consideradas, no pueden considerarse como una intromisión ilícita si se consideran proporcionadas con la finalidad informativa o valorativa que se pretende en contextos de crítica; siendo numerosos los casos en los que hemos reconocido, atendidas las circunstancias, la utilización de un lenguaje hiperbólico, efectista, sarcástico, jocoso o mordaz (por todas, sentencias 158/2020, de 10 de marzo y 540/2018, de 28 de septiembre).

La expresión «esa cara de bollo de pan de 5 Kg», aunque pueda molestar y considerarse desagradable, incluso demostrativa de la grosería o mala educación de quien la profiere, no tiene, objetivamente considerada, la gravedad e intensidad ofensiva suficiente para llegar a constituir una intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor. Y, en cualquier caso, no puede ser valorada aisladamente y al margen: (i) de la respuesta que la contiene: «Jajajaja... gracias! Ya vesssss... Guillermo ! Y tanto que quería comer solo ella, de ahí que tenga esa cara de bollo de pan de 5 kg... [...]»; (ii) del comentario del tercero al que se contesta: «Pues para ser panadera deja mucho q desear p q todos tenemos q comer y por lo q veo solo quería comer ella»; (iii) y de la comunicación inicial en la que se inserta: el comentario del recurrente expresando su alegría al haber conseguido, finalmente, la licencia de obras para la construcción de unas instalaciones para perros gracias a su marido y a su cuñado, abogado y arquitecto, respectivamente, sin cuya labor no habría sido posible, y ello, según relata, después de un año en el cual no había tenido «[...] más que trabas e innumerables injusticias y demoras por parte del Ayuntamiento de DIRECCION001 »; y después, también, de «[...] aguantar la falsedad y ver la cara de soberbia de mis vecinos de la finca colindante, íntimos amigos del Concejal de obras de este Ayuntamiento, tratando por todos los medios de no dejarnos avanzar en este proyecto... Porque no somos de aquí de toda la vida, porque llevamos aquí en este pueblo 3 años, porque aquí se creían que tienen más derechos los vecinos "antiguos" que los "venideros" [...], Y porque a mi vecina de al lado, muy conocida ella por ser la panadera del pueblo, no le ha servido de NADA llevarle a diario el pan a la puerta de su casa al propio Concejal [...]».

La comunicación inicial pone de manifiesto: que entre el recurrente y los recurridos existía una situación conflictiva y de enfrentamiento a consecuencia del proyecto que aquel quería llevar a cabo; que el recurrente consideraba a los recurridos responsables, en una gran medida, de las dificultades surgidas para desarrollarlo; y que el recurrente se sentía discriminado e injustamente tratado por el Ayuntamiento de DIRECCION001 , con cuyo concejal de obras relacionaba a los recurridos al comentar que eran amigos íntimos y añadir que la recurrida, muy conocida por ser la panadera del pueblo, le llevaba el pan a la puerta de su casa todos los días.

El comentario del tercero a la comunicación inicial es crítico con la recurrida, y con un tinte que más que metafórico habría que calificar como irónico o incluso mordaz, lo que sugiere, tras expresar extrañeza, dada su condición de panadera, es que aquella come, pero no deja comer.

Y la contestación del recurrente lo que hace es ratificar la crítica de la recurrida, enmarcada desde la comunicación inicial en un contexto conflictivo y de enfrentamiento, pero comentando esta vez, en correspondencia con el tono empleado por su interlocutor, que considera incluso jocoso, «Jajajaja... gracias! Ya vesssss... Guillermo ! Y tanto que quería comer solo ella, de ahí que tenga esa cara de bollo de pan de 5 kg... [...]».



La conclusión, a la luz de nuestra doctrina, es que dicha expresión, considerado el contexto crítico, de enfrentamiento y lingüístico en el que fue proferida, tampoco podría considerarse desproporcionada.

El motivo primero se estima.

2. El motivo segundo se introduce con el siguiente encabezamiento: «Infracción del artículo 20.1º a) y d) en relación con el artículo 18 de la CE y los artículos 2.1 y 7.7 de la Ley Orgánica 1/82. Infracción de la jurisprudencia que establece los criterios de ponderación del ejercicio de los derechos fundamentales en colisión: "libertad de expresión versus derecho al honor", todo ello en relación con la incorrecta aplicación del derecho y Jurisprudencia aplicable a la responsabilidad civil de mi representado respecto del ejercicio de la libertad de expresión de terceras personas».

En su desarrollo, el recurrente alega que no está legitimado para proteger ni para restringir la libertad de expresión de las terceras personas que han realizado comentarios en una red social frente al derecho al honor de los demandantes, puesto que el derecho a la libertad de expresión tiene carácter subjetivo; que, consecuentemente, tampoco está legitimado para responder por la intromisión ilegítima que tales comentarios puedan suponer en el derecho al honor de aquellos; que no existe disposición legal que le obligue a vigilar o a supervisar los comentarios realizados por terceras personas en el ejercicio de su libertad de expresión ni está legitimado para ello, puesto que tal legitimación recae, exclusivamente, sobre el prestador de servicios web, DIRECCION000, y sobre los propios demandantes, que tienen los mecanismos necesarios para denunciar ante el prestador de servicios los comentarios que consideren ofensivos para que sean eliminados de la red social, sin necesidad de actividad alguna por su parte; que exigirle una labor de control y supervisión de los comentarios realizados por terceras personas de forma voluntaria, libre y espontánea, sobre las que no se encuentra en una situación de prevalencia, supondría obligarle a llevar a cabo una auténtica labor de censura de comentarios, realizando una ardua labor de ponderación entre dos derechos fundamentales; y que tal ponderación no parece una labor sencilla para un particular, ya que más bien se trata de una labor propia del ámbito jurisdiccional.

La tesis del recurrente no es acorde con la esencia y funcionamiento de DIRECCION000, que es una red social de vínculos virtuales que tiene por objeto conectar a las personas y que estas puedan compartir contenidos, y en la que los usuarios disponen de un amplio poder para administrar y controlar sus cuentas. Además, tampoco se compadece con su propio comportamiento.

Las facultades de administración y control que tiene el recurrente sobre su perfil de DIRECCION000 son de una gran amplitud. Puede bloquear el perfil de alguien para que no pueda ver ni comentar sus publicaciones; reaccionar a los comentarios de ellas que se publiquen en su perfil; darles contestación; ocultarlos; denunciarlos; marcarlos como spam; bloquear el perfil o la página que los ha publicado; e incluso eliminarlos. Por lo tanto, no puede desentenderse sin más de lo que se publica en su perfil por otros usuarios, por la única y simple razón de no corresponderle a él, sino a otros, la autoría de lo publicado, y considerar, por ello, que estos son los exclusivos responsables de lo manifestado o dado a conocer y los únicos que deben cargar con sus consecuencias.

Pero es que, además, y como decimos, esa idea, que en la práctica se traduciría en una actitud puramente pasiva o abstencionista, tampoco se compadece con sus propios actos, pues, tal y como ha reconocido, eliminó el comentario del testigo al que antes nos hemos referido (D. Vidal), y no solo, sino también todas las contestaciones a dicho comentario «[...] por haberse iniciado una discusión online que [...] consideró que no era su perfil personal el lugar idóneo para que se produjese sin más».

El recurrente no ha cuestionado que las expresiones y frases que menciona la sentencia recurrida («gentuza», «sinvergüenzas», «incultos», «basura», «garrulos», «moscas cojoneras», «garrapatas hambrientas», «asquerosos», «yo los liquido y acabamos antes», «contrata a un matón», «unas ostias bien dadas y después a saber quién ha sido», «yo les pego un tiro al padre, a la madre y al hijo»), incluidas en comentarios publicados en su perfil público por terceros, aludiendo o refiriéndose a los recurridos, supongan un ataque grave a su dignidad y constituyan una intromisión abierta y claramente ilegítima en su derecho fundamental al honor. Y ha quedado probado que dichos comentarios no le pasaron desapercibidos y que tuvo conocimiento de su contenido, pese a lo cual no los eliminó, sino que se limitó a contestar a la mayoría y a agradecer las intervenciones.

La Audiencia Provincial considera que el recurrente es responsable. Y nosotros también, porque permitió que los comentarios publicados por los terceros en su perfil público de DIRECCION000 permanecieran en él, en vez de eliminarlos, que es lo que debía haber hecho al tener no solo un cabal y completo conocimiento de su contenido, manifiestamente atentatorio contra el honor de los recurridos, sino también un poder de control y decisión sobre su perfil que le legitimaba, igual que había hecho con otros, para borrarlos.



En un caso como el presente, en el que se produce una intromisión ilegítima de carácter evidente en el derecho al honor de los recurridos por los comentarios publicados por terceros en el DIRECCION000 del recurrente, la responsabilidad de este por no eliminarlos de su perfil público, una vez conocidos, no puede ser excusada por falta de legitimación, peligro de censura o dificultades de ponderación, puesto que existe un deber de diligencia reactiva y cuidado que le obliga, ejercitando su poder de control, a su borrado inmediato. Y si no actúa y se desentiende, incumple ese deber, convirtiéndose en responsable de los daños y perjuicios causados a título de culpa por omisión derivada de dicha falta de diligencia y cuidado.

El motivo segundo se desestima.

**3.** El motivo tercero del recurso se introduce con el siguiente encabezamiento: «Infracción del artículo 9.3 de la Ley de Protección al Honor la Intimidad Personal Familiar y a la Propia Imagen. Arbitrariedad y desproporción de la cuantía de la indemnización».

En su desarrollo, el recurrente alega que la indemnización de 3500 euros establecida por la Audiencia Provincial ha sido fijada de forma arbitraria y desproporcionada, puesto que los demandantes tienen escasa proyección pública; ninguna repercusión personal, profesional, ni laboral tuvieron los comentarios en sus vidas; su publicación solo se reflejó en los DIRECCION000 de sus amigos; los demandantes no los denunciaron a la prestadora del servicio instando su eliminación; y tan solo uno de los comentarios fue escrito por él.

Esta sala, partiendo de que la existencia del perjuicio se presume siempre que se acredita la intromisión ilegítima, ha sentado la doctrina de que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños morales en este tipo de procedimientos es competencia de los tribunales de instancia, cuya decisión al respecto ha de respetarse en casación salvo que no se hubiera atendido a los criterios que establece el art. 9.3 LODH o en caso de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción (por todas, sentencias 16/2022, de 13 de enero, y 262/2021, de 6 de mayo).

El recurrente denuncia arbitrariedad y desproporción.

Es claro, que la cuantía indemnizatoria fijada por la Audiencia Provincial no está huérfana de justificación (en el apartado 4 del fundamento de derecho primero hemos dejado anotada su argumentación) y que su decisión al respecto no es el simple fruto de una expresión de la voluntad, sin fundamento en razón material o formal alguna. Por lo tanto, no cabe apreciar arbitrariedad.

Y también es claro que, conforme a nuestra doctrina, no es la desproporción, sino la notoria desproporción, la causa que nos permite revisar la indemnización. Siendo claro, igualmente, que la que ha sido fijada por la Audiencia Provincial no es notoriamente desproporcionada, ni siquiera con la precisión de esta sentencia al excluir de la declaración de existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes: el comentario del demandado diciendo de la demandante, trabajadora de una panadería del pueblo, que tiene «esa cara de bollo de pan de 5 kg».

Las expresiones utilizadas para referirse a los recurridos («gentuza», «sinvergüenzas», «incultos», «basura», «garrulos», «moscas cojoneras», «garrapatas hambrientas», «asquerosos») o los comentarios que desconsideran o desprecian su integridad personal («yo los liquido y acabamos antes», «contrata a un matón», «unas ostias bien dadas y después a saber quién ha sido», «yo les pego un tiro al padre, a la madre y al hijo») no son triviales. Suponen un ataque grave a la dignidad y causan un daño moral cuya reparación por vía indemnizatoria no se puede banalizar. Siendo doctrina reiterada de esta sala que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego, puesto que se trata de proteger el derecho fundamental no en sentido teórico e ideal, sino como derecho real y efectivo, no convirtiendo la garantía jurisdiccional en un acto meramente ritual o en un puro formalismo incompatible con el contenido de los arts. 1.1, 9.1 y 53.2 CE (por todas, sentencias 16/2022, de 13 de enero y 592/2021, de 9 de septiembre).

Además, dada la naturaleza de la intromisión, tampoco cabe considerar la indemnización de 3000 euros (que no de 3500 como dice el recurrente) manifiestamente excesiva por comparación con las que mayormente hemos reconocido en este tipo de casos, por lo que tampoco cabría establecer la notoria desproporción a través de una argumentación basada en la inadecuación por contraste.

Finalmente, procede anotar en relación con lo alegado por el recurrente al desarrollar el motivo: (i) que el alcance de la difusión de las expresiones (según recoge la sentencia recurrida: «en el DIRECCION000 en cuestión, con cierta extensión, aunque limitada a los contenidos compartidos, y en parte a nivel local, no en otros medios ni con mayor amplitud») y la proyección pública de los demandantes (según recoge también la sentencia impugnada: «no pudiendo decirse que los demandantes y familia con quienes conviven sean conocidos más allá del pueblo y alrededores») son circunstancias que ya han sido consideradas por la Audiencia Provincial para establecer como cuantía de la indemnización la suma de 3000 euros; (ii) que la



repercusión de los comentarios en el honor de los demandantes es clara y ya la hemos explicado, como la presunción *iuris et de iure* de existencia de perjuicio una vez constatado el carácter ilegítimo de la intromisión; (iii) y que cuestionar la cuantía de la indemnización, porque los recurridos no denunciaron los comentarios a la prestadora del servicio instando su eliminación, no tiene ningún sentido, pues no se les puede exigir el cumplimiento de una obligación que no tienen, para, presuponiendo su incumplimiento y sin siquiera plantear una concurrencia de culpas, conseguir reducir la indemnización.

El motivo tercero, se desestima.

En consecuencia, el recurso de casación se estima en parte.

#### **QUINTO.** *Costas y depósitos*

Al estimarse en parte el recurso de casación no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes ( art. 398.2 LEC) y se dispone la devolución del depósito constituido para interponerlo ( disposición adicional decimoquinta, apartado 8, LOPJ).

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Leovigildo contra la sentencia dictada por la Sección núm. 5 de la Audiencia Provincial de A Coruña, con el n.º 356/20, el 25 de noviembre de 2020, en el recurso de apelación 559/2019.

**2.º-** Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por D. Leovigildo contra la sentencia anterior y casarla en el único sentido de excluir de la declaración de existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes el comentario del demandado al que nos hemos referido en el apartado 1 del fundamento de derecho cuarto de esta resolución.

**3.º-** Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal al recurrente, con pérdida del depósito para recurrir.

**4.º-** No imponer las costas del recurso de casación a ninguno de los litigantes y ordenar la devolución del depósito para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.