

LA RESPONSABILIDAD DE LOS *INTERMEDIARY SERVICE PROVIDERS*, ISP, POR EL ALOJAMIENTO DE CONTENIDOS EN INTERNET

Dr.- Eugenio Gil López. ^(*)
Abogado español

(Recibido 04/06/15 • Aceptado 25/11/15)

^(*) Profesor de la Universidad Pontificia de Salamanca (UPSA). Secretario General Académico. Doctor en Derecho de las Tecnologías de la Información.-
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. España.-
E- mail: eugenio.gil@upsam.es Tlf: 00 34 91 514 17 06

Resumen: La aparición de la Sociedad de la Información, como consecuencia del desarrollo tecnológico que se ha venido produciendo en los últimos años, ha abierto nuevas vías en el campo de las relaciones sociales y culturales entre particulares y por extensión entre los pueblos y las diferentes culturas. Un elemento importante en esta nueva sociedad es la actuación de los prestadores de servicios de intermediación que facilitan la realización de otras actividades a través de la Red, y que pueden incurrir en novedosos tipos de responsabilidad hasta ahora no analizados pero cada vez más comunes.

Palabras Clave: Tecnologías de la Información, intimidad, propiedad intelectual, ISP, descarga de archivos.

Abstract: The emergence of the Information Society, as a result of the technological development produced over recent years, has opened new channels in the field of social and cultural relations among individuals and, consequently, among different peoples and cultures. An important element in this new society is the performance of intermediation service providers that facilitate the implementation of other activities through the Internet. This may result in new types of liabilities that, though being increasingly common, have not been analyzed so far.

Keywords: Information Technologies, privacy, intellectual property, ISP, file download

Índice

Introducción

1.- La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información

1.1 Ambito de aplicación

1.2 La teoría del conocimiento efectivo

1.2.1 El conocimiento efectivo para los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento

1.2.2 El conocimiento efectivo para los portadores que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

El presente trabajo trata de analizar la creciente problemática surgida en el ámbito de la Sociedad de la Información en relación con la responsabilidad de aquellas entidades que lo que realizan es facilitar la prestación de servicios en Internet y sin los cuales se puede decir que no existiría esta Sociedad de la Información y por lo tanto tampoco Internet.

Con carácter general estos proveedores de servicios son los denominados por sus siglas en Inglés **ISP (Intermediary Service Providers)** y desempeñan básicamente las siguientes funciones:

- Transmisión de datos por redes de telecomunicaciones
- Provisión de servicios de acceso a Internet
- Realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios
- Alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros
- Provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.

Nos centraremos en la actividad de estos ISP que prestan de forma concreta servicios de alojamiento de información o de búsqueda de contenidos a través de Internet, para determinar hasta qué punto estas prestadores tiene algún tipo de responsabilidad por los contenidos alojados o los enlaces realizados.

1. La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información

La inmediatez que proporciona Internet permite que los contenidos se encuentren en continua actualización pudiendo muchos de ellos lesionar bienes o derechos de terceras personas. Ante una posible reclamación, una cuestión trascendental es determinar si al prestador del servicio, que en realidad lleva a cabo una función de intermediación, le corresponde una obligación previa de control de todos los contenidos almacenados, de algunos de ellos, en determinadas condiciones, o si la responsabilidad es exclusiva del usuario que pone la información a disposición de terceros.

El análisis de la normativa aplicable en cada caso concreto y la interpretación que de esta normativa hagan los Tribunales, dará lugar a una modificación de las políticas de actuación de estos prestadores de servicios de alojamiento de contenidos o de instrumentos de búsqueda.

En el ámbito de la Unión Europea la Directiva 2000/31/CE (Parlamento Europeo, 2000) relativa a determinados aspectos jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información, se ha preocupado por establecer una regulación unitaria en el territorio de la Unión, en relación con todas aquellas entidades que desarrollan los denominados Servicios de la Sociedad de la Información. Esta Directiva ha sido incorporada al ordenamiento español a través de la Ley 34 /2002 (Jefatura del Estado, 2002) sobre Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (en adelante LSSI), y nos parece que se trata de un texto normativo que completado con las resoluciones judiciales que vamos a analizar puede servir de referencia para la regulación de esta cuestión en el ordenamiento jurídico interno de otros países.

1.1 Ámbito de aplicación

La ley española introduce dos conceptos novedosos siguiendo la Directiva de referencia¹, como son: **Servicio de la Sociedad de la Información**, entendido como *«todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario (...) comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios»* (Jefatura del Estado, 2002, 25402), y **Prestador de Servicios**, definido como *«la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información»* (Jefatura del Estado, 2002, 25403).

Partiendo de lo anterior, la ley será de aplicación a los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información radicados en España y cuyas actividades sean comerciales o tengan una finalidad económica. Por ello, señala Villar (VILLAR, 2003) que para quedar sometido a ella basta que la

¹ No es habitual que un texto legal recoja definiciones de los términos utilizados, pero en este caso, ante la novedad, complejidad e importancia, se ha introducido un Anexo en la Ley para evitar interpretaciones erróneas de los mismos.

actividad genere algún ingreso, ya sea mediante comercio electrónico o por tener algún tipo de publicidad, patrocinio o anuncio.

