

## Responsabilidad Civil por daños ocasionados en la red

Álvaro Cruz González  
Abogado

### SUMARIO

- I. ¿LA RED? CONSIDERACIONES GENERALES
- II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN
  1. RÉGIMEN JURÍDICO
  2. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ISP EN LA LSSICE
    - II.1. LA RESPONSABILIDAD DE LOS OPERADORES Y LOS PROVEEDORES DE ACCESO
    - II.2. RESPONSABILIDAD POR COPIA TEMPORAL DE LOS DATOS SOLICITADOS
    - II.3. RESPONSABILIDAD POR ALOJAMIENTO O ALMACENAMIENTO DE DATOS
    - II.4. RESPONSABILIDAD DE LOS MOTORES DE BÚSQUEDA Y PRESTADORES DE ENLACES
    - II.5. PRINCIPIOS Y CRITERIOS RELEVANTES PARA LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD
      - II.5.1. NO SUPERVISIÓN DE LA INFORMACIÓN Y CONOCIMIENTO EFECTIVO
      - II.5.2. CONDUCTA ACTIVA Y PAPEL NEUTRO DE LOS ISP
      - II.5.3. PRINCIPIO DE REACCIÓN DILIGENTE
    - II.6. PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHO AL HONOR
- III. LA PLATAFORMA «ONLY FANS»
- IV. CONCLUSIONES
- V. BIBLIOGRAFÍA

## I. ¿LA RED? CONSIDERACIONES GENERALES

Lo primero antes de comenzar con el objeto principal de este trabajo, es introducir y matizar algunos aspectos, más bien técnicos, que estarán presentes en el tema propuesto. Servidor, redes, *proxy*, *cache*, *host*; todos ellos términos que nos resultan confusos o alejados de nuestro espectro de conocimiento y que conviene explicar ahora y en el momento en que sea pertinente tratar.

Internet y Web ¿Son términos semejantes? Lo cierto es que, aunque ordinariamente se utilice de forma indistinta no son términos equivalentes. Con internet nos referimos a las bases, protocolos, que dieron lugar originariamente al intercambio de archivos. Es gracias a internet que podemos comunicar a un usuario, a distancia, a través del mundo. La comunicación entre dispositivos y servidores a lo largo del globo es lo que lo ha llevado a denominarse red de redes<sup>1</sup>.

La Web<sup>2</sup> por otro lado es un servicio asentado sobre los protocolos básicos de internet para facilitar y ordenar la transmisión de comunicaciones. A través de sus propios protocolos (HTML y HTTP) se permite a sus usuarios la creación y acceso de hipertextos a los que llamamos páginas web. Estas últimas contienen la información a la que se desea acceder. En este modelo, una serie de ordenadores llamados servidores se ponen a disposición de aquellos usuarios que lo solicitan, a los que llamaremos cliente, para la transmisión de información. Los dispositivos clientes mandan por medio del protocolo HTTP una solicitud de acceso a través de los navegadores<sup>3</sup> que son recibidos por los ser-

vidores donde esta alojada la página web que, a su vez, redirigen el código al cliente para que pueda visualizar el contenido deseado<sup>4</sup>. Esta solicitud es realizada escribiendo en la barra del navegador la dirección electrónica del sitio también llamada dominio.

Por ello, durante el desarrollo del tema, cuando hacemos referencia a internet o al mundo digital, realmente nos referiremos a lo que ocurre en la Web debido a que los ilícitos surgen en el proceder ordinario de un sitio web y no tanto en base a la infraestructura, internet, que la permite operar.

En este punto se presentan los tres sujetos que intervienen en las relaciones en la Web que darán lugar a la responsabilidad civil que examinamos<sup>5</sup>. En primer lugar, encontramos aquellas personas físicas o jurídicas que se configuran como prestadores de los servicios de la información, cuya tarea consiste en implementar y asegurar que se den las circunstancias para que usuarios y creadores o proveedores de contenido puedan realizar su actividad en la web. En segundo lugar, tenemos a los proveedores de contenido, sujetos que prestan servicios de cualquier índole a los usuarios que pueden ser, a su vez, dueños o titulares de los sitio web y dominios a los que acceden los usuarios. Finalmente, estos últimos, los usuarios, clientes o solicitantes, son los receptores finales del servicios prestados por los creadores.

Enunciados los sujetos que intervienen en la web a efectos de la exposición, procede comenzar con los prestadores de la sociedad de la información.

## II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD LA INFORMACIÓN

De entre todos los daños que ocurren en la red, nos centramos en los realizados por aque-

1 MARTÍNEZ AYUSO, Miguel Ángel, «Las redes P2P y la descarga ilegal de contenidos» (BIB 2006 \ 1788) Revista electrónica Aranzadi, 2006 p. 2 [https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc6000001832930af580d7e84df&marginal=BIB\2006\1788&docguid=i35440fe0c74711db8f5d010000000000&ds=ARZ\\_LEGIS\\_CS&infotype=arz\\_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&global-result-list=global&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec\\_mod=false&displayName=](https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc6000001832930af580d7e84df&marginal=BIB\2006\1788&docguid=i35440fe0c74711db8f5d010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&global-result-list=global&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=) [Consulta: 10 de septiembre de 2022].

2 DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, «Caracterización y organización de internet: perspectiva jurídica», Libro electrónico Aranzadi, 2015 (BIB 2015 \ 8), p. 3 [https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc6000001832843fc70ed184a56&marginal=BIB\2015\9&docguid=i11ab3060872c11e4aed9010000000000&ds=ARZ\\_LEGIS\\_CS&infotype=arz\\_biblos;&spos=2&epos=2&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=false&&selectedNodeName=&selec\\_mod=false&displayName=](https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc6000001832843fc70ed184a56&marginal=BIB\2015\9&docguid=i11ab3060872c11e4aed9010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=2&epos=2&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=false&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=) [Consulta: 16 agosto, 2022].

3 Nos referimos aquí a Internet Explorer, Firefox,

Opera, Safari o Google Chrome.

4 SAP de Barcelona (19<sup>a</sup>) 3 marzo de 2010 (AC 2010 \ 941).

5 BUSTO LAGO, José Manuel, «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs)», Libro electrónico Aranzadi, 2014 (BIB 2014 \ 145), pp. 11 y 12 [https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad82d9a000001833641506174b4ac3d&marginal=BIB\2014\145&docguid=i06d85d20831d11e3b34a010000000000&ds=ARZ\\_LEGIS\\_CS&infotype=arz\\_biblos;&spos=3&epos=3&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec\\_mod=false&displayName=](https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad82d9a000001833641506174b4ac3d&marginal=BIB\2014\145&docguid=i06d85d20831d11e3b34a010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=3&epos=3&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=) [Consulta: 21 marzo, 2022].

llos sujetos que dan soporte y hacen posible la actividad Web perseguida por los demás usuarios y en la manera en que pueden incurrir en responsabilidad.

Nos referimos, pues, a los prestadores de servicios de la sociedad de la información (en adelante ISP<sup>6</sup>). Su denominación viene determinada por la prestación ofrecida, como vertiente objetiva, que se definen por ser «[...] prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.»<sup>7</sup> es decir, servicios que se presten sin la necesidad de la presencia simultánea de los sujetos intervinientes, mediante equipos electrónicos entre dos dispositivos, también llamado enlace punto a punto<sup>8</sup>, y siempre que constituya una actividad económica. En concreto, son servicios de la sociedad de la información aquellos que ofrezcan información en línea, alojen datos en servidor, los servicios de acceso a red o faciliten la transmisión por la misma. También lo es la contratación de mercadería en línea con exclusión del supuesto de entrega o los servicios que no se satisfacen en línea. Así también se excluye del concepto los servicios de fax, las relaciones contractuales laborales, radiodifusión, con la posible exclusión del *webcasting*<sup>9</sup>, y correo electrónico salvo en casos de comunicaciones comerciales a través de este medio. En la práctica, no es extraño que un ISP ofrezca varios de los servicios citados a la vez, y, por tanto, que se llegue a considerar varias obligaciones en el mismo supuesto.

6 *Internet Service Provider.*

7 Artículo 1 Directiva 2015/1535, de 9 de septiembre, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (DO L n° 241 de 17.9.2015); VID. Anexo I de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE n° 166 de 12/07/2002).

8 DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, «Servicios de la sociedad de la información», Libro electrónico Aranzadi, 2015 (BIB 2015 \ 9), p. 2 [https://insignis.aranzadigital.es/maf/app/document?srguid=iOad82d9a00000183563abddf2bd5742d&marginal=BIB\2015\9&docguid=11ab3060872c11e4aed9010000000000&ds=ARZ\\_LEGIS\\_CS&infotype=arz\\_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&global-result-list=global&fromTemplate=&suggestScreen=&selectedNodeName=&selec\\_mod=false&displayName=](https://insignis.aranzadigital.es/maf/app/document?srguid=iOad82d9a00000183563abddf2bd5742d&marginal=BIB\2015\9&docguid=11ab3060872c11e4aed9010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&global-result-list=global&fromTemplate=&suggestScreen=&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=) [Consulta: 12 enero, 2022]

9 *Ibidem*, p.12. Se refiere al servicio de comunicación análogo al de radiodifusión, pero prestado en línea que comprendería, a su vez, un servicio de la sociedad de la información.

## 1. Régimen jurídico

Para los supuestos que se van a desarrollar, dos normas de diferente fuente se van a observar. Especialmente tendremos en cuenta la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (En adelante LSSICE), norma transpuesta de la segunda a destacar; la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico de 8 de junio de 2000 que ha sido modificada recientemente por el Reglamento 2022/2065 de Servicios Digitales de 19 de octubre de 2022<sup>10</sup>.

Con relación al Reglamento de Servicio Digitales, parece que cristaliza parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea incorporando así la doctrina que más adelante se mostrará y conservando gran parte del espíritu de la directiva inicial.

Así pues, el legislador europeo ha deseado que el ISP no responda automáticamente cuando los usuarios que acceden a la Web o los destinatarios a quienes prestan servicio cometan un ilícito civil. Esto no significa que la norma predique la exoneración general, en cualquier caso, sino que, para entrar a valorar su responsabilidad, se examinará que se den ciertos requisitos previos. Dicho esto, podría dar la impresión de que nos encontramos ante una responsabilidad por hecho ajeno porque el daño ocurre por contenidos ajenos<sup>11</sup> pero, nada más lejos, su régimen responsabilidad apunta a la responsabilidad por actos propios porque las obligaciones que se contienen en las normas expuestas apuntan únicamente a la acción del operador específico. En el sentido anterior se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo del 4 de marzo de 2013, «[...]el problema se desplaza desde el autor de la información al intermediario de la sociedad de la información [...]»<sup>12</sup>.

10 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 (DO L n° 178 de 17.7.2000) y Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la directiva 2000/31/CE (DO L n° 277 de 27.10.2022) respectivamente.

