

DIFAMACIÓN EN LA WEB 2.0 Y RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE ALOJAMIENTO

JULIÁN LÓPEZ RICHART
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Alicante

Recepción: 09/07/2012
Aceptación después de revisión: 20/09/2012
Publicación: 28/10/2012

«Web 2.0 is linking people...
...people sharing, trading, and collaborating...»¹

I. INTRODUCCIÓN. II. EL MARCO NORMATIVO: 1. *La Directiva sobre comercio electrónico*. 2. *La Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. III. CARACTERIZACIÓN LEGAL DE LA NOCIÓN DE SERVICIO DE ALOJAMIENTO DE DATOS: 1. *La distinción entre proveedor de contenidos y prestador de servicios de intermediación*. 2. *El alojamiento de datos más allá de los tradicionales servicios de hosting*. 3. *La neutralidad como presupuesto de la actividad de intermediación*. IV. LOS PRESUPUESTOS PARA LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE ALOJAMIENTO: 1. *La falta de conocimiento efectivo*: 1.1. Consideraciones previas. 1.2. Interpretación limitativa de las formas de conocimiento efectivo. 1.3. Interpretación no limitativa. 1.4. La notificación del perjudicado. 1.5. Otras formas de acreditar el conocimiento del intermediario. 2. *Conocimiento efectivo y actuación diligente*. 3. *Ausencia de una relación de dirección, autoridad o control sobre el proveedor de los contenidos*. V. EL PAPEL DE LOS PROCEDIMIENTOS DE NOTIFICACIÓN Y RETIRADA EN LA BÚSQUEDA DE UNA SOLUCIÓN EQUILIBRADA: 1. *Consideraciones generales acerca de la conveniencia de establecer un régimen de notificación y retirada*. 2. *Su regulación en la Digital Millennium Copyright Act*. 3. *El estado de la cuestión en la Unión Europea*. VI. BIBLIOGRAFÍA.

¹ La cita proviene de un vídeo titulado «Web 2.0... The Machine isUs/ingUs», obra de Michael WESCH, profesor de antropología en la Kansas StateUniversity, que fue publicado por primera vez en *YouTube* el 31 de enero de 2007, convirtiéndose muy pronto en una referencia para explicar el significado de la Web 2.0. Puede verse en http://www.youtube.com/watch?v=NLIgopyXT_g (última consulta 22/06/2012).

RESUMEN

Cuando se han cumplido diez años de la aprobación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, parece oportuno hacer balance de la aplicación que nuestros tribunales han venido haciendo de las reglas de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, en particular en los casos de demandas de responsabilidad civil por contenidos difamatorios puestos en Internet por los usuarios de dichos servicios. El presente trabajo pretende poner de manifiesto los intereses que están detrás del régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, así como las carencias del sistema consagrado por el legislador español para un adecuado equilibrio de dichos intereses, carencias que se han visto acentuadas con la eclosión de los nuevos servicios característicos de la denominada Web 2.0.

PALABRAS CLAVES: responsabilidad civil en Internet; responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación; difamación; Web 2.0; procedimientos de notificación y retirada.

ABSTRACT

Having celebrated the 10th. Anniversary of the passing of the Law 34/2002, of July 11th, on Information Society Services and Electronic Commerce, it seems appropriate to evaluate the application being made by our courts of the rules on the exemption from liability of Internet Services Providers, especially in the case of liability actions against defamatory contents published on the Internet by the users of those services. This essay aims to show the different interests lying behind the liabilities scheme that are applicable to providers of such Internet services, as well as the shortcomings of the system created by the Spanish legislators in order to balance those interests. These shortcomings have been further exposed by the boom of new services typical of the so called Web 2.0.

KEY WORDS: cyber tort law; internet service providers' liability; defamation; Web 2.0; notice-and-takedown procedures.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos diez años Internet ha experimentado una transformación extraordinaria. En la década de los noventa, la red ideada por Berners-Lee convirtió Internet en un enorme escaparate de contenidos multimedia, en el que los usuarios jugaban un rol esencialmente pasivo, al ser meros receptores o consumidores de una información creada

para ellos². La evolución reciente de Internet en los últimos tiempos ha venido marcada, sin embargo, por la proliferación de servicios y aplicaciones que ofrecen a los usuarios la posibilidad de crear y difundir ellos mismos contenidos de la más diversa índole, desde meros comentarios ocasionales vertidos en un foro hasta obras audiovisuales que se comparten a través de plataformas que permiten alojar archivos de vídeo. Los usuarios ya no se limitan a buscar información a través de Internet, sino que se han convertido en sus principales protagonistas, siendo los proveedores de la mayoría de los contenidos que circulan a través de la red (*user-generated content*).

Para definir esta nueva realidad se ha acuñado el término Web 2.0³, que comprendería todas aquellas aplicaciones web que han hecho posible ese cambio de paradigma y que comparten en mayor o menor medida una serie de características⁴. Una de ellas es que están dotadas de una arquitectura natural de participación, porque su valor depende precisamente de los contenidos suministrados por los propios usuarios y, por lo tanto, cuanto mayor sea la participación mejor será el producto. Pensemos, por ejemplo, en las redes sociales. Otra de sus característi-

² Los orígenes de Internet se remontan a 1969, cuando se estableció la primera conexión de computadoras, conocida como ARPANET, entre cuatro universidades estadounidenses y a la cual fueron sumándose luego otras instituciones gubernamentales y académicas durante los años setenta. Uno de los servicios más populares de internet es la Web (*World Wide Web*), hasta el punto de que es habitual la confusión entre ambos términos. En realidad, Internet ofrece muchos otros servicios, como el envío de correo electrónico, la transferencia de ficheros o la conexión remota a otros dispositivos. La Web es un sistema de distribución de información basado en hipertexto o hipermedios enlazados y accesibles a través de Internet, que debe su origen a un grupo de investigadores del CERN de Ginebra, encabezados por Tim Berners-Lee, que crearon el lenguaje HTML y constituyeron el primer servidor web. Esto ocurría a comienzos de la década de los noventa. A partir de entonces se produjo la eclosión de Internet y la generalización de su uso por personas no vinculadas a sectores académicos, científicos o gubernamentales. Uno de los factores del éxito de la *World Wide Web* reside en que permite el acceso a los demás servicios ofrecidos por Internet, ya que una página web puede incluir enlaces desde los que enviar correo, acceder a otros ordenadores, copiar ficheros, etc.

³ El origen del término «Web 2.0» se atribuye a Dale Dougherty, que lo habría utilizado por primera vez a mediados de 2004, consolidándose poco más tarde con la celebración en San Francisco en octubre de ese mismo año de la primera Web 2.0 Conference, auspiciada por la editorial O'Reilly Media y la empresa especializada en organización de eventos internacionales y servicios de marketing Media Live International, *vid.* O'REILLY, T., «What Is Web 2.0 Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software», 2005 disponible en <http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-2.0.html> (última consulta 29/05/2012).

⁴ El propio Tim O'REILLY (*ibid. loc. cit.*) sistematizó los siete principios o prácticas que permiten identificar los servicios Web 2.0: la web como plataforma, el aprovechamiento de la inteligencia colectiva, la gestión de datos como competencia básica, el *software* como servicio y no como producto, modelos de programación ligeros, el *software* no limitado a un solo dispositivo y las experiencias enriquecedoras del usuario.

cas es que utilizan la propia web como plataforma para almacenar la información, de manera que los usuarios siempre tienen acceso a ella a través de la red, y por ello cada vez son más las cosas que *suceden* en los servidores de Internet y menos en los terminales de los usuarios, que además ya no son (sólo) los PCs, sino también —y cada vez más— los modernos dispositivos móviles, como tabletas o *smartphones*.

Se trata de una auténtica revolución desde un punto de vista tecnológico, pero sobre todo social⁵. Las redes sociales, las plataformas de venta en línea o de intercambio de vídeos o imágenes, los blogs o los foros de discusión forman hoy parte esencial en la vida cotidiana de los ciudadanos y de las empresas. Para hacernos una idea, se estima que Internet hace tiempo que superó los 2.000 millones de usuarios⁶. Cada minuto se suben a *YouTube* 60 horas de vídeo⁷. Diariamente se publican en *Twitter* 340 millones de mensajes⁸. Sólo a través de *Wordpress* se han creado ya más de 74 millones de blogs⁹. La *Wikipedia*, uno de los iconos de la Web 2.0, hace tiempo que se convirtió en la mayor enciclopedia de la historia y en la actualidad está ya cerca de alcanzar los 4.000.000 de artículos sólo en su versión en inglés¹⁰. Y *Facebook*, la red social creada en 2004 por Mark Zuckerberg y Marc Andreessen, tiene hoy más de 900 millones de usuarios activos¹¹.

Estos nuevos servicios han transformado la forma en que las personas obtienen y suministran información, se comunican, expresan sus opiniones e interactúan con otros para compartir o crear todo tipo de contenidos o realizar transacciones comerciales. Pero, como sucede siempre con todo avance tecnológico, las enormes posibilidades que ofrece hoy Internet también pueden ser un cauce para realizar actividades ilícitas o lesivas para los derechos de otras personas, por ejemplo, cuando se utilizan para vulnerar los derechos de autor o para di-

⁵ Como dice PEÑA-LÓPEZ hablando de la Web 2.0, «no se trata tanto de una tecnología como de una actitud: la actitud de compartir, de tener —los usuarios— conversaciones que permitan crear información colectiva, de forma inmediata y sin intermediarios» [«Fundamentos tecnológicos del Derecho de la Sociedad de la Información», en PEGUERA POCH, M. (Coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 69].

⁶ <http://royal.pingdom.com/2012/01/17/internet-2011-in-numbers/> (última consulta 26/06/2012).

⁷ http://www.youtube.com/t/press_statistics (última consulta 26/06/2012).

⁸ <https://business.twitter.com/es/basics/what-is-twitter/> (última consulta 26/06/2012).

⁹ <http://en.wordpress.com/stats/> (última consulta 26/06/2012).

¹⁰ <http://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia> (última consulta 26/06/2012).

¹¹ <http://newsroom.fb.com/content/default.aspx?NewsAreaId=22> (última consulta 26/06/2012).

vulgar contenidos difamatorios o que atentan contra los derechos a la intimidad o la propia imagen de los demás.

En este contexto, cobra una renovada actualidad el problema de la atribución de responsabilidad por los contenidos que circulan a través de Internet. Queda fuera de toda duda que quienes crean o seleccionan datos de cualquier tipo que sean y los difunden a través de Internet, esto es, los llamados proveedores de contenidos (*content providers*), son directamente responsables en el caso de que dichos contenidos sean ilícitos o cuando su difusión infrinja derechos de terceros. Sin embargo, desde el punto de vista práctico los titulares de los derechos vulnerados pueden tropezar con una dificultad insalvable para obtener la reparación por esta vía, puesto que para poder demandar al usuario que está detrás de los contenidos transmitidos a través de Internet primero habría que identificarlo, algo que no siempre es fácil, pues los usuarios actúan muchas veces de forma anónima. Es más, ese anonimato es considerado como uno de los pilares básicos de Internet¹² e incluso resulta amparado legalmente, en la medida en que los operadores de redes de comunicaciones únicamente podrán revelar los datos que permitan identificar a sus usuarios cuando medie un requerimiento judicial y sólo con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de *delitos graves*¹³.

Por otra parte, también se ha dicho que, aun en los casos en los que se conozca la identidad del proveedor de los contenidos, el perjudicado puede preferir dirigirse contra quienes hacen posible la transmisión, almacenamiento o difusión de esos contenidos ilícitos o lesivos, pues cabe presuponer en éstos una mayor solvencia económica, de manera que resulte garantizado, en su caso, el cobro de las indemnizaciones resarcitorias¹⁴.

¹² Cfr. ROIG BATALLA, A., «El anonimato y los límites a la libertad en internet», en COTINO HUESO, L. (Coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 321 y ss.

¹³ La Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de los datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, que ha venido a incorporar al ordenamiento español la Directiva 2006/24/CE, al tiempo que deroga los arts. 12, 38.2.c) y d) y 38.3 LSSI, sólo impone a los operadores de telecomunicaciones la obligación de ceder los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación cuando sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial y únicamente con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de *delitos graves* (art. 1). A falta de otra previsión legal, la revelación de dicha información fuera de este caso estaría vedada por la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal.

¹⁴ *Vid.*, por todos, JULIÀ BARCELÓ, R., «Liability For On-Line Intermediaries: A European Perspective», *EIPR*, 1998, Issue 12, pág. 454.

La cuestión que inmediatamente se plantea es si se debe hacer responsables y, en su caso, en qué medida o bajo qué circunstancias, a quienes realizan una labor meramente instrumental, haciendo posible la difusión a través de Internet de contenidos ajenos. Detrás de este interrogante se esconde en realidad un delicado problema de política jurídica, pues las reglas de imputación de responsabilidad en este ámbito pueden llevar a instaurar un juego de incentivos que condicione el desarrollo de la llamada sociedad de la información¹⁵.

Por un lado, negar la responsabilidad de los proveedores de servicios significaría, como hemos visto, que en la mayoría de los casos los perjudicados no podrían obtener un resarcimiento, por lo que terminarían soportando los riesgos derivados de las conductas ilícitas que se puedan producir a través de Internet. Además, hay que tener en cuenta que los proveedores de servicios se encuentran en una posición privilegiada para impedir la difusión de contenidos a través de Internet, por lo que la atribución de responsabilidad a los mismos en determinadas condiciones puede suponer un estímulo para frenar las conductas ilícitas o que lesionen los derechos de terceros.

Ahora bien, admitir una responsabilidad absoluta y objetiva de los prestadores de servicios de intermediación por los contenidos ilícitos que los destinatarios de dichos servicios puedan incorporar a la red llevaría aparejadas importantes consecuencias en el ejercicio de su actividad, que podrían suponer un freno para el desarrollo de Internet e incluso poner en peligro el respeto de determinados derechos fundamentales de la persona. En efecto, la extensión de la responsabilidad de los prestadores de servicios podría hacer que éstos limitaran el acceso a Internet sólo a aquellos en quienes pudiesen confiar, lo cual, unido a los costes de la responsabilidad en que pudiesen incurrir, traería consigo un encarecimiento del acceso y el uso de Internet. Por otro lado, un régimen excesivamente estricto de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación les abocaría a imponer un férreo control de los contenidos suministrados por los destinatarios de sus servicios, lo que supondría una grave amenaza para los derechos a la libertad de expresión y al secreto de las comunicaciones¹⁶.

¹⁵ Así, RUBÍ PUIG, A., «Derecho al honor *online* y responsabilidad civil de los ISPs. El requisito del conocimiento efectivo en las SSTs, Sala Primera, de 9 de diciembre de 2009 y 18 de mayo de 2010», *Indret*, octubre 2010, pág. 4.

¹⁶ En este sentido, *vid.* CLEMENTE MEORO, M. E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios en la sociedad de la información», en CLEMENTE MEORO, M. E./ CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad civil y contratos en Internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Comares, Granada, 2003, pág. 41.

II. EL MARCO NORMATIVO

1. *La Directiva sobre el comercio electrónico*

La determinación del régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación pasa, pues, por la búsqueda de un equilibrio entre los intereses de los titulares de los derechos que puedan resultar vulnerados por la difusión de contenidos ilícitos a través de Internet y el interés de la sociedad en un desarrollo adecuado de los servicios prestados a través de las redes de telecomunicaciones y en que no se vea afectado el derecho a la libertad de expresión e información. Ese equilibrio es el que pretendía lograr la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular del comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)¹⁷.

Las razones que llevaron a abordar el establecimiento de una regulación uniforme de la materia en el ámbito de los países de la Unión son evidentes, pues el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación es esencial para garantizar el desarrollo de estos servicios y una disparidad de criterios en el seno de la Unión podría entorpecer el funcionamiento del mercado interior, al obstaculizar el desarrollo de servicios transfronterizos y producir distorsiones de la competencia¹⁸.

En este punto, la Directiva está claramente inspirada en la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), que dos años antes había consagrado en los Estados Unidos un compromiso entre los intereses enfrentados del sector de las telecomunicaciones, por un lado, y de la industria de contenidos, por otro. Dicho compromiso se saldó con el establecimiento de una serie de supuestos en los cuales los prestadores de servicios de intermediación quedaban a salvo de la responsabilidad que les pudiese ser atribuida por las infracciones del *Copyright* cometidas por sus usuarios, razón por la cual se los conoce como *safe harbors* (puertos seguros)¹⁹. No se trata de un régimen uniforme, sino

¹⁷ A ello se refiere el Considerando 41 de la Directiva, cuando afirma que «la presente Directiva logra un justo equilibrio entre los diferentes intereses en presencia».

¹⁸ *Vid.* Considerando 40 de la Directiva. Sobre el estado de la cuestión en los países de la Unión Europea con anterioridad a la aprobación de la Directiva, *vid.* JULIÀ BARCELÓ, R., «Liability for On-Line Intermediaries...», *cit.*, págs. 456 y ss.

¹⁹ Conviene resaltar que unos años antes el *lobby* formado por la industria de las telecomunicaciones y servicios de Internet no había encontrado un grupo organizado que pudiese contrarrestar sus presiones para lograr una legislación acorde a sus intereses, lo

que la exención de responsabilidad se hace depender de presupuestos diferentes en función de los distintos tipos de actividades de intermediación.

Siguiendo este mismo enfoque, la sección 4.^a del Capítulo II de la Directiva se ocupa de la responsabilidad por las actividades de mera transmisión (art. 12), memoria tampón (art. 13) y alojamiento de datos (art. 14), definiendo para cada una de ellas las condiciones en las que quedarán exentos de responsabilidad quienes transmiten, copian en caché o alojan en sus servidores contenidos procedentes de terceros. Por su parte, el art. 15, sienta el principio general que está detrás de este régimen de exención de responsabilidad y que no es otro que la inexistencia de un deber general a cargo de los prestadores de estos servicios de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias para descubrir actividades ilícitas que puedan realizarse a través de sus servicios.

El régimen instaurado por la Directiva presenta, no obstante, algunas importantes diferencias con el de la DMCA²⁰. La primera y quizá la más importante reside en que aquélla adopta una aproximación horizontal, en la medida en que el régimen de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación resulta aplicable a todo tipo de actividades ilícitas, cualquiera que sea el derecho vulnerado y el tipo de responsabilidad que de ellas se derive, ya sea civil, penal o administrativa. Por el contrario, la DMCA tiene un ámbito de aplicación limitado a las infracciones de los derechos de autor y únicamente cubre la exención de responsabilidad por daños y perjuicios. En otro orden de cosas, la DMCA articula un mecanismo (*subpoena*)

que explica que el § 230 de la *Communications Decency Act* de 1996, estableciera una limitación de responsabilidad mucho más amplia a favor de los proveedores de servicios de Internet, al impedir que se pueda atribuir a éstos la condición de editor de los contenidos ilícitos o lesivos provenientes de terceros, y ello tanto si cuentan con herramientas para controlar lo que se publicaba a través de sus sistemas como si no. Esta regla, que se conoce como la «cláusula del buen samaritano» (*good samaritan provision*), unida a la generosa interpretación que de ella han hecho los tribunales, ha venido a consagrar una inmunidad prácticamente absoluta para los operadores de Internet, que se aplica a todo tipo de infracciones civiles, incluida la difusión de contenidos difamatorios. No obstante, quedan fuera de su ámbito de aplicación ciertos supuestos expresamente excluidos por la norma, entre los que cabe citar las infracciones del derecho de autor o del derecho de marcas y los asuntos penales de competencia federal. Puede verse un minucioso análisis de los antecedentes del § 230 CDA así como de su posterior aplicación por los tribunales en PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada, 2007, págs. 9 y ss.