1.2 La Teoría del conocimiento efectivo

La LSSI mencionada, regula la responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan actividades de intermediación y dentro de ellos pueden diferenciar básicamente dos supuestos:

- los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento (*You Tube*)
- los que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (*Google*)

Con carácter general se establece de forma general, como no podía ser de otra manera, que los prestadores de servicios están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa recogida en el ordenamiento jurídico. Sin embargo en todos los supuestos la Ley establece un régimen de exclusión de responsabilidad de estos prestadores con la finalidad de favorecer la actividad económica, el intercambio de información y, en último término, impulsar la sociedad de la información y el conocimiento.

1.2.1 El conocimiento efectivo para los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento.

La Ley introduce un concepto novedoso como es el ***Conocimiento Efectivo*** para determinar la existencia o no de responsabilidad del prestador en un caso por los contenidos alojados o almacenados y en el otro por los enlaces realizados.

El primero de los supuestos corresponde a la actividad realizada por portales *Megaupload* o *You Tube*, mientras el segundo es coherente, entre otros, con la actividad de buscadores como *Google*. El fundamento de esta teoría, de acuerdo con Touriño (TOURIÑO, 2012), se encuentra en el hecho de que los citados operadores actúan como meros intermediarios respecto de unos contenidos que en principio les son ajenos.

La regulación del conocimiento efectivo en los dos artículos es idéntica, indicándose, que los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (Art. 16), así como los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumento de búsqueda (Art. 17),

no serán responsables cuando *«a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información (...) es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos»* (Jefatura del Estado, 2002, 25393), sin embargo, dicha exención no opera cuando el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.

Es decir, para que sea posible la exclusión de la responsabilidad del prestador del servicio se hace necesario que este prestador no haya tenido conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido y en el caso de tener este conocimiento haya actuado con diligencia para retirar el contenido, si bien del artículo se desprende que el conocimiento debe provenir de un órgano competente para alcanzar la condición de efectivo que exige la ley.

En todo caso, en el contrato de alojamiento (hosting), es conveniente dejar claros los siguientes aspectos:

- La obligación del usuario de no subir información que pueda ser constitutiva de delito
- La facultad del titular del hosting de retirar los contenidos de forma unilateral
- La no responsabilidad del titular del hosting por tales contenidos.
- La integridad de los contenidos almacenados

La aplicación de la Teoría del Conocimiento Efectivo no es ni mucho menos pacífica y ha ido evolucionando a lo largo de estos últimos años, siendo su principal problema determinar cuando existe este conocimiento efectivo que obligará a actuar al prestador de servicios de intermediación en la retirada de los alojado o almacenado. Por supuesto una notificación judicial o de un órgano administrativo autorizado (como por ejemplo la Comisión de Propiedad Intelectual) será suficiente para que exista tal conocimiento efectivo, sin embargo en ocasiones nuestros jueces y tribunales han ido más allá en la interpretación de la Ley, llegando a una situación en la que como algún reconocido abogado en estas materia ha señalado, *«el Tribunal Supremo hace tambalear la teoría del conocimiento efectivo»* (TOURINO, 2011, 68).

Uno de los casos que puso de manifiesto esta inseguridad en torno al conocimiento efectivo, fue la sentencia dictada en febrero de 2011 por la sala de lo civil del Tribunal Supremo de España contra el sitio *web www.alasbarricadas.org* (INSTITUTO AUTOR, 2011). El supuesto en cuestión se inició como consecuencia de los insultos vertidos contra el cantante español Ramoncín (José Ramón Julio Márquez) a través de unos foros contenidos en la web citada, por lo que él se trató de comunicar con el administrador web para que retirara los citados comentarios pero no pudo ponerlo en su conocimiento ya que la dirección electrónica que figuraba en la web era errónea. Ante tal situación demandó al sitio web por vulneración al derecho al honor.

En la sentencia se realiza una interpretación extensiva de la comunicación efectiva, indicando este Tribunal «que el propio artículo 16 de la Ley 34/2002 permite esa interpretación favorable a la Directiva al dejar a salvo la posibilidad de “*otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse*”, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al “*conocimiento efectivo*” a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate» (Tribunal Supremo, 2011, 16)

Por si esta información no diera bastantes quebraderos de cabeza, a su vez el propio Tribunal Supremo en la confirmación de la sentencia ha venido a señalar en su Fundamento Jurídico 5º en relación con el sitio web y sus obligaciones, que debería proceder «*actualizando sus datos o poniendo moderadores aun posteriores o fiscalizando mensualmente al menos también a posteriori los contenidos de su página, evitando así prolongadas difusiones de mensajes y fotografías semejantes*» (Tribunal Supremo, 2011, 6). Es decir, se encuentran en estos supuestos dos problemas en relación con la teoría del conocimiento efectivo:

- ¿Basta la mera notificación del perjudicado de que se está cometiendo una infracción patente para que exista el conocimiento efectivo y ello obliga a la actuación del prestador del servicio?
- ¿Existe una obligación de control preventivo por parte de los sitios web en relación con contenidos alojados por terceros o que se indexan automáticamente?