11 BUSTO LAGO, José Manuel, *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, op. cit., p. 9.

12 STS de 4 de marzo de 2013 (RJ 2013\3380); en mismo sentido SAP de A Coruña de 28 de diciembre de 2019 (AC 2019\186).

Llegados a este punto puede surgir el siguiente planteamiento; ¿Qué daños cubren estas normas?, ¿La lesión de un bien jurídico concreto me impide dirigirme contra alguno de estos sujetos? La intención de la norma europea y la nacional es que el campo de responsabilidad no sea limitado por la naturaleza del daño producido de tal forma que «[...]los contenidos ajenos adoptan un criterio horizontal, de modo que son aplicables respecto de todo tipo de responsabilidad, cualesquiera que sean los bienes, derechos o intereses lesionados y con independencia tanto de cuál sea la conducta de la que se derive el ilícito como de quien resulte perjudicado.»<sup>13</sup>. Evidentemente, la lesión de ciertos derechos será más susceptible de ser lesionado en la Web, como es el caso de los derechos imagen y de propiedad intelectual, pero este carácter horizontal de la norma no excluye que se reclamen daños corporales por ejemplo si no se eliminó a tiempo un contenido que

13 En DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Servicios de la sociedad de la información*, op. cit., p. 119; BUSTO LAGO, José Manuel, *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, op. cit., p. 88.

aconsejaban una conducta contraria a la salud<sup>14</sup>.

En cuanto a la naturaleza de la acción contra el ISP es extracontractual. Recordemos que son los usuarios que acceden a la web y los destinatarios de los ISP quienes lesionan a terceros en relación con estos prestadores.

Con todo esto nos encontramos que las normas que regulan la acción de los ISP muestran dos tipos de prestadores. Podemos encontrarnos proveedores que más allá de participar «[...]en la lógica colaborativa inherente a las plataformas de intermediación [...]»<sup>15</sup>, mantienen un papel activo<sup>16</sup> en los servicios deseados por los destinatarios, la prestación subyacente, o incluso, es quien realmente se encuentra detrás del servicio<sup>17</sup>, siendo posible vincularlo a la res-

14 Menciona en este sentido el carácter horizontal y la preocupación por la salud y el bienestar el Reglamento 2022/2065 de servicios digitales en sus considerandos 16 y 81

15 STJUE de 19 de diciembre de 2019 (TJCE 2019\302).

16 STS de 27 de junio de 2019 (RJ 2019\2604).

17 SAP de A Coruña de 28 de diciembre de 2019 (AC



ponsabilidad nacida del mismo<sup>18</sup>. Del otro lado están los prestadores del servicio de la información estrictamente considerados que, al contrario que los anteriores, se mantienen al margen de la actividad de los destinatarios, no beneficiándoles fuera del hecho de prestarle el soporte para el funcionamiento necesario, y que, por tanto, van a poder acogerse a un régimen de responsabilidad más restringido. Por tanto, estos últimos gozarán de una serie de exenciones que deberán probarse incumplidas antes de cuestionarse si son responsables. Una vez hecho, podrán responder conforme al régimen particular que corresponda a la naturaleza del daño.

Por tanto, sobre estos últimos vamos a hablar a continuación. Los supuestos de responsabilidad los encontramos en los artículos del 14 al 17 de la LSSICE<sup>19</sup>.

## 2. Responsabilidad civil del ISP en la LS-SICE

La transposición de las normas de la directiva en la norma nacional no se acometió con exactitud. El legislador español optó por mantener la mayor parte de la norma europea, pero realizó algunas adiciones particulares que, en algunos casos, en opinión de la doctrina científica, induce a cierta confusión.

En relación con los varios supuestos que analizaremos, se ha pretendido que todos partan de ciertos criterios que determinen su irresponsabilidad en el daño causado. Adelanto, por tanto, que, en el examen de responsabilidad, sin perjuicio de las singularidades de cada caso, va a ser determinante el conocimiento que tenga sobre la conducta lesiva y la celeridad con la que ha reaccionado una vez es consciente de ello.

### 2.1. La responsabilidad de los operadores y de los proveedores de acceso

El artículo 14 de la LSSICE recoge la responsabilidad por mera transmisión y acceso a redes<sup>20</sup>, funciones que recaen sobre el operador

de red y los proveedores de acceso respectivamente.

Comenzando con los operadores de redes<sup>21</sup>, la norma prevé un rango de actuaciones diferenciable. Por un lado, tenemos la función de mera transmisión propiamente dicha. En la búsqueda de información, los usuarios realizan una petición de solicitud al servidor concreto al que quieren acceder. Sin embargo, no es propiamente el cliente quien realiza la petición al servidor, sino que es el ISP quien, a través de su acción, hace la solicitud<sup>22</sup>. El prestador en este caso vela por la rapidez y estabilidad de los datos que el usuario busca. La otra función la encontramos en el apartado segundo del artículo 14 haciendo referencia al «[...]almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de telecomunicaciones y su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para ello.». En puridad, esta función es difícilmente indisoluble a la anterior y más aún, que por sí sola genere una conducta responsable.

Tras las consideraciones anteriores es pertinente preguntarse, ¿Qué daños pueden producirse en este caso? En la medida en que la información transmitida puede ser ilícita, no se puede excluir que el ISP es causante del daño<sup>23</sup>, pero una cosa es la contribución causal y otra distinta es que sea responsable. Lo que ocurre es que, en la acción de estos operadores, la exención prevista depende de que el ISP no manipule la transmisión de información de la que es responsable, genere la misma o contribuya deliberadamente a la transmisión de información ilícita<sup>24</sup>. En palabras de la jurisprudencia comunitaria «[...]Las limitaciones de responsabilidad que establecen son aplicables [...] en la medida en que la actividad del prestador de servicios sea de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que

2019\186).

18 LÓPEZ ORTEGA, Raquel, *Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb ¿Intermediarias o prestadoras del servicio subyacente?*, op. cit., p. 31

19 Transpuestos, a su vez, de la Directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico.

20 Transpuestos del artículo 12 de la Directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico.

21 GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, Ignacio, «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"», *Revista de propiedad intelectual*, N.º 16, 2004, pp. 84-85 <https://www.pei-revista.com/numeros-publicados/numero-16/acciones-civiles-contra-prestadores-de-servicios-detail> [Consulta: 2 noviembre, 2022].

22 PEGUERA POSCH, Miquel, «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en internet», *Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los prestadores de servicios en internet* (Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001), enero de 2003, p. 9 <https://www.uoc.edu/in3/dt/20080/index.html> [Consulta: 2 noviembre, 2022].

23 *Idem*.

24 DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Servicios de la sociedad de la información*, op. cit., pp. 122-123

implica que no conozca ni controle la información transmitida [...]»<sup>25</sup>.

Con ello, el ámbito de conocimiento del supuesto en la norma es de carácter residual, cuanto menos, y las limitaciones que encontramos en aplicarla devienen de la dificultad de hecho de los operadores de redes en conocer, modificar, manipular o controlar lo incontrolable, esto es, el volumen de datos que circulan por las redes<sup>26</sup>.

La función del proveedor de acceso es mucho más simple que la del operador de red. Este proveedor de servicio se ocupará de permitir el acceso a la red de internet a los usuarios que así lo deseen. Basándonos en los mismos principios que el operador, el cumplimiento de sus obligaciones se basa en la abstención del tratamiento de la información.

Estimo, en cambio, que este supuesto requiere el examen de una sentencia significativa. La Sentencia del 15 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>27</sup> resolvió las cuestiones planteadas por una audiencia alemana con base en una acción de indemnización por daños en la propiedad intelectual. En esta ocasión un administrador de una empresa de iluminación permitía el acceso a internet gratuitamente a los usuarios que frecuentaban las intermediaciones. En este escenario, uno de los usuarios introduce en la Red un archivo protegido por el cual el demandante pide la indemnización al administrador.

Lo primero destacable es que quien dispone de la red inalámbrica es quien se postula como ISP<sup>28</sup> no la empresa de comunicaciones con la que tiene el demandado una relación contractual. Así lo expresa cuando dice que «[...]una prestación como la controvertida en el asunto principal, realizada por el operador de una red de comunicaciones y que consiste en poner ésta gratuitamente a disposición del público constituye un servicio de la sociedad de la información [...]». Como expresamos con los operadores de redes, esta sentencia niega que

la directiva reconozca un derecho a indemnizar<sup>29</sup> quedando solo obligación de interrumpir su conducta.

En conclusión, si bien se puede entender que para los operadores es más difícil que se dilucide responsabilidad, no parece así respecto del proveedor de acceso que goza de una mejor posición para impedir los daños cometidos a terceros, especialmente, cuando se lucran con base al volumen de datos transmitido<sup>30</sup>.

## 2.2. Responsabilidad por copia temporal de los datos solicitados

Cuando un usuario accede a una página web, el servidor al que manda la solicitud de acceso guarda el contenido de esa solicitud de tal forma que, cuando acceda de nuevo, la petición estará preservada en un servidor más cercano consiguiendo así mayor velocidad y desatascar la red<sup>31</sup>. A esta copia a la que accedemos se le denomina *caché* y es el supuesto de responsabilidad que se plantea en el artículo 15 de la LS-SICE. Este término no se encuentra expresado así en el texto de la norma, sino que es expresado como copia temporal que además es realizada de forma automática, provisional y temporal.

Para entender mejor esta cuestión, nos referimos ahora al dictamen de la Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de abril de 2012<sup>32</sup>. En el caso, el demandante solicitaba que los servicios prestados por Google no dieran la oportunidad de acceso al servidor que guardaba la *caché*, es decir, la página web cacheada. Como expresaba en el párrafo anterior la copia temporal busca la eficacia en el acceso, pero en puridad, no es necesaria para acceder al contenido de interés. Es por eso por lo que la sala estima que es innecesario la *cache*, como argumentaba la actora, a la vez que «[...] cuestiona su carácter provisional

25 STJUE de 7 de agosto de 2018 (TJCE 2018\158), ECLI:EU:C:2018:639.

26 GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, Ignacio, *Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P*, op. cit., pp. 82 y 87.

27 STJUE de 15 de septiembre de 2016 (TJCE 2016\255).

28 CASTELLÓ PASTOR, José Juan, *Wi-fi abiertas e infracciones de derechos de autor*, op. cit., p. 4.

29 Así lo establece la sentencia cuando declara que «[...]el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2000/31 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la persona perjudicada por la infracción de sus derechos sobre una obra pueda solicitar una indemnización al proveedor de acceso a una red de comunicaciones [...]»

30 GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, Ignacio, *Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P*, op. cit., pp. 67 y 84.

