

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Duodécima

C/ Ferraz, 41 - 28008

Tfno.: 914933837

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0005470

Recurso de Apelación 320/2013



(01) 30163112413

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 86 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 46/2012

DEMANDANTE/APELANTE: ENDESA, S.A.

PROCURADOR: D. MANUEL LANCHARES PERLADO

DEMANDADO/APELADO: D. ANTONIO MORENO ALFARO

PROCURADOR: D. JOSÉ MIGUEL MARTÍNEZ-FRESNEDA GAMBRA

MINISTERIO FISCAL

PONENTE ILMO. SR. D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO

SENTENCIA N° 269

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO

D^a ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

D^a MARÍA JOSÉ ROMERO SUÁREZ

En Madrid, a **veintiocho de mayo de dos mil catorce.**

La Sección Duodécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento Ordinario 46/2012 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 86 de Madrid, a los que ha correspondido el rollo 320/2013, en los que aparece como parte demandante-apelante ENDESA, S.A. representada por el Procurador D. MANUEL LANCHARES PERLADO, y como demandado-apelado D. ANTONIO MORENO ALFARO representado por el Procurador D. JOSÉ MIGUEL MARTÍNEZ-FRESNEDA GAMBRA, con intervención del MINISTERIO FISCAL.

VISTO, siendo Magistrado Ponente **D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 86 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 18 de diciembre de 2012, cuyo fallo es del tenor siguiente: “Que desestimando la demanda formulada por el procurador Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de Endesa S.A., contra Antonio Moreno Alfaro, a quien representa el Procurador José Miguel Martínez Fresneda, debo absolver y absuelvo al demandado de las pretensiones contra él deducidas, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento en costas.”

Notificada dicha resolución a las partes, por ENDESA, S.A. se interpuso recurso de apelación alegando cuanto estimó oportuno y adjuntando documentos para su incorporación como medio de prueba en la segunda instancia. Admitido el recurso se dio traslado a la parte contraria que se opuso y adjuntó a su vez prueba documental, oponiéndose también al recurso el Ministerio Fiscal, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, ante la que han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Con fecha 17 de julio de 2013 la Sala dictó auto por el que se acordó admitir como medio de prueba los documentos aportados por ambas partes con sus respectivos escritos de interposición del recurso y oposición al mismo, y, no considerándose necesario la celebración de vista se señaló para la deliberación, votación y fallo del recurso el día 9 de abril de 2014, en que ha tenido lugar lo acordado.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se formula demanda por Endesa, en la que indica, en esencia y entre otras cuestiones:

-Que el demandado es autor de una página web denominada “WWW.estafaluz.com” en cuyo seno éste indica, en esencia, que el gobierno y las compañías eléctricas engañan a los consumidores de energía eléctrica.

-Indica la actora que el demandado califica tal actuación de trama mafiosa, e indica que en el año 1984 se planifica una estafa en los precios del alquiler de los contadores de la luz. Los fabricantes de los aparatos contadores, controlados por las compañías eléctricas, imponen restricciones a los distribuidores para hacer antieconómica la compra del contador y obligar al usuario a alquilarla, suministrando datos falsos al Ministerio de Industria con el fin de que los precios de alquiler sean superiores a los que resultarían si los datos fueron reales.

-Posteriormente en 1987 se modifica el método de cálculo del precio de alquiler, que del 1,25% del precio de mercado, pasa a ser calculado aplicando al precio de alquiler anterior el coeficiente de actualización de la tarifa eléctrica. Con ello, pese a que el precio de mercado de los contadores disminuye con el paso del tiempo, sin embargo el coste de su alquiler, salvo contadísimas excepciones, se incrementa en la misma proporción que la tarifa eléctrica.

-En diciembre de 2001 se modifica la normativa para permitir que las compañías eléctricas continúen cometiendo la estafa.

-Indicaba que la cantidad estafada por la hoy demandante superaba los 1.500 millones de €.

-En otro apartado de la página web, continúa indicando la actora, relata lo que considera una estafa masiva con motivo del cobro del Interruptor de Control de Potencia, ya que debía instalarse por 8,64 € con un alquiler de 0,03 € por mes, pese a lo cual la hoy actora informa a sus consumidores que la solución más eficiente es instalar el Interruptor por la

cantidad de 99 €.

Señalaba el demandante que al calificarse la conducta de las compañías eléctricas en general, y la actora en particular, como estafa, se estaba vulnerando su derecho al honor al presentarla como una entidad confabuladas con los poderes del Estado y el resto de agentes del sector eléctrico para engañar a los clientes y apropiarse de forma multimillonaria de aquello que no es suyo.