Se tratan de analizar ambas cuestiones ilustrándolas con una serie de casos en los que la actuación de los jueces es, por decirlo de alguna manera, al menos un poco confusa. En relación con la primera cuestión, debe tenerse en cuenta que los citados artículos de la LSSI tiene su origen en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, y ya el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de diciembre de 2009 (Tribunal Supremo, 2009,13) puso de manifiesto que la redacción del artículo 16 de la LSSI no es acorde con el espíritu de la Directiva citada, por lo que no debe interpretarse restrictivamente el término conocimiento efectivo, y no restringe como hace nuestro texto legal los medios para alcanzarlo.

Esta deficiente transposición de la directiva se plasma en el artículo 14.1 de la misma, en el que se determina: « que el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito» (Tribunal Supremo, 2011, 8). Es decir, se observa que la exclusión de la responsabilidad penal requiere la falta de un conocimiento efectivo del carácter ilícito de la información, en tanto que para la responsabilidad civil la Directiva exige un mayor desconocimiento al prestador de servicios, dado que será suficiente con que tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito para que no pueda ampararse en el supuesto de exención de responsabilidad que le corresponda.

Sin embargo, el legislador omitió esta diferenciación entre el tipo de responsabilidad al incorporar la Directiva al ordenamiento español, estableciendo para ambos supuestos una restricción más amplia que la establecida por la Directiva al exigir en todos los casos como requisito necesario el conocimiento efectivo.

Si bien no se ponen objeciones al razonamiento del Tribunal el cual parece claro al analizar el texto de la Directiva, sí se hace necesaria una revisión de la norma española, ya que la deficiente transposición de la Directiva da lugar a una inseguridad jurídica por parte de los usuarios de las nuevas herramientas tecnológicas que van surgiendo. El Tribunal Supremo para aproximarse al espíritu contemplado en la Directiva donde para la exigencia de la responsabilidad civil no se exige el conocimiento efectivo, lleva a cabo una interpretación amplísima del

concepto amparándose en el inciso final del artículo 16 donde se indica que el **conocimiento efectivo puede haberse adquirido por otros medios**.

Volviendo a las sentencias de los tribunales españoles, no es necesario ser un experto jurídico para darse cuenta de que la apreciación de que existe un ilícito patente será claro en algunas ocasiones (en el caso de Ramoncín sí lo era con base en los insultos vertidos²), pero ofrecerá grandes dudas en muchos otros supuestos, y ante esta duda surge la inquietud de qué debe hacer el administrador del sitio: ¿retirar el contenido o no? De acuerdo con la redacción de la LSSI parece que no, pero si luego un juez considera que la vulneración de derechos era patente, no quedará más opción que acatar la sentencia y abonar en su caso la indemnización correspondiente.

En los mismos términos se ha manifestado el Tribunal Supremo en sentencia 1441/2013 en el caso de Ramoncín contra el eEconomista.es. En este caso el tribunal mantuvo su criterio indicando que el medio de comunicación no actuó con la diligencia debida al rechazar un burofax remitido por el cantante para que se retiraran determinados contenidos.

«La entidad demandada, como titular de la página web y creadora del foro de debate abierto, debió extremar las precauciones y ejercer un mayor control sobre las opiniones y comentarios alojados, cuyas connotaciones despectivas y peyorativas para el demandante no podían pasarle inadvertidas, pese a que del contenido del burofax no se

² En el foro se indicaba de su persona: «solamente abro este tema para expresar mi odio más visceral a este gilipollas"... , pedante, creído, tocapelotas/ovarios, farandulero, feo pasado por los quirófanos, mal artista, mal politiquillo, mal presentador de programas de tv, chupacámaras. etc "solo siento no haber estado en el último festival que estuvo pa descalabrarle con un pedrolo del vente (mensaje publicado el día 13 de junio de 2006) o "menudo hipócrita menos mal que hay gente que desenmasca de vez en cuando a estos mentirosos. A ver si un día de estos le da un paro cardíaco después de haberse metido todo el dinero en dietas en cocaína, menudo imbécil" (mensaje publicado el 13 de junio de 2006) o "este hombre es un grandísimo payaso. Es eskoria, la hipocresía personificada. No sé si un tiempo pasado fue mejor, pero ahora mismo sólo se merece que su queridísima SGAE se quede sin dinero que robar y que termine viviendo en su amada sociedad capitalista como un mendigo" (mensaje publicado el 29 de junio de 2006)» (Tribunal Supremo, 2011, 2).

desprendiera qué comentarios eran los que se consideraban ofensivos y procurar de este modo la pronta retirada de aquellos que manifiesta e inequívocamente aparecían como gravemente injuriosos o incitadores a la violencia. No puede pasar inadvertido el papel desempeñado por el titular de la página que no solo alberga un contenido externo, sino que genera la posibilidad realizar comentarios, incorporándolos a la noticia y permite que se consideren como elemento de valoración de la misma» (Tribunal Supremo, 2013a, 13).

En este caso debe considerarse que si bien en un primer momento la web El Economista fue condenada en primera instancia, en vía de recurso la Audiencia Provincial de Madrid dio la razón a la web, para posteriormente ser el Tribunal Supremo quien nuevamente otorgó nuevamente la razón al cantante.

