

La aplicación de la teoría del Conocimiento Efectivo en la responsabilidad de los ISP*¹

[The application of the theory of effective knowledge on ISP responsibility]

EUGENIO GIL LÓPEZ²

RECIBO: 20.08.2014 – APROBACIÓN: 02.05.2015

Resumen

El presente artículo trata de analizar la aplicación de la denominada Teoría del Conocimiento Efectivo a la hora de determinar la responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Intermediación (ISP), centrado fundamentalmente en dos tipos de prestadores: aquellos que prestan un servicio de alojamiento o almacenamiento de contenidos, y los que prestan un servicio de búsqueda y enlace a contenidos ajenos. Partiendo del hecho de que la actividad de estos prestadores es un instrumento clave para el desarrollo y la evolución de Internet, debe determinarse que ocurre en el supuesto de que los contenidos alojados o los enlaces realizados lesionen bienes y/o derechos de terceros, para lo cual se procede a analizar la normativa aplicable a este tipo de prestadores, la interpretación y aplicación realizada de la misma por los tribunales españoles y de la Unión Europea en casos concretos, y ya anticipa la postura del autor contraria a esta interpretación en determinados supuestos que considera incompatible con las reglas exigibles en el ámbito de la seguridad jurídica.

Palabras Clave: ISP, Conocimiento Efectivo, instrumentos de búsqueda.

* Modelo para la citación de este artículo:

GIL LÓPEZ, Eugenio (2015). La aplicación de la teoría del Conocimiento Efectivo en la responsabilidad de los ISP. En: Ventana Informática No. 32 (ene-jun). Manizales (Colombia): Facultad de Ciencias e Ingeniería, Universidad de Manizales, p. 119-133. ISSN: 0123-9678

1 Artículo de reflexión proveniente de trabajo académico relacionado con el Doctorado en Ingeniería Informática, en la Universidad Pontificia de Salamanca.

2 Licenciado en Derecho, PhD. Profesor Contratado Doctor. Secretario General Académico, Universidad Pontificia de Salamanca (UPSA), campus de Madrid, España. Correo electrónico: eugenio.gil@upsam.es

Abstract

This article attempts to analyze the application of the so-called theory of knowledge Effective on determining the liability of Intermediary Service Providers (ISP), focusing mainly on two types of providers, on the one hand those who provide a service storage or hosting content, and on the other those who provide a service search and link to external contents. Given the fact that the activity of these providers is a key to the development and evolution of Internet tool, we must determine what happens in the event that hosted content or links made injure goods and / or rights, for which is to analyze the rules applicable to such providers, interpretation and application made of it by the Spanish courts and within the scope of the European Union in specific cases, and we anticipate our stand against this interpretation in certain cases we consider incompatible with enforceable rules in the field of legal certainty.

Keywords: *ISP, Effective Knowledge, search tools.*

1. Introducción

Internet se ha convertido en los últimos años en un instrumento clave para la transferencia de conocimiento en el ámbito de la Sociedad de la Información. Sin embargo, todas las ventajas que Internet proporciona no deben ocultar sus también innumerables inconvenientes que desde un punto de vista jurídico tienen como base el carácter transfronterizo de la propia Red y que afecta ámbitos tan dispares como la seguridad jurídica, el supuesto anonimato que proporciona (por ejemplo, en los denominados delitos tecnológicos), o la responsabilidad de los prestadores de servicios desarrollados a través de la Red.

En relación con ésta responsabilidad y concretamente en el ámbito de los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información se ha desarrollado en el ámbito de la Unión Europea la normativa para determinar si existe o no y en qué condiciones, normativa que ha sido incorporada con mayor o menor acierto en los diferentes países de la Unión y entre ellos en España.

El análisis de la responsabilidad citada lleva a introducir un nuevo concepto como es el conocimiento efectivo, cuya interpretación por los tribunales especialmente en el ámbito de los prestadores de servicios de alojamiento de contenidos y de búsquedas o enlaces ha dado lugar a ciertos problemas especialmente a la hora de determinar el alcance de este conocimiento efectivo, así como las obligaciones de control previo que les corresponde asumir a estos prestadores.

Se ha seguido en el presente trabajo una metodología descriptiva de la regulación legal que da sustento a la exigencia de responsabilidad a estos prestadores de servicios, para a continuación mostrar el análisis de la interpretación que de esta normativa han realizado tribunales españoles y de la Unión Europea en casos concretos, tanto en el ámbito de los prestadores de servicios de alojamiento de contenidos como en el de los que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

Una vez analizada la jurisprudencia al respecto, se concluye con la opinión que al autor le sugieren estas interpretaciones, al mismo tiempo que se plantean nuevas problemáticas íntimamente conectadas con los temas tratados y que serán objeto de análisis en futuros artículos.