31 BUSTO LAGO, José Manuel, *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, op. cit., p. 47; GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, Ignacio, *Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P*, op. cit., p. 64

32 STS de 3 de abril de 2012 (RJ 2012\5272).

ya que la copia *caché* queda a disposición de los usuarios durante un tiempo aleatorio que no necesariamente coincide con la modificación de la web por su titular;». Por otra parte, el tribunal reconoce que este supuesto no ha generado un daño de entidad suficiente, o suficientemente acreditados, a la propiedad intelectual del demandante porque lejos de perjudicarlo, lo que está mejorando es la posición y eficacia de la página.

Como expresaba la resolución, la actualización de la web en la *caché* era aleatoria. ¿Qué quiere decir esto? Pues que, si una página se modificaba por el titular, pero no se actualiza la copia temporal, a la que regularmente acceden los usuarios, se estará observando una información desfasada<sup>33</sup>. Imaginemos una página web que muestra una información manifiestamente lesiva al honor o a la intimidad y que el lesionado solicita, o consigue por demanda condenatoria, que sea eliminada; Si la *caché* sigue intacta, y los usuarios pueden acceder a ella, en teoría, persistiría el daño y supondría una aplicación aceptable del supuesto. A su vez, podemos encontrar webs que, por su naturaleza, se actualicen continuamente y que se pida al intermediario que no realice la copia para que los usuarios no accedan a una página obsoleta<sup>34</sup>.

La actualización periódica de la *cache* junto a la no manipulación de la información, al cumplimiento de las condiciones de los destinatarios para los usuarios en cuanto al acceso y la no interferencia para la obtención de datos, son las exigencias que el artículo 15 ha previsto para que se considere al ISP exento de responsabilidad.

En referencia al cumplimiento de las condiciones de los destinatarios para los usuarios en cuanto al acceso, nos encontramos ante el supuesto de direcciones web que requerirán para acceder a ella o parte de sus contenidos unos requerimientos previos del usuario tales como una contraprestación, una identificación o cualquier condición que el destinatario, a la sazón, titular de la página web, haya estimado oportuno. Fácil es imaginar algunos ejemplos como resultan las bases de datos privadas protegida

por contraseña o el visionado *on-line* de un programa sujeto a contraprestación por lo que para la imputación de la responsabilidad deberemos observar con relación a la *caché* que «[...] el ISP que tiene una copia *caché* de un determinado sitio web, debe exigir a los usuarios que le soliciten visitarlo las mismas condiciones que impone la web original»<sup>35</sup>

Existe un supuesto adicional que presentar que es reflejado, además, en los posteriores preceptos de responsabilidad de la LSSICE. En el caso de la letra e) del precepto, no será responsable el prestador de servicio a menos que tenga conocimiento de que han sido retirados los contenidos o impedido su acceso en o una autoridad judicial o administrativa ha ordenado su retirada o impedido su acceso y en todos los casos anteriores no hayan retirado la información con celeridad. Mientras en los supuestos anteriores se entiende que debe existir diligencia en el cumplimiento de las condiciones en que se presta servicio, en el caso de retirada tras conocer estos hechos, al ISP se le imputará la responsabilidad por la falta de una celeridad adecuada en la respuesta los casos del apartado e)<sup>36</sup>.

Dicho todo esto, los supuestos en la jurisprudencia por responsabilidad del ISP en casos de *caching*, son escasos o se redirigen a otro supuesto como el de alojamiento que es el que corresponde analizar a continuación.

### 2.3. Responsabilidad por alojamiento o almacenamiento de datos

Dice el artículo 16.1 de la LSSICE: «Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario [...]». La responsabilidad del prestador que tenemos entre manos es la más destacable debido a la utilidad que representa y, cuantitativamente, por ser aquel con mayor

33 BUSTO LAGO, José Manuel, *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, op. cit., p. 51; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Servicios de la sociedad de la información*, op. cit., p. 127.

34 GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, Ignacio, *Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P*, op. cit., p. 89.

35 PEGUERA POSCH, Miquel, *La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en internet*, op. cit., p. 16.

36 PEGUERA POSCH, Miquel, *La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en internet*, op. cit., pp. 15-16; GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, Ignacio, *Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P*, op. cit., p. 90; Así también podemos ver referencias en la jurisprudencia sobre la rápida reacción diligente en STS de 5 de abril de 2016 (RJ 2016\1006); STS de 2 de junio de 2020 (RJ 2020\1541); STJUE (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C-324\09, ECLI:EU:C:2011:474.

número de sentencias por responsabilidad del ISP<sup>37</sup>.

Para que las webs o las plataformas puedan funcionar, necesitan un soporte físico en el que se encuentre la información que se muestra. Esta información que muestran el contenido en la Web se encuentra alojados en servidores<sup>38</sup>. El sujeto que permite que un tercero, al que hemos llamado destinatario del servicio, aloje en su servidor información para el funcionamiento de su web es el prestador de servicio de alojamiento y responsable por este precepto si se dan ciertos requisitos.

También se considerará ISP de este servicio a quien permita en su web o plataforma el alojamiento de datos de terceros<sup>39</sup>. Así podemos encontrar como ejemplo el de las plataformas digitales o electrónicas que ofertan en la web prestaciones de toda índole al usuario que acceda destacándose aquellos que ponen en contacto a dos usuarios para el intercambio de servicios<sup>40</sup>.

La casuística que pueda surgir del precepto es incontable. Citando algunos supuestos, podemos encontrar el visionado de obras en directo o *streaming*<sup>41</sup>, el alojamiento de información lesiva del honor en periódicos digitales<sup>42</sup>, alojamiento de datos en plataformas de difusión de archivos subido por terceros<sup>43</sup>, contenido ilícito en *blogs*, *wiki* o foro<sup>44</sup> o los servicios de referenciación que consistan en alojar datos y enlaces que patrocinen los contenidos web de los destinatarios<sup>45</sup>.

37 DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Servicios de la sociedad de la información*, op. cit., p. 129.

38 GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, Ignacio, *Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P*, op. cit., p. 91.

39 *Ibidem*, p. 130.

40 LÓPEZ ORTEGA, Raquel, *Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb ¿Intermediarias o prestadoras del servicio subyacente?*, op. cit., pp. 15 y 43; Así también se recoge en el Considerando 6 del nuevo Reglamento de Servicios Digitales.

41 STS de 27 de junio de 2019 (RJ 2019\2604).

42 STS de 27 de abril de 2021 (RJ 2021\1946).

43 STJUE (Gran Sala) de 22 de junio de 2021 (TJCE 2021 \ 161); SAP de Madrid de 20 de julio de 2021 (JUR 2021\339890).

44 SAP de Las Palmas de 5 de noviembre de 2010 (JUR 2011\252855); SAP de 18 de abril de 2013 (JUR 2013\199004).

45 STJUE (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C-324\09, ECLI:EU:C:2011:474; STJUE (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010 (TJCE 2010 \ 87); STS de 20 de abril de 2022

A efecto del nuevo Reglamento de Servicios Digitales, se hace una distinción entre prestadores de alojamiento del párrafo anterior y prestadores de alojamiento que sean plataformas en línea. El Considerando 13 del reglamento ha matizado este último concepto apuntando a los ISP que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes y las redes sociales. Sobre estas plataformas en líneas se han previsto disposiciones adicionales<sup>46</sup> que comprenden, entre otros, mantener un sistema adecuado de reclamación de ilícitos, la transparencia o la seguridad de los menores. Queda esperar si estas disposiciones adicionales se consideran un verdadero contenido que enriquezca el sistema de responsabilidad existente, por ejemplo, si la herramienta para denunciar contenidos lesivos es inadecuada o no existe si quiera.

La importancia del prestador de alojamiento deriva del hecho de estar especialmente posicionado para detener bloquear o impedir contenido que dañe los intereses y bienes de terceros<sup>47</sup>. Así el artículo 16.1 apartados a) y b) recogen la irresponsabilidad del ISP cuando desconozcan que alojan información ilícita o, conociéndola, reaccionen adecuadamente en la retirada a la misma de forma parecida a la que observamos en el caso de la copia temporal. A estas exenciones no podrá acogerse en el caso de que intervenga o proporcione los contenidos alojados, por sí mismo o por medio del destinatario, pues se consideraría que no guarda un papel de neutralidad respecto de estos exhibiéndose como creador de estos y rigiéndose por lo establecido en el artículo 13.2 LSSICE sobre prestadores no intermediarios.

En este punto parece necesario comentar un contratiempo a la hora de transponer el artículo 14 de la Directiva de Comercio Electrónico. El artículo 16.1 b) II de la LSSICE que trata el conocimiento del prestador para exonerarse por los contenidos, se redactó diferenciado a la versión de la directiva, usando la fórmula «[...]en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse». La doctrina científica<sup>48</sup> encontró

(RJ 2022\4088).

46 Vid. Capítulo III Reglamento 2022/2065 de Servicios Digitales de 19 de octubre de 2022.

47 GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, Ignacio, *Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P*, op. cit., p. 67.

48 PEGUERA POSCH, Miquel, *La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en internet*, op. cit., p.



confusa esta referencia planteándose a su vez la posibilidad de, por propia actuación del ISP o por notificación fehaciente de usuario o lesionado, se capte la existencia de información dañina alojada por el mismo. Ciertamente es que la cuestión fue superada también por los tribunales<sup>49</sup> que admiten una interpretación amplia este criterio liberador de la exención y así también, se recoge en el Considerando 22 del Reglamento de Servicios Digitales.

#### 2.4. Responsabilidad de los motores de búsqueda y prestadores de enlace

Como exprese al principio, el mundo digital se ha integrado en las vidas de los ciudadanos de tal forma que accedemos a él diariamente en

búsqueda de información de toda clase. Esta búsqueda se ve sostenida y facilitada de diversas maneras de las cuales, ahora nos referimos a dos de ellas.

En primer lugar, cuando alguien desea acceder a una web, puede ocurrir que conozca el texto exacto de la misma o que, debido a que accedió con anterioridad, su dispositivo la recuerde y pueda llegar a ella con más rapidez. Cuando no sabemos la web de interés, tendremos la posibilidad de introducir unos términos que refieran la dirección o la información que investigamos y de tal forma llegar a donde deseamos. También a los creadores de contenidos, que acuerdan con el ISP la introducción de su dirección, se benefician de esta función porque «[...] quien crea una página web y la coloca en ese gran escaparate digital que es internet, lo hace con la finalidad de que sea visitada por el número más elevado posible de usuarios de la red»<sup>50</sup>. Toda esta labor es posible gracias a los motores de búsqueda. A estos servicios se refiere la LSSICE en el artículo 17.1 cuando habla de prestadores que incluyan «[...] directorios o instrumentos de búsqueda».

13; GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, Ignacio, *Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P*, op. cit., pp. 95 y 96; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Servicios de la sociedad de la información*, op. cit., p. 138; BUSTO LAGO, José Manuel, *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, op. cit., pp. 58 y 59.

49 STS de 2 de junio de 2020 (RJ 2020\1541); STS de 10 de febrero de 2011 (RJ 2011\313); STS de 27 de abril de 2021 (RJ 2021\1946).