Este mismo criterio es el seguido en la Sentencia 316/2010 (Tribunal Supremo, 2010) en el caso de la página web *www.quejasonline.com*, en el que una persona (D. JMM) demanda al realizarse en ella comentarios despectivos hacia una empresa, suplantándose la personalidad de D. JMM, por lo que solicita de la web que le identifique a la persona que ha realizado el comentario, y la página se niega aludiendo al derecho a la intimidad del usuario, por lo que JMM demanda a la página por violación de su derecho al honor. En su sentencia, el Tribunal Supremo al conocer del recurso de casación presentado ante la resolución de la Audiencia Provincial señala que *«no ha extraído consecuencia alguna de que dicha sociedad no conociera ni pudiera razonablemente conocer, directamente o a partir de datos aptos para posibilitar la aprehensión de la realidad, que quien le suministraba el contenido lesivo para el demandante no era él, sino otra persona que utilizaba indebidamente su nombre con el ánimo de perjudicarlo; ni de que, conocedora con posterioridad de esa realidad, merced al requerimiento del perjudicado, retirase el comentario sin tacha de negligencia»* (Tribunal Supremo, 2010, 4). Es decir, la web en cuestión no tenía forma fehaciente de llegar a saber que la persona que escribía en el foro no era la persona que decía ser, y por lo tanto en ningún momento puede tener indicios de que se pudiera estar cometiendo un presunto delito.

Cuestión distinta es la que se plantea en el caso de la página *www.putasgae.org*, donde terceras personas editaban contenidos injuriosos contra la SGAE (Sociedad para la Gestión de los Derechos de Autores y

Editores), y en este caso se condenó a la web denunciada porque conocía que terceros alojaban injurias contra la SGAE en su servidor ya que estos contenidos eran de forma objetiva susceptibles de constituir un delito de injurias (Tribunal Supremo, 2009). La AI (Asociación de Internautas) alegaba que carecía del conocimiento efectivo en los términos que fijaba la LSSICE y, por tanto, le resultaba aplicable la exclusión de responsabilidad del Art. 16 LSSICE. Este conocimiento efectivo, argumentaba, no podía haberse producido al no haberse declarado previamente por órgano competente la ilicitud de los contenidos almacenados.

El Tribunal Supremo (2009, 13) resume la doctrina y la interpretación, que se analiza en este artículo, para concluir que una interpretación restrictiva del concepto de conocimiento efectivo no resultaba compatible con la Directiva sobre Comercio Electrónico, al entender que la referencia a «otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse» permitía que se otorgara el mismo valor a otros hechos o circunstancias aptos para posibilitar el conocimiento de la realidad de que se trate. Por ello, se inclina por aceptar otros medios de adquisición del conocimiento efectivo al interpretar la LSSI en relación con los supuestos de exención de responsabilidad dirigidos a armonizar la normativa comunitaria que la DCE incluye y valora que utilizar el dominio *www.putasgae.org* como revelador del carácter infractor de los datos hospedados es conforme a la doctrina de atribución de responsabilidad aplicable, declarando no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

En términos semejantes se manifestó el Tribunal Europeo de Estrasburgo en el recurso planteado por el portal de noticias estonio *Delfi*³ por una condena emitida por un juzgado estonio y confirmada por

³ «La controversia se inició el 24 de enero de 2006, cuando *Delfi* publicó un artículo sobre la destrucción accidental por parte de la empresa de ferry (AS *Saaremaa Laevakompanii*, algo así como *Compañía de buques Saaremaa*) de un camino de hielo que unía el continente con unas islas (*Saaremaa*, *Hiiumaa* y *Muhu*) muy visitadas por los turistas locales en invierno. Debido a la rotura, este camino -más barato que los servicios de ferry- se tornó intransitable durante varias semanas. El artículo de *Delfi* discutía la decisión de la empresa de cambiar la ruta de sus transbordadores, lo que en definitiva habría ocasionado el accidente. Muchos lectores realizaron mensajes (unos 20) ofensivos y amenazantes en contra del operador del ferry y el propietario» (RODRIGUEZ, 2014).

la Corte Suprema de Estonia. Para proceder a la condena contra Delfi, el tribunal tuvo en cuenta las siguientes cuestiones (RIBAS, 2013):

- Los mensajes publicados, los cuales tenían claramente un contenido amenazante y difamatorio.
- Las medidas adoptadas por Delfi. El portal contaba con mecanismos para eliminar automáticamente mensajes, disponía de un sistema por el que los usuarios podían denunciar este tipo de mensajes, y aun así se publicaron un gran número de mensajes, y el filtrado y denuncia se mostraron totalmente ineficaces.
- Análisis de los autores de los comentarios. Muchos de los comentarios se realizaron de forma anónima, por lo que el Tribunal ve razonable que Delfi sea la responsable de las consecuencias de los mismos.

«Este fallo implica que los tribunales deberán examinar caso a caso y que se llevará a cabo una investigación para depurar responsabilidades. Los juzgados pedirán, de ahora en adelante y con mayor contundencia, que el prestador de servicios sea diligente ante las posibles protestas de los afectados. En este sentido, y para que las páginas de Internet puedan limitar esta responsabilidad, deberán demostrar que utilizan filtros para evitar comentarios injuriosos –que impidan utilizar términos agresivos o insultantes, por ejemplo–, que no permitan la introducción de comentarios anónimos y que siempre colaboren rápidamente en el caso en el que se solicite la eliminación de algún comentario vejatorio» (Bru, citado por Moreno, 2013).