²⁰ Para un estudio comparado de ambas normas *vid.* PEGUERA POCH, M., «The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems», *Colum. J. L. & Arts.*, vol. 32, 2009, págs. 481 y ss.

con el que los titulares de derechos presuntamente vulnerados pueden instar de un juez o tribunal que ordene la comparecencia del proveedor de servicios para que identifique al supuesto infractor²¹. La Directiva, por su parte, no impone a los Estados miembros una obligación en este sentido, si bien tampoco impide que éstos puedan establecer un deber a cargo de los prestadores de servicios de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, la información que permita identificar a los destinatarios²².

2. *La Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*

La trasposición de la Directiva al ordenamiento español tuvo lugar, con cierto retraso²³, en virtud de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSI), que dedica la sección 2.^a del capítulo II a la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación. No obstante, la ley española adopta una perspectiva en cierto modo diferente a la de la Directiva, pues mientras que ésta pone el acento en las distintas actividades propias de los servicios de intermediación, los arts. 14 a 17 LSSI abordan la regulación de esta materia desde una perspectiva subjetiva²⁴,

²¹ 17 U.S.C. § 512 (h).

²² *Vid.* art. 15.2 de la Directiva 2000/31/CE. La situación no ha cambiado sustancialmente tras las Directivas 2002/58/CE, de 12 de julio, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad de las comunicaciones electrónicas y 2006/24/CE, de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones. Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que el Derecho comunitario no se opone a que los ordenamientos nacionales permitan que los órganos jurisdiccionales puedan requerir a los proveedores de acceso a Internet para que comuniquen los datos que hagan posible la identificación de un usuario en el curso de un procedimiento civil, siempre que se respete el principio de proporcionalidad, pero tampoco impone una obligación en ese sentido, *vid.* STJUE (Gran Sala) de 29 de enero de 2008, asunto C-275/06, *Promusicae*, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=70107&doclang=ES&mode=&part=1> (última consulta 26/06/2012) y STJUE (Sala Tercera) de 19 de abril de 2012, asunto C-461/10, *Bonnier Audio*, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=c-461/10&td=ALL> (última consulta 26/06/2012).

²³ A tenor del art. 22.1 de la Directiva, la trasposición de sus disposiciones a los ordenamientos nacionales debía producirse antes del 17 de enero de 2002.

²⁴ MASSAGUER, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital. El Tratado de la OMPI Sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)», *pe. i.*, n.º 13, enero-abril 2003, pág. 35.

clasificando a los prestadores de servicios de intermediación en función de la actividad que desarrollan, cuando en realidad es muy frecuente que un mismo sujeto pueda prestar distintos servicios.

En primer término, el art. 14 LSSI establece las condiciones en que quedan exentos de responsabilidad quienes prestan un servicio de mera transmisión (*mere conduit*), esto es, aquel que consiste en transmitir datos por una red de telecomunicaciones o en facilitar el acceso a la misma. Quienes presten tales servicios, básicamente los operadores de redes de telecomunicaciones y los proveedores de acceso a Internet, se benefician de una exención de responsabilidad muy amplia, que opera siempre que su actividad sea meramente técnica, automática y pasiva, o lo que es lo mismo, siempre que no hayan originado ellos mismos la transmisión, ni modifiquen los datos transmitidos, ni seleccionen éstos o a los destinatarios de tales datos. Aclara el propio art. 14 que no se entenderá por modificación la manipulación estrictamente técnica de los archivos que albergan los datos que tiene lugar durante su transmisión y que las actividades de transmisión y provisión de acceso comprenden asimismo el almacenamiento automático, provisional y transitorio de estos datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de telecomunicaciones y su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para ello²⁵.

El art. 15 se ocupa de los prestadores de servicios que almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal los datos facilitados por un destinatario del servicio con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios. Se trata de una práctica muy habitual, que se conoce técnicamente como memoria tampón, caché del sistema o *proxy caching*, y que consiste en que cuando un usuario solicita de un servidor el acceso a una página web que está alojada en él, se guarda una copia de la misma en un servidor intermedio, para que cuando otro usuario quiera acceder a esa misma página web se le pueda facilitar la información desde este último, sin necesidad de acudir de nuevo al servidor remoto. De este modo, al estar la información más cerca de los usuarios que quieren acceder a ella, se reduce el tráfico en la red, disminuye la demanda de peticiones a los servidores y se reducen los tiempos de respuesta²⁶. La exención de res-

²⁵ Con esta última puntualización se hace referencia a una actividad necesaria para el funcionamiento de Internet, puesto que los enrutadores (*routers*) han de realizar copias efímeras durante el proceso de decodificación de la información que circula a través de ellos para poder redirigirla hacia su destino.

²⁶ Sobre este particular, *vid.* PAYERAS CAPELLÀ, M./CAVANILLAS MÚGICA, S., «Los servidores de acceso y alojamiento: descripción técnica y legal», en CAVANILLAS MÚGI-

ponsabilidad de quienes realizan estas copias provisionales en sus servidores se hace depender de que cumplan con una serie de condiciones: que no modifiquen la información; que permitan el acceso a ella sólo quienes cumplan las condiciones impuestas en el sitio original, por ejemplo, a quienes estén registrados en él; que respeten las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información, de manera que los contenidos que se muestran coincidan con los disponibles en el sitio de origen; que no interfieran en la utilización de tecnología para la obtención de datos sobre la utilización de la información, y que retiren la información que hayan almacenado o hagan imposible el acceso a ella en cuanto tengan conocimiento efectivo de que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente o que se ha imposibilitado el acceso a ella o que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

En tercer lugar, se regula la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento por la información almacenada a petición de los destinatarios del servicio, que el art. 16 LSSI hace depender de que aquéllos no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización o, en el caso de que sí tuvieran ese conocimiento efectivo, reaccionen de manera diligente para retirar los datos o hacer imposible el acceso a los mismos.

Por último, el art. 17 LSSI incorpora un cuarto supuesto de exención de responsabilidad referido a los servicios de intermediación que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, supuesto no contemplado por la Directiva y que está directamente inspirado en la DMCA. Para quedar exentos de responsabilidad los prestadores de estos servicios deberán cumplir las mismas condiciones previstas para los prestadores de servicios de alojamiento, esto es, la falta de conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización o que actúen de manera diligente para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente en el caso de que lleguen a tener el nivel de conocimiento indicado.

En todos estos casos, el hecho de que no se cumpla alguna de las condiciones previstas supone que el intermediario no quedará al abrigo de la exención de responsabilidad de que se trate. Pero eso no sig-

CA, S. (Coord.), *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento. Un análisis multidisciplinar*, Comares, Granada, 2005, págs. 10-11.

nifica necesariamente que deba ser considerado responsable, aun cuando los contenidos provistos por los destinatarios de sus servicios o las actividades de estos últimos sean ilícitos, pues ello dependerá en última instancia de que concurran los criterios de atribución de responsabilidad fijados por las normas generales y especiales de responsabilidad²⁷. El sistema diseñado tanto por la Directiva como por el legislador español se limita a establecer una serie de escenarios en los que el intermediario nunca va a responder, sin que ello permita deducir que fuera de las situaciones descritas deba responder siempre.

Partiendo de estas premisas, no cabría hacer una interpretación *a contrario* de los arts. 14 a 17 LSSI para extraer de ellos los criterios de imputación de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación. Sin embargo, en el caso concreto de los prestadores de servicios de alojamiento y de aquellos que facilitan enlaces o instrumentos de búsqueda no resulta nada fácil escindir las condiciones de las que se hace depender la exención de responsabilidad del canon de diligencia exigible al intermediario y cuyo incumplimiento llevaría a apreciar la culpa o negligencia en la que fundar su responsabilidad *ex art.* 1902 del Código civil²⁸. Ello explicaría que nuestros tribunales tiendan a hacer una interpretación *a contrario* de los arts. 16 y 17 LSSI para extraer de ellos la regla de que los prestadores de servicios responden civilmente siempre que tengan conocimiento efectivo de que la información almacenada o que es objeto de enlace o búsqueda es ilícita y no actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a los mismos²⁹.

²⁷ Así, ampliamente, PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad...*, cit., págs. 321 y ss. A juicio de este autor (*ibid.*, págs. 330-331) «cuando un prestador de servicios lleva a cabo una actividad que no se ajusta a las condiciones exigidas para disfrutar de la exclusión, podrá ser declarado responsable sí y sólo si existe una norma en nuestro ordenamiento que atribuye responsabilidad (sea civil, sea penal, sea administrativa) por razón de dicha conducta (responsabilidad por hecho propio); o bien que obliga a ese prestador a responder de los actos ilícitos de un tercero (el usuario) en atención a las circunstancias concurrentes y en particular en consideración a la relación que media entre el prestador y el tercero, autor del acto ilícito (responsabilidad por hecho ajeno)».

²⁸ Afirma en este sentido GRIMALT SERVERA [«La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (Coord.), *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 185] que «si no resulta procedente la aplicación de la exoneración de responsabilidad prevista en los arts. 16 y 17 LSSICE es porque el prestador no ha actuado diligentemente, por lo que no resulta nada difícil extraer como conclusión que, en estos casos, el prestador será responsable por estos contenidos ilícitos de terceros, bien porque interpretemos *a contrario* los arts. 16 o 17 LSSICE, bien porque apliquemos el art. 1902 del Código civil (siempre que no resulte procedente, obviamente, la aplicación de reglas especiales en función del bien jurídico protegido)».

²⁹ Entre otras, *vid.* SAP de Madrid (Sección 14.^a) de 20 de diciembre de 2005 (AC

III. CARACTERIZACIÓN LEGAL DE LA NOCIÓN DE SERVICIO DE ALOJAMIENTO DE DATOS

1. *La distinción entre proveedor de contenidos y prestador de servicios de intermediación*

Tanto la Directiva como la LSSI parten de una noción muy amplia de servicio de la sociedad de la información que comprende una gran variedad de actividades económicas desarrolladas en línea, entre las que se incluye no sólo la venta de mercancías o aquellas que consisten en ofrecer información o comunicaciones comerciales, sino también los instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o los servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación o almacenar información facilitada por el destinatario del servicio³⁰. Como se puede apreciar, quienes prestan estos servicios juegan un papel muy distinto en relación con la información o los contenidos que circulan a través de Internet, pues mientras que unos pueden ser considerados como proveedores de dichos contenidos, otros cumplen una mera función técnica, tendente a hacer posible o facilitar que los contenidos generados por otros lleguen a sus destinatarios³¹.

En este sentido, siguiendo lo dispuesto por la Directiva³², el art. 13 LSSI distingue dentro de los prestadores de servicios de la sociedad de la información a los prestadores de servicios *de intermediación*, categoría esta última que coincide con la de prestador de servicios de Internet o ISP (acrónimo de *Internet Service Provider*). La distinción entre proveedor de contenidos y proveedor de servicios de intermediación es importante, pues va a resultar decisiva a la hora de determinar el régimen de responsabilidad.

Quienes tengan la condición de proveedores de contenidos quedarán sometidos al régimen de responsabilidad por hecho propio o por hecho ajeno que resulte aplicable en función del bien jurídico vulnerado, ya sea el régimen general contemplado en los arts. 1902 y siguien-

2006/233); SAP de Islas Baleares (Sección 3.^a) de 22 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/238832); SAP de Madrid (Sección 12.^a) de 17 de abril de 2008 (*JUR* 2008/179170); SAP de Barcelona (Sección 19.^a) de 3 de marzo de 2010 (*AC* 2010/ 941); AP de Cádiz (Sección 2.^a) de 4 de noviembre de 2010 (*AC* 2011/652).

³⁰ *Vid.* Considerando 18 de la Directiva 2000/31/CE y el apartado II de la Exposición de Motivos LSSI.

³¹ CLEMENTE MEORO, M. E., *op. cit.*, pág. 81; DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado de Internet*, 4.^a ed., Aranzadi, Cizur Mernor (Navarra), 2011, pág. 134.

³² La Sección 4.^a del capítulo II de la Directiva lleva por rúbrica «Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios».

tes del Código civil, la Ley Orgánica 1/1982 cuando se produzca una intromisión ilegítima de los derechos al honor, la intimidad o la propia imagen o el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual si resultan conculcados los derechos de autor³³. Por el contrario, los prestadores de servicios de intermediación se benefician de un régimen especial, no porque dichas normas no les sean aplicables, sino porque a ellas se anteponen las exenciones de responsabilidad contempladas en los arts. 14 a 17 LSSI.

Sin embargo, es cada vez más frecuente encontrar en Internet servicios que tienen una naturaleza mixta, en la medida en que combinan la provisión de contenidos propios y un servicio de intermediación respecto de contenidos ajenos³⁴. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el caso de los diarios digitales, en los que al hilo de una noticia se abre un espacio de discusión en forma de foro para que los lectores puedan expresar sus opiniones. Otro claro ejemplo está representado por los blogs o *weblogs*, páginas web personales en las que el autor o editor introduce periódicamente textos o artículos, que se presentan en un orden cronológico inverso, y que suelen incorporar una lista de enlaces a otros blogs afines o a páginas web en las que ampliar información. También es habitual que los blogs cuenten con un espacio que permite a los lectores agregar comentarios, estableciendo un diálogo con el autor o con otros lectores acerca de lo publicado. En todo caso, el editor del blog conserva la capacidad para eliminar los mensajes introducidos por terceros.

Conviene, pues, precisar que las reglas de exclusión de responsabilidad incluidas tanto en la Directiva como en la LSSI sólo operan

³³ Vid. por ejemplo, SAP de Las Palmas (Sección 3.ª) de 20 de enero de 2004 (*vLex*-16790049), que confirma la sentencia de instancia en la que se aprecia la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor a raíz de la publicación en varias páginas web de información referente a supuestas lesiones y agresiones sexuales cometidas por éste contra su propio hijo, a pesar de haberse archivado las actuaciones seguidas contra él; SAP de Valencia (Sección 11.ª) de 27 de diciembre de 2005 (*AC* 2006, 297), en la que se condena al hermano de la víctima de una negligencia médica por los insultos vertidos contra los médicos a través de la página web que él mismo había creado; SAP de Madrid (Sección 25.ª) de 28 de abril de 2010 (*AC* 2010, 478), que enfrenta a la SGAE con la Confederación Nacional del Trabajo, por la publicación por ésta en su página web de un artículo de contenido manifiestamente injurioso titulado «Por la desaparición de la SGAE, a las barricadas». Recientemente, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 3 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 4710), confirma la condena de una madre, cuyo hijo había fallecido tras ser sometido a una intervención de radiocirugía, por haber vertido a través de su propia página web comentarios claramente atentatorios contra el prestigio y la reputación profesional del médico que operó a su hijo.

³⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* CAVANILLAS MÚGICA, S., «La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», en AA.VV., *Responsabilidades de los proveedores de Información en Internet*, Comares, Granada, 2007, págs. 1 y ss.

respecto de los prestadores de servicios de intermediación en la medida en que dicha responsabilidad se derive de contenidos introducidos por terceros, entendiéndose por tales a los usuarios o destinatarios del servicio y no a quienes actúen por cuenta del propio prestador del servicio³⁵. En este sentido, el art. 12.2 del Proyecto de Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico presentado por el Gobierno a las Cortes disponía expresamente que las reglas especiales de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación sólo se aplicarían respecto de los «contenidos ajenos»³⁶. Aunque dicha referencia desapareció en el texto definitivamente aprobado, los arts. 14, 15 y 16 insisten en que los servicios de intermediación se refieren a datos facilitados por el destinatario del servicio. Por lo tanto, las reglas de exclusión de responsabilidad no entran en juego en relación con los contenidos introducidos por el propio prestador de servicios, pues en este caso no se comportaría como mero intermediario³⁷. Dicho con otras palabras, un proveedor de servicios de la sociedad de la información puede actuar como proveedor de contenidos, respecto de los cuales será responsable con arreglo a los criterios generales de atribución de responsabilidad, y al mismo tiempo como intermediario, en tanto que proveedor de alojamiento de datos de terceros, en cuyo caso serán aplicables las reglas de exención de responsabilidad previstas en el art. 16 LSSI³⁸.

Así lo ha entendido la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 4 de noviembre de 2010, relativa a la demanda de responsabilidad dirigida contra un diario digital por los comentarios vertidos por los usuarios al hilo de la publicación de una noticia³⁹. Considera la Audiencia Provincial de Cádiz que la Ley de Prensa e Imprenta sería aplicable a las noticias que se publiquen en el referido medio, pero no a

³⁵ Art. 16.2 LSSI.

³⁶ *BOCG. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 22 de febrero de 2002, n.º 68-1.

³⁷ *Vid.* SAP de Cáceres (Sección 2.ª) de 27 de octubre de 2006 (*JUR* 2006, 272249), en la que se condena al administrador de una página web por las afirmaciones injuriosas que él mismo había realizado en un foro alojado en dicha web contra un rival político.

³⁸ Como decía expresamente la Memoria Justificativa de la propuesta inicial de Directiva elaborada por la Comisión «(t)he distinction as regards liability is not based on different categories of operators but on the specific types of activities undertaken by operators. The fact that a provider qualifies for an exemption from liability as regards a particular act does not provide him with an exemption for all of his other activities», *vid.* Commission of the European Communities, *Proposal for a European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market*, Brussels, 18.11.1998, COM(1998) 586 final, pág. 27, accessible in http://www.edis.sk/ekes/ecom_legalen.pdf (última consulta 28/06/2012).

³⁹ SAP de Cádiz (Sección 2.ª) de 4 de noviembre de 2010 (*AC* 2011, 652).

los contenidos suministrados por terceros, respecto de los cuales la entidad demandada debía quedar sometida al régimen especial de exención de responsabilidad previsto en el art. 16 LSSI, sin que quepa aplicar en este caso la doctrina jurisprudencial de las cartas al director, dada la automaticidad del acceso de comentarios como los litigiosos a los medios de comunicación social⁴⁰.