50 STS de 3 de abril de 2012 (RJ 2012\5272).

Estos motores de búsqueda son programas que orientan a los internautas indexando, es decir recogiendo y ordenando, la información que les suministra los proveedores de contenido. El problema de la responsabilidad se plantea cuando aparecen resultados que dan acceso a los usuarios a *sites* donde existe información o estas aparecen indexadas de forma prioritaria esa información facilitando así su consulta.

Como ejemplo a este supuesto es de utilidad la Sentencia del Tribunal Supremo del 5 de abril de 2016<sup>51</sup>. El caso resolvía la indemnización por los daños causados a la intimidad siendo demandado GOOGLE SPAIN. La actora se trataba de un antigua indultada que reclamaba que, cuando un usuario introdujese sus datos en el buscador, se eliminara el resultado en que se mostraban las circunstancias personales del pasado. Una vez hecho el requerimiento para cesar en la conducta, el ISP no actuó para retirar los datos en cuestión durante diez meses. La pasividad derribó la exención de responsabilidad que protegía al motor de búsqueda y fue condenada por el daño moral producido.

En segundo lugar, el artículo 17 LSSICE contempla la irresponsabilidad inicial por los contenidos a los que dirija un enlace. Un enlace o *link* es un código incrustado en un texto que, al realizar una acción sobre él, generalmente clicarlo, permite el acceso a un contenido concreto<sup>52</sup>.

Varias cuestiones merecen examen del supuesto. La conducta que se encuadra en el supuesto se genera en el lugar desde el cual podemos interactuar con el enlace, pero el daño se genera en el destino al que redirige el mismo y no en el origen, por lo que tendremos que observar es que el daño se genere, no en la fuente del enlace, sino donde nos ha dirigido el mismo<sup>53</sup>.

También resulta adecuado diferenciar entre lo que han sido llamados como enlaces profundos y los de superficie. La distinción estriba en cuanto a que, mientras los primeros conducen a los contenidos ilícitos, los segundos llevan a la página inicial siempre y cuando, no conduzca al

contenido ilícito<sup>54</sup>. La jurisprudencia<sup>55</sup>, no de forma expresa, parece discriminar la cuestión de imputación haciendo recaer esta únicamente sobre los *links* profundos.

Tras lo comentado, tiene interés para el supuesto identificar al sujeto responsable. Dado que los prestadores de alojamiento permiten al usuario, en ocasiones, interactuar y subir contenidos, son también estos quienes pueden proveer estos hipervínculos de los que hablamos. ¿Pueden entonces responder los usuarios que dirijan mediante enlaces a contenidos que lesionen bienes de terceros? La respuesta debe ser afirmativa, pero con el matiz a considerar que no siempre reúne los requisitos que lo constituye como un prestador del servicio de la información, en cuyo caso, de no ser así, deberá responder por el régimen general que corresponda en virtud del artículo 13 de la LSSICE<sup>56</sup>.

Con la intención de ilustrar lo mejor posible lo expuesto, es conveniente aportar un ejemplo jurisprudencial. Por consiguiente, es paradigmática del supuesto la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña del 28 de diciembre del 2019<sup>57</sup>. El caso contempla la violación de derechos de propiedad intelectual como consecuencia de la retransmisión en vivo de contenido protegido sin la debida autorización de su titular. La empresa que explotaba el *site* exponía que era un mero intermediario pues pone a disposición de los usuarios del servicio la posibilidad de introducir contenidos sin influir en la naturaleza de este. Por esta razón negaba ser proveedor de contenido, que lo apuntaría como responsable directo y no mero intermediario, o en su caso tener conocimiento de los contenidos perjudiciales. La web permitía que los usuarios expusieran enlaces que condujesen al visionado de cualquier contenido, particularmente visionado de acontecimientos deportivos, de tal forma que se producía comunicación pública del contenido. Ahora bien, el tribunal a través de la periciales aportadas conoció que esta facultad de colocación de enlaces era una ficción preparada por los administradores de la página

51 STS de 5 de abril de 2016 (RJ 2016\1006).

52 BUSTO LAGO, José Manuel, *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, op. cit., p. 70.

53 PEGUERA POSCH, Miquel, *La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en internet*, op. cit., p. 18.

54 LLOPIS NADAL, Patricia, *legitimación activa y legitimación pasiva (infractores e intermediarios)*, op. cit., pp. 95-97; BUSTO LAGO, José Manuel, *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, op. cit., p. 70.

55 STJUE (Sala Cuarta) de 13 de febrero de 2014 (TJCE 2014 \ 52).

56 LLOPIS NADAL, Patricia, *legitimación activa y legitimación pasiva (infractores e intermediarios)*, op. cit., p. 92.

57 SAP de A Coruña (4<sup>ª</sup>) 28 de diciembre 2018 (AC 2019 \ 186).

para aparentar neutralidad ante cualquiera que visitase la web pues de facto dicho poder solo se reservaba a los administradores de la página en cuestión. Por tanto, se presume que es la demandada quien se postula como proveedor de contenido a los que se suma el hecho de que se advirtió meses antes sobre estos contenidos sin que existiera respuesta diligente del prestador de servicios con lo cual la exención de responsabilidad es desvirtuada cuando es acreditado su conocimiento efectivo. Todo esto llevo a la demandada a ser condenada a una indemnización.

Como se ha expuesto la demandada alojaba los enlaces que llevaran al contenido protegido. En ciertas ocasiones resulta complicado diferenciar el supuesto del proveedor de enlaces cuando este es insertado en una página web del de alojamiento debido a que es igualmente predicable que el alojador contribuye causalmente en el daño como se ha visto en el epígrafe anterior. Pues bien, el caso de que coincidan ambas figuras, la exención del artículo 16 LSSICE, no afectara por los contenidos que se transmitan por los hipervínculos<sup>58</sup>.

En cuanto a los criterios para suprimir las exenciones que amparen a los ISP's, conocimiento efectivo, reacción diligente o intervención en los contenidos transmitidos, figuran del mismo modo que se ha hecho con razón de los prestadores de alojamiento con lo que me refiero al mismo apartado con las particularidades ya expuestas.

## 2.5. Principios y criterios relevantes para la imputación de responsabilidad

Tras analizar la naturaleza de los supuestos, es conveniente detenerse en los parámetros que delimitan y permiten la imputación de responsabilidad. Algunos de ellos se han considerado de soslayo, especialmente porque figuran en la letra de la norma nacional, sin embargo, la jurisprudencia, inclusive del Tribunal de Luxemburgo, introdujo el desarrollo y la aplicación particular de pautas adicionales merecedoras de examen.

### 2.5.1. No supervisión de la información y conocimiento efectivo.

Comenzamos con un asunto que se configura como las dos caras de la misma moneda. El Considerando 42 de la Directiva de Comercio

electrónico sobre el carácter pasivo y automático que debe revestir los servicios prestados por el ISP y de la exención de responsabilidad que gozan cuando, atendiendo a esta naturaleza, no tienen conocimiento de la información transmitida o almacenada. Este enunciado introduce unas cuestiones relevantes al examinar la responsabilidad de los diferentes prestadores; si como se ha dicho el conocimiento efectivo es importante para de responsabilidad, ¿Cuándo podemos declarar la existencia de conocimiento efectivo del prestador? Y ¿Existe en algún caso supuestos en el que el prestador estaba obligado a vigilar la información transmitida o almacenada?

Sobre esta última pregunta, la Directiva de Comercio electrónico informa en su artículo 15 a los Estados Miembros sobre la prohibición de establecer obligaciones de supervisión general de los datos transmitidos o almacenados o la realización de búsquedas activas de los datos ilícitos. Por supuesto, esta ventaja solo se predicará respecto de los prestadores intermediarios en contraposición de aquellos cuya participación traspase el carácter pasivo o neutral<sup>59</sup>. El fundamento de establecer esta prohibición parte de la inmensidad de datos que devienen en Red y Web continuamente y porque situaría a los ISP's como censores con el deber de hacer un examen jurídico sobre cual es y cual no es un contenido ilícito<sup>60</sup>.

En este momento adquiere sentido tratar el ya citado criterio del conocimiento efectivo, como hecho que exceptúa la prohibición de supervisión de los contenidos. Como hemos tenido la oportunidad de observar, cuando una autoridad judicial o administrativa ordene la retirada o impida el acceso de contenidos, el ISP al que vaya dirigido el dictamen no puede alegar el desconocimiento de datos que pueden haber resultado lesivos y estará obligado a responder por la diligencia en la retirada. Si bien esta es la situación básica que prevé la norma nacional, resulta interesante comentar otras situaciones igualmente válidas para determinar el conocimiento efectivo.

En primer lugar, la jurisprudencia comunitaria ha interpretado los preceptos de la Directiva

59 STJUE (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474; STS de 30 de diciembre de 2020 (RJ 2020\5562); STS de 7 de enero de 2022 (RJ 2022\515).

60 BUSTO LAGO, José Manuel, *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, op. cit., pp. 24 y 61.

58 MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Servicios de la sociedad de la información*, op. cit., pp. 161-162.

de Comercio Electrónico relacionada con el ya mencionado Considerando 42. Así pues, junto al conocimiento que trae origen en una decisión de una autoridad, podremos argumentar su existencia a partir de hechos o circunstancias por las que el prestador entre en contacto con la información lesiva, incluida la investigación propia hecha por el ISP o una notificación particular<sup>61</sup>.

Sobre esta posibilidad de alegar otros medios de conocimiento también se han pronunciado afirmativamente los tribunales españoles<sup>62</sup>. A modo de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo del 10 de febrero del 2011<sup>63</sup> expresa esta interpretación conforme a la directiva cuando dice que el conocimiento efectivo «[...] 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 [...]».

Una de las formas de conocimiento a la que aludimos es la notificación concreta de los contenidos por particular. Cuando el ofendido por los datos almacenados, por ejemplo, descubre la lesión puede comunicar a quien sostiene la página web a fin de que cese la conducta perjudicial. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 22 de junio de 2021<sup>64</sup> apunta la importancia de estas notificaciones, que sean remitidas por ejemplo en forma de burofax<sup>65</sup>, que deben ser valoradas por el juez nacional con detenimiento a fin de ver cumplido el requisito del conocimiento del prestador.

Apunta la misma sentencia<sup>66</sup> que el hecho de notificar, no es *per se* una circunstancia que garantice automáticamente que el ISP conocía el daño producido<sup>67</sup>. Para ello se requiere que la

61 STJUE (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474; STJUE (Gran Sala) de 22 de junio de 2021 (TJCE 2021 \ 161).

62 STS de 9 de diciembre de 2009 (RJ 2010\131); STS de 4 de marzo de 2013 (RJ 2013\3380); STS de 2 de junio de 2020 (RJ 2020\1541).