Partiendo de las resoluciones analizadas parece clara la postura jurisprudencial adoptada por el Tribunal Supremo de España. Para que se puedan aplicar los supuestos de exclusión de responsabilidad contemplados en el artículo 16 de la LSSI que exigen la falta de conocimiento efectivo por parte del proveedor de servicios, será necesario que se interprete de forma muy amplia, considerando como tal la percepción por parte del proveedor de que tales conductas puedan ser constitutivas de un posible delito. Y entre las formas que tiene el proveedor para alcanzar dicha percepción, hay diferentes posibilidades partiendo de la notificación de una autoridad competente como indica el artículo citado, pasando por la notificación del perjudicado, la propia actividad desarrollada con carácter habitual por la página web o los mecanismos de autocontrol y autotutela establecidos por el proveedor.

Sin embargo, esta interpretación da lugar a una inseguridad jurídica, en este tipo de supuestos manifiesta, y se debería en todo caso exigir la existencia de una resolución de un órgano investido de autoridad pública, que sea el que obligue previa denuncia del perjudicado a la retirada de contenidos y elimine la posible exclusión de responsabilidad por parte del infractor.

La segunda cuestión anteriormente planteada, y que se ha dejado en el tintero, es si existe una obligación de control preventivo y también a futuro por parte de los prestadores de servicios de acceso o alojamiento de contenidos. En relación con esta cuestión es muy significativo el caso Scarlet que se planteó en el derecho belga. El problema surgió en el año 2004 cuando SABAM (*Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL*) advirtió que utilizando el proveedor de acceso Scarlet, numerosos usuarios se descargaban obras protegidas sometidas a derechos de autor a través de redes p2p.

SABAM planteó el caso ante los Tribunales, y un tribunal belga de primera instancia ordenó a Scarlet que bajo pena de multa coercitiva y como proveedor de acceso, impidiera el envío y recepción por sus clientes de archivos protegidos. El proveedor de acceso interpretó este mandato como una obligación general de controlar de forma previa las comunicaciones de sus clientes, por lo que recurrió a la Corte de Apelación de Bruselas alegando que se estaba violando el derecho al secreto de las Comunicaciones y la Directiva 2000/31. La Corte de Apelación de Bruselas solicitó el pronunciamiento al respecto del Tribunal de Justicia Europeo, el cual vino a dar la razón a Scarlet, al considerar que no se puede establecer de forma general e indefinida una obligación de control en virtud de lo establecido en el artículo 15 de la citada Directiva (BOURKAIB, 2012).

Parece claro que el derecho a la protección de la propiedad intelectual se encuentra en la legislación europea y por proyección en las legislaciones de los diferentes países, pero en ningún caso esta protección debe tener carácter absoluto. Por lo tanto, según *Legal Today* (2011), el Tribunal se opone a un requerimiento judicial por el que se ordene a un proveedor de acceso a Internet establecer un sistema de filtrado de todas las comunicaciones electrónicas que circulen a través de sus servicios, que se aplique indistintamente respecto de todos sus clientes de forma preventiva, exclusivamente a sus expensas y sin limitación temporal.

En el ámbito español, este deber de control por parte de los proveedores de acceso o de alojamiento ha sido puesto en tela de juicio en numerosos supuestos especialmente a partir de la entrada en vigor de la Ley Sinde, en su disposición final cuadragésima tercera (Jefatura del Estado, 2011, 25222-25226), por la que se permite el cierre rápido, sin orden judicial, de páginas web de enlaces a descargas de contenidos no autorizados. La primera resolución de la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual (CPI) contra un sitio web aplicando esta Ley plantea una doctrina del Tribunal Supremo que no existe y que llevaría a los sitios web a controlar continuamente los contenidos alojados en busca de infractores, algo contra lo que sí se ha pronunciado el propio Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que eximen de responsabilidad a los dueños de sitios web por contenidos de terceros.

Estas cuestiones analizadas están íntimamente relacionadas con el Deber de Colaboración que se le puede exigir a un proveedor de acceso en relación con las transacciones y la información transmitida, sin que choque con esta imposibilidad de establecer un control previo e ilimitado. Por lo tanto, la pregunta es ¿hasta dónde pueden llegar las actuaciones del proveedor de acceso? Debe tenerse en cuenta que este proveedor va a tratar siempre de limitar al máximo sus actuaciones. Cuanto menos se haga mejor, menos recursos se destinarán a esa actividad y por lo tanto menos coste se le imputará.