2. La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación

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). Dentro de ellos se analiza la actividad de los Prestadores de Servicios de Intermediación, y concretamente los servicios de alojamiento y los de enlace o búsqueda de contenidos.

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. Lo anterior corresponde a lo realizado por *Megaupload* o *youtube*, en el primer caso, mientras el segundo es coherente, entre otros, con los buscadores como *Google*. El fundamento de esta teoría, de acuerdo con Touriño (2012), se encuentra en el hecho 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 posibilitar la exclusión de la responsabilidad del prestador del servicio se hace necesario que no haya tenido conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido y en el caso de tenerlo, 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.

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. Por supuesto, una notificación judicial o de un órgano administrativo autorizado (como por ejemplo la Comisión de Propiedad Intelectual) será suficiente para que exista el conocimiento efectivo, sin embargo en ocasiones jueces y tribunales han ido más allá en su interpretación de la Ley, al punto de que tal y como se ha dicho «*el Tribunal Supremo hace tambalear la teoría del conocimiento efectivo*» (Touriño, 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 donde se confirma la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, contra el sitio web *www.alasbarricadas.org*. 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, por lo que se comunicó con el administrador web para que retirara los citados comentarios, pero no pudo ponerlo en su conocimiento ya que la dirección que figuraba en la web era errónea. Ante tal situación demandó al sitio web por vulneración al derecho al honor³.

3 En la sentencia (confirmada en 2011 por el Tribunal Supremo), 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:

- habrá que ver si basta la mera notificación del perjudicado de que se está cometiendo una infracción patente para que exista el conocimiento efectivo y ello obligue a la actuación del prestador del servicio, y
- se debe analizar si 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 analizan ambas cuestiones ilustrándolas con una serie de casos en los que la actuación de los jueces es al menos, por decirlo de alguna manera, 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 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: *«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). 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 se 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 recogida por la Directiva al exigir en todos los casos como requisito necesario el conocimiento efectivo. Si bien no se oponen 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, 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 vertidos⁴), 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 posteriormente la autoridad judicial 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 Economista.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

4 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 desenmascas 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).

inadvertidas, pese a que del contenido del burofax no se 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 supuesto 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 cons-

tituir 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) concluye señalando que una interpretación restrictiva del concepto de conocimiento efectivo no resulta 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 LSSICE 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.

Es interesante la Sentencia 11/2014 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid el 14 de enero de 2014 en el caso planteado por la cadena de televisión Telecinco frente a *youtube*. En ella el Tribunal sin negar importancia a la notificación del demandante (en este caso Telecinco), indica que no significa que no es aplicable al prestador del servicio el régimen de exención de responsabilidad que se viene analizando, ya que ésta notificación es un elemento más que debe ser valorado por el juez ya que puede adolecer de diferentes defectos como la imprecisión o no estar bien fundamentada.

En términos semejantes se manifestó el Tribunal Europeo de Estrasburgo en el recurso planteado por el portal de noticias estonio *Delfi*⁵ por una condena emitida por un juzgado estonio y confirmada por la Corte Suprema de Estonia. Para proceder a la condena contra *Delfi*, el Tribunal tuvo en cuenta cuestiones como que los mensajes publicados tenían un contenido claramente amenazante y difamatorio, así como

5 «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» (Rodríguez 2014).

la ineficacia del sistema de filtrado y denuncia ya que aunque el portal contaba con mecanismos para eliminar automáticamente mensajes y disponía de un sistema por el que los usuarios podían denunciarlos, se publicaron un gran número de mensajes con el contenido difamatorio antes indicado, señala Ribas (2013).

Por último, un supuesto en el derecho comparado que lleva al extremo la teoría del conocimiento efectivo, llegándose a interpretaciones extensivas en exceso. Se trata del caso *Newzbin2*, un sitio web que contiene enlaces de descarga de contenidos protegidos por la normativa de derechos de autor, donde se obliga por los tribunales británicos a una operadora de telecomunicaciones a impedir el acceso a ese sitio, y al operador a filtrar impedir este acceso. Lo realmente peculiar del caso en la materia que trataba, es que en la sentencia, según Royal Courts of Justice (2011), da un paso más indicando que el operador tiene conocimiento real de la ilicitud porque entre los usuarios de *Newzbin2* hay abonados del operador de telecomunicaciones, de los que se sabe que usan esos servicios para acceder a obras protegidas de forma ilícita, y porque es conocido que los usuarios y responsables de *Newzbin2* infringen derechos de autor a gran escala especialmente en cuanto a películas y series de televisión se refiere Reguera (2011, 89).

Partiendo de las resoluciones analizadas parece clara la postura jurisprudencial adoptada por el Tribunal Supremo. 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 éste 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 es, si existe una obligación de control preventivo y 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 en el año 2004 cuando SABAM (*Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs* SCRL) advirtió que utilizando el proveedor de acceso *Scarlet*, numerosos usuarios 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, tal y como señala Bourkaib (2012, 2).