La parte demandada se opuso a la demanda alegando, entre otras cuestiones:

-Que el demandado, ingeniero industrial especializado en energía eléctrica, ha llegado a la conclusión de que existen excesos en la facturación que se ve facilitada por la complejidad técnica de la norma aplicable a la tarificación eléctrica, produciéndose una facturación en exceso que califica como fraude.

-Indicaba igualmente que eran numerosas las publicaciones que calificaban los comportamientos de la hoy demandante en términos incluso más gruesos que los que pudiera haber utilizado el demandado.

-La página web, continúa indicando la demandada, tiene por objeto defender a los usuarios y consumidores frente a lo que entiende el demandado son abusos de posición predominante en el mercado, conteniendo incluso un apartado donde se da detallada información y modelos de reclamaciones contra las prácticas de facturación fraudulentas denunciadas por el demandado, estando sustentadas sus afirmaciones y opiniones en argumentaciones técnicas, industriales y legales.

La sentencia que se recurre desestimó la demanda, al entender que, pese a la dureza las palabras utilizadas, dadas las circunstancias que concurrían en el supuesto, debía prevalecer el derecho a la libertad de expresión.

SEGUNDO.- Se aceptan y dan por reproducidos los fundamentos de la resolución recurrida, salvo en aquello en que puedan quedar contradichos por lo expuesto y razonado en la presente resolución.

TERCERO.- Alega la parte actora en su recurso la infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por inaplicación del deber de motivación, claridad y precisión en las sentencias.

Señala la recurrente que la sentencia recurrida impide determinar los motivos que han llevado al juzgador de instancia a desestimar su pretensión, ya que la sentencia recurrida recoge una relación sesgada e incompleta de párrafos sueltos de los escritos de demanda y contestación, realiza una síntesis de la jurisprudencia relativa a la colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión, y en el fundamento tercero, en pocas líneas, el juzgador resuelve el caso, sin establecer referencias fácticas claras, ya que utiliza términos indefinidos como “los aspectos”, “el problema”, “las palabras utilizadas”, reduciendo genéricamente la cuestión a la falta de puesta al día en la facturación de la tarificación eléctrica.

Tal alegación debe ser desestimada.

CUARTO.- En primer término, con arreglo al artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no cabe alegar a través del recurso de apelación la existencia de infracciones procesales que pudieran haber sido denunciadas en la instancia y no lo fueron.

Si el hoy recurrente entendía que la motivación de la sentencia no era clara o era insuficiente, pudo y debió solicitar la aclaración o complemento de la sentencia, tal y como prevén los artículos 214 y 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No habiéndolo hecho así no puede alegar a través de su recurso que la sentencia no está suficientemente motivada, ya que no utiliza los mecanismos procesales legalmente previstos para corregir tal supuesta infracción.

QUINTO.- Si bien lo indicado en el anterior fundamento ya sería motivo para desestimar tal alegación, caso cabe añadir que la motivación de la sentencia no obliga a dar una pormenorizada respuesta a todas y cada una de las alegaciones de las partes, ni exige que se haga alusión a todo acerbo probatorio existente en el proceso para determinar qué hechos se dan por probados, basta con dar una respuesta sustancial a las pretensiones formuladas, y

que de la resolución puedan deducirse los motivos que llevan a resolver el litigio.

En el sentido indicado, cabe citar, por todas, la STC de 10-07-2000, la cual indica que *“el Tribunal Constitucional ha ido señalando unas pautas generales para determinar en cada caso si la posible falta de respuesta se traduce en una incongruencia vulneradora del art. 24.1 CE. Así, se ha afirmado que dicho precepto no garantiza el derecho a una respuesta pormenorizada a todas y cada una de las cuestiones planteadas, de manera que “si el ajuste es sustancial y se resuelven, aunque sea genéricamente, las pretensiones, no existe incongruencia, pese a que no haya pronunciamiento respecto a las alegaciones concretas no sustanciales [ya que] no cabe hablar de denegación de tutela judicial si el órgano judicial responde a la pretensión principal y resuelve el tema planteado” (STC 29/1987, de 6 de marzo, FJ 3), pues “sólo la omisión o falta total de respuesta, y no la respuesta genérica y global a la cuestión planteada, entraña una vulneración de la tutela judicial efectiva” (STC 8/1989, de 23 de enero, FJ 3). E incluso, este Tribunal Constitucional ha ido más allá, al afirmar que el silencio puede constituir una desestimación tácita suficiente, si bien en tales casos es necesario que así pueda deducirse de otros razonamientos de la Sentencia o pueda apreciarse que la respuesta expresa no era necesaria o imprescindible (SSTC 68/1988, de 30 de marzo, FJ 3; 95/1990, de 23 de mayo, FJ 2; 91/1995, de 19 de junio, FJ 4; 85/1996, de 21 de mayo, FJ 3).”*