Es reveladora la sentencia dictada por la *Court of Appeal* inglesa en el caso *British Telecom y Talk Talk Telecom Group* contra *Secretary of State for Culture, Olympics, Media and Sport* (CABEDO, 2012), en que la normativa inglesa modifica la existente, estableciendo la obligación de los proveedores de acceso de cumplir lo que se denominó las obligaciones iniciales. En la materia, los proveedores de acceso presentaron su recurso considerando contrarias a la normativa de la Unión Europea dos cuestiones:

- La obligación de imponer a los proveedores una responsabilidad por la información transmitida. La Corte inglesa considera que la obligación establecida no hace referencia al contenido de la transmisión realizada, sino sólo a las obligaciones iniciales marcadas por la Ley con respecto de los titulares de derechos de propiedad intelectual, y por tanto sería acorde con la normativa comunitaria. Estas obligaciones hacen referencia fundamentalmente al

cumplimiento de una serie de labores de información como son la obligación de notificar a los usuarios los informes sobre infracciones de derechos de propiedad intelectual recibidos por los titulares de estos derechos, así como remitir a estos titulares una lista de las infracciones detectadas.

- La obligación en el procesamiento de datos personales. Considera el tribunal inglés que para este tratamiento sería aplicable una excepción contenida en la letra e) del artículo 8 de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002 que se refiere a los datos que el interesado haya hecho públicos o sean necesarios para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un procedimiento judicial. Considera el tribunal que este procesamiento de datos es más necesario cuanto mayor es la probabilidad de evitar un litigio, ya que ello implica un tipo de defensa y ejercicio de un derecho de propiedad intelectual de acuerdo con la excepción indicada. Además, añade que los datos que son objeto de tratamiento serían solo datos de tráfico, y se alude en este punto al artículo 15.1 de la Directiva mencionada, que permite aunque no se cite expresamente a la Propiedad Intelectual, se considera que los estados miembros pueden establecer medidas para el procesamiento de este tipo de datos para la defensa de derechos de auto tanto en el ámbito civil como en el penal.

1.2.2 El conocimiento efectivo para los prestadores que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

En relación con esta cuestión, el documento se centra en una serie de actuaciones que se han realizado contra buscadores como *Google*. Se planteó contra este una demanda por Graciano Palomo Cuesta indicando que la difusión que realiza de textos que afectan a su honorabilidad, suponen una intromisión ilegítima en su derecho al honor, situación que se puso en conocimiento del buscador sin resultado alguno. Así, en la sentencia se indica que:

«la circunstancia de que la persona que se consideraba ofendida se hubiera dirigido a Google para la retirada de la información por considerarla ilícita no es suficiente para que se produzca esta conducta, cuando, como aquí ocurre, la información por sí misma tampoco revelaba de manera notoria su carácter ilícito»

(Tribunal Supremo, 2013b).

En esta sentencia, el Tribunal Supremo determinó, respecto de *Google*, lo siguiente, tal y como señala Puerto (PUERTO, 2014):

- Su sometimiento al ámbito de aplicación de la LSSI, pues quedó acreditado que *Google Inc.* disponía de oficina de ventas en España (art. 2.2 de la LSSI).
- Su irresponsabilidad por los enlaces, pues no quedó acreditado que existiera conocimiento efectivo, ya que ni existió resolución alguna de órgano competente que hubiera declarado la ilicitud de la información, ni tampoco podía deducirse que la información era falsa ni que se revelara de su contenido su carácter ilícito.

Situación distinta hubiera sido si, tal y como establece la sentencia, el demandante hubiera remitido alguna copia de una resolución que considerase ilícita esa información⁴. Por ello, el Tribunal Supremo entiende que *«esta Sala coincide con la valoración fáctica y jurídica de la sentencia recurrida, sin que ninguna vulneración del artículo 17 de la LSSICE se haya producido, habiéndose realizado una aplicación correcta del mismo al excluir de responsabilidad a la entidad demandada por falta de conocimiento efectivo de la falsedad de la información»* (Tribunal Supremo, 2013b).

Se encuentra aquí un supuesto en que el tribunal indica la no existencia de un ilícito patente y sí considera necesario la notificación de la resolución de ilicitud, lo que coincide con el supuesto anteriormente mencionado, como es el de los prestadores que facilitan enlaces pero que por sí mismos ni alojan contenidos ni almacenan contenidos de terceros.

La Directiva 2000/31 no regula esta cuestión de forma expresa, por lo que si el legislador español ha dado la misma solución que al anterior supuesto, lo más correcto consideramos que es aplicar la misma interpretación extensiva que hemos analizado anteriormente para la exclusión de responsabilidad que en este caso recoge el artículo 17 de la LSSI.

Ahora bien, los jueces no son muy partidarios de considerar que la mera actividad de enlazar pueda vulnerar derechos de autor, por lo

⁴ *«Pero sin que conste ni haya acreditado la parte actora que remitiera en ningún momento copia de dicha resolución a la parte demandada, puesto que ese sería el momento determinante de la existencia de conocimiento efectivo por parte del prestador del servicio»* (Tribunal Supremo, 2013b).

que en la mayoría de las ocasiones, tanto si existe conocimiento efectivo como si no, será muy complicado determinar la existencia de algún tipo de responsabilidad. Todas estas ideas manifestadas se refieren, única y exclusivamente, a una actividad de enlace simple, donde lo que se hace es mostrar a terceros la información de otro, sin intervenirla ni manipularla en ningún momento. Ante un supuesto donde el proveedor manipula la información interviniendo de alguna forma en la presentación o estructura de la información, sí podría encontrarse ante un supuesto claro de vulneración de derechos de autor.