63 STS de 10 de febrero de 2011 (RJ 2011\ 313).

64 STJUE (Gran Sala) de 22 de junio de 2021 (TJCE 2021 \ 161).

65 STS de 10 de febrero de 2011 (RJ 2011\ 313); STS de 26 de febrero de 2013 (RJ 2013\2580).

66 También en el mismo sentido; STJUE (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474.

67 No obstante, debemos añadir un matiz hecho por el Considerando 53 del Reglamento de Servicios Digitales, a saber, «Cuando una notificación contenga información suficiente para permitir a un prestador diligente de servicios

comunicación hacia el ISP este bien construida y fundada, apuntando a los contenidos lesivos con prudente precisión. De esta forma resulta recomendable que mediante burofax se indique los contenidos atentatorios de terceros identificando la dirección particular de la página web o URL y solicitando la retirada de los contenidos<sup>68</sup>. Recordemos que la prohibición del deber de supervisión es general por lo que la actora debe ser lo más meticulosa posible al apuntar el motivo de su perjuicio. Es ilustradora de esta problemática la respuesta que dio la Sentencia del Tribunal Supremo del 30 de diciembre de 2020<sup>69</sup> a la Dirección General de Turismo de Cataluña. En lo que nos interesa ahora, se discutía si la Ley de Turismo catalana que obligaba a los empresarios (destinatarios del ISP) promotores de alojamientos turísticos por internet a inscribir el número de inscripción de los apartamentos en la promoción de los mismos y su consiguiente

de alojamiento de datos determinar, sin un examen jurídico detallado, que el contenido es manifiestamente ilícito, debe considerarse que la notificación da lugar a un conocimiento efectivo [...]».

68 Se consideró suficiente la acreditación en STS de 2 de junio de 2020 (RJ 2020\1541).

69 STS de 30 de diciembre de 2020 (RJ 2020\ 5562).



resolución administrativa, ordenando cerrar el servicio intermediario si no obligaba a los anteriores a cumplir con aquellos requerimientos, eran suficientes para que se declarase el conocimiento efectivo por los datos infractores de la Ley de Turismo. La compleja situación fue resuelta por el tribunal al declarar que un precepto general de una ley o «[...] una orden genérica que obligaría al prestador de servicios a efectuar un examen del contenido de sus anuncios, determinar cuáles son apartamentos turísticos y suprimir los que no incorporen el número de registro.» no son acreditativas del conocimiento efectivo y entra en contradicción con la prohibición de supervisión de contenidos.

En relación a esto último, el Considerando 53 del nuevo Reglamento de Servicios Digitales apunta con nitidez en su redacción que «Cuando una notificación contenga información suficiente para permitir a un prestador diligente de servicios de alojamiento de datos determinar, sin un examen jurídico detallado, que el contenido es manifiestamente ilícito, debe considerarse que la notificación da lugar al conocimiento efectivo.»

Para las siguientes previsiones sobre el conocimiento efectivo, nos referimos a los artículo

16.1 apartado b) II y 17.1 apartado b) II LSSICE que declaran que «Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando [...] se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección o retirada [...]».

En el supuesto de que se hubiese declarado la lesión, poco hay que añadir más allá del inciso «y el prestador conociera la correspondiente resolución» que fijaría el instante en que es conocido por el prestador y que no procederá cuando se haga comunicación del mero inicio de un procedimiento al respecto<sup>70</sup>.

Si merece detenernos un momento en la referencia hecha a los sistemas de detección. Ejemplo de estos sistemas de rastreo lo encontramos en los formularios que la plataforma Youtube ofrece a sus usuarios para identificar y denunciar contenidos dañinos para terceros<sup>71</sup>. También nos referimos a los casos del prestador de alojamiento de foros y chat que permiten que los usuarios compartan información entre sí. Ante esta tipología de casos, se entiende que el ISP debía de extremar precauciones por el servicio prestado con relación a los contenidos vertidos. En consecuencia, aunque no es habitual que ocurra, se asume la ficción del conocimiento efectivo cuando estos espacios virtuales cuentan con moderadores y se produce un importante volumen de respuestas en el foro<sup>72</sup>.

Recapitulando, el conocimiento efectivo requerido inicialmente por la Directiva de Comercio Electrónico es uno de los pilares maestros para la valoración de la responsabilidad civil de estos prestadores de tal suerte que es una realidad examinada frecuentemente por los tribunales y por ser uno de los planteamientos esenciales si se quiere obtener éxito en la demanda contra el prestador de servicios.

### 2.5.2. Conducta activa y papel neutro del ISP

El siguiente punto revela las consecuencias de las diferentes conductas que el ISP puede asumir y que afectan a la naturaleza de intermediario y no intermediario. La importancia de la distinción, como ya hemos comentado, es debida a que la consideración de intermediario im-

70 STS de 4 de marzo de 2013 (RJ 2013\ 3380).

71 STJUE (Gran Sala) de 22 de junio de 2021 (TJCE 2021 \ 161).

72 STS de 7 de enero de 2014 (RJ 2014\ 773).



plica el ámbito de aplicación de las normas para los prestadores del servicio de la sociedad de la información y, *sensu contrario*, los no intermediarios se dirigirán por el régimen general de responsabilidad que corresponda. Con la intención de ahondar un poco más, vamos a ver algunos casos donde, se interpreta esta cuestión.

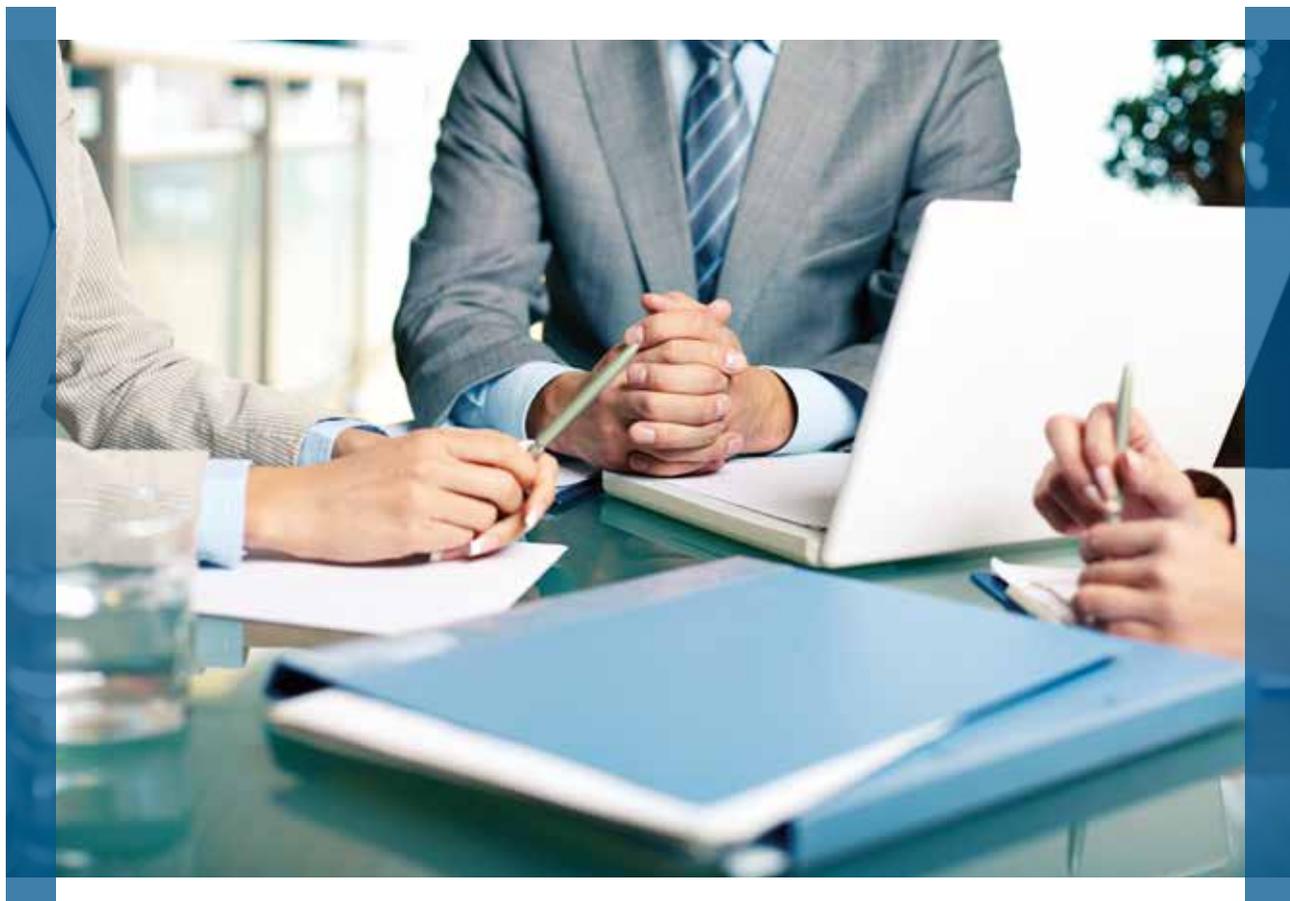
La Sentencia del 23 de marzo de 2010 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>73</sup> menciona con motivo del ya mencionado Considerando 42 que se requiere, para la aplicación de la exenciones, que la naturaleza de la actividad del prestador de servicios se limite a una actuación neutra que no le reporte ni conocimiento ni control sobre los contenidos. El asunto, muy conocido entre la doctrina, trata sobre el servicio de Google, llamado *adwords*, que consiste en el alojamiento de contenido publicitario que el ISP presta a terceros. La publicidad es alojada en los servidores del motor de búsqueda para que cuando un usuario realice una búsqueda en base a ciertas palabras claves el destinatario que contrato el servicio de Google mostrase las

ofertas antes de la selección de un *site* por el usuario. El problema se plantea con motivo de la posible lesión de derechos de marca que los anuncios podían cometer.

En lo tocante a este apartado, además de confirmar que un servicio de referenciación es un servicio de la sociedad de la información<sup>74</sup>, se pregunta si de alguna forma la función del servicio *adwords* sobrepasa la naturaleza pasiva que es propia del ISP. El Tribunal de Justicia informa que la naturaleza específica de este servicio no apunta automáticamente a funciones de control del ISP, por lo que deberá observarse por el tribunal que planteó la causa sobre la influencia del prestador con relación a circunstancias como «[...] la redacción del mensaje comercial

<sup>73</sup> STJUE (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010 (TJCE 2010 \ 87).

<sup>74</sup> Interpretado así con base en la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (DO L nº 204 de 21.7.98); en la actualidad, Directiva (UE) 2015/1535/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (DO L nº 241 de 17.9.2015).



que acompaña al enlace promocional o en el establecimiento o la selección de palabras clave.».

Cabe señalar que la Sentencia del 12 de julio de 2011 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>75</sup> complementa y matiza la idea anterior pues habla de optimización de las ofertas que no puede sino entenderse que está tomando iniciativa respecto del contenido que presta el destinatario del servicio y, por tal motivo, su conducta activa lo excluye de la aplicación de las normas de exención de responsabilidad.