2. *El alojamiento de datos más allá de los tradicionales servicios de hosting*

En el momento en el que se concibe el régimen de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación a finales de los años noventa, la noción de servicio de alojamiento o almacenamiento de datos estaba referida a los servicios de *hosting*, entendiéndose por tal el arrendamiento de espacio en un servidor externo en el que el usuario del servicio puede alojar todo tipo de información, fundamentalmente páginas o sitios web, pero también tablones de anuncios (*bulleting boards services*), grupos de noticias (*news groups*) o espacios de conversación en tiempo real (*chats rooms*), donde los usuarios pueden leer información enviada por otros y enviar sus propios mensajes⁴¹. Para comprobarlo basta acudir a la definición de «Servicio de intermediación» recogida en el párrafo segundo del apartado b) del Anexo de la LSSI, que habla del «alojamiento *en los propios servidores* de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros».

Ahora bien, dada la amplitud de los términos con los que, tanto la Directiva como la LSSI, definen la actividad de almacenamiento de

⁴⁰ Comparte este criterio DE MIGUEL ASENSIO (*op. cit.*, pág. 213), para quien «en relación con los servicios de la sociedad de la información que reúnen la condición de prensa, el art. 65.2 Ley 14/1966 determina quiénes han de responder, pero sin perjuicio de que esos servicios también pueden beneficiarse de las limitaciones de responsabilidad de la LSSI — típicamente, en la medida en que actúen como meros prestadores de servicios de intermediación o de provisión de enlaces— y en relación con esas actividades no deban ser responsables». En contra, GRIMALT SERVERA («La responsabilidad de los proveedores de información en Internet y la Ley 14/1966, de Prensa e Imprenta», en AA.VV., *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, Comares, Granada, 2007, págs. 72-75) considera que, por ser una norma especial, prima la Ley de Prensa frente a la LSSI siempre que la actividad de alojamiento de datos de terceros forme parte de la estructura del periódico.

⁴¹ Vid. Commission of the European Communities, *Proposal for a European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market*, Brussels, 18.11.1998, COM(1998) 586 final, pág. 29, *cit. supra* nota 38.

datos, no parece que haya ningún obstáculo para extender la noción de servicio de alojamiento a aquellos sitios web que integran contenidos generados por los usuarios, tales como blogs, foros, *wikis*, redes sociales o plataformas para almacenar y compartir archivos, y ello independientemente de que éstos estén o no alojados en servidores propios⁴². En todos estos casos habrá que considerar que quien almacena los datos de los usuarios es el titular del sitio web en el que se alojan dichos servicios, además de quien eventualmente pueda prestar espacio en sus propios servidores para alojar toda esta información⁴³. Distingue en este sentido la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid de 20 de septiembre de 2010 entre *el hosting puro* y *el hosting web 2.0*, que tiene por finalidad que los usuarios participen e incorporen materiales para divulgarlos y compartirlos con otros usuarios⁴⁴. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 9 de julio de 2009 afirma expresamente que «dentro del alojamiento se contemplan no sólo la actividad básica de los prestadores de *hosting* —alojamiento de sitios web—, sino también comentarios de terceros en un blog, el de artículos en un *wiki*, o el de mensajes en un foro»⁴⁵, consideración que se encuentra ampliamente respaldada en nuestra jurisprudencia, que, como veremos, tiende a admitir que estos últimos deben ser catalogados como prestadores de servicios de almacenamiento en el sentido del art. 16 LSSI.

Podría dudarse de si la respuesta debería ser la misma en el caso de aquellos servicios que no sirven al desarrollo de una actividad económica, y que por lo tanto no cumplen con uno de los presupuestos de la definición de servicio de la sociedad de la información.

En efecto, el apartado 2 del art. 1 de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE, a la que se remite el art. 2.a) de la

⁴² Así, COTINO HUESO, L., «El problema de la responsabilidad por los contenidos ilícitos en la web 2.0 y algunas propuestas de solución», Ponencia presentada en la Universidad Autónoma de Barcelona el 18 de septiembre de 2009, pág. 5, disponible en http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,1478/Itemid,3/ (última consulta 23/06/2012); DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, pág. 238; GRIMALT SERVERA, P., «La responsabilidad civil...», *cit.*, pág. 180; PEGUERA POCH, M., «“Sólo sé que no sé nada (efectivamente)”: la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 5, 2007, pág. 6; *Id.*, «The DMCA Safe Harbors...», *cit.*, págs. 495-497. En contra, no obstante, SOLER PRESAS, A., «Am I in Facebook? Sobre la responsabilidad civil de las redes sociales on-line por la lesión de los derechos de la personalidad, en particular por usos no consentidos de la imagen de un sujeto», *InDret*, julio 2011, págs. 27-28.

⁴³ Así, PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad...*, *cit.*, pág. 274.

⁴⁴ SJM n.º 7 de Madrid de 20 de septiembre de 2010 (AC 2010, 1462).

⁴⁵ SAP de Lugo (Sección 1.ª) de 9 de julio de 2009 (*JUR* 2009, 328919).

Directiva 2000/31/CE, define los servicios de la sociedad de la información como «todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario». La misma definición aparece reproducida en el apartado a) del Anexo de la LSSI, si bien éste habla de servicios prestados «normalmente a título oneroso», en lugar de «a cambio de una remuneración», y precisa que comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador del servicio. De este modo, cabría incluir dentro de la noción de prestador de servicios de la sociedad de la información a quienes obtienen ingresos económicos como consecuencia del servicio, ya sea directamente, como en el caso de los servicios remunerados por sus destinatarios, o de manera indirecta, mediante la inclusión de publicidad o como consecuencia de la explotación de los datos personales de los usuarios que se registran para acceder al servicio⁴⁶. Sin embargo, quedarían fuera todos aquellos supuestos en los que cabe apreciar una ausencia total de actividad económica, como ocurre con frecuencia con las páginas o blogs de carácter personal, lo cual, en principio, debería llevar a excluirlos del régimen jurídico específico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, por lo que ni les serían exigibles las obligaciones impuestas a éstos ni tampoco el régimen especial de responsabilidad previsto en los arts. 14 a 17 LSSI.

Pero si partimos de la base de que el fundamento de la exclusión de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación no reside en el carácter económico de su actividad, sino en el papel neutro o pasivo del intermediario en relación con los datos provenientes de terceros, parece que se impone una aplicación analógica de las reglas de exclusión de responsabilidad a quienes prestan servicios de intermediación sin mediar una actividad económica⁴⁷. De otro modo

⁴⁶ DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, pág. 120.

⁴⁷ PEGUERA POCH, M., «“Sólo sé que no sé nada (efectivamente)”...», *cit.*, pág. 6; *Id.*, «¿Inmunidad para el mensajero? La protección otorgada a los proveedores de servicios de Internet en el Derecho europeo y español», *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, Año I, n.º 2, julio-diciembre 2007, pág. 20. Por su parte, entiende DE MIGUEL ASENSIO (*ibid.*, págs. 122-123) que «la evolución de Internet facilita una interpretación de las normas sobre responsabilidad de la LSSI —en particular de sus arts. 16 a 17— que haga posible su aplicación a quienes sin tener la condición de prestador de servicios de la sociedad de la información prestan servicios de alojamiento o incluyen enlaces a contenidos de terceros, quienes para beneficiarse de ese régimen de exención de responsabilidad deberán normalmente suministrar cierta información general de manera semejante a como el art. 10 LSSI exige a los prestadores de servicios de la sociedad de la información».

se llegaría a la absurda conclusión de someter a un régimen de responsabilidad más estricto precisamente a quienes no obtienen un rendimiento económico derivado de su actividad. Además confirma esta tesis la práctica de nuestros tribunales, que no han dudado en aplicar el régimen de responsabilidad previsto en el art. 16 LSSI al titular de páginas web que albergaban espacios participativos, sin que se hubiera podido acreditar la obtención de ningún tipo de rendimientos económicos derivados de las mismas. Es más, los tribunales ni tan siquiera se detienen a considerar esta cuestión, pese a que en algunos casos hubiera quedado acreditado que la prestación del servicio de almacenamiento de datos no conllevaba una actividad económica⁴⁸.

3. *La neutralidad como presupuesto de la actividad de intermediación*

Partiendo de la base de que los servicios de la Web 2.0 que se nutren de contenidos suministrados por terceros pueden catalogarse como servicios de alojamiento de datos, cabría aún preguntarse si su relación con dichos contenidos es puramente técnica, automática y pasiva, pues en otro caso sus funciones excederían de las de mera intermediación y, por lo tanto, no podrían beneficiarse de la exención de responsabilidad prevista en el art. 16 LSSI.

En efecto, lo que permite caracterizar a los servicios de intermediación es la posición pasiva del prestador del servicio en relación con los contenidos, respecto de los cuales actúan como meros intermediarios, sin participar ni en su creación, ni en su selección, ni en la decisión de hacerlos accesibles⁴⁹. Así se desprende del Considerando 42 de la Directiva, a tenor del cual «las exenciones de responsabilidad establecidas en la presente Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se

⁴⁸ Así, por ejemplo, la SAP de Baleares (Sección 3.^a) de 22 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 238832) no duda en considerar como servicio de alojamiento o almacenamiento de datos a una web que albergaba un foro en el que se habían vertido mensajes claramente atentatorios contra el honor del demandante, y ello pese a que se considera probado que en la citada página web había una serie de enlaces a hoteles, restaurantes, etc. cuyos titulares no abonaban cantidad alguna por los mismos. Y la STS de 9 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 131) pone de manifiesto cómo la sentencia apelada había calificado a la demandada como prestadora de un servicio de intermediación sin entrar a valorar el requisito de que dichos servicios han de ser retribuidos.

⁴⁹ MÁRQUEZ LOBILLO, P., «Prestadores de servicios de intermediación: algunas especialidades de su régimen jurídico», *RCE*, n.º 88, 2007, pág. 8.

limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada». Por su parte, el Considerando 43, referido a las exenciones por mera transmisión o almacenamiento provisional, dispone que «un prestador de servicios puede beneficiarse de las exenciones... cuando no tenga participación alguna en el contenido de los datos transmitidos».

Es evidente que la relación con la información almacenada por los nuevos servicios de alojamiento de datos no es la misma que la de los proveedores de *hosting*, que se limitan a poner los medios tecnológicos para que la información esté disponible a través de Internet. Por el contrario, en las nuevas aplicaciones basadas en la difusión de contenidos facilitados por los propios usuarios, al proveedor de los servicios de alojamiento no le es indiferente cuál sea la cantidad de información almacenada a través de sus servicios, ni su contenido, ni la manera en la que ésta se presenta u ordena, pues el logro de sus objetivos y en muchos casos también el éxito de su negocio vendrá determinado directa o indirectamente por el volumen de tráfico de su sitio. Ello obliga a preguntarse si, en la medida en la que el prestador del servicio ostenta un poder de control sobre la difusión de los contenidos que almacena, podría afirmarse que éste deja de ejercer un rol pasivo, debiendo ser equiparado a un editor que asume como propios esos contenidos provenientes de terceros.

Nuestros tribunales tienden a considerar —generalmente, sin mayores disquisiciones— que quienes prestan estos nuevos servicios son prestadores de servicios de intermediación y se benefician por lo tanto del peculiar régimen de exención de responsabilidad previsto para éstos si se dan las condiciones del art. 16 LSSI. Así se ha apreciado, en particular, respecto de servicios de alojamiento de páginas web en portales de Internet⁵⁰, alojamiento de mensajes en foros⁵¹,

⁵⁰ SAP de Madrid (Sección 14.^a) de 20 de diciembre de 2005 (AC 2006, 233).

⁵¹ En este ámbito se han producido, sin lugar a dudas, la mayor parte de los casos de difamación en Internet resueltos por nuestros tribunales, *vid.* SAP de Islas Baleares (Sección 3.^a) de 22 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 238832); SAP de Madrid (Sección 12.^a) de 17 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 179170); SAP Madrid de 16 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 376933); SAP de Lugo (Sección 1.^a) de 9 de julio de 2009 (*JUR* 2009, 328919); SAP de Madrid (Sección 21.^a) de 13 de abril de 2010 (AC 2010, 1002); SAP de Badajoz (Sección 3.^a) de 17 de septiembre de 2010 (AC 2010, 1375); SAP de Madrid

chats⁵², webs que recogen quejas de consumidores⁵³ o comentarios al hilo de noticias de prensa⁵⁴, así como en relación con sitios en los que los usuarios pueden almacenar y compartir archivos de vídeo⁵⁵.

Sin embargo, nuestra jurisprudencia se muestra reticente a atribuir la condición de mero servicio de intermediación a los blogs en los que se reserva un espacio para que cualquiera pueda introducir sus comentarios, y ello sobre la base de considerar que el administrador conserva un control, siquiera sea *a posteriori*, sobre los contenidos introducidos por terceros⁵⁶. Este mismo argumento fue utilizado también por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de octubre de 2007 en relación con la *Frikipedia*, una página que parodia la *Wikipedia*, y en la que, al igual que en ésta, cualquier usuario puede crear o modificar sus contenidos⁵⁷. La comunidad de usuarios de *Frikipedia* había elaborado un artículo satírico acerca de la SGAE y su entonces director de relaciones corporativas, que demandaron al titular y responsable del sitio web por considerar que las afirmaciones vertidas a través del mismo suponían una intromisión ilegítima en su derecho al honor, obteniendo una sentencia favorable en primera instancia. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el posterior recurso de apelación por motivos estrictamente procesales, no obstante lo cual afirmó que no era de aplicación en este caso la exención de responsabili-

(Sección 21.^a) de 23 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2349); SAP de Barcelona (Sección 14.^a) de 29 de noviembre de 2010 (AC 2011, 141); SAP de Madrid (Sección 11.^a) de 2 de febrero de 2011 (AC 2011, 374); STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 10 de febrero de 2011 (RJ 2011, 313); SAP de Madrid (Sección 8.^a) de 25 de abril de 2011 (AC 2011, 1297); SAP de Murcia (Sección 5.^a) de 14 de junio de 2011 (AC 2011, 1455).

⁵² SAP de Barcelona (Sección 19.^a) de 3 de marzo de 2010 (AC 2010, 941).

⁵³ STS (Sala Civil, Sección 1.^a) de 18 de mayo de 2010 (RJ 2010, 2319).

⁵⁴ SAP de Cádiz (Sección 2.^a) de 4 de noviembre de 2010 (AC 2011, 652); SAP de Madrid (Sección 8.^a) de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2096).

⁵⁵ SJM n.º 7 de Madrid de 20 de septiembre de 2010 (AC 2010, 1462).

⁵⁶ *Vid.* SAP de Madrid (Sección 3.^a) de 26 de febrero de 2007 (JUR 2007, 238740); SAP de Madrid (Sección 11.^a) de 31 de marzo de 2011 (AC 2011, 491). Además de la capacidad de control del administrador del blog sobre los comentarios vertidos en él por terceros, ambas sentencias ponen de relieve la influencia que aquél puede ejercer sobre éstos al determinar la temática del blog o al incitar con sus propios comentarios determinadas reacciones. Aunque sin ofrecer ninguna explicación, la SAP de Las Palmas (Sección 5.^a) de 5 de noviembre de 2010 (JUR 2010, 252855) considera también que «no cabe aplicar el régimen jurídico de responsabilidad previsto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, porque un blog no es un proveedor de servicios ni de contenidos en Internet subsumible en alguno de los supuestos contemplados en los arts. 13 a 17 de la referida Ley». Por su parte, la SAP de A Coruña (Sección 6.^a) de 24 de junio de 2011 (JUR 2011, 264559) vincula la capacidad de control del administrador del blog con el párrafo 2.º del art. 16 LSSI por lo que nos ocuparemos de ella más adelante.

⁵⁷ SAP de Madrid (Sección 18.^a) de 8 de octubre de 2007 (JUR 2007, 352787).

dad del art. 16 LSSI, que había sido invocado por el apelante, por considerar que éste no actuaba como mero prestador de servicios de alojamiento en la medida en que era el creador de la página y autor de parte de los contenidos y comentarios en ella vertidos y tenía además la posibilidad técnica de control sobre los mismos, lo que le lleva a la conclusión de que debía responder también por las frases y contenidos injuriosos introducidos por terceros.

Ahora bien, si la «posibilidad técnica de control» sobre los contenidos alojados por terceros a los que se alude para rechazar la condición de intermediario se entiende referida a la mera facultad de eliminar o impedir el acceso a dichos contenidos, no se comprende el argumento, pues todo prestador de servicios de alojamiento goza de esa facultad. Cuestión distinta sería si el titular de la página web ejerciera un control editorial sobre los contenidos difundidos a través de su servicio, en cuyo caso éste no respetaría el principio de neutralidad que se exige del prestador de servicios de intermediación. Precisamente esta es la diferencia entre Internet tal y como hoy lo conocemos y los medios de comunicación tradicionales, donde el carácter centralizado y la posibilidad de ejercitar un control previo de los contenidos que se difunden a través del medio, permite atribuir a éste una responsabilidad solidaria junto con los autores materiales de la información publicada⁵⁸. Por el contrario, la difusión de contenidos a través de Internet se produce muchas veces de manera descentralizada, directamente por los propios usuarios a través de los más variados servicios y aplicaciones, sin que los prestadores de servicios de intermediación ejerzan en la mayoría de los casos un control previo.

Distingue en este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 9 de julio de 2009 entre las funciones editoriales y las de mera intermediación, para llegar a la conclusión de que a un foro no se le puede aplicar analógicamente el régimen de responsabilidad propio de la prensa escrita ya que, mientras que un editor tiene facultades de control y supervisión, éstas no se dan en el caso de un foro respecto de los

⁵⁸ Dispone el art. 65.2 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, que «la responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario», habiendo declarado el Tribunal Constitucional que «la responsabilidad civil solidaria, entre otros, del director del medio periodístico y de la propia empresa editora se justifica en la culpa *in eligendo* o *in vigilando* del editor o del director, dado que ninguno de ellos son ajenos al contenido de la información y opinión que el periódico difunde», *vid.* SSTC 171/1990 y 172/1992 de 12 de noviembre (*BOE* 30.11.1990) y STC 240/1992, de 21 de diciembre (*BOE* 20.01.1993).

comentarios introducidos por terceros, cuya publicación se produce de manera inmediata y sin tamiz previo para generar un debate fluido y sin que los administradores puedan decidir lo que se publica o no, ejerciendo solo un control *a posteriori* de los contenidos ya publicados. Concluye de esta forma que «no responderá el servidor o almacenador, como regla general, salvo cuando realice un acto positivo, más allá de la simple facilitación de un servicio, mediante la creación de contenidos propios o seleccionando ajenos, o cuando tenga conocimiento efectivo de que la información almacenada es ilícita y finalmente no actúe con diligencia para retirar tales datos»⁵⁹.