En el presente supuesto el juzgador de instancia, tras reseñar la doctrina jurisprudencial que entiende aplicable al supuesto de autos, indica que en aplicación de la misma, considerando los aspectos de indudable interés público que presenta el problema y aún admitiendo la dureza las palabras utilizadas, considera que los procedimientos administrativos avalan la dura crítica del demandado, la falta de puesta al día en la facturación de la tarificación eléctrica, las fuertes tensiones creadas en la opinión pública española, que propició un contexto de discusión, la diferente intensidad con que se otorga el derecho al honor a las personas jurídicas, y atendidos los contenidos que afectan a la demandante, concluye que debe prevalecer la libertad de expresión.

A través de tales argumentaciones contenidas en la sentencia recurrida, a juicio de esta Sala resulta suficientemente determinado el motivo que lleva al juzgador de instancia a desestimar las pretensiones de la demandante, debiendo tenerse en cuenta que el mismo, a la

hora de determinar las circunstancias concurrentes, se remite a la doctrina jurisprudencial que anteriormente ha reseñado, y en especial a la técnica de ponderación, técnica de ponderación que queda reseñada fundamentalmente en los apartados B y C del fundamento segundo, procediendo a reseñar en el fundamento tercero qué circunstancias fácticas toma en consideración a tal efecto, concluyendo en la prevalencia del derecho a la libertad de expresión del actor.

SEXTO.- Con respecto a que no existe una determinación de los hechos sobre los que se asienta la resolución recurrida, la misma en su fundamento tercero recoge las circunstancias que, a juicio juzgador de instancia, concurren en el supuesto (Vg. los procedimientos administrativos que avalan la dura crítica del demandado, falta de puesta al día de la facturación de la tarificación, fuertes tensiones creadas en la opinión pública española) y que motivan la desestimación de la demanda, circunstancias éstas que son claramente el sustento fáctico de la resolución dictada.

Cuestión distinta es que el juzgador no haya hecho referencia expresa a los medios de prueba que le llevan a dar por acreditadas tales circunstancias, pero no es ésta la cuestión que alega la recurrente, sino la inexistencia de unos hechos probados que realmente sí existen en la resolución que se recurre.

En todo caso, resulta claro que el juzgador de instancia efectúa una apreciación conjunta de la prueba, cuya viabilidad y licitud ha sido admitida reiteradamente por el Tribunal Supremo al señalar que *“Cuando la sentencia recurrida ha establecido los hechos mediante una apreciación conjunta de la prueba -como es el caso de la sentencia impugnada- no es lícito articular un motivo para desarticularla, a fin de que prevalezca un elemento probatorio sobre otros (SSTS 22 de julio de 2003, RC n.º 32845/1997 y 25 de noviembre de 2005, RC n.º 1560/1999), ni plantear cuestiones que implican la total revisión de la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial, lo que es impropio de la naturaleza y función del recurso extraordinario por infracción procesal, pues se convertiría en una tercera instancia (SSTS de 29 de septiembre de 2009, RC n.º 1417/2005, 26 de octubre de 2010, RC n.º 2215/2006 y 12 de julio de 2011, RC n.º 254/2008).”* (Transcrito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2013, y en igual sentido, entre otras muchas, Sentencia de 12 de julio de 2011).

SÉPTIMO.- Con respecto a que la ponderación es incompleta, ya que obvia, indica el recurrente, cualquier valoración o razonamiento sobre la existencia de requisitos de veracidad y de exposición no injuriosa o insultante, la sentencia recurrida entiende que dadas las cuestiones a las que alude en su fundamento tercero, puestas en relación con la extensísima reseña de jurisprudencia que recoge en el fundamento segundo, ha de prevalecer la libertad de expresión, con lo cual indica los motivos por los que entiende que ha de desestimarse la demanda.

Cuestión distinta es que el recurrente entienda que dado que no existe veracidad de lo manifestado por el demandado, o bien por las circunstancias concurrentes, las expresiones han de considerarse injuriosas, y su pretensión haya de prosperar, pero no por ello la sentencia deja de ser motivada.

OCTAVO.- Antes de analizar en concreto los hechos objeto de este proceso, procede realizar una reseña de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en lo relativo a la protección al Derecho al Honor, su colisión con el derecho a la libertad de expresión y la ponderación de intereses que ha de realizarse para determinar la existencia o inexistencia de la intromisión ilegítima en dicho Derecho.