También procede, por el impacto que tuvo en la jurisprudencia, tratar este aspecto en conexión con las plataformas digitales que conectan a los diversos usuarios con un servicio. En los siguientes dos asuntos, observaremos cuando la conducta de un prestador de servicio es merecedora de los beneficios en materia de responsabilidad y cual al exceder el papel neutro que se le reserva, es considerada como el prestador del servicio subyacente.

En primer lugar, contemplaremos la Sentencia del 19 de diciembre de 2019 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>76</sup>. En el asunto, la plataforma electrónica pone a disposición un soporte web para la oferta y demanda de alojamientos hoteleros. Con independencia de la aplicación de las normas sectoriales al ISP, problema central del asunto, lo que suscita interés es que se discurre si la aplicación web ejerce control sobre la actividad de arrendamiento y, por tanto, al no mantener una actitud pasiva, no le es aplicable el régimen especial como se ha comentado reiteradas veces.

Expresados en términos de la propia resolución, se analiza si la plataforma se trata de un servicio global o, por el contrario, la actividad de intermediación es un servicio adicional respecto de aquel principal que merece otra calificación jurídica, que, en el caso de autos, es el alojamiento turístico. En efecto, el aspecto que hay detrás del caso es si con su actividad el ISP está ejerciendo un control sobre la actividad principal.

El argumento de la actora se orienta al servicio adicional que esta plataforma de intermediación suministra a los usuarios y destinatarios del servicio, a saber, «[...]una plantilla que define el contenido de su oferta, un servicio de fotografía, un seguro de responsabilidad civil [...],

una herramienta de estimación de precio del alquiler o servicios de pago [...]».

No estima el tribunal que estas obligaciones asumidas puedan desvirtuar el carácter intermediario del ISP pues no alteran sustancialmente el servicio global prestado. Dicho de otra forma, estos servicios «[...] participan de la lógica colaborativa inherente a las plataformas de intermediación [...]». Con todo esto, el Alto Tribunal concede la cualidad de prestador intermediario aun cuando este ofrezca un paquete de servicios adicionales como el que se ha descrito.

Como contrapartida, existe otro asunto que ejemplifica cuando nos encontramos ante un prestador que ejerce control sobre el servicio subyacente. En la Sentencia del 20 de diciembre de 2017 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>77</sup>, nos encontramos que se demanda a una plataforma digital por infracción de normas de competencia desleal. El prestador se valía de una aplicación para teléfonos inteligentes con la intención de poner en contacto a un conductor y un demandante de servicio de transporte. El servicio de puesta en contacto, aisladamente considerado, reúne los requisitos subjetivos para ser considerado un servicio de la sociedad de la información, no obstante, la sala se cuestiona si realmente se trata de un servicio de transporte o una combinación de los dos.

En este supuesto, la sala entendió que el servicio prestado por el ISP no se ajustaba a los estándares de neutralidad. Los fundamentos que se desprenden de esta conclusión son en primer lugar el hecho de imponer a los destinatarios de la plataforma, que realizan efectivamente el transporte, condiciones sin las cuales no pueden beneficiarse del servicio de oferta. Así también, exige que el servicio se lleve a cabo por medio de modelos específicos de vehículos o un código de conducta a los chóferes. En segundo lugar, establece los criterios para la determinación de precios a cobrar por el servicio de transporte entre las partes.

Estas dos circunstancias llevan al tribunal a declarar que el servicio de puesta en contacto de las partes es un servicio accesorio que se integra al principal, un servicio en el ámbito de transporte.

Comentadas estas resoluciones, se ha descrito la naturaleza del servicio de las plataformas digitales, esto es, la puesta en contacto a un demandante con un oferente de un servicio

<sup>75</sup> STJUE (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474.

<sup>76</sup> STJUE (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2019 (TJCE 2019 \ 302).

<sup>77</sup> STJUE (Gran Sala) de 20 de diciembre de 2017 (TJCE 2017 \ 217).

subyacente. De lo expuesto es relevante añadir que la Comisión Europea ha fijado criterios que permitan dilucidar si ciertas conductas del ISP ejercen control sobre el servicio. Entre ellos encontramos pautas significativas o esenciales, como la influencia sobre determinación de precios, condiciones en las que se presta el servicio o uso de bienes propios de la plataforma para el ejercicio de la actividad, criterios menos concluyentes que implicarían la cobertura de parte del servicio o una relación laboral con los destinatarios del servicio y por último criterios sin relevancia como los que hemos observado en el supuesto de alojamientos turísticos<sup>78</sup>.

También interesa saber que, en estas circunstancias, cuando el operador se configura realmente como intermediario, mantiene con los destinatario una relación propia del contrato de mediación pues se obliga a poner al oferente

en contacto con el usuario para llevar a término un negocio a cambio de una comisión<sup>79</sup>. De esta manera se comprende mejor porque los ISP no forman parte de las relaciones a las que dan soporte y porque no responde por las responsabilidades que en ellas se sucedan a no ser, claro, que intervengan de la forma explicada.

En otro orden en la materia, respecto al papel activo que pueda ocupar un proveedor de enlace, doctrina y jurisprudencia han manifestado que difícilmente puede considerarse que se considere un proveedor de contenidos para excluirlo del régimen favorable de la LSSICE, aunque se plantea la duda cuando el enlazador proporcione orientación sobre el contenido ilícito al que se dirige el hipervínculo<sup>80</sup>.

Para concluir, exponemos como último ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo del

78 LÓPEZ ORTEGA, Raquel, *Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb ¿Intermediarias o prestadoras del servicio subyacente?*, op. cit., p. 19

79 *Ibidem*, pp. 34-35.

80 LLOPIS NADAL, Patricia, *legitimación activa y legitimación pasiva (infractores e intermediarios)*, op. cit., pp. 111-112.



27 de junio de 2019<sup>81</sup>. En el caso que nos ocupa, una web aloja contenido protegido que es introducido por los mismos usuarios para su reproducción. La resolución indica que en la dirección objeto del juicio el titular orientaba a los usuarios a encontrar obras específicas y facilitaba la difusión y el acceso a los contenidos por medio de otras plataformas conocidas.

Si exponemos este supuesto a la luz de los criterios de la Comisión para determinar la extralimitación de quien aloja contenido, no se observa más que una acción auxiliar al servicio prestado, además, lo cierto es que esos criterios están planteados especialmente para plataformas colaborativas, aquellas que como se explicó desarrollan la puesta en contacto de dos usuarios.

Por otro lado, contamos con el parámetro de optimización de la oferta por parte del prestador. En efecto la sentencia sostiene que ha contribuido estrechamente a mejorar la presentación de contenidos que lesionan derechos de terceros lejos de mantenerse al margen como debe ser la conducta propia de un intermediario. Por lo tanto, no puede defenderse la aplicación del régimen de la LSSICE.

### 2.5.3. Principio de reacción diligente.

Cuando el ISP descubre por notificaciones, ordenes o inferencias que le permitan la aprehensión de la realidad que está amparando datos ilícitos, surge la obligación de actuar contra los contenidos o usuarios que causen la lesión. Por ello junto al requisito de probar el conocimiento efectivo de estos contenidos, se requiere del prestador de servicios intermediario una «[...] actuación diligente dirigida a retirarlos o a hacer imposible el acceso a ellos»<sup>82</sup>.

Esta particular diligencia se ha denominado como principio de reacción diligente que se predica de forma explícita en los artículos 16.1 b) y 17.1 b) de la LSSICE aunque es igualmente extensible a los proveedores de acceso, operadores de red y supuestos de web *caching*<sup>83</sup> especialmente cuando la obligación del artículo 11 del mismo texto legal, que establece obligaciones de colaboración en la detección de usuarios infractores y en la supresión de los contenidos

ilícitos<sup>84</sup>, no hace distinción entre la tipología de ISP. A propósito de estos mismo preceptos, se desprende la presunción de irresponsabilidad hasta que la parte actora pruebe, ex artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>85</sup>, la falta de diligencia, o en su caso también la producción del conocimiento efectivo, en que ha incurrido el prestador.

Conforme a la idea anterior es sensato preguntarse por el tiempo que puede discurrir entre el conocimiento efectivo y el límite desde que se entienda que se actuó con negligencia en impedir el acceso a los datos. Parece razonable y suficiente, siempre y cuando no se haya aprehendido la realidad lesiva de forma imprecisa por el ISP, un margen de dos días para la retirada de contenidos como apunta GARROTE FERNANDEZ-DIEZ<sup>86</sup>.

Como se ha expuesto, conocimiento efectivo y diligencia del prestador están íntimamente relacionados para imputar responsabilidad. Tanto que la una condiciona a la otra de tal forma que una notificación inexacta, defectuosa o infundada del perjudicado puede derivar a la inexistencia de negligencia del ISP por su falta de actuación con relación a unos contenidos lesivos<sup>87</sup>. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 20 de julio de 2021<sup>88</sup> estimó que cuando el lesionado en su honor solicitó la retirada de contenido videográfico el prestador actuó diligentemente al rechazar la reclamación porque la notificación se realizó «[...] sin facilitar ninguna información que pudiera determinar la eventual ilicitud [...]».

### 2.6. Propiedad intelectual y derecho al honor

Como se comentó en los primeros epígrafes, la responsabilidad del ISP sigue un planteamiento horizontal. De entre los bienes jurídicos lesionados, destacan y son numerosos los casos que involucran la propiedad intelectual y el honor, intimidad y propia imagen. Tanto es así que

81 STS de 27 de junio de 2019 (RJ 2019\2604).

82 STS de 2 de junio de 2020 (RJ 2020\1541).

83 GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, Ignacio, *Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P*, op. cit., p. 81

84 STS de 10 de febrero de 2011 (RJ 2011\ 313).

85 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7 de 08/01/2000).

86 GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, Ignacio, *Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P*, op. cit., p. 99

87 DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Servicios de la sociedad de la información*, op. cit., p. 147

88 SAP de Madrid de 20 de julio de 2021 (JUR 2021\339890).

hay motivos en la resolución de casos que legitiman un apartado exclusivo a ellos.

Comenzando por los derechos de autor, el texto refundido de la ley 1/1996 de 12 de abril de propiedad intelectual<sup>89</sup>(en adelante TRLPI) es consciente de la realidad de los servicios de intermediación de tal modo que algunas de sus disposiciones repercuten en la responsabilidad de los prestadores. Por lo mismo se tratará el concepto de comunicación pública y de la modalidad en que se desarrolla su responsabilidad<sup>90</sup>.