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, el Tribunal se opone a que pueda existir un requerimiento judicial por el que se ordene a un proveedor de acceso a Internet a 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 y exclusivamente a sus expensas sin limitación temporal alguna.

En el ámbito español, este deber de control por parte de los ISP ha sido puesto en tela de juicio en numerosos supuestos especialmente a partir de la entrada en vigor de la Ley Sinde, (Jefatura del Estado, 2011, 25222-25226), que permite el cierre rápido, sin orden judicial, de páginas web de enlaces a descargas de contenidos no autorizados.

Sobre la primera resolución de la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual (CPI) contra un sitio web haciendo uso de tal ley, se le ordena la retirada de contenidos y extiende esta obligación a otros enlaces presentes y futuros a las mismas obras objeto del procedimiento. Considera David Bravo (abogado del administrador del sitio *Bajui.com*) (2012), que la Comisión «alega una doctrina del Tribunal Supremo que no existe y que obligaría a todos los sitios web a realizar un seguimiento permanente y continuo en busca de enlaces 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 ISP en relación con las transacciones y la información transmitida, sin que choque con este deber, la imposibilidad de establecer un control previo e ilimitado. En definitiva, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y nuestro Tribunal Supremo se oponen con carácter general a la posibilidad de 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.

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

En relación con esta cuestión se presenta una serie de actuaciones contra el buscador que cuenta con el mayor número de usuarios como es *Google*.

Una de las cuestiones que se planteó fue la demanda presentada contra éste por Graciano Palomo Cuesta en el año 2009 y que fue resuelta por la sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2013. En su demanda se alega que la difusión que realiza el buscador de textos que afectan a su honorabilidad supone una intromisión ilegítima en su derecho al honor, situación que se puso en conocimiento del buscador sin resultado alguno. Esta notificación no es en principio por sí sola insuficiente a juicio del Tribunal, el cual manifiesta 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 genera, según Puerto (2014, 38), dos cuestiones importantes: - por un lado el sometimiento de *Google* 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), y - por otro, su irresponsabilidad por los enlaces, pues no se pudo acreditar 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 información⁶. 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).

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

Ahora bien, los jueces no son partidarios de considerar que la mera actividad de enlazar pueda vulnerar derechos de autor (concretamente el derecho de comunicación pública) por lo 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. En este supuesto es recomendable la lectura de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Svensson* y en el caso *BestWater* en relación con el régimen aplicable a los enlaces realizados a obras protegidas por derechos de autor, analizando si existe infracción o no de estos derechos, y sus efectos en relación con la denominada Tasa *Google* y las páginas de enlaces.

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, podría encontrarse ante un supuesto claro de vulneración de derechos de autor.

En relación con 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.

6 «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).

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: *«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 no se 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.

3. Conclusiones

El artículo trata de analizar a la luz de diferentes resoluciones judiciales la interpretación que nuestros tribunales han realizado del conocimiento efectivo en la responsabilidad de determinados prestadores de servicios de intermediación. Esta interpretación ha ido alejando la realidad empírica legal del texto normativo original, hasta el punto de que es

difícil en ocasiones conocer de antemano cual es la función de control que deben asumir estos prestadores de servicios de intermediación.

Se parte de que el conocimiento efectivo debe exigir siempre la existencia de unos indicios racionales que posibiliten acreditarlo y verificarlo, y que este es el espíritu que debe regir en la interpretación tanto de la LSSI como de la Directiva de la Unión Europea, si bien en ocasiones esta interpretación se ha realizado de forma excesivamente amplia chocando a nuestro entender con las exigencias de la seguridad jurídica especialmente a la hora de que los prestadores de servicios de intermediación puedan conocer de forma previa las pautas que deben regir su actuación en estos ámbitos.

Es aconsejable por ello realizar una reforma de los textos legislativos originales que plantee de forma concreta el problema a la luz de la experiencia obtenida en estos últimos años, y que permita hacer compatible el necesario desarrollo de la sociedad de la Información con el respeto de los derechos de terceros especialmente en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual.

Referencias bibliográficas

- BOURKAIB FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, Alvaro (2012). El TJUE consolida 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, No. 32, p. 2. <<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3487/documento/foro05.pdf?id=4271>> [consulta: 22/09/2014]
- BRAVO BUENO, David (2012). Entrevista realizada en eldiario.es [en línea]. http://www.eldiario.es/zonacritica/Llega-Comision-Sinde-peligrosa-parecia_6_16858322.html [consulta: 24/04/2014]
- 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]
- 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.
- 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 (27/10/2013) <<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 (01/02/2014). <<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. 68-70.
- 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 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]. Madrid (España): Internautas. 14 p. <<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 – Buscador Jurisprudencia. 4 p. <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 – Buscador Jurisprudencia. 17 p. <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5874689&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 – Buscador Jurisprudencia. 14 p. <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6684675&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]