En Francia, donde la Ley recoge un concepto mucho más amplio de prestador de servicios de almacenamiento, que comprende a todo aquel que hace posible «incluso a título gratuito, mediante la puesta a disposición del público a través de un servicio de comunicación pública en línea, el almacenamiento de señales, escritos, imágenes, sonidos o mensajes de cualquier naturaleza suministrados por los destinatarios del servicio»⁶⁰, la calificación jurídica de ciertos servicios que hacían posible el alojamiento de contenidos por parte de los propios usuarios ha dado lugar a una jurisprudencia contradictoria⁶¹. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Corte de Casación de 14 de enero de 2010, en el célebre asunto *Tiscali*, entendió que una empresa que facilita los medios para que los usuarios creen sus propias páginas personales a través de su página web obteniendo un rendimiento económico por medio de la gestión de espacios publicitarios insertados en aquéllas, no merecía la consideración de mero alojador de contenidos ajenos, sino la de editor

⁵⁹ SAP de Lugo (Sección 1.ª) de 9 de julio de 2009 (*JUR* 2009, 328919).

⁶⁰ *Vid.* art. 6 Loi n.º 2004-575, de 6 de junio de 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, que incorpora al ordenamiento francés la Directiva 2000/31/CE.

⁶¹ Esta situación explica que con ocasión de ciertas proposiciones parlamentarias para mejorar la lucha contra el fraude en Internet se haya llegado a proponer en Francia la creación de una categoría intermedia entre la del editor de contenidos y la del prestador de servicios de mera intermediación, que cabría calificar como «editor de servicios», reservada para aquellos intermediarios técnicos que obtienen un beneficio económico directo de la consulta de los contenidos almacenados. Sobre ellos pesaría una obligación de poner los medios para controlar la información que transmiten o almacenan, así como para descubrir hechos o circunstancias reveladores de actividades ilícitas, de manera que su responsabilidad sería más severa que la del mero prestador de servicios de intermediación, sobre el que no pesa una obligación de control de ningún tipo, pero menos que la del editor, sobre el que pesa una responsabilidad directa por los contenidos ilícitos publicados en el medio de comunicación, *cfr. Rapport d'information fait a l'Assemblée nationale en application de la loi n.º 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon* par MM. Laurent Bêteille et Richard Yung, disponible en <http://www.senat.fr/rap/r10-296/r10-2961.pdf> (última consulta 29/05/2012).

de los mismos⁶². Sin embargo, la sentencia de la Corte de Casación de 17 de febrero de 2011 consideró que *Dalymotion*, una empresa que ofrece un servicio de alojamiento de vídeos similar a *YouTube* y que también recibe un beneficio económico mediante el alquiler de espacios publicitarios, actuaba como un mero intermediario técnico en la medida en que no participaba de la elección de los contenidos suministrados por los usuarios⁶³.

El problema reside pues en determinar qué es lo que hace que la actuación del alojador de contenidos deje de considerarse neutral o, lo que es lo mismo, que su actuación no pueda ser considerada puramente técnica, automática y pasiva. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre esta cuestión, poniendo el acento en la necesidad de examinar si el prestador ejerce un control sobre la elaboración de los contenidos suministrados por terceros, su selección o divulgación, lo que supone una interpretación favorable a los intereses de los nuevos modelos de negocio en Internet. No obstante, la heterogeneidad de actividades que hoy desarrollan los prestadores de servicios hace necesario un análisis caso por caso.

En el asunto *Google France y Google*, el Tribunal de Justicia se enfrentaba a la calificación de la actividad desarrollada por *Google* a través de su servicio *AdWords*⁶⁴. Este servicio remunerado de *Google* permite a los operadores económicos seleccionar una o varias palabras clave para que, en el caso de que coincidan con las introducidas en el motor de búsqueda, se muestre un enlace promocional a un determinado sitio web. Estos enlaces promocionales, acompañados de un breve mensaje comercial, aparecen bajo la rúbrica «enlaces patrocinados» (o «anuncios»), bien en la parte derecha bien en la parte superior de la pantalla junto con los resultados «naturales» de la búsqueda. El orden de aparición de estos enlaces promocionales se hace depender del «precio máximo por clic» que fija el propio anunciante, así como del número de veces en que se haya pulsado en esos enlaces y de la calidad que *Google* atribuya al anuncio. El origen de la decisión del Tri-

⁶² Cour de Cassation 1^{ère} Chambre civile Arrêt du 14 janvier 2010, disponible en http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2829 (última consulta 17/06/2012).

⁶³ Cour de Cassation 1^{ère} Chambre civile, Arrêt du 17 février 2011, disponible en http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3113 (última consulta 17/06/2012).

⁶⁴ STJUE (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010, asunto C-236/08, *Google France y Google*, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-236/08> (última consulta 18/06/2012).

bunal de Justicia se encuentra en tres cuestiones prejudiciales planteadas por la *Cour de Cassation* francesa a raíz de sendos litigios en los que los tribunales inferiores habían condenado a *Google* por violación del derecho de marca, al permitir el sistema *AdWords* que los anunciantes utilizaran marcas registradas entre las palabras clave, ya fuera para comercializar imitaciones o productos competidores.

Una de las cuestiones que se plantearon al Tribunal de Justicia era precisamente si *Google* debía ser responsable por el uso indebido de la marca efectuado por parte de los anunciantes o si, por el contrario, podía invocar su condición de prestador de servicio de alojamiento y, en consecuencia, hacer valer la exención de responsabilidad del art. 14 de la Directiva 2000/31. En su sentencia de 23 de marzo de 2010 el Tribunal de Justicia entiende que, para comprobar si la responsabilidad del prestador de un servicio de la sociedad de la información puede verse limitada con arreglo al mencionado art. 14, es necesario examinar si el papel desempeñado por aquél es neutro, es decir, si su comportamiento es meramente técnico, automático y pasivo, lo que implica que no tiene conocimiento ni control de la información que almacena. Puntualiza el Tribunal que la mera circunstancia de que el servicio de referenciación controvertido sea remunerado, que *Google* fije las formas de remuneración o, incluso, que dé información general a sus clientes no es determinante a la hora de excluir que estemos ante un prestador de servicios de intermediación. Asimismo, la concordancia de la palabra clave seleccionada y del término de búsqueda introducido no basta por sí mismo para considerar que *Google* tiene conocimiento o control de los datos introducidos en su sistema por los anunciantes y grabados en su servidor. Sin embargo, sí es necesario analizar el papel que desempeña *Google* en la redacción del mensaje comercial que acompaña al enlace promocional o en el establecimiento o la selección de palabras clave. Este análisis compete al órgano jurisdiccional nacional, por ser el mejor situado para determinar el modo concreto en el que se presta el servicio controvertido.

En el asunto *L'Oréal*, el Tribunal de Justicia ha tenido la ocasión de aplicar el criterio interpretativo sostenido en el asunto *Google France y Google* a las actividades desarrolladas por *eBay*⁶⁵. El popular operador de un mercado electrónico muestra anuncios de productos ofrecidos por personas que previamente se han registrado y cobra un porcentaje sobre las transacciones que se llevan a cabo. Pero *eBay*

⁶⁵ STJUE (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, *L'Oréal*, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-324/09> (última consulta 18/06/2012).

también presta asistencia a los vendedores para optimizar sus ofertas y en ocasiones inserta publicidad de algunos productos a través de servicios como el de *AdWords* de *Google*. El Tribunal de Justicia parte del hecho de que al guardar en la memoria de su servidor datos facilitados por sus clientes *eBay* está realizando una actividad de alojamiento, pero ello no basta por sí solo para concluir que a tal servicio le sea aplicable el régimen de exención de responsabilidad previsto en el art. 14 de la Directiva 2000/31/CE. Para llegar a esta conclusión es preciso determinar que el operador de este servicio de comercio electrónico se limita a hacer un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por sus clientes. A juicio del Tribunal de Justicia el hecho de que *eBay* almacene en un servidor ofertas de venta, determine las condiciones de su servicio, sea remunerado por el mismo y dé información general a sus clientes no es motivo para rechazar que su actividad tiene un carácter pasivo respecto de los datos facilitados por éstos. Por el contrario, si se demuestra que este operador presta una asistencia consistente en optimizar la presentación o en promover determinadas ofertas, habrá que entender que éste no ocupa una posición neutra entre los destinatarios del servicio y los potenciales compradores, sino que desempeña un rol activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas y, por lo tanto, no podría acogerse a la excepción prevista para quienes prestan servicios de mera intermediación.

Recientemente, la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2012, relativa al asunto *SABAM*, ha considerado que el explotador de una red social en línea que almacena en sus servidores información facilitada por los usuarios de dicha plataforma es un prestador de servicios de alojamiento de datos en el sentido del art. 14 de la Directiva 2000/31/CE⁶⁶. Sin embargo, en esta ocasión el Tribunal de Justicia no se ve en la necesidad de hacer mayores precisiones, puesto que no se ponía en cuestión la naturaleza del servicio⁶⁷.

⁶⁶ STJUE (Sala Tercera) de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10, *SABAM*, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-360/10> (última consulta 18/06/2012).

⁶⁷ La cuestión prejudicial elevada al Tribunal de Justicia tenía por objeto determinar si un juez nacional podía imponer al prestador de un servicio de alojamiento de datos el establecimiento de un sistema de filtrado para toda su clientela, *in abstracto* y con carácter preventivo, a sus expensas y sin limitación en el tiempo, con el fin de identificar archivos electrónicos que contengan obras musicales, cinematográficas o audiovisuales sobre las que el solicitante afirme tener los derechos de propiedad intelectual. Siguiendo la doctrina sentada poco antes en el asunto *Scarlet Extended*, el Tribunal llega a la conclusión de que un sistema de filtrado de tales características no respetaría el equilibrio entre, por un lado, el derecho de propiedad intelectual y, por otro, la libertad de em-

IV. LOS PRESUPUESTOS PARA LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE ALOJAMIENTO

El art. 16 LSSI establece el principio de no-responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento por los datos facilitados por terceros siempre que se dé cualquiera de las dos circunstancias previstas por la norma, a saber: que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o bien, en el caso de que sí tuvieran ese conocimiento efectivo, que actuasen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a los mismos. La exención de responsabilidad no opera en el caso de que quien almacene los datos actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador del servicio, pues en este caso, como vimos, éste habrá de ser considerado como el proveedor de los contenidos y por tanto no le será aplicable el régimen privilegiado de los prestadores de servicios de intermediación.

1. *La falta de conocimiento efectivo*

1.1. *Consideraciones previas*

El aspecto más controvertido del art. 16 LSSI es, sin lugar a dudas, cómo haya de interpretarse el requisito de la falta de «conocimiento efectivo» del que se hace depender la exención de responsabilidad del proveedor de alojamiento de datos. La respuesta a dicho interrogante vendrá en buena medida condicionada por el valor que se atribuya al párrafo segundo del propio art. 16.1 LSSI, a tenor del cual, «se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo al que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse». Surge la duda de

presa, el derecho a la protección de datos de carácter personal y la libertad de recibir o comunicar información.

si estos supuestos en los que el precepto considera que cabe apreciar el conocimiento efectivo por parte del intermediario tienen un carácter limitativo o si, por el contrario, se trata de una mera enumeración ejemplificativa, pudiendo acreditarse que el prestador de servicios de alojamiento tenía conocimiento efectivo del carácter ilícito de los contenidos por él alojados por cauces distintos a los contemplados en la ley.

La Ley española se aparta sensiblemente en este punto del tenor de la Directiva, que para apreciar la falta de conocimiento del contenido infractor por parte del prestador de servicios de alojamiento distingue en su art. 14 dos niveles de intensidad. Con carácter general, la exención de responsabilidad se hace depender de la falta de conocimiento efectivo (*actual knowledge*) de que la actividad o la información es ilícita, pero cuando se trata de una acción por daños y perjuicios, se exige que quien alberga datos de terceros no tenga conocimiento —o no sea consciente (*is not aware*), si preferimos la expresión que usa la versión inglesa de la Directiva— de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito⁶⁸. Parece pues que lo que se quería era ampliar el estándar de diligencia exigible al intermediario para quedar exento de responsabilidad civil⁶⁹.

1.2. Interpretación limitativa de las formas de conocimiento efectivo

El art. 16.1 LSSI no sólo no recoge la distinción entre *actual knowledge* y *awareness*, sino que además añade un perturbador párrafo segundo, donde enuncia una serie de supuestos en los que «se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo», lo que ha llevado a considerar que fuera de esos casos no cabe apreciar la existencia del «conocimiento efectivo» del que habla el precepto. Según esta interpretación, al margen de los casos en que resulte apli-

⁶⁸ En el Derecho anglosajón, la distinción entre *actual knowledge* y *constructive knowledge* es común cuando se trata de la responsabilidad por hecho ajeno. Mientras que el primer concepto hace referencia al conocimiento de la infracción misma, el segundo es un conocimiento indiciario, que se basa en el conocimiento de hechos o circunstancias reveladores del hecho ilícito.

⁶⁹ PEGUERA POCH, M., «The DMCA Safe Harbors...», *cit.*, pág. 488. A juicio de XALABARDER [«La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, UOC, n.º 2, 2006, pág. 6], la razón por la cual la Directiva no distingue abiertamente entre responsabilidad penal y responsabilidad civil se debe a la inseguridad de la UE sobre su propio ámbito de competencia en materia penal, al constituir ésta un ámbito tradicionalmente reservado a los Estados miembros.

cable un procedimiento de detección y retirada voluntariamente acordado, para acreditar la concurrencia de un «conocimiento efectivo» en el sentido del art. 16.1.a) LSSI sería necesario que un órgano competente hubiera declarado previamente la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión⁷⁰, y además que el prestador del servicio de intermediación tuviera conocimiento de dicha resolución⁷¹. De no concurrir ambas circunstancias no cabría apreciar «conocimiento efectivo», ni por lo tanto responsabilidad del prestador intermediario por los contenidos alojados por terceros⁷².

En este sentido se ha pronunciado, entre otras⁷³, la sentencia de la

⁷⁰ Con carácter general, ese órgano competente podrá tener carácter judicial o administrativo. Sin embargo, en el caso de contenidos difamatorios parece que sólo la autoridad judicial podrá ordenar la retirada de la información o el acceso a ella por entender que atenta al derecho al honor, *vid.* CAVANILLAS MÚGICA, S., «Deberes de los servidores en la LSSI», en CAVANILLAS MÚGICA, S. (Coord.), *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento. Un análisis multidisciplinar*, Comares, Granada, 2005, pág. 38; SAP de Madrid (Sección 9.ª) de 19 de febrero de 2010 (*JUR* 2010, 133011); SJM n.º 7 de Madrid de 20 de septiembre de 2010 (*AC* 2010, 1462).

⁷¹ No basta pues con la existencia de una resolución de un órgano competente, sino que ésta ha de ser conocida por el prestador del servicio de intermediación. La SAP de Madrid (Sección 9.ª) de 19 de febrero de 2010 (*JUR* 2010, 133011) llega incluso más lejos, al sostener que es el demandante quien soporta la carga de probar que el prestador de servicios de intermediación había tenido acceso a la resolución misma. La sentencia resolvió acerca de una demanda dirigida contra Google, basada en que el popular buscador facilitaba los enlaces a páginas web en las que se recogía información falsa y atentatoria al honor de la actora. Ésta sostenía que Google había tenido conocimiento efectivo de la ilicitud de la información a través de la documentación que se le había remitido y que, sin embargo, no había procedido a suprimir dichos enlaces, pudiendo hacerlo. Sin embargo, la sentencia de la AP de Madrid sostiene que no cabe apreciar que la demandada tuviera conocimiento efectivo en el sentido del art. 17 LSSI, toda vez que en las mencionadas comunicaciones se aludía a la existencia de un procedimiento judicial en marcha o a que se había dictado una resolución judicial en la que se declara que la información era falsa, pero «sin que conste ni se haya acreditado por la parte actora que remitiera en ningún momento copia de dicha resolución a la parte demandada, puesto que ése sería el momento determinante de la existencia de conocimiento efectivo por parte del prestador del servicio».

⁷² Esta interpretación ha sido sostenida por parte de nuestra doctrina, *vid.* CAVANILLAS MÚGICA, S., «Deberes de los servidores en la LSSI», *cit.*, págs. 38 y ss.; GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., «La lucha contra los titulares de derechos de autor contra las redes “peer to peer” (P2P)», *pe. i.*, n.º 18, 2004, págs. 47-48; LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J. F., «Libertad de expresión e Internet. Responsabilidad de los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información. El caso Putasgae», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, junio 2010, pág. 27.

⁷³ *Vid.* AP de Madrid (Sección 12.ª) de 17 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 179170), que entiende que la demandada sólo tuvo conocimiento efectivo en el sentido del art. 16 LSSI a partir del auto del Juzgado de instancia admitiendo la solicitud de la medida cautelar consistente en ordenar el cese de la publicación de determinadas expresiones publicadas en un foro; SAP de Madrid (Sección 10.ª) de 16 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 376933);

Audiencia Provincial de Madrid de 20 de diciembre de 2005⁷⁴, que rechaza el recurso de apelación frente a una sentencia que había desestimado la demanda de protección del honor dirigida contra la empresa que prestaba el servicio de *hosting* a una página web en la que se habían vertido una serie de artículos insultantes y con manifestaciones falsas sobre la gestión económica del actor al frente de una asociación. El actor había requerido notarialmente a la empresa proveedora del alojamiento para que retirara los datos publicados y difundidos en la mencionada web, pero aquélla se limitó a advertir al titular de la página web a través de un comunicado en la propia página de que había recibido la mencionada notificación. Se daba además la circunstancia de que dicha página web había sido registrada utilizando una identidad falsa. La sentencia de instancia desestimó la demanda, por considerar que el art. 16 LSSI no dejaba lugar a duda sobre la exención de responsabilidad de la demandada, al no existir previa declaración por el órgano competente de la ilicitud del contenido de la página web ordenando su retirada o imposibilitando el acceso a la misma. La Audiencia Provincial de Madrid acoge en su sentencia la misma interpretación restrictiva de la sentencia de instancia, considerando «evidente» que la demandada «no había tenido conocimiento efectivo», lo que le lleva a la conclusión de que el proveedor de alojamiento no venía obligado a retirar o imposibilitar el acceso a los contenidos enjuiciados, «so pena de convertirse en órgano censor vulnerador del contrato celebrado con el cliente y, de resolverse finalmente que no había existido vulneración del derecho al honor, en trasgresora del derecho a la libertad de expresión del referido cliente».

A favor de esta interpretación limitativa de las formas de conocimiento efectivo del art. 16 LSSI —y por extensión del art. 17 LSSI relativo a los prestadores de servicios de enlaces o instrumentos de búsqueda— se invoca no sólo el tenor literal de la norma, sino también los

SAP de Madrid (Sección 28.^a) de 18 de mayo de 2009 (AC 2009, 1907). Aunque referida a un supuesto de responsabilidad del prestador de servicios de búsqueda, la SAP de Madrid (Sección 9.^a) de 19 de febrero de 2010 (*JUR* 2010, 133011) afirma de manera tajante que «el propio legislador en aras de ese principio recogido en la Directiva Comunitaria que parte de que no puede imponerse a los prestadores de servicios una supervisión previa de dichos contenidos, da una definición y alcance que debe darse a conocimiento efectivo, que sólo existirá cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos ordenando su retirada, o se hubiera declarado la existencia de la lesión». En el ámbito penal, *vid.* Auto Juzgado de Instrucción n.º 9 de Barcelona de 7 de marzo 2003, disponible en <http://documentostics.com/documentos/ajoderse.com.pdf> (última consulta 02/06/2012) y, recientemente, Auto AP de Álava (Sección 2.^a) de 3 de febrero de 2012 (*ARP* 2012, 219).