Cuando un ISP es llamado a juicio por la acción de los usuarios que usan su plataforma es importante examinar si el mismo está realizando una comunicación al público. Nuevamente nos orienta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 22 de junio de 2021<sup>91</sup> para determinar si existe comunicación pública. El asunto trata el alojamiento de datos en plataformas de difusión de archivos subido por terceros que han lesionado con la subida de archivos videográficos los intereses de un autor. Se cuestiona así si cuando una plataforma de ese tipo da soporte a tercero se considera que es el prestador de la sociedad de la información quien así lo hace. En un primer momento no se puede afirmar que así sea, a no ser que el ISP colabore o incite de alguna forma a la transmisión de contenidos ilícitos o no implemente mecanismos idóneos para evitarlos. Si por el contrario interviene más allá del servicio de intermediación, se considerará entonces que no está llevando una actividad realmente imparcial o pasiva y por tanto perderá la consideración de intermediario con las consecuencias que eso implica.

El concepto de comunicación pública en relación con la acción del ISP ha sido interpretado ampliamente<sup>92</sup> de forma que prácticamente prestar el servicio a quien es responsable directo, siempre que se comunique a público nuevo, es indicio suficiente para ello. Así

nuestra jurisprudencia<sup>93</sup> ha seguido la estela de la doctrina comunitaria al entender que sea por los enlaces o por algunos de los supuestos que hemos vistos, en la medida en que pueda vincularse al servicio prestado se considera que el mismo intermediario realiza un acto de comunicación.

En cuanto a la responsabilidad civil por vulnerar la propiedad intelectual, el artículo 138.II TRLPI prevé la responsabilidad indirecta del prestador. Para que se declare la responsabilidad en cuestión se debe constatar la realidad de la comunicación pública, que no se incurra en los límites del artículo 31 TRLPI<sup>94</sup> y la falta de autorización del titular<sup>95</sup>.

Por el carácter indirecto se refiere a que la acción se dirigirá no contra el particular infractor sino contra los titulares del servicio que gestionen o intermedien unos de los servicios que hemos analizado cuando induzcan, cooperen o tengan capacidad de control u obtengan un beneficio económico con respecto a la lesión<sup>96</sup>. La inducción conllevará una conducta activa del prestador para acceder al contenido protegido o reproducirlo<sup>97</sup>, la cooperación del ISP se entiende como el auxilio que pueda prestar el servicio en la comisión del ilícito que puede asemejarse incluso a una conducta pasiva frente a la lesión de los derechos de autor y finalmente el interés económico se ha dejado en manos del

93 SAP de Madrid (28ª) de 4 de abril de 2017 (ROJ: SAP M 14093\2017); SAP de A Coruña (4ª) de 28 de diciembre de 2018 (AC 2019 \ 186). Se repite la interpretación extendida hecha sobre la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información en su artículo 3 y en relación con el Considerando 23.

94 A propósito de este elemento, el precepto está en sincronía con el Considerando 27 de la Directiva de Comercio Electrónico cuando niega la reproducción de una obra cuando el ISP se limite a realizar un proceso tecnológico o la puesta a disposición de una tecnología a terceros.

95 LLOPIS NADAL, Patricia, *legitimación activa y legitimación pasiva (infractores e intermediarios)*, op. cit., p. 54.

96 SAP de Barcelona (15ª) de 20 de febrero de 2018 (AC 2018\289); SAP de A Coruña (4ª) de 28 de diciembre de 2018 (AC 2019 \ 186).

97 En parecido sentido ocurre en la ya expuesta STS de 27 de junio de 2019 (RJ 2019\2604) o como ejemplo sirvan las palabras de la STJUE (Gran Sala) de 22 de junio de 2021 (TJCE 2021 \ 161) «[...]proporciona en su plataforma herramientas destinadas específicamente al intercambio ilícito de tales contenidos o promueva a sabiendas esos intercambios, de lo que se prueba el hecho de que el operador haya adoptado un modelo económico que incite a los usuarios a proceder ilegalmente, en ella a la comunicación al público, de los contenidos protegidos.»

89 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE nº 97 de 22/04/1996).

90 Artículos 20.1 y 138. II TRLPI respectivamente.

91 STJUE (Gran Sala) de 22 de junio de 2021 (TJCE 2021 \ 161).

92 STJUE (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2016 (TJCE 2016 \ 254).

juzgador alumbrar en qué casos el prestador tiene interés en ese modelo de negocio<sup>98</sup>.

Así como se puede afirmar la facilidad o susceptibilidad con que pueden ser lesionados los derechos de autor, lo mismo es predicable del derecho al honor, intimidad o propia imagen.

En relación con el párrafo anterior, no es complicado encontrar supuestos de responsabilidad de prestadores de la sociedad de la información por expresiones alojadas en chat que han supuesto una vejación para terceros. Con motivo del chat, la jurisprudencia parece apreciar un cuidado particular por los contenidos que se almacenan en él. Esto es debido, en principio, a que flexibiliza la exigencia de declaración de ilicitud de contenidos respecto al conocimiento efectivo<sup>99</sup>, es decir, cuando la evidencia del carácter denigratorio de los contenidos litigiosos sea tal que inequívocamente pueda afirmarse su carácter ilícito, no será necesario para apreciar conocimiento efectivo una declaración de ilicitud de una autoridad a tal efecto o que la notificación particular por el cual se notifica especifique los motivos de lesión<sup>100</sup>, especialmente si se considera que en base a la finalidad o temática del foro era previsible el riesgo a que se viertan contenidos difamatorios<sup>101</sup>. Por otro lado, también se menciona la necesidad de sistemas de filtrados y detección si bien, se aprecia como una medida de prudencia o de buenas prácticas, no se destacan explícitamente consecuencias ligadas a la falta de implantación o de su ineficacia, aunque puede afectar a la diligencia en la retirada de contenidos<sup>102</sup>.

Otra manifestación del daño al honor en la Web la encontramos en el llamado derecho al olvido digital. Nos situamos en el terreno de la libertad de prensa y la emisión de noticias en el ámbito de la red. Cuando un periódico digital incluye en un suceso la información personal de un sujeto y un motor de búsqueda indexa un fragmento donde se incluyan esos datos personales, se considera que está realizando un trata-

miento de datos<sup>103</sup> pues el buscador recoge y organiza la información para su posterior comunicación.

El tratamiento de datos en sí mismo no es una conducta ilícita, pero en relación con la información contenidas en algunos *sites*, especialmente los periódicos digitales, con el paso del tiempo la información pierde el interés público y la pertinencia para pasar a ser un recordatorio continuado e innecesario del pasado de ciertas personas que contemplan que con la simple introducción de sus datos en el buscador la prioridad de los resultados arroja aquel suceso embarazoso.

Surge por tanto el derecho a oponerse al tratamiento automatizado de esos datos, que no eliminación de los datos, para que se modifique la prioridad mediante el comando «No Index»<sup>104</sup>. Se limita, sin embargo, las pretensiones dirigidas a construir un perfil a la medida de la actora, posicionando preferentemente aquellos resultados favorables. En lo que concierne al ISP, al notificarle la AEPD, que el tratamiento de la información no procede por los motivos explicados, deberá atenerse a las reglas de conocimiento efectivo y diligencia para la rectificación de la indexación<sup>105</sup>.

Como se dijo, no es obligación del ISP la búsqueda del contenido alojado por sus destinatarios y usuarios. Lo mismo se predica de estos periódicos digitales<sup>106</sup>. Es cuestión que debe revisarse supuesto por supuesto, no obstante, en la medida que el periódico ejerza verdadero control sobre lo publicado, desplaza su cometido como prestador de la sociedad de la información para ser además un proveedor de contenidos con la consecuente aplicación del régimen del artículo 13 LSSICE<sup>107</sup>. Lo usual es que la editorial, titular de la web, conozca los datos que se transmiten en su plataforma en línea, es-

98 LLOPIS NADAL, Patricia, *legitimación activa y legitimación pasiva (infractores e intermediarios)*, op. cit., pp. 148-151.

99 STS de 10 de febrero de 2011 (RJ 2011\313); STS de 2 de junio de 2020 (RJ 2020\1541) SAP de Cádiz (2ª) de 4 de noviembre de 2010 (AC 2011 \ 652).

100 STS de 26 de febrero de 2013 (RJ 2013\2580).

101 STS de 27 de abril de 2021 (RJ 2021\1946).

102 DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Servicios de la sociedad de la información*, op. cit., pp. 153 y 158.

103 artículos 4.2 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DO L nº 119 de 4.5.2016)

104 Es expuesta la doctrina en: STS de 15 de octubre de 2015 (RJ 2015\4417); STS de 5 de abril de 2016 (RJ 2016 \ 1006).

105 SAP de Valencia (6ª) de 27 de julio de 2020 (JUR 2022\74264).

106 SAP de Madrid (14ª) de 20 de diciembre de 2006 (AC 2006\233).

107 DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Servicios de la sociedad de la información*, op. cit., p. 103.

pecialmente si los autores a los que se les atribuye mantienen relación laboral o bajo su dirección, y por tanto no podrán acogerse al régimen de exención. Consecuentemente, no solo estaremos fuera de la LSSICE, sino que serán responsables por la Ley de Prensa<sup>108</sup> que, antagónicamente a la primera, exige la supervisión de los datos por el editor responsable<sup>109</sup>.

### III. LA PLATAFORMA «ONLY FANS»

Tras exponer una visión general de la responsabilidad de los prestadores de la sociedad de la información se plantea analizar la teoría en relación con una plataforma actual cuya actividad, la del ISP, no ha sido enjuiciada por su responsabilidad civil a propósito de los contenidos alojados.

La naturaleza del servicio ofrecido por *Only Fans* es controvertida pues esta a medio camino entre una red social y una plataforma digital que pone en contacto a los usuarios en la búsqueda de servicios. Por un lado, la aplicación web permite a los usuarios, a los llamados creadores, compartir contenido para el visionado de los demás usuarios, llamados fanes. Al mismo tiempo presenta características propia de las plataformas digitales. Así pues, la plataforma esta ideada para que los creadores limiten el acceso aquellos que deseen pagar por el contenido específico que en sus cuentas se ofrece. El creador está obligado a pagar una comisión porcentual<sup>110</sup> de los pagos que los usuarios realicen para el visionado de su contenido, en otras palabras, pagan por la puesta a disposición de los medios necesarios para que puedan ofertar su servicio. Por ello no parece descartable, *a priori*, considerarlo como una plataforma digital que media en la relación entre dos partes para la realización de un servicio subyacente consistente en la suscripción para el visionado de un contenido almacenado previamente o por *streaming*<sup>111</sup>.

Hasta aquí no se suscitan problemáticas de ningún sentido porque la estructura del servicio

es perfectamente lícita. No obstante, lo anterior la cuestión se complica debido a la naturaleza de sus contenidos. *Only Fans* es, generalmente, conocida por la transmisión de contenido adulto y, particularmente, erótico. Así, la propia plataforma advierte<sup>112</sup> en sus condiciones de uso que los contenidos pueden ser de los denominados como nocivos para el desarrollo, si bien no están prohibidos siempre que no involucre a menores<sup>113</sup>.