La doctrina elaborada por el Tribunal Supremo sobre el Derecho al Honor y su colisión con el Derecho a la Libertad de Expresión, establece las siguientes consideraciones y conclusiones:

La Libertad de Expresión recogida en el artículo 20 de la Constitución, implica el derecho a difundir libremente juicios, opiniones o creencias. Se trata por tanto del derecho a opinar, lo cual, entre otras cuestiones, la diferencia del derecho a la Libertad de Información, que está encaminada básicamente a la difusión de hechos (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de enero y 29 de febrero de 2012, entre otras).

El Derecho al Honor permite proscribir aquellos actos que atenten contra la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación (STS de 16 de febrero de 2010 y 1 de junio de 2010).

Ahora bien, ambos derechos pueden entrar en colisión, toda vez que, como resulta por lo demás de la realidad cotidiana, la expresión de opiniones o juicios de valor, puede menoscabar el Derecho al Honor ajeno.

En la colisión de ambos derechos deben ponderarse las circunstancias concurrentes, con el fin de determinar, atendidas las circunstancias del caso concreto, cuál de ambos derechos en liza ha de prevalecer.

No obstante, a este respecto debe tenerse en consideración que, así como el Derecho al Honor protege, cierto es, un Derecho Fundamental, pero de carácter esencialmente individual, la Libertad de Expresión se configura como un baluarte del propio Estado Democrático, que no puede existir si no se da dicha Libertad (STS 11 de marzo de 2009 y 10-01-2012 y SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España).

Por ello, en principio es prevalente el Derecho a la Libertad de Expresión sobre el Derecho al Honor, de tal manera que incluso expresiones o manifestaciones desabridas, molestas o hirientes pueden quedar cobijadas y amparadas por la Libertad de Expresión (Ver STC de 17 de enero de 2000, 26 de febrero de 2001 y 15 de octubre de 2001), sin perjuicio de que la Libertad de Expresión no justifica expresiones o manifestaciones vejatorias o denigrantes vertidas de forma gratuita por no guardar relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que por tanto puedan ser consideradas innecesarias para el ejercicio del derecho a la Libertad de Expresión, ni por supuesto implica la consagración de un derecho al insulto (STC de 26 de febrero de 2001, 15 de octubre de 2001, 19 de julio de 2004, de 15 de noviembre de 2004, y de 28 de febrero de 2005, entre otras).

Si bien el honor es un derecho que ampara tanto a las personas físicas como jurídicas, el honor de las personas jurídicas no puede ser valorado con iguales parámetros que cuando se trata de personas físicas, ya que en éstas la lesión afecta a su esfera interna, a su propio sentimiento de dignidad, y a la esfera externa, es decir a la apreciación que de él se puede realizar por terceras personas a consecuencia de las opiniones o manifestaciones vertidas, mientras que en las personas jurídicas, únicamente este último aspecto se ve

afectado.

Como indica, por todas, la STS de 20 de Febrero de 2012:

“por lo que respecta al derecho al honor de las personas jurídicas, aun cuando el mismo se halla reconocido en profusa jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 20 de marzo 1997, 21 de mayo de 1.997, 15 de febrero de 2.000 y 5 de julio de 2.004), sin embargo tampoco cabe valorar la intromisión con los mismos parámetros que cuando se trata de personas físicas, porque respecto de estas resaltan dos aspectos: el interno de la inmanencia o mismidad, que se refiere a la íntima convicción o sentimiento de dignidad de la propia persona, y el externo de la trascendencia que alude a la valoración social, es decir, a la reputación o fama reflejada en la consideración de los demás (SSTS de 14 de noviembre de 2.002, 6 de junio de 2.003), y cuando se trata de las personas jurídicas resulta difícil concebir el aspecto inmanente por lo que la problemática se centra en la apreciación del aspecto trascendente o exterior -consideración pública protegible- (SSTS de 15 de abril 1.992 y 27 de julio 1.998), que no cabe simplemente identificar con la reputación empresarial, comercial, o en general del mero prestigio con que se desarrolla la actividad (STS 19 de julio de 2006, RC n.º 2448/2002 y 21 de mayo de 2009, RC n.º 2647/2004)”.

Otra cuestión que debe tomarse en consideración a la hora de ponderar la colisión de los referidos derechos, es la posible existencia de una disputa o controversia que haya motivado o propiciado la realización de las expresiones que se considere lesiva es al Derecho al Honor.