⁷⁴ SAP de Madrid (Sección 1.^a) de 20 de diciembre de 2005 (AC 2006, 233).

antecedentes legislativos y prelegislativos de la LSSI, que vendrían a demostrar la voluntad de nuestro legislador de limitar al máximo el ámbito de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación⁷⁵.

No se puede negar que un sistema en el que las reclamaciones referidas a la difusión de contenidos ilícitos o lesivos a través de Internet hayan de pasar por el filtro de un órgano competente, que se encargaría de obtener y verificar cierta información referida al presunto carácter ilegal o lesivo del material en cuestión antes de requerir al intermediario para que lo retire, tiene indudables ventajas⁷⁶. Por un lado, los prestadores de servicios de intermediación se ven liberados de la carga de tener que valorar las reclamaciones de los sujetos cuyos derechos se han visto presuntamente lesionados y, al mismo tiempo, se evitan decisiones basadas en términos puramente económicos — simplemente para evitar una hipotética demanda de responsabilidad— en detrimento del derecho a la libertad de expresión e información.

Sin embargo, este sistema conlleva también una serie de inconvenientes para los titulares de los derechos vulnerados. En primer término, porque les priva de la facultad de dirigirse por sí mismos frente al intermediario para poner en su conocimiento la ilicitud o el carácter lesivo de ciertos contenidos alojados o enlazados, a los efectos de excluir el juego de la exención legal de responsabilidad. Y, por otro, porque lleva consigo una inevitable demora representada por el tiempo que necesariamente habrá de emplear el órgano designado a tal efecto para adoptar una decisión, lo cual, cuando estamos hablando de la difusión de contenidos a través de Internet, puede hacer que los daños sean ya irreparables. Afirma en este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de septiembre de 2008 que «debiendo interpretarse las normas —además de según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y le-

⁷⁵ En este sentido, CAVANILLAS MÚGICA («Deberes de los servidores en la LSSI», *cit.*, págs. 39-41) ha puesto de manifiesto cómo la evolución de los sucesivos anteproyectos que precedieron al Proyecto de Ley remitido finalmente por el Gobierno para su tramitación parlamentaria muestran una clara tendencia a ampliar el ámbito cubierto por la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento, pasando desde un texto inicial muy apegado a la letra del art. 14 de la Directiva al que, con ligeras modificaciones, terminó convirtiéndose en el art. 16 LSSI. Por su parte, los debates parlamentarios demostrarían también la constante preocupación por acotar aún más el tenor de la norma.

⁷⁶ Cfr. JULIÀ BARCELÓ, R., «Liability for On-Line Intermediaries...», *cit.*, págs. 461-462; JULIÀ BARCELÓ, R./KOELMAN, K. J., «La responsabilidad de los intermediarios de Internet en la Directiva de Comercio Electrónico: problemas no resueltos», *RCE*, n.º 6, 2000, págs. 27-28; PEGUERA POCH, M., «¿Inmunidad para el mensajero?..., *cit.*, págs. 41-42.

gislativos — conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad (art. 3.1 del Código civil), es claro que en el actual mundo de las telecomunicaciones, caracterizado por la facilidad y rapidez de difusión de los datos, remitir al perjudicado a la previa obtención de una declaración formal de ilicitud cuando la intromisión en el derecho fundamental al honor es tan notoria como en el caso que nos ocupa... multiplicaría los perjuicios que se le ocasionarían hasta el extremo de que, cuando obtuviese respuesta a la tutela judicial pretendida, aquellos perjuicios pudieran ser ya irreparables»⁷⁷.

Por otro lado, también se ha dicho que la consideración de que el conocimiento efectivo presupone necesariamente la existencia previa de una resolución judicial llevaría en la práctica a disuadir a los prestadores de servicios de implantar mecanismos voluntarios de detección y retirada de contenidos ilícitos, pues éstos no llevarían aparejada ninguna ventaja y sí un riesgo de ver ampliado su ámbito de responsabilidad⁷⁸. Por el contrario, en un sistema donde el perjudicado puede acreditar el conocimiento efectivo por otros medios, los prestadores de servicios tendrían un incentivo para establecer esos mecanismos de detección y retirada, en la medida en que verían reforzada su seguridad jurídica, al conocer el cauce que en principio deberían seguir las reclamaciones de los afectados para poner en su conocimiento el carácter ilícito o lesivo de los contenidos albergados.

1.3. Interpretación no limitativa

Sin necesidad de forzar la letra del precepto, es perfectamente posible entender que el art. 16 LSSI no establece una lista cerrada de los medios a través de los cuales puede entenderse acreditado el conoci-

⁷⁷ SAP de Madrid (Sección 13.ª) de 22 de septiembre de 2008 (*JUR* 2009, 107918). Este planteamiento coincide con el efectuado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al afirmar en relación con la legislación finlandesa, que vincula el conocimiento efectivo en materia de infracción de marcas a la recepción de una resolución judicial, que «para que las disposiciones contenidas en el art. 14, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/31 no queden privadas de su efecto útil, deben interpretarse en el sentido de que contemplan cualquier situación en la que el prestatario en cuestión adquiriera conocimiento, de una forma o de otra, de tales hechos o circunstancias», *vid.* STJUE (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, *L'Oréal*, *cit. supra* nota 65.

⁷⁸ En este sentido, *vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, pág. 249; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P. Su regulación en la Ley 34/2002 y en la Ley de Propiedad Intelectual», *pe. i.*, n.º 16, 2004, pág. 96.

miento efectivo por parte del prestador de servicios de alojamiento, sino tan sólo una mera enumeración de supuestos en los que la ley entiende que dicho conocimiento efectivo se ha producido⁷⁹, de manera que nada impediría probar por otros medios que ese conocimiento efectivo ha tenido lugar. Este enfoque es el predominante tanto entre la doctrina⁸⁰ como en la jurisprudencia de nuestras audiencias provinciales⁸¹, y ha sido acogido también por el Tribunal Supremo en las tres decisiones en las que, hasta la fecha, ha tenido que aplicar el art. 16 LSSI. La primera fue la sentencia de 9 de diciembre de 2009⁸², que rechaza una interpretación limitativa de las formas de conocimiento efectivo, afirmando que «no es conforme a la Directiva — cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsa-

⁷⁹ Menos consistente parece el argumento de que el propio párrafo segundo del art. 16.1 LSSI alude a «otros medios que pudieran establecerse» [*vid.*, por ejemplo, la STS de 9 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 1319)], pues con ello el precepto parece estar refiriéndose más bien a la posibilidad de que en el futuro el propio legislador pudiera *establecer* otras formas de conocimiento efectivo distintas, y no tanto a que los jueces que conozcan de la eventual responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación puedan *apreciar* que dicho conocimiento efectivo se ha adquirido por cauces distintos. Muy probablemente el legislador español estaba pensando en los procedimientos de detección y retirada, cuya posible inclusión en una futura adaptación de la Directiva había sido expresamente prevista por el legislador comunitario en el art. 21.2 de la propia Directiva 2000/31/CE.

⁸⁰ *Vid.* BUSTO LAGO, J. M., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs)», en REGLERO CAMPOS, L. F. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad civil*, t. II, 4.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 1040; DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, pág. 249; MÁRQUEZ LOBILLO, P., *op. cit.*, pág. 29; MASSAGUER, J., *op. cit.*, pág. 44; PEGUERA POCH, M., «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet», en MORALES PRATS, F./MORALES GARCÍA, O. (Coords.), *Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Internet*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, págs. 48 y 49; *Id.*, *La exclusión de responsabilidad...*, *cit.*, pág. 307; *Id.*, «“Sólo sé que no sé nada (efectivamente)”...», *cit.*, pág. 17; SOLER PRESAS, A., *op. cit.*, págs. 24-25. Por su parte, considera GRIMALT SERVEIRA («La responsabilidad civil...», *cit.*, págs. 188-190) que esta interpretación no-limitativa está especialmente justificada cuando el derecho presuntamente vulnerado es un derecho fundamental, como el honor, la intimidad personal o familiar y la propia imagen, dados los intereses en juego.

⁸¹ *Vid.* Auto AP de Cáceres de 30 de octubre de 2006 (*JUR* 2006, 277689); SAP de Islas Baleares (Sección 3.ª) de 22 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 238832); SAP Madrid (Sección 13.ª) de 22 de septiembre de 2008 (*JUR* 2009, 107918); SAP de Lugo (Sección 1.ª) de 9 de julio de 2009 (*JUR* 2009, 238919); SAP de Barcelona (Sección 19.ª) de 3 de marzo de 2010 (*JUR* 2010, 177852); SAP de Madrid (Sección 21.ª) de 13 de abril de 2010 (*JUR* 2010, 218575); SAP de Badajoz (Sección 3.ª) de 17 de septiembre de 2010 (*AC* 2010, 1375); SAP de Cádiz (Sección 2.ª) de 4 de noviembre de 2010 (*AC* 2011, 652); SAP de Madrid (Sección 8.ª) de 8 de noviembre de 2010 (*AC* 2010, 2096); SAP de Madrid (Sección 21.ª) de 23 de noviembre de 2010 (*AC* 2010, 2349); SAP de Barcelona (Sección 14.ª) de 29 de noviembre de 2010 (*AC* 2011, 141); SAP de Madrid (Sección 8.ª) de 25 de abril de 2011 (*AC* 2011, 1297).

⁸² STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 9 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 131).

bilidad de los prestadores de servicios— una interpretación del apartado 1 del art. 16 de la Ley 34/2002 como la propuesta por la recurrente, ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del “conocimiento efectivo” de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos para alcanzarlo». Esta doctrina ha sido confirmada después por las sentencias de 18 de mayo de 2010⁸³ y 10 de febrero de 2011⁸⁴, sobre las que volveremos más adelante.

Sentado pues que quienes prestan un servicio de alojamiento de datos de terceros pueden llegar a tener un conocimiento efectivo de la ilicitud o el carácter lesivo de esos datos en el sentido del art. 16 LSSI por otros cauces distintos al de la notificación de la resolución de un órgano competente, surge inmediatamente la cuestión de si cabe cualquier otra forma de conocimiento o si, por el contrario, éste debe estar revestido de ciertas dosis de certidumbre, en particular, por lo que se refiere al carácter ilícito de los datos albergados, para merecer la consideración de «efectivo».

1.4. *La notificación del perjudicado*

No existiendo un deber general de supervisión de los contenidos alojados en sus servicios⁸⁵, parece que, en principio, corresponderá al afectado la carga de poner en conocimiento del prestador de alojamiento la existencia de materiales ilícitos o lesivos a través de la oportuna notificación para evitar que éste siga bajo el amparo de la exención de responsabilidad del art. 16 LSSI. Pero, al mismo tiempo, dicha notificación debería estar revestida de ciertas dosis de certidumbre si se quieren evitar reclamaciones frívolas o infundadas⁸⁶, y con ello

⁸³ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 18 de mayo de 2010 (*RJ* 2010, 2319).

⁸⁴ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 10 de febrero de 2011 (*RJ* 2011, 1313).

⁸⁵ Artículo 15 Directiva 2000/31/CE.

⁸⁶ Sobre este particular, RUBÍ PUIG (*op. cit.*, págs. 13 y ss.), sostiene que no sólo recae sobre el perjudicado la carga primaria de desplegar un cierto grado de diligencia a la hora de identificar razonablemente el contenido difamatorio y su ilicitud, sino que su comunicación al prestador de servicios de alojamiento deberá revestir ciertas dosis de «razonabilidad». Por su parte, CAVANILLAS MÚGICA («Comentario a la STS de 18 de mayo de 2010», *CCJC*, 85, enero-abril 2011, pág. 456) habla de la «seriedad» de la notificación. En este sentido, la STJUE (Gran Sala) de 12 de julio de 2011 en el asunto C-324/09, *L'Oréal* (*cit. supra* nota 65) afirma que «si bien es cierto que el hecho de que se realice una notificación no determina automáticamente que el operador pierda la posibilidad de

también los riesgos que para la libertad de expresión e información puede suponer que los intermediarios, con el fin de eludir una hipotética responsabilidad, reaccionen de manera automática ante cualquier reclamación⁸⁷. Así lo ha entendido el legislador francés, que en el párrafo 5 del art. 6 de la Ley de 21 junio de 2004, para la confianza en la economía digital, dispone que las notificaciones de terceros para hacer partícipes a los prestadores de servicios de la ilicitud de ciertos contenidos tendrán un valor de presunción de conocimiento de los hechos litigiosos, siempre que contemplen una serie de elementos, tales como la fecha de la notificación, la identificación del remitente y del destinatario, la descripción de los hechos litigiosos y su localización precisa, los motivos por los que el contenido ha de ser retirado, mencionando las disposiciones legales y las justificaciones de hechos, y la copia de la correspondencia dirigida al autor o al editor de las informaciones o actividades litigiosas o la justificación de que éstos no han podido ser hallados. Además el párrafo 4 del propio art. 6 prevé sanciones penales para quienes requieran a los prestadores de servicios de almacenamiento para retirar o cesar la difusión de un contenido o una actividad alegando su ilicitud, a sabiendas de que dicha información es inexacta⁸⁸.

invocar la exención de responsabilidad prevista en el art. 14 de la Directiva 2000/31, puesto que la notificación de la existencia de actividades o informaciones supuestamente ilícitas puede resultar excesivamente imprecisa o no encontrarse suficientemente fundamentada, no es menos cierto que tal notificación constituye, como regla general, un elemento que el juez nacional debe tomar en consideración para apreciar, habida cuenta de la información que se ha comunicado de este modo al operador, si éste tenía realmente conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido constatar ese carácter ilícito».

⁸⁷ Así, COTINO HUESO, L., «Nuestros jueces y tribunales ante internet y la libertad de expresión: el estado de la cuestión», en COTINO HUESO, L. (Coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 209.

⁸⁸ Resulta interesante recordar que el art. 6 de la Ley n.º 2004-575, de 21 de junio de 2004, vino a derogar el art. 43.8 de la Ley n.º 86-1067, de 30 de septiembre, de libertad de comunicación, introducido a su vez por la Ley n.º 2000-719, de 1 de agosto, sobre comunicación audiovisual. En su redacción originaria, el mencionado art. 43.8 establecía que los prestadores a título oneroso o gratuito de servicios de alojamiento directo y permanente para poner a disposición del público signos, escritos, imágenes, sonido o mensajes de cualquier naturaleza accesibles a través de sus servicios, no serían penal ni civilmente responsables por los contenidos albergados, salvo si hubieran sido requeridos por una autoridad judicial y no hubiesen actuado con prontitud para impedir el acceso a dichos contenidos o si no hubieran reaccionado a requerimiento de cualquiera que estimara que el contenido alojado era ilícito o le causaba un perjuicio. Sin embargo, esta última previsión fue declarada inconstitucional por la decisión del Consejo Constitucional n.º 2000-433 DC, de 27 de julio de 2000, disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-452.pdf> (última consulta 20/05/2012).

Nuestros tribunales se limitan a exigir una perfecta identificación de los contenidos que se consideran ilícitos o lesivos, sin que sea suficiente la genérica alusión a la existencia de los mismos entre los contenidos alojados por el prestador. Así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2010, relativa a una acción de responsabilidad dirigida contra un diario digital como consecuencia de los comentarios vertidos por los usuarios al hilo de la publicación de una noticia, consideró que el burofax remitido por el afectado comunicando su desagrado acerca de la noticia y señalando además que en el foro abierto al hilo de la misma distintas personas vertían comentarios injuriosos sobre su persona, no era un medio suficiente a los efectos de hacer posible el conocimiento efectivo, habida cuenta de la vaguedad del mismo. Afirma en este sentido la sentencia que «no puede decirse que tuviera un conocimiento preciso acerca de cuáles eran los comentarios que, al entender del aludido en los mismos, vulneraban su derecho al honor, por no precisarse éstos en la comunicación remitida, que lo fue como ya hemos dicho con carácter general y evidentemente por tal motivo no atendible»⁸⁹. De esta manera se evita que sea el intermediario quien se vea obligado a rastrear los contenidos alojados a través de su servicio en la búsqueda de aquellos que presuntamente vulneran los derechos del notificante.

Ahora bien, la comunicación fehaciente por parte del perjudicado puede servir para acreditar que el prestador tiene conocimiento de la existencia de ciertos contenidos alojados por él, pero esto no es suficiente para excluir el juego de la excepción recogida en el art. 16.1.a) LSSI. Ello es así porque una cosa es que el prestador conozca de la presencia de ciertos datos procedentes de terceros a los que presta alo-

⁸⁹ SAP de Madrid (Sección 8.ª) de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2096). Por su parte, la SAP de Madrid (Sección 21.ª) de 13 de abril de 2010 (AC 2010, 1002) consideró que «la vaga, genérica e imprecisa referencia a que algunos contenidos del portal pudieran ser atentatorios al honor de Ausbanc, no puede ser catalogado como reclamación extrajudicial de retirada de un mensaje (concreto y determinado)», llegando a la conclusión de que la primera reclamación a tomar en consideración tuvo lugar con la presentación de la demanda. Y, en relación con la demanda de una cadena de televisión por infracción de derechos de autor sobre sus producciones contra un conocido portal de alojamiento de vídeos, la SJM n.º 7 de Madrid de 20 de septiembre de 2010 (AC 2010, 1462) señala que «corresponde a la actora poner en conocimiento efectivo de *YouTube* aquellos contenidos que puedan lesionar o infringir la titularidad de sus derechos de propiedad intelectual. Y debe hacerlo no de una forma masiva e incondicionada, sino individualizada y concreta... Hemos de convenir —argumenta la sentencia— que no se trata de un procedimiento cómodo y sencillo para la actora, particularmente porque le incumbe la ingrata tarea de rastrear y controlar los contenidos que se alojan en la página web de la demandada. Pero ello responde justamente al orden de prioridades que tanto el legislador comunitario como el nacional han establecido».