Dentro de este orden de ideas, se agrava más el tema desde que, al hecho de que los menores frecuentan como fanes esta plataforma lo hacen también en virtud de una cuenta de creador de contenidos. En este punto es relevante explicar que en la relación entre el fan y el creador se puede desarrollar a tres niveles. El fan puede acceder al contenido habitual del creador por el pago de la suscripción o puede hacer un pago adicional para el visionado de un evento en específico de carácter más reservado o, en el último nivel, durante estos visionados en vivo puede abonar una cantidad extra para solicitar la realización de una actividad, una acción en específico en el momento del pago<sup>114</sup>. Por tanto, es posible encontrar en la plataforma a menores de edad que suben contenido videográfico donde exponen su intimidad a cambio de una cantidad a la vez que existe la posibilidad de que acepte una condición o petición<sup>115</sup> específica de un desconocido por una cantidad indeterminada.

No cabe duda de que en estos casos el servicio al que da soporte la plataforma es manifiestamente ilegal<sup>116</sup> y en este último punto sobre el pago por solicitud podría plantearse incluso su encuadre en el delito previsto en el artículo 183 del Código Penal<sup>117</sup>.

En menos medida, pero es igualmente previsor<sup>118</sup> la plataforma en este sentido, son posi-

112 En apartado II. 7 de *Terms of Service*.

113 DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Servicios de la sociedad de la información*, op. cit., pp. 64-66.

114 En apartado 4. f) de *Standard Contract Between Fan and Creator*.

115 Aunque lo cierto es que la plataforma anuncia que no establece una obligación vinculante, es evidente que el creador no descartará en todo caso las solicitudes a riesgo de perder a sus seguidores. En apartado I. 9. d) de *Terms of Service*.

116 DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Servicios de la sociedad de la información*, op. cit., p. 70.

117 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº 281 de 24/11/1995).

118 En apartado 10. d) de *Standard Contract Between*

108 Artículo 65.2 Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta (BOE nº 67 de 19/03/1966).

109 STS de 4 de marzo de 2013 (RJ 2013\3380); SAP de Cádiz (2ª) de 4 de noviembre de 2010 (AC 2011\652); SAP de Madrid (11ª) de 20 de julio de 2021 (JUR 2021\339890).

110 En apartado III. 5 de *Terms of Service*, <https://onlyfans.com/terms> [Consulta: 9 de septiembre de 2022].

111 En apartado 10. de *Standard Contract Between Fan and Creator*, <https://onlyfans.com/contract> [Consulta: 9 de septiembre de 2022].

bles violaciones de la propiedad intelectual porque el creador exponga contenido titularidad de terceros sin autorización.

Expuesta la realidad del caso, procede analizar si la actuación del ISP por los contenidos ilícitos que aloja es constitutiva de responsabilidad civil según lo expuesto a lo largo de este trabajo.

Como comentamos con motivo de las plataformas digitales de colaboración, existen criterios para determinar o sospechar que el pres-

tador de servicio excede de la lógica colaborativa del servicio perdiendo así su condición de intermediario. El control de precios que debe abonarse por el servicio subyacente es un claro indicio de que el ISP asume un papel activo en el servicio. En el caso de *Only Fans*, es cierto que limita los pagos que pueden hacerse sea por suscripción<sup>119</sup> o por otros de los pagos<sup>120</sup>. Sin embargo, es una limitación que hace estableciendo una horquilla para que los creadores puedan establecer un precio razonable según sus intereses. Por este motivo, aunque no se pueda decir en términos absolutos, no parece

<sup>119</sup> *Fan and Creator*; En apartado I. 10. a) y b) y III. 9. iv. de *Terms of Service*.

<sup>119</sup> Vid. <https://onlyfans.com/help/3/24/93>.

<sup>120</sup> Vid. <https://onlyfans.com/help/2/14/55>.



que el control que ejerce la plataforma con razón de la fijación del precio del servicio sea suficiente para eliminar las exenciones ya explicadas.

En las condiciones de uso es clara la plataforma al aludir reiteradas veces<sup>121</sup> que ni la plataforma está destinada para menores ni se les permite la inscripción para acceder a ella además de establecer un sistema de verificación por medio de documentación física enviada por correo. Pese a ello los menores, con independencia de la responsabilidad que puedan tener sus tutores en ello, no tienen muchas dificultades para eludir estos controles. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 22 de junio de 2021<sup>122</sup> declara que cuando un prestador conociera o debiera conocer de manera general que los usuarios suben contenido ilícito a su plataforma y no actúa instalando medidas eficaces o creíbles para hacer frente a estas infracciones contribuye a su realización. El problema es que esta afirmación se hace en base a las violaciones de derechos de autor por lo que no se puede afirmar con firmeza que sea un criterio válido para imputar los daños por los contenidos alojados. Además, haciendo una valoración de las medidas, siempre que consideremos que en el plano de los hechos se llevan a término, resulta complejo imaginar una exigencia que no resulte desproporcionada para cualquier operador o que no viole la prohibición de supervisión de contenidos.

En relación con este tema, el nuevo Reglamento de Servicios Digitales en su artículo 35 prevé que con motivo de plataformas de gran tamaño se realicen evaluación de riesgos para la aplicación de medidas eficaces anualmente. Pese a la buena intención de la idea no parece que añada mecanismos para combatir civilmente la estructura de una plataforma muy permisiva con los contenidos que resguarda.

Otro punto por señalar es el chat habilitado para interactuar con el creador. En el transcurso de un evento ofrecido por el creador se facilita la interacción entre usuarios por el chat habilitado. Con relación a los comentarios injuriosos se puede solicitar la retirada de comentarios dañinos de la forma en que resaltamos en apartados anteriores y si no fuere hecho con una cierta inmediatez tras notificarse a través

de los medios que ofrece la plataforma, sería posible imputar la responsabilidad por los comentarios al ISP.

Por supuesto siempre tendremos la opción de notificar la existencia de los daños producidos por y a los fans y los creadores para que la empresa intermediadora actúe en consecuencia y se le requiera por su falta de diligencia en la retirada. Ahora bien, lo cierto es que en la mayoría de los casos el daño está hecho y, en lo que concierne a los menores es difícil atribuir al intermediario la responsabilidad por el simple circunstancia de que pueda conocer generalmente que su plataforma es utilizada por jóvenes.

#### IV. CONCLUSIONES

1. Para que el titular de un servicio se categorice como prestador de la sociedad de la información se requiere la acreditación de los requisitos dictados en la Directiva de Comercio Electrónico y la LSSICE, a saber, la prueba del motivo económico, el medio electrónico sin presencia simultánea y la conexión de punto a punto. Como requisito adicional, siempre y cuando quiera gozar de las exenciones hechas a los ISP's, el servicio se realizará con neutralidad respecto de los contenidos ajenos de lo contrario podríamos encontrarnos con un proveedor de contenidos que se atendrá a la responsabilidad civil general conforme a lo contemplado en el artículo 13 LSSICE.

2. De entre los supuestos que incluyen las acciones contra los ISP's, aquellos cuya actividad se configura como proveedor de acceso y operador de web, por un lado, y mera transmisión y memoria *cache*, son virtualmente poco prácticas hasta tal punto que se considerará la irresponsabilidad general de estos prestadores. En cambio, es relevante la responsabilidad civil propuesta respecto de los servidores de alojamiento, los motores de búsqueda y los enlazadores.

3. Se concluye que el criterio de imputación más significativo que atender es el del conocimiento efectivo y son recurrentes las resoluciones que se centran en la prueba del conocimiento de los contenidos lesivos a los que el ISP redirige, registra o almacena. En la búsqueda de perfilar este requisito, es doctrina pacífica que los medios de aprehensión de esta realidad se hagan por cualquier medio siempre que se localicen con precisión los datos causantes del daño acentuándose el valor del burofax como instrumento apropiado a tal fin.

<sup>121</sup> En apartado I. 6. a), III. 6. b), IV. 1., 5. y 14. de *Terms of Service*; En apartado 7. *Privacy Policy*, <https://onlyfans.com/privacy>[Consulta: 9 de septiembre de 2022].

<sup>122</sup> STJUE (Gran Sala) de 22 de junio de 2021 (TJCE 2021 \ 161).

4. No hay mención expresa acerca del tipo de bienes perjudicados por la acción o inacción del ISP. Sin embargo, los derechos dimanantes del honor, intimidad y propia imagen y los de autor son sumamente afectados por la facilidad en su transmisión. En consecuencia, figuras como el derecho al olvido digital prueban la especialidad y la naturaleza horizontal de la responsabilidad de los prestadores de la sociedad de la información.

5. Como última conclusión, y sirva para ello la cuestión planteada sobre *only fans*, los perjuicios a los que están expuestos cualquier sujeto

del mundo pueden tener margen de mejora toda vez que se plantean ante un ISP. Es evidente que la opción principal de un lesionado es dirigirse contra el agente directo del daño, pero este hecho no puede desviar la atención de quienes han contribuido activamente o en abandono del riesgo creado por el desempeño de su propia actividad.

## V. BIBLIOGRAFÍA

BUSTO LAGO, José Manuel, «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la



sociedad de la información (ISPs)», Libro electrónico Aranzadi, 2014 (BIB 2014 \ 145), [Consulta: 21 marzo, 2022].

CASTELLÓ PASTOR, José Juan, «Wi-fi abiertas e infracciones de derechos de autor (Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de septiembre de 2016)», Revista de Derecho Mercantil, N.º 302/2016, 2016, (BIB 2017 \ 10561), [Consulta: 4 diciembre, 2022].

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, «Caracterización y organización de internet: perspectiva jurídica», Libro electrónico Aranzadi, 2015 (BIB 2015 \ 8), [Consulta: 16 agosto, 2022].

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, «Servicios de la sociedad de la información», Libro electrónico Aranzadi, 2015 (BIB 2015 \ 9), [Consulta: 12 enero, 2022].

GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, Ignacio, «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 Propie-

dad Intelectual”», Revista de propiedad intelectual, N.º 16, 2004, [Consulta: 2 noviembre, 2022].

LÓPEZ ORTEGA, Raquel, «Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb ¿Intermediarias o prestadoras del servicio subyacente?», Libro electrónico Aranzadi, 2021 (BIB 2021 \ 4460), [Consulta: 25 agosto, 2022].

LLOPIS NADAL, Patricia, «legitimación activa y legitimación pasiva (infractores e intermediarios)», Libro electrónico Aranzadi, enero 2018, (BIB 2018 \ 8169), [Consulta: 8 diciembre, 2022].

MARTÍNEZ AYUSO, Miguel Ángel, «Las redes P2P y la descarga ilegal de contenidos» (BIB 2006 \ 1788) Revista electrónica Aranzadi, 2006, [Consulta: 10 de septiembre de 2022].

PEGUERA POSCH, Miquel, «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en internet», Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los prestadores de servicios en internet (Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001), enero de 2003, [Consulta: 2 noviembre, 2022].