La jurisprudencia ha señalado a este respecto que la prevalencia de la Libertad de Expresión sobre el Derecho al Honor se refuerza cuando las expresiones atentatorias contra el Derecho al Honor se han vertido en el contexto de la contienda política (STS de 26 de enero de 2010, 13 de mayo de 2010 y 1 de diciembre de 2010), si bien ha entendido que tales consideraciones no puede quedar limitadas a supuestos de confrontación o controversia política (STS 10 de enero y 29 de febrero de 2012), habiéndose aplicado a controversias laborales, periodísticas, deportivas y de otra índole (STS de 22 de diciembre de 2010; 9 de febrero y 21 de abril de 2010; 18 de marzo de 2009).

Por otro lado, y en lo que se refiere a la utilización y evaluación de las expresiones formalmente denigratorias, las STS de 26-02-2014 y 17-01-2014 inciden en la necesidad de analizarlas en el seno del contexto en que se han producido, ya que la utilización de palabras o expresiones que, en principio, pudieran ser ofensivas, al ser puestas en relación con las circunstancias en que se realizan, pueden quedar amparadas por el derecho a la libertad de expresión.

Señala, en concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2014:

“No basta la mera crítica de la actividad profesional, sino que es menester la descalificación injuriosa o innecesaria del comportamiento profesional de una persona, especialmente mediante infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; cosa que dependerá de las circunstancias del caso (STC 9/2007). En relación con ese último punto, de acuerdo con una concepción pragmática del lenguaje adaptada a las concepciones sociales, la jurisprudencia mantiene la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la situación en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables (el artículo 2.1 de la LO 1/82 se remite a los usos sociales como delimitadores de la protección civil del honor). Por tanto, cuando las expresiones son formalmente denigratorias, hay que examinar el contexto en el que se producen, pues la polémica suscitada, el sentido del discurso y su finalidad pueden justificar dichas expresiones como ejercicio legítimo de la libertad de expresión en su vertiente del derecho a la réplica (SSTC 49/2001, de 26 de febrero, y 204/2001, de 15 de octubre, y STS de 16 de febrero de 2011, rec. n° 1387/2008).”

Otra cuestión a tener en consideración es si se trata de cuestiones de interés general, ya que de ser así los límites a la crítica se amplían (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2013 y 20 y 29 de Julio de 2011, entre otras).

NOVENO.- Alega el recurrente que ha existido error en la técnica de ponderación constitucional para delimitar el derecho al honor frente a las libertades de expresión e información, con infracción del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, señalando el

recurrente que el demandado califica la conducta de las compañías eléctricas en general, así como de la actora en particular, de estafa, utilizando expresiones de carácter injurioso tales como “mafia del kilovatio”, califica a la demandante como “corsario”, y señala a lo largo de su página web que la actora estafa, defrauda, depreda, expolia, hurta, aborda y asalta las cuentas corrientes de sus clientes a quienes miente y engaña.

Señala que la ponderación de los intereses en juego ha de realizarse en abstracto, y si bien la libertad de expresión e información son preponderantes sobre el derecho al honor, ellos así cuando resultan esenciales como garantía de una opinión libre y se ejercita por profesionales de la información a través de la prensa, careciendo el demandado de la condición de periodista, y el mismo a través de su página web pretende mantener abierta y sin obstáculo alguno las imputaciones delictivas dirigidas contra agentes del sector eléctrico que representaban a las personas contra las que en su día se querelló, desoyendo las resoluciones que zanjaron la cuestión.

Indica que la libertad de información ha de estar sustentada sobre el requisito de la veracidad, no respetando tal requisito, ya que las distintas imputaciones habían sido resueltas por órganos competentes, antes de que se publicase la página web, por lo que el demandado podía conocer que dichas resoluciones habían evidenciado la falsedad de sus imputaciones.

Considera igualmente que la información transmitida carece de relevancia pública o interés general, si bien admite que el mercado de la energía eléctrica y su regulación legal afecta a un servicio de primera necesidad y suele generar interés general y relevancia pública, no obstante en el momento de la publicación, junio de 2008, el interés que pudiera suscitar la información en ella contenida se ve mermada por la falta de actualidad de lo que difunde, ya que la hipotética estafa de los contadores parte del año 1984 y tuvo su reflejo en distintos medios de comunicación en los años 2000 y 2001, pero actualmente el único interés que suscita el sector eléctrico son las subidas que experimenta su tarifa y, consecuentemente, la facturación.

Tales alegaciones debe ser desestimadas.