AMIENTO a través de sus servicios y otra muy distinta que tenga «conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero». Es por esta razón que, en los casos en los que no existe una resolución previa de un órgano competente, nuestros tribunales entienden que no basta con poner en conocimiento del prestador la presencia de los contenidos presuntamente ilícitos, sino que la ilicitud de dichos contenidos ha de ser evidente por sí misma⁹⁰, sin que el prestador deba realizar una labor de comprobación, ni mucho menos una compleja valoración jurídica para determinar la ilicitud⁹¹. El problema es que esto es precisamente lo que ocurre muchas veces cuando se invoca la vulneración del derecho al honor, por ejemplo, si ésta depende de la veracidad de la información publicada o en aquellos casos dudosos en que los atentados al honor o a la intimidad podrían estar amparados por otros derechos fundamentales como la libertad de expresión o el derecho a la información. Por lo tanto, aunque la solución propuesta parece razonable a tenor del estado de nuestra legislación, para evitar que los prestadores de servicios de intermediación, ante el riesgo de incurrir en responsabilidad, pudieran optar por extremar sus precauciones y retirar contenidos que no sean verdaderamente ilícitos, se le puede reprochar que introduce un elemento de gran inseguridad jurídica, al hacer depender la responsabilidad de los intermediarios de un

⁹⁰ Especialmente ilustrativa resulta la SAP de Madrid (Sección 21.ª) de 13 de abril de 2010 (*JUR* 2010, 218575), al afirmar que no entra en juego la exención de responsabilidad cuando el perjudicado se hubiera puesto en contacto con el prestador del servicio reclamándole que retirase el mensaje o dato que considere atentatorio y éste no hubiera actuado con diligencia, «siempre que se trate de un quebranto del derecho fundamental del perjudicado que sea *indiscutible, claro y flagrante*, pues de no ser así (indiscutible, claro y flagrante), no respondería aunque el remitente del mensaje fuera o debiera ser condenado por intromisión ilegítima en el derecho fundamental del perjudicado (lo que no permite la ley es que se convierta el prestador del servicio en Juez de los contenidos de su portal de Internet)». En el mismo sentido, *vid.* SAP de Madrid (Sección 21.ª) de 23 de noviembre de 2010 (*AC* 2010, 2349); SAP de Madrid (Sección 11.ª) de 2 de febrero de 2011 (*AC* 2011, 374); SAP de Murcia (Sección 5.ª) de 14 de junio de 2011 (*AC* 2011, 1455).

⁹¹ En este sentido, CAVANILLAS MÚGICA, S., «La responsabilidad de los proveedores de información...», *cit.*, pág. 30; PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad...*, *cit.*, pág. 311. Por su parte, GRIMALT SERVERA, P., «La responsabilidad civil...», *cit.*, pág. 194, considera que el prestador de alojamiento también debería reaccionar ante la mera comunicación por parte del afectado cuando el tercero del que provenga el contenido ilícito o lesivo no pueda ser identificado, y ello sobre la base de que «la filosofía de la doctrina de las cartas al director que se aplica en sede del conflicto derechos del art. 18 CE/ libertades del art. 20 CE es perfectamente aplicable aquí: existiendo una denuncia de lesión del derecho a la propia imagen, si el prestador del servicio no conoce al autor del contenido, puede retirar o imposibilitar el acceso a ese contenido o no hacerlo, en cuyo caso el prestador del servicio asumirá como propio dicho contenido».

concepto tan vago e indeterminado como el carácter manifiesto de la ilicitud.

1.5. *Otras formas de acreditar el conocimiento del intermediario*

No parece que haya ningún inconveniente en admitir que, en el caso de que el carácter ilícito de los contenidos alojados fuera evidente, no haría falta ni tan siquiera que mediase una notificación del afectado para excluir el juego de la exención de responsabilidad del prestador del servicio, siempre que se pudiera probar de otro modo que éste conocía que dichos contenidos se hallaban alojados a través de su servicio⁹². Pensemos, por ejemplo, en el administrador de un foro que responde a mensajes claramente ofensivos puestos por terceros o que hace referencia a ellos en sus entradas sin eliminarlos. Pero, en todo caso deberá acreditarse de una u otra forma que el intermediario tenía conocimiento de la presencia de esos datos cuya ilicitud —una vez conocidos— resulta evidente⁹³, no siendo suficiente invocar la posibilidad de conocerlos por el hecho de prestarles alojamiento a través de su servicio⁹⁴, pues ello iría en contra de lo dispuesto por la Directiva, que excluye expresamente la existencia de un deber general de supervisión a cargo de los prestadores intermediarios, previsión que no recogió el legislador español probablemente por considerarlo innecesario en un sistema en el que el conocimiento efectivo de la ilicitud se basaba en una previa resolución de un órgano competente o en los procedimien-

⁹² En contra, *vid.* GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Acciones civiles...», *cit.*, pág. 96, quien considera que esta interpretación sería contraria a la voluntad del legislador, que se apartó de manera consciente de la Directiva para ampliar el ámbito de la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento.

⁹³ Así es como funciona lo que en la concepción de la DMCA estadounidense se conoce como el *red flag test*, al que se reconduce la apreciación de si el prestador de servicios de alojamiento tenía conciencia de hechos o circunstancias de las que se derive de forma evidente la ilicitud de la actividad [17 U.S.C. § 512 (c)(A)(ii)]. Este test se compone de dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo. Es preciso, en primer lugar, que el intermediario sea consciente desde un punto de vista subjetivo de determinados hechos o circunstancias, pero para apreciar si éstos revelan de manera evidente el carácter ilícito de la actividad se ha de recurrir a un estándar objetivo, valorando si una persona razonable en las mismas circunstancias habría llegado a esa conclusión. *Vid.* el informe explicativo que acompaña al proyecto de la *Digital Millennium Copyright Act*, remitido a la Cámara de Representantes por el *Committee on Commerce*, H. R. Rept. 105-551, Part 2 (1998), págs. 53-54, disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CRPT-105hrpt551/pdf/CRPT-105hrpt551-pt2.pdf> (última consulta 21/06/2012).

⁹⁴ CAVANILLAS MÚGICA, S., «Comentario a la STS de 18 de mayo de 2010», *cit.*, pág. 455.

tos de detección y retirada de contenidos que aquellos apliquen voluntariamente.

Sin embargo, algunas decisiones judiciales han llegado mucho más lejos, al basar la responsabilidad del prestador de servicios de alojamiento en la mera probabilidad de que éste conociera los datos albergados o incluso en un supuesto deber de conocerlos.

El antecedente de esta corriente jurisprudencial lo encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2009⁹⁵, que resolvió el contencioso que enfrentaba a la SGAE y al entonces presidente de su consejo de dirección con la Asociación de Internautas a raíz de una serie de afirmaciones injuriosas vertidas contra aquéllos en la página web *www.putasgae.org*. Dicho dominio aparecía inscrito a nombre de la Asociación de Internautas, pero ésta alegaba que en realidad pertenecía a la conocida como Plataforma de Coordinación de Movilizaciones contra la SGAE, ajena al proceso. Lo cierto es que la citada página web estaba alojada en los servidores de la Asociación de Internautas, que además le habían prestado un servicio de *mirror* a través de una de sus páginas web. Tanto la sentencia de primera instancia⁹⁶ como la de apelación⁹⁷ habían apreciado la responsabilidad de la Asociación de Internautas, la primera sin hacer ni tan siquiera alusión a la LSSI y la segunda sin entrar a considerar los supuestos de exclusión de responsabilidad del prestador de alojamiento del art. 16 LSSI. En su recurso de casación la demandada alegaba que no había tenido conocimiento efectivo por ningún medio de las opiniones y la información suministrada por aquella plataforma a través de su página web, por lo que sería aplicable la exención de responsabilidad del art. 16.1.a) LSSI, y ello tanto si se interpretaba éste en sentido restrictivo, como si se hacía una interpretación no limitativa de las formas de conocimiento efectivo. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que la Directiva «atribuye igual valor que al conocimiento efectivo al que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque sea mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate», llegando a la conclusión de que el propio carácter insultante del nombre del dominio y el hecho de que la demandada conociera el conflicto que mediaba entre la proveedora de los conteni-

⁹⁵ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 9 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 131).

⁹⁶ SJPI n.º 42 de Madrid de 15 de junio de 2005, disponible en http://www.internautas.org/archivos/sentencia_sgae.pdf (última consulta 08/06/2012).

⁹⁷ SAP de Madrid (Sección 19.ª) de 6 de febrero de 2006 (*AC* 2006, 188).

dos y la entidad demandante eran suficientemente reveladores del tenor injurioso de los datos alojados⁹⁸.

Con la sentencia de 9 de diciembre de 2009, el Tribunal Supremo no sólo se decanta por una interpretación no limitativa de las formas de conocimiento efectivo, sino que llega más lejos, al abrir la puerta para admitir un conocimiento indiciario —no ya de la ilicitud, sino de los datos alojados a través de su servicio— como criterio de imputación de responsabilidad. De ahí a admitir una responsabilidad basada en la mera posibilidad del intermediario de conocer los datos alojados por terceros por el hecho de estar sometidos a su control había sólo un paso, que otras decisiones posteriores no tardaron en dar. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 17 de septiembre de 2010 pone el acento en que cabía presuponer, atendidas las circunstancias del caso, que quienes eran titulares del dominio y de la página examinarían su contenido, por lo que entiende que tenían conocimiento de las afirmaciones injuriosas vertidas a través de ella «o, desde luego, posibilidad de tenerlo»⁹⁹. En este caso se trataba de la página web de una formación política local en la que, aprovechando un espacio reservado para que los usuarios pudieran hacer sugerencias al entonces candidato a la alcaldía, se habían realizado afirmaciones constitutivas de una evidente intromisión en el derecho al honor del representante de un partido político rival. Tras poner de relieve que los demandados tenían acceso a dichos mensajes y posibilidad de haberlos retirado, afirma la sentencia que «es claro que, creada la página precisamente para recibir determinados contenidos —esas sugerencias y opiniones a las que insistentemente se refieren los apelantes—, ha de entenderse que quienes eran titulares del dominio y de la página lógicamente examinarían su contenido, y del mismo modo que tuvieron a su disposición y conocieron esas sugerencias, también lo tenían de los contenidos injuriosos, o, desde luego posibilidad de tenerlo, con lo que la vulneración del derecho al honor que se ha llevado a efecto a través de la página web examinado (*sic*) ha de entenderse cometida por quienes tenían la posibilidad de seleccionar el contenido de lo que se transmitía y difundía a los usuarios, bien por sí mismos o bien a través del administrador de la página».

Dando un paso más, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de noviembre de 2010 no sólo considera que para que

⁹⁸ A favor del criterio sostenido por el Tribunal Supremo, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a la STS de 9 de diciembre de 2009», *CCJC*, n.º 84, 2010, pág. 1614.

⁹⁹ SAP de Badajoz (Sección 3.ª) de 17 de septiembre de 2010 (*AC* 2010, 1375).

se entienda acreditado el requisito del conocimiento efectivo basta con que el intermediario tuviera razonablemente la posibilidad de conocer la presencia de contenidos ilícitos, sino que llega incluso a afirmar que la instalación de un foro en un página web entraña un deber de controlar lo que en él se dice¹⁰⁰. La empresa demandada era la titular de una página web que contenía una serie de foros en los que se vertieron insultos y amenazas contra la persona del demandante, lo que se denomina en el argot un ataque *troll*. A tenor de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, «la instalación de los foros en las páginas web exige un plus del deber de control de los contenidos para evitar actos claramente delictivos, o hechos atentatorios al honor, intimidad o dignidad de las personas», lo que unido a la gravedad de los hechos, al elevado número de mensajes y al largo periodo de tiempo en que se sucedieron, le lleva a concluir que la demandada pudo razonablemente conocer el hilo de las conversaciones de los usuarios.

Una reciente decisión del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 2011, ha venido a corroborar esta línea jurisprudencial, al considerar que el carácter patente y evidente de la ilicitud de los contenidos alojados es suficiente por sí mismo para entender acreditado su conocimiento efectivo¹⁰¹. En este caso, el demandado era titular del dominio en el que se alojaba una página web que a su vez albergaba un foro en el que se habían vertido graves expresiones e insultos contra el actor, así como una fotografía manipulada en la que éste aparecía con la cabeza cortada, lo cual representaba un claro y evidente atentado contra su honor. Se daba la circunstancia de que el sitio web no contenía información alguna sobre la identidad del responsable o titular de la página o su domicilio, por lo que el actor hubo de recurrir a los servicios de un detective para averiguar esta información. Seguidamente se dirigió al titular del dominio en el que estaba alojada la página web por medio de burofax solicitando la retirada de los contenidos atentatorios

¹⁰⁰ SAP de Barcelona (Sección 14.^a) de 29 de noviembre de 2010 (AC 2011, 141). Este mismo argumento se repite en la SAP de Madrid (Sección 11.^a) de 2 de febrero de 2011 (AC 2011, 374), si bien en este caso se consideró que las expresiones enjuiciadas no tenían la gravedad necesaria para justificar el atentado al derecho al honor de los actores, ni por tanto la correlativa exigencia de la demandada de intervenir censurando tales mensajes y retirándolos del foro. «En el fondo —afirma esta sentencia— la cuestión no puede escapar del examen de la gravedad o importancia de las expresiones vertidas, cuestión no siempre fácil, pues sólo si se considerase que desde cualquier punto de vista tales expresiones serían gravemente insultantes y ofensivas, podría al tiempo exigirse un control de sus contenidos que no puede predicarse como exigencia generadora de responsabilidad en todo caso si no se quiere llevar la obligación más allá de los límites del art. 16 de la Ley 34/2002».

¹⁰¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 10 de febrero de 2011 (RJ 2011, 313).

contra su honor. Sin embargo el demandado no fue hallado ni en el domicilio obtenido por la investigación privada, ni en el aportado por el propio demandado al registrar el dominio. El actor demandó entonces al titular del dominio, que sólo cuando tuvo conocimiento de la demanda procedió a retirar los contenidos difamatorios. Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación ponen el acento precisamente en el hecho de que el demandado había incumplido el deber de información general que el art. 10 LSSI impone al prestador de servicios de la sociedad de la información de facilitar los datos necesarios para su identificación y localización, conectando dicho deber con los supuestos de exención de responsabilidad del art. 16. «Dicho deber —afirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia— es el que posibilita que el mismo prestador pueda tener conocimiento directo e inmediato de la lesión por parte del afectado... pudiendo así en virtud de la misma comunicación del afectado, cesar de modo inmediato en su actuación, a falta de otros medios de control efectivos y actuar en suma, de forma diligente en el sentido exigido legalmente por el art. 16.1.b) de la LSSCE. La omisión de dicha información o las dificultades u obstáculos para acceder a ella dejaría vacía de contenido la posibilidad de conocer el mismo prestador la difusión de los contenidos difamatorios por parte del afectado, ante la imposibilidad de comunicar con él y supondría una actuación poco diligente por su parte, colaborando e incluso asumiendo la difusión de un contenido difamatorio y su prolongación en el tiempo, por su actuación omisiva»¹⁰². La Audiencia Provincial insiste en este mismo argumento, al considerar que «es claro que el demandado no puede responder del contenido de las comunicaciones remitidas por terceros a su página web mientras no tenga conocimiento efectivo de que las mismas son ilícitas o lesionan bienes o derechos de distinta persona susceptibles de indemnización; sin embargo sí le es exigible una diligencia mínima para que, de producirse alguna de las situaciones descritas, pueda el perjudicado comunicarse con él de forma fácil y directa...»¹⁰³. Desde este punto de vista se podría argumentar que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el art. 10 representa una carga para que el prestador de servicios de intermediación pueda beneficiarse de las exenciones de responsabilidad previstas en el art. 16 LSSI. Sin embargo, el Tribunal Supremo pone el acento en considerar acreditado el conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos alojados por parte del interme-

¹⁰² SJPI n.º 44 de Madrid de 13 de septiembre de 2007, disponible en http://www.nodo50.org/agl/sentencia_alb_sgae.pdf (última consulta: 08/06/2012).

¹⁰³ SAP de Madrid (Sección 13.ª) de 22 de septiembre de 2008 (*JUR* 2009, 107918).

diario, y para ello se basa en que la intromisión en el derecho al honor del demandado era «patente y evidente por sí sola, al no depender de datos o información que no se encuentren a disposición del intermediario», lo que es tanto como decir que éste pudo conocerlos en la medida en que tenía acceso a ellos.

Esta jurisprudencia no sólo es contraria a la inexistencia de un deber general de supervisión a cargo de los prestadores de servicios de intermediación, sino que contradice abiertamente lo dispuesto en el art. 16 LSSI, pues la condición de la que éste hace depender la responsabilidad del prestador de alojamiento es el conocimiento por parte de éste de los datos ilícitos o lesivos alojados y no del hecho de que hubiera podido conocer, controlar o supervisar los contenidos suministrados por terceros. Dicho con otras palabras, la responsabilidad del intermediario se apoya en una presunción de que conoce los contenidos alojados, cuando la presunción de la que parte el sistema de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación es precisamente la contraria.

2. *Conocimiento efectivo y actuación diligente*

Aunque el prestador de servicios de intermediación que alberga contenidos ajenos tuviera conocimiento efectivo de su carácter ilícito o de que lesionan bienes o derechos de un tercero, también quedará exento de responsabilidad si reacciona de manera diligente para impedir que dichos contenidos sigan estando accesibles a través de sus servicios. Dispone en este sentido el art. 16.1.b) LSSI que los prestadores de servicios de alojamiento no serán responsables por la información almacenada, aunque tengan conocimiento efectivo de su ilicitud, «si actúan con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos».

El Tribunal Supremo apreció la concurrencia de esta circunstancia en su sentencia de 18 de mayo de 2010¹⁰⁴, lo que le llevó a estimar el recurso de casación interpuesto frente a una decisión de la Audiencia Provincial de Valencia de 29 de junio de 2007¹⁰⁵. En este caso el demandante había descubierto que en un foro de Internet, alojado en la página web *www.quejasonline.com*, alguien había utilizado su nombre para realizar comentarios ofensivos contra la empresa para la que él

¹⁰⁴ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 18 de mayo de 2010 (RJ 2010, 2319).

¹⁰⁵ SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 29 de junio de 2007 (JUR 2009, 182823).

trabajaba («Soy abogado de la mutua madrileña y estoy cansado de engañar a la gente, pues la mutua me hace retrasar los expedientes con el fin de no pagar, es patético y tiene pinta de irse al garete»). El Tribunal Supremo consideró que, al apreciar la responsabilidad de la entidad demandada, prestadora de un servicio de alojamiento de datos de terceros, la sentencia dictada en grado de apelación no había tenido en cuenta que dicha sociedad no conocía ni podía razonablemente conocer que alguien había suplantado la personalidad del actor, ni tampoco que una vez que tuvo conocimiento de esos hechos, merced al requerimiento del perjudicado, aquélla procedió a retirar el comentario «sin tacha de negligencia».

Para concretar el grado de diligencia exigible, parece oportuno poner en relación lo dispuesto en el art. 16.1.b) de la Ley española con el art. 14.1.b) de la Directiva que se refiere al prestador de servicios que actúa «con prontitud» y «en cuanto tenga conocimiento» de la ilicitud¹⁰⁶. Pero, en cualquier caso, habrá que estar a las circunstancias particulares del caso, teniendo en cuenta la determinación del momento a partir del cual se pueda entender que el prestador de alojamiento tuvo conocimiento efectivo de la ilicitud. Así, por ejemplo, en el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de marzo de 2010, aunque los actores se habían dirigido en repetidas ocasiones contra la empresa titular de un portal de Internet para denunciar los insultos y el acoso psicológico al que se estaban viendo sometidos por ciertos usuarios de un chat, entiende el tribunal que dichas reclamaciones no fueron suficientemente precisas ni se hicieron en la forma ni a la dirección establecida en el contrato suscrito con el prestador del servicio, por lo que concluye que el conocimiento efectivo de lo sucedido por parte de este último sólo tuvo lugar en el momento en el que recibió un burofax remitido por los abogados de los actores, burofax al que aquél contestó cinco días más tarde anunciando que procedería a borrar inmediatamente los perfiles de los que procedían los insultos, como efectivamente hizo. Ante estos datos, la sentencia llega a la conclusión de que «el proveedor del servicio actuó di-

¹⁰⁶ En este sentido, la SAP de Cádiz (Sección 2.ª) de 4 de noviembre de 2010 (AC 2011, 652) exime de responsabilidad a la empresa titular de un diario digital por los comentarios publicados por los usuarios al hilo de la publicación de una noticia, por considerar que «la entidad proveedora del servicio actuó diligentemente en cuanto tuvo conocimiento efectivo de lo que estaba sucediendo»; y la SAP de Murcia (Sección 5.ª) de 14 de junio de 2011 (AC 2011, 1455) se apoya en la circunstancia de que «el demandado actuó con la diligencia que le era exigible, eliminando aquella expresión, a instancia del demandante, el mismo día de la publicación del comentario u opinión que la contenía» para exonerarle de responsabilidad.

ligentemente en cuanto tuvo conocimiento efectivo de lo que estaba sucediendo»¹⁰⁷.

3. *Ausencia de una relación de dirección, autoridad o control sobre el proveedor de los contenidos*

Quedan excluidos del ámbito de exención de responsabilidad previsto por la LSSI aquellos supuestos en los que quepa apreciar una relación de subordinación o control entre el prestador del servicio de alojamiento y el proveedor de los contenidos. Así resulta del párrafo segundo del art. 16 LSSI, que dispone expresamente que «la exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador».

Dentro de la órbita del precepto se englobarían aquellas situaciones en las que quepa apreciar una relación de dependencia entre el prestador del servicio de alojamiento y el proveedor de los contenidos, ya sea una relación laboral, administrativa, familiar o un contrato de obra o de servicios en el que aquél se reserva funciones de dirección o control¹⁰⁸. Desde este punto de vista, la justificación de la norma es clara: en estos casos cabe entender que el prestador de servicios de alojamiento asume como propias las conductas de quienes han actuado por su cuenta y, por lo tanto, respecto de dichos contenidos habrá de ser considerado proveedor y no un mero intermediario.

En modo alguno ese poder de control del intermediario al que alude el precepto puede entenderse referido a las facultades que éste conserve para supervisar los contenidos alojados en su servicio y retirar aquellos que considere inapropiados¹⁰⁹. Así lo ha entendido recientemente, sin embargo, una sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 24 de junio de 2011, en un procedimiento penal seguido contra el administrador de un blog por los delitos de injurias y calumnias, como consecuencia de determinados comentarios publicados en el mismo, por considerar que, dado que el administrador de un blog se reservaba un poder de control, aunque fuese *a posteriori*, no entraba en

¹⁰⁷ SAP de Barcelona (Sección 19.^a) de 3 de marzo de 2010 (AC 2010, 941).

¹⁰⁸ Es el caso, por ejemplo, de la SJPI n.º 47 de Madrid de 16 de marzo de 2001 (AC 2001, 406), que condena por violación del derecho de autor y competencia desleal a la empresa titular de un sitio web que reproducía sin autorización páginas del sitio web de la demandante, pese a que la elaboración de los contenidos de las páginas web litigiosas había sido subcontratada a un tercero.

¹⁰⁹ En contra, *vid.* BUSTO LAGO, J. M., *op. cit.*, pág. 1039.

juego la exención de responsabilidad del art. 16 LSSI¹¹⁰. Expresamente afirma la sentencia que «dicha exención de responsabilidad no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador, que es lo que sucede en el caso del blog en que como hemos dicho su administrador tiene la facultad de vigilar y restringir su contenido». Creemos que se trata de una lectura errónea del párrafo segundo del art. 16, pues apreciar una responsabilidad por culpa *in vigilando*, no sólo es contrario al espíritu de la norma, sino también a la prohibición de imponer a los prestadores de servicios un deber general de supervisar los datos que transmiten o almacenan establecida en el art. 15 de la Directiva. Confirma esta opinión la Memoria Explicativa que acompañaba a la Propuesta inicial de Directiva, en la que se afirmaba sin género de dudas que «debe subrayarse que el control que es relevante es el control sobre los actos del destinatario y no el control sobre la información misma»¹¹¹. Como dice CAVANILLAS MÚGICA¹¹², lo determinante es si, dada la relación de dependencia, el prestador habría podido evitar que el destinatario alojara los datos, no si, una vez alojados, el prestador podía retirarlos, algo que, por otra parte, siempre es técnicamente posible.

V. EL PAPEL DE LOS PROCEDIMIENTOS DE NOTIFICACIÓN Y RETIRADA EN LA BÚSQUEDA DE UNA SOLUCIÓN EQUILIBRADA

1. *Consideraciones generales acerca de la conveniencia de establecer un régimen de notificación y retirada*

En la medida en que la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento se hace depender del hecho de que éstos tengan conocimiento de la ilicitud de los contenidos albergados, hubiera sido deseable establecer en qué casos o bajo qué circunstancias debe entenderse cumplida dicha condición. Sin embargo, la Directiva 2000/31/CE renunció a establecer una pauta clara de armonización en este punto, lo que ha motivado que las legislaciones nacio-

¹¹⁰ SAP de A Coruña (Sección 6.ª) de 24 de junio de 2011 (*JUR* 2011, 264559).

¹¹¹ Commission of the European Communities, *Proposal for a European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market*, Brussels, 18.11.1998, COM(1998) 586 final, pág. 30, *cit. supra* nota 38.

¹¹² CAVANILLAS MÚGICA, S., «La responsabilidad de los proveedores de información...», *cit.*, pág. 37.

nales hayan adoptado un distinto enfoque respecto de esta cuestión¹¹³.

Exigiendo una previa resolución judicial o administrativa, parece que el legislador español sí quiso delimitar los supuestos en los que cabía apreciar el «conocimiento efectivo» del que se hace depender la responsabilidad tanto de los prestadores de servicios de alojamiento como de aquellos que facilitan enlaces o instrumentos de búsqueda. Este enfoque es, sin duda, el que mejor responde a los intereses de los intermediarios, pues amplía extraordinariamente el ámbito cubierto por la exención de responsabilidad de los arts. 16 y 17 LSSI y, al mismo tiempo, les libera de la necesidad de tener que realizar las complejas valoraciones jurídicas que pueden ser necesarias para apreciar si ciertos contenidos son ilícitos o lesivos para los derechos de terceros. Por otro lado, se podría argumentar también a favor de la opción adoptada por el legislador español que, en la medida en que la retirada o el bloqueo del acceso a los contenidos presuntamente ilegales puede suponer una restricción al ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información, lo mejor es que esta decisión quede sometida al control de la autoridad y no en manos de los prestadores de servicios.

Sin embargo, como ya vimos, la práctica de nuestros tribunales, al igual que hace la Directiva, ha venido a admitir otras formas de conocimiento efectivo, entre las que cobra un papel destacado la notificación realizada por los titulares de los derechos presuntamente vulnerados, y ello con el fin de incentivar una rápida reacción de los intermediarios, algo que es fundamental para evitar que se propaguen las consecuencias derivadas de la infracción, dada la rápida difusión de ésta a través de Internet.

Ahora bien, la ausencia de regulación del régimen de notificación, así como las responsabilidades que puede llevar aparejado el mantenimiento o la retirada de los materiales presuntamente ilícitos, genera una serie de incertidumbres para los agentes implicados, que puede repercutir negativamente tanto en el ejercicio de ciertos derechos fundamentales como en relación con el desarrollo de los servicios de intermediación, esenciales para el funcionamiento de Internet.

Por lo que respecta a los titulares de los derechos infringidos a través de Internet, éstos se encuentran en una situación de cierta indefensión al desconocer el modo en que habrán de proceder para poner la le-

¹¹³ Vid. SPINDLER, G./RICCIO, G. M./VAN DER PERRE, A., *Study on the Liability of Internet Intermediaries*, 2007, págs. 36 y ss.

sión en conocimiento de los prestadores de servicios de intermediación e impedir de esta forma que se siga produciendo o, al menos, que el intermediario deje de estar al abrigo de una exención de responsabilidad.

Los intermediarios, por su parte, se enfrentan a una incertidumbre aún mayor, ya que si no saben cuándo la notificación remitida es adecuada para considerar que han adquirido conocimiento de la infracción, se tendrán que enfrentar al dilema de retirar o bloquear el acceso a los contenidos presuntamente ilícitos o no hacerlo¹¹⁴. Por un lado, ante la duda, podrían verse tentados de retirar o impedir el acceso a materiales supuestamente ilícitos — pese a que puede que no lo sean —, para de esta forma no quedar expuestos a una posible responsabilidad por no haber actuado de manera diligente. Ello conlleva un grave riesgo para las libertades de expresión e información en Internet que se verían de este modo cercenadas, en la medida en que muchos materiales serán eliminados de forma claramente injusta y desproporcionada y sin que la persona que puso esos materiales en Internet haya tenido ni tan siquiera la posibilidad de ser escuchada. Es más, las notificaciones infundadas podrían ser utilizadas de mala fe por terceros como un instrumento para silenciar determinadas opiniones o para impedir de manera desleal la actividad de un competidor. Por otro lado, los prestadores de servicios tendrán que valorar también que si eliminan determinados materiales o bloquean el acceso a los mismos y luego resulta que realmente no eran ilícitos podrían tener que enfrentarse igualmente a una acción de responsabilidad, en este caso frente al proveedor de los contenidos, lo cual les podría llevar a mostrarse reticentes a actuar si la notificación recibida no les ofrece ciertas garantías o, lo que es más probable, a incluir en los contratos con sus clientes cláusulas de exención de responsabilidad por la retirada de los materiales siempre que hubiese sido denunciada su ilicitud, con lo que de nuevo se verían constreñidas las libertades de expresión e información en Internet.

Por las razones apuntadas, resulta fundamental, tanto para los titulares de derechos como para los prestadores de servicios de intermediación, la introducción de un mecanismo de notificación y retirada, que permita a los primeros comunicar la infracción con garantías de ser escuchados y a los segundos discernir en qué situaciones y bajo qué condiciones deben actuar para no quedar expuestos a una acción de responsabilidad. Dichos mecanismos habrán de ser lo suficientemente

¹¹⁴ Sobre este particular, ampliamente, JULIÀ BARCELÓ, R./KOELMAN, K. J., *op. cit.*, págs. 10-13.

ágiles, para que los contenidos ilícitos se retiren con la debida diligencia, y garantizar al mismo tiempo el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos que utilizan los nuevos servicios de internet.

2. *Su regulación en la Digital Millennium Copyright Act*

La DMCA especifica los supuestos de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios *hosting* o almacenamiento de datos, que se hace depender del cumplimiento de tres condiciones: que no tengan conocimiento efectivo de que el material o la actividad que se realiza con él vulnera los derechos de terceros (en particular, dado el ámbito de aplicación de la norma, los derechos de autor), ni sean conscientes de hechos o circunstancias por las que la actividad infractora es evidente; que retiren o imposibiliten el acceso al material ilícito o que facilite la actividad infractora tan pronto como tengan conocimiento o sean conscientes del carácter ilícito de los contenidos alojados; y que no reciban un beneficio económico directo derivado de la actividad infractora.

Pero a diferencia de la Directiva y con el fin de buscar un equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos presuntamente vulnerados y los de los prestadores de servicios, que al mismo tiempo fuera respetuoso con las libertades de expresión e información, la DMCA norteamericana estableció un detallado sistema de notificación y retirada (*notice and take down*), regulando las condiciones y requisitos que ha de reunir la notificación remitida al prestador de servicios para que se entienda que éste tiene el nivel de conocimiento que le obliga a actuar si quiere seguir al abrigo de la exención de responsabilidad.

En primer lugar, sólo se beneficiará de las limitaciones de responsabilidad indicadas el prestador de servicios que haya designado un agente, esto es, una persona encargada de recibir las notificaciones relativas a la existencia de materiales ilícitos¹¹⁵.

Por otro lado y con la finalidad de desincentivar reclamaciones infundadas, la DMCA regula con detalle los requisitos que ha de cumplir la notificación¹¹⁶, entre los que destaca el carácter escrito y firmado de la comunicación; la mención de los datos personales que permitan identificar al reclamante y establecer contacto con él; la descripción del derecho supuestamente infringido, así como de los conte-

¹¹⁵ 17 U.S.C. § 512 (c)(2).

¹¹⁶ 17 U.S.C. § 512 (c)(3)(A).

nidos que lo vulneran, especificando en relación con éstos las circunstancias determinantes de su ilicitud y su localización; la solicitud de eliminación de los contenidos ilícitos; y la declaración del notificante de que está obrando de buena fe. Una vez que el intermediario haya recibido una notificación en los términos descritos deberá retirar o bloquear el acceso a los contenidos denunciados rápidamente, si quiere beneficiarse de la exención legal de responsabilidad¹¹⁷.

Asimismo, para evitar que el mecanismo descrito pueda llevar a la eliminación injusta de contenidos lícitos, el legislador norteamericano establece un procedimiento dirigido a volver a poner en la red el material retirado cuando la persona de la que provengan dichos contenidos manifieste su oposición (*counter notice and put back*)¹¹⁸. El prestador de servicios de intermediación que elimine el material a raíz de una notificación previa, deberá informar de ello lo antes posible a quien haya introducido el contenido presuntamente ilícito¹¹⁹, con el fin de que éste pueda remitir una contranotificación en la que afirme su licitud, contranotificación que deberá igualmente cumplir determinados requisitos formales. En tal caso, el prestador deberá remitir una copia de la misma al notificante y volver a poner la información en la red en el plazo de entre diez y catorce días hábiles desde la recepción de la contranotificación, a no ser que antes el titular del derecho supuestamente lesionado notifique a su vez al intermediario que ha instado un procedimiento judicial en defensa de su derecho.

En cualquier caso, el notificante puede requerir judicialmente al prestador de servicios de alojamiento para que identifique al usuario

¹¹⁷ 17 U.S.C. § 512 (c)(1)(C). El legislador optó por no precisar un plazo concreto para poder apreciar que el intermediario había actuado rápidamente (*expeditiously*) por considerar que las circunstancias fácticas y los parámetros técnicos podían variar de un caso a otro, *vid.* H. R. Rept. 105-551, Part 2 (1998), págs. 53-54, *cit. supra* nota 93.

¹¹⁸ 17 U.S.C. § 512 (g).

¹¹⁹ 17 U.S.C. § 512 (g)(2)(A). En este sentido, se entiende que el prestador de servicios está obligado a dar los pasos necesarios para notificar con prontitud al proveedor de los contenidos que éstos han sido retirados o que se ha bloqueado el acceso a los mismos. Entiende, no obstante, el *Committee on Commerce* en el informe que acompañaba el proyecto de la DMCA que «that “reasonable steps” include, for example, sending an e-mail notice to an e-mail address associated with a posting, or if only the subscriber’s name is identified in the posting, sending an e-mail to an e-mail address that the subscriber submitted with its subscription. The Committee does not intend that this subsection impose any obligation on service providers to search beyond the four corners of a subscriber’s posting or their own records for that subscriber in order to obtain contact information. Nor does the Committee intend to create any right on the part of subscribers who submit falsified information in their postings or subscriptions to complain if a service provider relies upon the information submitted by the subscriber», *vid.* H. R. Rept. 105-551, Part 2 (1998), págs. 59-60, *cit. supra* nota 93.

que está detrás de los contenidos supuestamente ilícitos¹²⁰. El deber que al intermediario incumbe de aportar la información de que disponga le pone al mismo tiempo al abrigo de cualquier reclamación posterior derivada de la posible invasión de la privacidad que cometa al descubrir la identidad de uno de sus usuarios.

El procedimiento instaurado por la DMCA permite superar buena parte de los inconvenientes derivados de un sistema en el que cualquier comunicación de una persona que afirme que sus derechos están siendo infringidos puede llevar al intermediario a retirarlos o bloquear el acceso a los contenidos alojados a través de sus servicios con el fin de eludir una hipotética responsabilidad. Por un lado, quien considere que sus derechos están siendo vulnerados sabe cómo ha de proceder para que el proveedor actúe lo más rápidamente posible, impidiendo así el agravamiento de la lesión de sus derechos que las demoras puedan conllevar. Al mismo tiempo, el proveedor de servicios queda liberado de la tarea de valorar si la notificación recibida reúne los requisitos suficientes para ser tomada en consideración y, lo que es más importante, si los contenidos denunciados son o no manifiestamente ilícitos, ya que si la notificación reúne los requisitos de forma y de contenido previstos y el proveedor retira o bloquea el acceso a los materiales denunciados éste quedará exento de toda responsabilidad, tanto frente al titular de los derechos presuntamente infringidos, en el caso de que se confirme el carácter ilícito de los contenidos¹²¹, como frente al proveedor de los mismos, si con posterioridad se declara su licitud¹²². Por otro lado, el procedimiento de contranotificación y vuelta a poner en la red ofrece a la persona cuyo material ha sido eliminado la posibilidad de oponerse, por lo que se tienen en cuenta hasta cierto punto los derechos a la libertad de expresión e información.

No obstante, el modelo norteamericano no está exento de críticas. En primer lugar, se ha dicho que traslada a los titulares de derechos los costes de rastrear la red en la búsqueda de conductas ilícitas¹²³. También se ha puesto de manifiesto que la DMCA no ha logrado evitar las notificaciones infundadas¹²⁴, y que además los proveedores de conte-

¹²⁰ 17 U.S.C. § 512 (h).

¹²¹ 17 U.S.C. § 512 (c)(1)(A).

¹²² 17 U.S.C. § 512 (g)(1).

¹²³ *Vid.* FRIEDMAN, J. A./BUONO, F. M., «Using the Digital Millennium Copyright Act to Limit Potential Copyright Liability Online», *Rich. J. L. & Tech.*, vol. 6, 2000 (29), accessible en <http://jolt.richmond.edu/v6i4/article1.html> (última consulta 21/06/2012).