En relación estos enlaces simples, no pueden descartar la aplicación de una responsabilidad civil con base en la actividad que se desarrolla y a los daños causados, siempre bajo control judicial y bajo la literalidad de los artículos de la Ley de Propiedad Intelectual que deben ser modificados para dar cabida a estas conductas en régimen de colaboración. Cabe resaltar el caso Costeja, en el que un particular solicitó a *Google* la retirada de los enlaces a informaciones obsoletas sobre su persona y que le eran perjudiciales, sobre el cual el Tribunal de Justicia (2014) señala que *«solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona»*.

Las cuestiones que resuelve el TJUE (Tribunal de Justicia, 2014), parten de una petición de la Audiencia Nacional a raíz de una demanda presentada por *Google* contra una decisión de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), dando respuesta a tres cuestiones:

- Si se ha de aplicar en este caso la normativa europea sobre protección de datos.
- Si lo que realiza *Google* puede considerarse como ‘tratamiento de datos’, con la responsabilidad que ello conlleva.
- Si el usuario puede dirigirse o no directamente a *Google* en el caso modificación o cancelación de los datos que el buscador ‘indexa’.

Además, el Tribunal ha aclarado que la directiva de la Unión Europea sobre protección de datos es aplicable para tutelar el derecho a la protección de los datos de un nacional español y que tiene su residencia

en España, frente a una empresa como *Google*, que tiene su domicilio fuera de la UE, en Estados Unidos, precisamente porque cuenta con oficinas de representación en España (y otros países europeos). Así mismo ha declarado que el interesado tiene derecho a la retirada de esta información (el denominado derecho al olvido digital), siempre que la persona a quien afecte no tenga carácter público y la información en sí nos e considere de carácter general, por lo que en definitiva habrá que atender a cada caso concreto para determinar si se puede aplicar este derecho o no. Cabe resaltar que hasta el día de hoy Google ya ha recibido en territorio de la Unión Europea más de 70.000 solicitudes de retirada de información.

Conclusiones

El documento analiza una de las cuestiones que más problemática está planteando en el momento actual a nivel jurídico en Internet como consecuencia del aparente anonimato que proporciona la Red y que da lugar a la aparición de numerosos comportamientos lesionadores de derechos de terceros.

Como conclusiones genéricas destacamos las siguientes:

- Los Tribunales llevan a cabo una interpretación muy amplia del concepto de conocimiento efectivo, por lo que actualmente y en la práctica, casi cualquier medio servirá para acreditar que el prestador de servicios conocía que se estaba realizando el alojamiento de contenidos que vulneran derechos de terceros.
- No se puede obligar a los prestadores de servicios de alojamiento a verificar de forma previa si todos los contenidos alojados cumplen la normativa vigente, con independencia de los códigos de conducta propios que cada prestador establezca para su actividad.
- El establecimiento de una normativa clara que regule la actuación y la responsabilidad de estos prestadores de servicios de intermediación se convierte en elemento esencial para el correcto desarrollo de la Sociedad de la Información.

Es de suponer que esta problemática se verá aumentada en los próximos años como consecuencia del incremento de penetración de la banda ancha y la expansión en el uso de *smartphones*, *tablets* y otros soportes digitales por parte de los usuarios, lo que permitirá acceder de forma sencilla a los servicios prestados por los ISP.

BIBLIOGRAFÍA

- CABEDO SERNA, Llanos; GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, Javier; LÓPEZ MAZA, Sebastián; MARISCAL GARRIDO-FALLA, Patricia & MINERO ALEJANDRE, Gemma (2012). Reseñas Judiciales: Unión Europea marzo – julio 2012. En: Revista de Propiedad Intelectual pe. I, No. 42 (sep-dic). Madrid (España): Bercal. p. 161-188. ISSN 1576-3366
- BOURKAIBFERNÁNDEZDECÓRDOBA, ALVARO (2012). *ELTJUEconsolida criterios sobre un aspecto del alcance de la responsabilidad de los proveedores de servicios en la Sociedad de la Información (PSSI)*. [en línea]. Actualidad Uría y Menéndez/ 32-2012, p. 2.
- <<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3487/documento/foro05.pdf?id=4271>> [Consulta: 22/09/2014]
- INSTITUTO AUTOR (2011). *Sobre la sentencia del Tribunal en el caso alasparricadas.org* [en línea]. Madrid (España): Instituto de Derecho de Autor (01/03/2011). <<http://institutoautor.com/story.php?id=2139>> [consulta: 15/09/2014]
- JEFATURA DEL ESTADO (2002). 13758 - Ley 34/2002 de 11 de julio [en línea]. En: Boletín Oficial del Estado, BOE No. 166 (jul). Madrid (España): Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. p. 25388-25403. <<http://www.boe.es/boe/dias/2002/07/12/pdfs/A25388-25403.pdf>> [consulta: 12/09/2014]
- JEFATURA DEL ESTADO (2011). 4114 - Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible [en línea]. En: *Boletín Oficial del Estado, BOE No. 55 (05/03/2011)*. Madrid (España): Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. p. 25388-25403. <<http://www.boe.es/boe/dias/2011/03/05/pdfs/BOE-A-2011-4117.pdf>> [consulta: 12/09/2014]
- LEGAL TODAY (2011). *Los tribunales siguen abriendo la mano en las descargas: Ni los proveedores tienen que vigilar qué se hace en internet ni se puede decir a un juez que lo haga* [en línea]. En: *legaltoday.com: Por abogados, para abogados (29/11/2011)*. Madrid (España): Thomson Reuters Aranzadi. <<http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/ni-proveedores-tienen-que-vigilar-que-se-hace-en-internet-ni-se-puede-decir-a-un-juez-que-lo-haga>> [consulta: 23/06/2014].
- MORENO, V. (2013). *Estrasburgo pone coto a los comentarios ofensivos en la Red* [en línea]. Madrid (España): Unidad Editorial Información