DÉCIMO.- En primer término, con respecto a la veracidad de los hechos, tal

requisito únicamente es exigible en la libertad de información, dado que ésta se basa en poner en conocimiento de terceras personas determinados hechos. Sin embargo la libertad de expresión se refiere a la manifestación de opiniones o comentarios, por lo cual no le es aplicable el requisito de la veracidad (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2013, 7 de enero y 24 de marzo de 2014, entre otras).

No siempre es sencillo determinar cuándo nos encontramos ante un supuesto de manifestación de la libertad de información o de expresión, ya que las opiniones suelen sustentarse sobre los hechos que motivan la crítica u opinión, y a la inversa (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2014, 5 de mayo de 2000, 26 de enero de 2009, 4 de octubre de 2010 y 7 de enero de 2014, entre otras).

Por ello, si coexiste la divulgación de hechos con opiniones o comentarios relativos a los mismos, para discernir si nos encontramos ante un supuesto amparado por la libertad de expresión o la de información será preciso determinar cuál de ambos derechos es preponderante.

Será preponderante la libertad de expresión cuando, pese a existir un relato o exposición de hechos, las manifestaciones vertidas por el demandado estén encaminadas fundamentalmente a realizar una crítica o evaluación de los hechos que relata (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2012, de 24 de marzo de 2013 y 7 de enero de 2014, entre otras).

UNDÉCIMO.- En el presente supuesto se desprende de lo actuado, y en especial de los pasajes a los que alude el demandante en su demanda como más relevantes, que el demandado a través de la página web hace referencia a una serie de normas que regulan aspectos del suministro de energía eléctrica, básicamente lo que se refiere a los contadores y al Interruptor de Control de Potencia, así como diferentes recursos entablados por el propio demandado o por otras personas contra la hoy actora, y sobre la base de ello efectúa las acerbos críticas que dirige, entre otros, a la parte hoy actora.

De ello se desprende que predomina en la actuación del demandado el ejercicio de su libertad de expresión frente al de información, ya que si bien su crítica se sustenta en

hechos y datos, éstos se configuran como la base sobre la que formula sus conclusiones y opiniones sobre la actuación, entre otros, de la hoy actora.

Cierto es que a través de sus comentarios alude en ocasiones a connivencias de las compañías eléctricas, o de la actora particular, con distintos poderes del Estado o entre los suministradores de energía y los fabricantes de contadores, pero tales pretendidas connivencias son más la manifestación de una opinión que pretende deducir de los hechos que transmite y analiza, que la transmisión de hechos con ánimo de informar.

DUODÉCIMO.- Si bien lo indicado en el anterior fundamento lleva a prescindir de la veracidad de las manifestaciones del hoy demandado, cabe no obstante señalar, a efecto de apurar la tutela judicial efectiva, que el informe de la Comisión Nacional de Energía viene a coincidir en lo sustancial con los hechos expuestos por el hoy demandado, al menos en lo que se refiere al coste de alquiler de los aparatos contadores y a las consecuencias adversas para el consumidor de la normativa existente, así como con respecto a la no instalación de aparatos contadores en propiedad.

Debe tenerse en cuenta que es constante la jurisprudencia que indica que la veracidad no ha de ser absoluta y total, bastando con que los hechos esgrimidos sean sustancialmente ciertos, siendo compatible la veracidad con inexactitudes, afirmaciones controvertibles, e incluso con errores que no afecten a lo esencial de los hechos transmitidos (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2012, 31 de julio de 2002, 26 de abril de 2001 y 12 de noviembre de 1990, entre otras).

Dicho Informe, aportado como documento 27 de la contestación, señala en su consideración decimotercera que la evolución de los precios máximos de alquiler de los equipos de medida y control no ha ido en paralelo con la evolución del IPC. La evolución seguida por los precios máximos de alquiler de los equipos de medida y control ha sido idéntica a la experimentada por las tarifas eléctricas: si las tarifas subían, en la misma proporción subían los precios máximos de alquiler, y viceversa; y aunque en los últimos ejercicios la tónica ha sido de una progresiva disminución de dichas tarifas, y con ello de los precios de alquiler, éstos podrían haber disminuido aún más dada la evolución experimentada por los precios de los equipos de medida y control (folio 298).

Igualmente señala en su conclusión sexta que desde el año 1987, la evolución de los precios máximos de alquiler de los equipos de medida y control ha sido idéntica que la experimentada por las tarifas eléctricas, lo cual considera como inadecuado dado que los costes en los que incurren las empresas distribuidoras por prestar el servicio poco tiene que ver con el servicio prestado por el alquiler de equipos de medida (folios 254 y 255).