¹²⁴ RUSTAD, M. L./ KOENIG, Th. H., «Rebooting Cybertort Law», *Wash. L. Rev.*, vol. 80, 2005, págs. 400-401. Sobre esta cuestión, *vid.* también URBAN, J. M./QUILTER, L., «Efficient Processor “Chilling Effects”? Takedown Notices Under Section 512 of the Di-

nidos —unas veces por desconocimiento y otras porque no han podido ser hallados— no se suelen oponer a la eliminación de los materiales introducidos por ellos en Internet, incluso en los casos en los que ésta carece de justificación¹²⁵. Por otro lado, si la persona que alega que sus derechos están siendo infringidos interpone una demanda judicial, los intermediarios están obligados a retirar los datos o bloquear el acceso a los mismos si quieren seguir al abrigo de la exención de responsabilidad, lo que puede suponer una limitación de las libertades de expresión e información sin que medie una resolución judicial¹²⁶. Parecería razonable que una vez que la cuestión se ha puesto en manos de los tribunales fueran éstos los que tuvieran que decidir la retirada o el bloqueo de los materiales enjuiciados, lo que podría hacerse a través del instrumento de las medidas cautelares, para evitar así que se agrave la lesión mientras se sustancia el procedimiento. Por último, quienes defienden un presunto derecho al anonimato en la red, verán probablemente con malos ojos que el prestador de servicios esté obligado a identificar al proveedor de los contenidos cuya ilicitud se denuncia o que deba identificarse él mismo a través de la contranotificación por la que reclame que sean repuestos los materiales previamente eliminados, si quiere que ésta sea efectiva.

3. *El estado de la cuestión en la Unión Europea*

En el año 2000 el legislador comunitario era ya consciente del importante papel que los mecanismos de notificación y retirada podían llegar a jugar, tal y como se desprende del Considerando 40 de la Directiva, a tenor del cual «lo dispuesto en la presente Directiva deberá constituir una base adecuada para elaborar mecanismos rápidos y fiables que permitan retirar información ilícita y hacer que sea imposible acceder a ella; convendría que estos mecanismos se elaborasen tomando como base acuerdos voluntarios negociados entre todas las partes implicadas y fomentados por los Estados miembros. Todas las

gital Millennium Copyright Act», *Santa Clara Computer & High Tech. L. J.*, vol. 22, 2006, págs. 666 y ss., que ponen de relieve en un detallado estudio que la justificación de cerca de un tercio de las notificaciones recibidas por los prestadores de servicios de intermediación era cuando menos dudosa.

¹²⁵ URBAN, J. M./QUILTER, L., *ibid.*, págs. 679-680. Por su parte, LEMLEY («Rationalizing Internet Safe Harbors», *Telecomm. & High Tech. L.*, vol. 6, 2007-2008, pág. 115) considera que el problema se agravaría si este sistema se extendiese a los casos de difamación o invasión de la privacidad.

¹²⁶ En este sentido, *vid.* JULIÀ BARCELÓ, R./KOELMAN, K. J., *op. cit.*, págs. 23 y ss.

partes que participan en el suministro de servicios de la sociedad de la información tienen interés en que este tipo de mecanismos se apruebe y se aplique». Los propios Estados miembros y la Comisión recibían asimismo el encargo de elaborar códigos de conducta, a los que las partes interesadas pudieran libremente adherirse¹²⁷.

Sin embargo, a diferencia de la DMCA, la Directiva renunció a regular un procedimiento de notificación y retirada, aplazando para un futuro el análisis de esta cuestión, algo que ha sido muy criticado por la doctrina¹²⁸. En efecto, teniendo por objeto cuestiones íntimamente relacionadas con una realidad tan cambiante como las que tienen que ver con la tecnología y las redes de comunicación, el art. 21 de la Directiva estableció que, antes del 17 de julio de 2003 y a partir de esa fecha cada dos años, la Comisión presentaría al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social un informe sobre su aplicación, acompañado, en su caso, de propuestas para adaptarla a la evolución jurídica, técnica y económica. Entre otras cuestiones, dicho informe debía analizar precisamente la necesidad de presentar propuestas relativas a los procedimientos de «detección y retirada». Pero lo cierto es que sólo llegó a ver la luz un primer informe en noviembre de 2003 y en él la Comisión llegó a la conclusión de que por el momento no era necesario adoptar iniciativas legislativas en esta materia¹²⁹.

La Directiva deja no obstante a salvo la posibilidad de que los Estados miembros puedan regular los procedimientos por los que hubiera de regirse la retirada de datos o la restricción del acceso a los mismos¹³⁰, procedimientos que en todo caso habrían de ser respetuosos con el principio de libertad de expresión¹³¹. Pero la experiencia ha de-

¹²⁷ A tenor del Considerando 49 «los Estados miembros y la Comisión fomentarán la elaboración de códigos de conducta; ello no irá en perjuicio del carácter voluntario de dichos códigos ni de la posibilidad de que las partes interesadas decidan libremente la adhesión a los mismos».

¹²⁸ Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, págs. 255-256; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos», *pe. i.*, n.º 6, 2000, pág. 50; JULIÀ BARCELÓ, R., «On-line Intermediary Liability Issues: Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks», *EIPR*, 2000, Issue 3, pág. 111; JULIÀ BARCELÓ, R./KOELMAN, K. J., *op. cit.*, págs. 3 y ss.; XALABARDER PLANTADA, R., *op. cit.*, pág. 10.

¹²⁹ Vid. el *Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior* (Directiva sobre el comercio electrónico), COM (2003) 702 final, págs. 16-18.

¹³⁰ Art. 14.3 Directiva 2000/31/CE.

¹³¹ Así, en relación con el régimen de exclusión de responsabilidad de los prestadores de alojamiento, el Considerando 46 dispone que «la retirada de datos o la actuación

mostrado que son muy pocos los países de la Unión Europea que han establecido procedimientos de detección y retirada de los materiales puestos en Internet por los propios usuarios, fuera de algunos casos aislados entre los que cabe citar a Finlandia, Hungría o Lituania, donde además estos procedimientos sólo operan en el caso de la violación de los derechos de autor¹³². Por su parte, en Francia, como ya vimos, el párrafo 5 del art. 6 de la Ley n.º 2004-575, de 21 de junio de 2004, para la confianza en la economía digital, establece los elementos que ha de reunir la notificación que quien considere vulnerados sus derechos ha de remitir al proveedor de alojamiento de los contenidos pretendidamente ilícitos. Sin embargo, en este caso no cabe hablar propiamente de un procedimiento de notificación y retirada, pues el precepto sólo establece una presunción de que el intermediario conoce los hechos litigiosos, pero no le impone una obligación de retirar los contenidos pretendidamente ilícitos aun en el caso de haber recibido una notificación que cumpla todos los requisitos establecidos en la ley. Se entiende que dicha obligación sólo surge en el caso de que los contenidos sean manifiestamente ilícitos¹³³.

En nuestro país uno de los últimos Borradores de Proyecto de Ley de Impulso de la Sociedad de la Información que manejó el Gobierno preveía la inclusión en la LSSI de un nuevo art. 17 bis), en el que se regulaba un procedimiento para que las entidades de gestión de los derechos de autor pudieran notificar la existencia de contenidos presuntamente ilícitos a los prestadores de servicios de alojamiento, quedando estos últimos obligados a bloquear o deshabilitar el acceso a los materiales denunciados en el caso de no obtener una respuesta del proveedor de dichos contenidos en los plazos y términos que se establecían¹³⁴. El precepto, que había sido incluido en el Proyecto de Ley por el trámite de urgencia después de que el texto pasara por el Consejo Asesor de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, generó la oposición de ciertos sectores sociales, encabezados por la Aso-

encaminada a impedir el acceso a los mismos habrá de llevarse a cabo respetando el principio de libertad de expresión y los procedimientos establecidos a tal fin a nivel nacional».

¹³² Vid. SPINDLER, G./RICCIO, G. M./VAN DER PERRE, A., *op. cit.*, págs. 106 y ss.

¹³³ En este sentido, *vid.* la Decisión del Consejo Constitucional francés 2004-496DC, de 10 de junio de 2004, disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-901.pdf> (última consulta 09/06/2012).

¹³⁴ El texto íntegro del art. 17 bis) propuesto puede verse en http://estaticos.elmundo.es/documentos/2007/04/10/ley_impulso_sociedad_informacion.pdf (última consulta 22/06/2012).

ciación de Internautas, y fue cuestionado por el Consejo de Estado por haber sido introducido de manera tardía y sin tener en cuenta a las partes directamente afectadas por la medida. Finalmente el polémico artículo no se incluyó en el texto aprobado por el Consejo de Ministros que se remitiría posteriormente a las Cortes para su tramitación parlamentaria.

Por lo que se refiere a los procedimientos voluntarios también son escasos y, además, en su mayoría no son el fruto de acuerdos entre las partes implicadas, sino que son asumidos de manera unilateral por ciertos operadores, y es por ello que adoptan la postura más cómoda para éstos, estableciendo generalmente la retirada automática de aquellos contenidos que hayan sido denunciados conforme al procedimiento establecido, sin valorar su legalidad y ni oír previamente al proveedor de dichos contenidos¹³⁵.

Así las cosas, no es de extrañar que cuando en 2010 la Comisión Europea llevó a cabo una consulta pública sobre el comercio electrónico y la Directiva 2000/31/CE, uno de los problemas que se puso de manifiesto fue precisamente el de la fragmentación de los procedimientos voluntarios de notificación y retirada y la ausencia de una regulación uniforme de los mismos en el ámbito de la Unión Europea¹³⁶. Un documento de trabajo posterior analizó la cuestión con más detalle¹³⁷, y en enero de 2012 la Comisión anunció una iniciativa legislativa sobre procedimientos de notificación y retirada (*notice-and-action*, en la terminología de la Comisión)¹³⁸, abriéndose el 4 de junio de 2012 un proceso de consulta pública específico sobre este tema, con el fin de recabar la opinión de los diferentes sectores interesados¹³⁹.

Resulta difícil pronosticar cuál será el resultado de las acciones emprendidas, sobre todo porque, pese al interés común en el establecimiento de un procedimiento de notificación y retirada, las distintas partes implicadas parten de enfoques muy distintos. Así, por ejemplo,

¹³⁵ Vid. *Online services, including e-commerce, in the Single Market*, Commission Staff Working Document, Brussels, 11.01.2012, SEC (2011) 1641 final, pág. 41.

¹³⁶ Puede verse un resumen de los resultados de dicha consulta en http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/e-commerce/summary_report_en.pdf (última consulta 22.06.2012).

¹³⁷ *Online services, including e-commerce, in the Single Market*, Commission Staff Working Document, Brussels, 11.01.2012, SEC (2011) 1641 final, págs. 39 y ss.

¹³⁸ *Un marco coherente para aumentar la confianza en el mercado único digital del comercio electrónico y los servicios en línea*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 11.01.2012, COM (2011) 942 final, pág. 16.

¹³⁹ Puede verse el formulario de consulta en http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/clean-and-open-internet_en.htm (última consulta 22/06/2012).

mientras que los titulares de derechos proponen mecanismos de notificación fácilmente accesibles y sencillos, con el fin de favorecer su utilización, los prestadores de servicios de intermediación están interesados en que las notificaciones tengan un elevado nivel de detalle, incluyendo, entre otras cosas, la dirección URL del contenido pretendidamente ilícito para facilitar su identificación y localización. Otro aspecto controvertido se refiere al alcance que haya de darse a la retirada de los contenidos denunciados. Desde el punto de vista de los titulares de derechos, una vez que el intermediario tiene conocimiento de su carácter ilícito, no debería ser necesaria una nueva notificación en el caso de que el mismo contenido sea puesto de nuevo en la red. Los prestadores de servicios de intermediación, por su parte, consideran que ello significaría una obligación de monitorizar toda la información almacenada en sus servidores, lo cual sería incompatible con el art. 15 de la Directiva¹⁴⁰.

En todo caso, lo que sí parece evidente es que la vertiginosa evolución de Internet ha puesto de manifiesto que el actual modelo de autorregulación no es el mejor sistema para lograr una solución equilibrada al conflicto de intereses que se esconde tras el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación.

¹⁴⁰ Vid. la sentencia de la Corte de Apelación de París (Sala 2.^a) de 14 de enero de 2011, disponible en http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3125 (última consulta 20/06/2012), relativa a la responsabilidad de *Google* por la difusión de obras protegidas por el derecho de autor a través del servicio *Google videos*. En contra de lo que sostenía la empresa norteamericana, la Corte de Apelación de París llega a la conclusión que para beneficiarse del especial régimen de exención de responsabilidad, cuando el prestador de alojamiento tiene conocimiento efectivo de los contenidos ilícitos no puede limitarse a retirarlos, sino que ha de poner todos los medios con el fin de hacer imposible el acceso de esos mismos contenidos en el futuro, sin necesidad de que medie una nueva notificación. Recientemente se ha conocido una sentencia del *Bundesgerichtshof* alemán de 12 de julio de 2012 (todavía inédita) que llega a la misma conclusión en relación con un popular servicio de almacenamiento en *la nube* que permite compartir archivos entre sus usuarios (*Rapid Share*). En ella el alto Tribunal considera que, una vez que tiene conocimiento del contenido infractor, el prestador del servicio debe adoptar todas las precauciones técnicas y económicamente razonables para impedir que éste vuelva a ser almacenado en sus servidores.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2010): «Comentario a la STS de 9 de diciembre de 2009», *CCJC*, n.º 84, págs. 1603-1615.
- BUSTO LAGO, J. M. (2008): «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs)», en REGLERO CAMPOS, L. F. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad civil*, 4.ª ed, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 971-1123.
- CAVANILLAS MÚGICA, S. (2005): «Deberes de los servidores en la LSSIC», en CAVANILLAS MÚGICA, S. (Coord.), *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento. Un análisis multidisciplinar*, Comares, Granada, págs. 29-48.
- (2007): «La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», en AA.VV., *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, Comares, Granada, págs. 1-39.
- (2011): «Comentario a la STS de 18 de mayo de 2010», *CCJC*, n.º 85, págs. 447-456.
- CLEMENTE MEORO, M. E. (2003): «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios en la sociedad de la información», en CLEMENTE MEORO, M. E./CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad civil y contratos en Internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Comares, Granada, págs. 1-116.
- COTINO HUESO, L. (2007): «Nuestros jueces y tribunales ante internet y la libertad de expresión: estado de la cuestión», en COTINO HUESO, L. (Coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 133-233.
- (2009): «El problema de la responsabilidad por los contenidos ilícitos en la web 2.0 y algunas propuestas de solución», Ponencia presentada en la Universidad Autónoma de Barcelona el 18 de septiembre de 2009, http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,1478/Itemid,3/.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2011): *Derecho privado de Internet*, 4.ª ed., Civitas, Madrid.
- FRIEDMAN, J. A./BUONO, F. M. (2000): «Using the Digital Millennium Copyright Act to Limit Potential Copyright Liability Online», *Rich. J. L. & Tech.*, vol. 6, <http://jolt.richmond.edu/v6i4/article1.html>.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2000): «La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos», *pe. i.*, n.º 6, págs. 9-64.
- (2004): «Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P. Su regulación en la Ley 34/2002 y en la Ley de Propiedad intelectual», *pe. i.*, n.º 16, págs. 55-104.
- GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J. (2004): «La lucha contra los titulares de derechos de autor contra las redes “peer to peer” (P2P)», *pe. i.*, n.º 18, págs. 25-68.
- GRIMALT SERVERA, P. (2007): «La responsabilidad de los proveedores de información en Internet y la Ley 14/1966, de Prensa e Imprenta», en AA.VV., *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, Comares, Granada, págs. 41-81.

- GRIMALT SERVERA, P. (2011): «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios en la sociedad de la información», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (Coord.), *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 167-197.
- JULIÀ BARCELÓ, R. (1998): «Liability for On-line Intermediaries: A European Perspective», *EIPR*, Issue 12, págs. 453-463.
- (2000): «On-line Intermediary Liability Issues: Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks», *EIPR*, Issue 3, págs. 105-119.
- JULIÀ BARCELÓ, R./KOELMAN, K. J. (2000): «La responsabilidad de los intermediarios de Internet en la Directiva de Comercio Electrónico: problemas no resueltos», *RCE*, n.º 6, págs. 3-30.
- LEMLEY, M. A. (2007-2008): «Rationalizing Internet Safe Harbors», *Telecomm. & High Tehc. L.*, Vol. 6, págs. 101-119.
- LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J. F. (2010): «Libertad de expresión e Internet. Responsabilidad de los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información. El caso Putasgae», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, págs. 19-28.
- MÁRQUEZ LOBILLO, P. (2007): «Prestadores de servicios de intermediación: algunas especialidades de su régimen jurídico», *RCE*, n.º 88, págs. 3-31.
- MASSAGUER, J. (2003): «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital. El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)», *pe. i.*, n.º 13, págs. 11-48.
- O'REILLY, T. (2005): «What Is Web 2.0 Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software» <http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-20.html>.
- PAYERAS CAPELLÀ, M./CAVANILLAS MÚGICA, S. (2005): «Los servidores de acceso y alojamiento: descripción técnica y legal», en CAVANILLAS MÚGICA, S. (Coord.), *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento. Un análisis multidisciplinar*, Comares, Granada, págs. 1-28.
- PEGUERA POCH, M. (2002): «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet», en MORALES PRATS, F./MORALES GARCÍA, O. (Coords.), *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 25-66.
- (2007): *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada.
- (2007): «“Sólo sé que no sé nada (efectivamente)”: la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 5, UOC, págs. 2-18 <http://www.uoc.edu/uidp/5/dt/esp/peguera.pdf>.
- (2007): «¿Inmunidad para el mensajero? La protección otorgada a los proveedores de servicios de internet en el Derecho europeo y español», *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, año I, n.º 2, págs. 14-53.
- (2008-2009): «The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems», vol. 32 *Colum. J. L. & Arts*, págs. 481-512.
- PEÑA-LÓPEZ, I. (2010): «Fundamentos tecnológicos del derecho de la sociedad de la información», en PEGUERA POCH, M. (Coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 51-123.

- ROIG BATALLA, A. (2007): «El anonimato y los límites a la libertad en internet», en COTINO HUESO, L. (Coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 321-353.
- RUBÍ PUIG, A. (2010): «Derecho al honor *online* y responsabilidad civil de los ISPs. El requisito del “conocimiento efectivo” en las SSTs, Sala Primera, de 9 de diciembre de 2009 y 18 de mayo de 2010», *Indret*, págs. 1-20 http://www.indret.com/pdf/776_es.pdf.
- RUSTAD, M. L./ KOENIG, Th. H. (2005): «Rebooting Cybertort Law», *Wash. L. Rev.*, Vol. 80, págs. 335-416.
- SOLER PRESAS, A. (2011): «Am I in Facebook? Sobre la responsabilidad de las redes sociales *on line* por la lesión de los derechos de la personalidad, en particular por usos no consentidos de la imagen de un sujeto», *Indret*, págs. 1-44 http://www.indret.com/pdf/841_es.pdf
- SPINDLER, G./RICCIO, G. M./VAN DER PERRE, A. (2007): *Study on the Liability of Internet Intermediaries* http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf.
- URBAN, J. M./ QUILTER, L. (2006): «Efficient Process or “Chilling Effects”? Takedown Notices Under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act», *Santa Clara Computer & High Tech. L. J.*, vol. 22, págs. 621-693.
- XALABARDER PLANTADA, R. (2006): «La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 2, UOC <http://www.uoc.deu/idp/2/dt/esp/xalabarder.pdf>.