Económica (07/11/2013) <<http://www.expansion.com/2013/10/30/juridico/1383159084.html>> [consulta: 12/05/2014]

PARLAMENTO EUROPEO (2000). Directiva 2000/31/ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio 2000 [en línea] En: Journal officiel des Communautés européennes, L 178 (jun). Estrasburgo (Francia): Parlamento Europeo. 16 p. <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/eu/eu107es.pdf>> [consulta: 12/09/2014]

PUERTO MENDOZA, Alejandro (2013). Prestaciones de servicios a través de Internet. En: Curso Monográfico de Derecho de Internet, p. 1-38. Madrid (España): Centro de Estudios Financieros, CEF. P. 14.

REGUERA, María (2011). ¿Qué puede ocurrir con las páginas de enlaces? En: Economist & Jurist, Vol. 19, No. 154 (oct), Barcelona (España): Difusión Jurídica y temas de Actualidad. p. 86-89.

RIBAS, Javier (2013). Responsabilidad por comentarios anónimos en foros, Sentencia del TEDH [en línea]. Madrid (España): Unidad Editorial Información Económica. <<http://www.expansion.com/blogs/ribas/2013/10/27/responsabilidad-por-comentarios-anonimos.html>> [consulta: 12/05/2014]

RODRÍGUEZ LOBATÓN, Antonio (2014). Libertad de expresión y responsabilidad por comentarios, el caso Delfi contra Estonia [en línea]. Lima (Perú):Blawyer.org. <<http://www.blawyer.org/2014/02/01/libertad-de-expresion-y-responsabilidad-por-comentarios-el-caso-delfi-contra-estonia/>> [consulta: 17/09/2014]

ROYAL COURTS OF JUSTICE (2011): Case No: HC10C04385 – 28 July 2011 [online]. London (UK): BBC News (28/07/2011)

<http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/28_07_11_bt_newzbin_ruling.pdf> [consulta: 19/09/2014]

TOURIÑO, Alejandro (2011). *El Supremo hace tambalear la teoría del conocimiento efectivo*. En: Economist & Jurist, Vol. 19, No. 151 (jun), Barcelona (España): Difusión Jurídica y temas de Actualidad. P. 68.

TOURIÑO, Alejandro (2012). ¿Qué hubiera pasado si el caso Megaupload se diera en España? [en línea]. En: legaltoday.com: Por abogados, para abogados (23/01/2012). Madrid (España): Thomson Reuters

DR.- EUGENIO GIL LÓPEZ: La responsabilidad de los Intermediary Service Providers, ISP, por el alojamiento de contenidos en internet.-

Aranzadi. <<http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/que-hubiera-pasado-si-el-caso-megaupload-se-diera-en-espana>> [consulta: 23/06/2014].

TRIBUNAL DE JUSTICIA (GRAN SALA) (2014). Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014 [en línea]. Luxemburgo (Luxemburgo): Tribunal de Justicia de la Unión Europea<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES>> [consulta: 16/09/2014]

TRIBUNAL SUPREMO (2009). Sentencia No. 773/2009 de 9 de diciembre de 2009.[en línea].

<<http://www.internautas.org/archivos/pdf/sentenciasupremoputasgae.pdf>> [consulta: 19/09/2014]

TRIBUNAL SUPREMO (2010). STS 2292/2010 – mayo 18 de 2010 [en línea]. Madrid (España): Consejo General del Poder Judicial. <http://www.uaipit.com/files/jurisprudencias/1329737892_stc68.pdf> [consulta: 19/09/2014]

TRIBUNAL SUPREMO (2011). STS 559/2011 – febrero 10 de 2011 [en línea]. Madrid (España): Consejo General del Poder Judicial.

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=587469&links=28079110012011100063&optimize=20110310&publicinterface=true> [consulta: 19/09/2014]

TRIBUNAL SUPREMO (2013a). STS 1441/2013 – febrero 26 de 2013 [en línea]. Madrid (España): Consejo General del Poder Judicial

<<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=668465&links=28079110012013100158&optimize=20130419&publicinterface=true>> [consulta: 19/09/2014]

TRIBUNAL SUPREMO (2013b). Sentencia 144/2013 – marzo 04 de 2013 [en línea]. Madrid (España): Consejo General del Poder Judicial – Buscador Jurisprudencia. <<http://s01.s3c.es/imag/doc/2013-05-22/sentencia-google.pdf>> [consulta: 19/09/2014]

VILLAR URIBARRI, José Manuel (2003). *El régimen jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. En: Derecho de Internet. La Ley de los Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico*. Madrid: Thompson-Aranzadi. P. 39. ISBN: 84-9767-107-4.