La conclusión décima señala que aunque la regulación ha permitido que los consumidores adquiriesen equipos de medida y control en propiedad, la realidad demuestra que la mayoría de ellos son en régimen de alquiler, indicando que la razón principal no es otra que los precios de venta a los consumidores son sensiblemente superiores a los de las empresas distribuidoras (folio 256).

Por otro lado, y en lo que se refiere a la instalación del Interruptor de Control de Potencia, no se llega a cuestionar por la actora la veracidad de la normativa que el hoy demandado invoca en su página web, así como la información enviada por la hoy actora a los consumidores, que son los hechos sobre los que el hoy demandado sustenta su opinión.

Cuestión distinta es que la opinión vertida sea o no errónea -lo cual no desvirtúa el amparo del derecho a la libertad de expresión, ya que las opiniones, incluso cuando se trate del ejercicio del derecho de libertad de información, no tienen porqué ser veraces, ya que pertenecen al terreno de la opinión o creencia de que las emite, y no al terreno de los hechos- o que la calificación que da el actor a los mismos sea excesiva, lo cual se analizará posteriormente.

DECIMOTERCERO.- Con respecto a que el demandado carece de la condición de periodista, tal condición no es imprescindible para ejercer el derecho a la libertad de expresión o incluso de información, tal condición únicamente permite a tales derechos tener un ámbito de cobertura superior frente a posibles intromisiones al derecho al honor.

Por otro lado, el propio demandante indica que el demandado es ingeniero industrial, y se desprende de lo actuado que el mismo tiene conocimientos específicos en la materia se aborda en su página web, por lo cual si bien no se trata de la opinión de un

periodista, se trata de la opinión de un técnico en la materia, por lo cual, el hecho de que no sea un periodista -aparte de que como se indicaba anteriormente ejerce básicamente su derecho a la libertad de expresión-, no viene a significar en el presente supuesto que se trate de comentarios u opiniones emitidas por quien ejerce una exacerbada crítica sin tener un conocimiento mínimo de la cuestión controvertida.

DECIMOCUARTO.- En cuanto a que se trata de cuestiones de interés general, concurre tal requisito ya que, tal y como reconoce el propio recurrente, la cuestión relativa al suministro de energía eléctrica es una cuestión que, por afectar a un servicio de primera necesidad, suscita el interés general.

El interés general al que alude la jurisprudencia no puede ser entendido como sinónimo a cuestión de actualidad o que esté necesariamente enmarcada dentro de una controversia existente en el momento en que se divulgan los comentarios u opiniones. De ser así, la libertad de expresión no ampararía a quien con su opinión pudieran crear dicha controversia o poner de actualidad una determinada cuestión, ya que en tales hipotéticos supuestos no existiría una controversia ya creada, con lo cual la libertad de expresión podría llegar a convertirse en una entelequia, toda vez que no podrían verse opiniones que generen controversia, sino cuando la controversia ya ha sido creada previamente.

El que se trate de una materia de interés general ha de entenderse en el sentido de que se refiera a cuestiones que trasciendan el mero afán de poner de relieve o divulgar cuestiones intrascendentes para el público en general, sin que sea preciso que se trate de una cuestión de candente actualidad.

En el presente supuesto la actuación del demandado se desenvuelve en el campo del suministro de energía eléctrica, y fundamentalmente en lo relativo a determinados aparatos de medición o relacionados con dicho suministro, lo cual claramente es una cuestión que por afectar potencialmente a los consumidores de un servicio de primera necesidad debe considerarse de interés general.

Incide en lo indicado el hecho de que se acompañan con la contestación a la demanda (documentos 48 a 61), artículos de distintos medios de comunicación que hacen

referencia fundamentalmente a la cuestión relativa a los aparatos contadores de energía eléctrica, y si bien se trata de publicaciones, en su mayor parte, de los años 2000 a 2003, no obstante tal atención de los medios de comunicación a dicha cuestión corrobora que nos encontramos ante una cuestión que no sólo suscita el interés del hoy demandado.

Por otro lado, la página web contiene un apartado encaminado a poner a disposición de los usuarios de la misma formularios para efectuar reclamaciones en distintos supuestos de facturación irregular, por lo que, con independencia del mayor o menor sustento que tales reclamaciones pudieran tener, la página web sirve de vehículo para propiciar a los consumidores el conocimiento de las irregularidades que el demandado considera existen, y la posibilidad de reclamar por ellas.

DECIMOQUINTO.- Con respecto a las expresiones y calificaciones que de la conducta de la parte actora realiza el recurrente, éstas son realmente desabridas y claramente descalificadoras de la actora, no obstante, tal y como indica la jurisprudencia anteriormente reseñada, para evaluar si las expresiones utilizadas constituyen un ataque al derecho al honor han de ponderarse las circunstancias concurrentes, y se han de analizar las expresiones en el contexto en el que son vertidas, determinando si se trata de expresiones que, pese a su carácter denigratorio, guarden relación con la cuestión controvertida.

DECIMOSEXTO.- En el presente supuesto debe tenerse en cuenta, a juicio esta Sala:

-Que el demandado se refiere, como queda indicado, a cuestiones de interés general. Ofrece, por lo demás, formularios dirigidos a consumidores al objeto de que puedan canalizar sus reclamaciones.

-La parte actora es una persona jurídica, cuyo derecho al honor tiene un contenido y consecuente ámbito de protección de menor entidad que cuando se trata de personas físicas.

-Las expresiones denigratorias que utiliza el demandado, se realizan como la conclusión que éste extrae de la normativa y actuación de la actora que analiza, y si bien son claramente desabridas e hirientes, no obstante no se pueden entender como expresiones

denigratorias gratuitas, en el sentido que a este término otorga la jurisprudencia reseñada en esta materia, es decir, expresiones desvinculadas de las cuestiones que tratan y proferidas con el único y exclusivo afán de insultar o menospreciar, ya que tales expresiones se revelan como la manifestación de la opinión que al actor merece la conducta y situación que evalúa y sobre la que opina.

-Cabe añadir sobre lo indicado en el anterior párrafo, que el actor, cuando califica como estafa determinadas actuaciones de la actora, como serían las relativas a los aparatos contadores y a la información remitida por la hoy actora a sus abonados, hace referencia explícita al artículo 248.1 del Código Penal, y explica el porqué entiende que concurren los requisitos que tal tipo penal establece.

Con ello, cualquier usuario de la página web puede comprobar que tal calificación de los hechos obedece a la opinión estrictamente personal que de los mismos extrae el demandado, no dejando lugar a dudas sobre el hecho de que, efectivamente, tales hechos hayan sido considerados como estafa más que por el propio demandado. De tal manera que la denigración que con ello se produce, tiene la incidencia que la credibilidad y solvencia que se otorgue a la opinión personal del demandado.

Si bien esta circunstancia por sí sola no llevaría a justificar la actuación del demandado, no obstante es una cuestión a ponderar a la hora de determinar si ha existido intromisión ilegítima en el derecho al honor.

Por lo indicado, y teniendo en consideración además que el derecho a la libertad de expresión es prevalente sobre el derecho al honor, considera esta Sala que la conducta del demandado queda amparada por su derecho a la libertad de expresión, lo cual conduce a desestimar el recurso.

DECIMOSÉPTIMO.- Concurren dudas de hecho y de derecho en el presente supuesto que justifican, por aplicación del artículo 394, al que remite el artículo 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la no imposición de las costas causadas en esta alzada pese a la desestimación del recurso.

Efectivamente, si bien la conducta del demandado se entiende amparada por su derecho a la libertad de expresión, no obstante las expresiones denigratorias que utiliza hacen preciso analizar dicha conducta a la luz de la doctrina emanada del Tribunal Supremo, lo que implica efectuar una evaluación de los hechos, lo cual es una cuestión que depende en gran medida del criterio que al respecto se adopte, por lo cual el resultado de este recurso ofrecía fundadas dudas de hecho y de derecho.

No es obstáculo a lo indicado el hecho de que ya en la primera instancia se haya considerado que la conducta del demandado estaba justificada, dado que, pese a ello, la calificación de la conducta del demandado como amparada por su derecho a la libertad de expresión, era una cuestión que, a juicio esta Sala, continuaba suscitando dudas de hecho y de derecho cuya resolución depende en gran medida, como se indicaba, del criterio que se adopte al respecto.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por **ENDESA, S.A.** contra la sentencia de fecha 18 de diciembre de 2012 dictada en autos de Procedimiento Ordinario 46/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 86 de Madrid en los que fue demandado **D. ANTONIO MORENO ALFARO,** **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la referida resolución, no haciendo imposición de las costas causadas en esta alzada.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por los motivos previstos en el artículo 477.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo

dispuesto en la Disposición Final Decimosexta de la misma Ley, si concurren los requisitos legalmente exigidos para ello, el cual habrá de ser interpuesto por escrito a presentar en el plazo de veinte días ante este mismo Tribunal, que habrá de cumplir las exigencias previstas en el artículo 481 de dicho Texto legal, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina N° 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2579-0000-00-0320-13, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe