

PLATAFORMAS DE ALOJAMIENTO Y CONTENIDOS ILÍCITOS EN INTERNET

Reflexiones a propósito de la nueva Directiva 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado digital¹

Reyes Sánchez Lería

Profesora contratada doctora
Universidad Pablo de Olavide

TITLE: *Hosting platforms and illicit contents on the internet. Reflections about the new Directive 2019/790 regarding authors' rights in the digital market.*

RESUMEN: Desde la entrada en vigor de la Directiva del Comercio electrónico y de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio electrónico, han nacido nuevos modelos de negocios y nuevos servicios de Internet, muy distintos a los que tenía en mente el legislador al regular los servicios de la sociedad de la información. Así, el desarrollo de la denominada web 2.0 ha originado, entre otras cuestiones, el nacimiento de nuevas plataformas de alojamiento de contenidos. Precisamente, la naturaleza de estos nuevos servicios, el gran impacto social que han obtenido en los últimos años, la consolidación en el mercado de muchos de ellos y la dimensión del daño que se puede causar hoy día a través de Internet, han determinado, entre otras cuestiones, la modulación y la adaptación del régimen de responsabilidad de estos prestadores de alojamiento, contenido en el art. 16 LSSICE. En este trabajo, ponemos de manifiesto cómo en determinados escenarios dónde existe una mayor incidencia de conflictos entre los proveedores de alojamiento y los terceros afectados, se han consolidado nuevos criterios que lejos de ofrecer un puerto seguro a los prestadores, les imponen deberes de cuidado y diligencia en orden a evitar la comisión de infracciones a través de sus espacios. Asimismo, ponemos de manifiesto la posibilidad de aplicar estos criterios a determinadas plataformas, como las redes sociales, que han de contribuir igualmente a evitar la publicación de contenidos manifiestamente ilícitos en la Red.

ABSTRACT: *Since the enactment of the Electronic Commerce Directive and the Information Society Services and Electronic Commerce Act 34/2002 (LSSICE), new business models and internet services have emerged, which are very different to those the legislators had in mind when regulating information society services. Hence, the development of the Web 2.0 has given rise, among other things, to the birth of new content hosting platforms. The nature of these new services, the major social impact they have had in recent years, the market consolidation achieved by many of them, and the scope of the damage that can be caused today through the Internet, have led to, among other issues, the amendment and adaptation of the regime of responsibility affecting these service providers, contained in art. 16 of the LSSICE legislation. This paper highlights how, for certain scenarios in which there is a greater incidence of conflicts between hosting providers and the affected third parties, new criteria have been consolidated that, far from offering a safe port to providers, have imposed upon them duties of care and diligence in order to avoid the commission of infractions through their spaces. It also underscores the possibility of applying these*

¹Este artículo ha sido realizado en el marco de las actividades del Proyecto de Excelencia: «La modernización del contrato de servicios en el Derecho privado: del Código Civil a los nuevos instrumentos jurídicos del Derecho Contractual europeo y las Directivas», DER 2016-80035-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Investigadores Principales: Francisco Oliva Blázquez y Francisco Infante Ruiz.

criteria to certain platforms, such as social media, which must also contribute to avoiding the publication of patently illicit contents on the Net.

PALABRAS CLAVE: Internet, responsabilidad, contenidos ilícitos, prestadores de alojamiento, derecho al honor, propiedad intelectual, derechos de autor.

KEY WORDS: Internet, liability, illicit contents, hosting service providers, right to honour, intellectual property, authors' rights.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS PRESTADORES DE ALOJAMIENTO DE DATOS: CONCEPTO Y USOS ACTUALES. 3. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE ALOJAMIENTO WEB: FUNDAMENTO Y CUESTIONAMIENTO ACTUAL. 4. LA JURISPRUDENCIA EN TORNO A LA DILIGENCIA EXIGIBLE A LOS TITULARES DE LOS FOROS DE DEBATE Y DISCUSIÓN DISPONIBLES EN INTERNET. 5. LA DILIGENCIA EXIGIBLE A LOS PROVEEDORES DE CONTENIDOS CARGADOS POR LOS USUARIOS EN LA NUEVA DIRECTIVA DE DERECHOS DE AUTOR EN EL MERCADO DIGITAL. 6. *DE LEGE FERENDA*: LA DILIGENCIA (POTENCIALMENTE) EXIGIBLE A LAS REDES SOCIALES. 7. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Como se ha demostrado en los últimos años, el éxito de la red Internet y la propia tecnología en la que se basa, han determinado que sea bastante fácil la publicación y el acceso a contenidos de muy diversa índole y naturaleza (opiniones, imágenes, archivos de audio, vídeos, etc.). Para ello, como sabemos, sólo es necesario que tanto el proveedor del contenido, como el destinatario, se hayan conectado a un dispositivo con acceso a la Red, tecnología a la que hoy día tienen acceso millones de personas en todo el mundo. Nadie duda, además, de las enormes ventajas que proporciona esta Red mundial en cuanto a las posibilidades de comunicación y acceso a la información, lo que ha supuesto, sin duda, una revolución comparable a la revolución industrial del s. XIX.

Esta posibilidad de comunicación e intercambio de contenidos entre los usuarios se ha consolidado con la denominada web 2.0. Este término establece una distinción entre la primera época de la Web (donde el usuario era básicamente un sujeto pasivo que recibía la información o la publicaba) y la revolución que supuso el auge de los *blogs*, las redes sociales y otras herramientas relacionadas². En efecto, como destacan AGUSTINOY GUILAYN y MONCÚS RUIZ, la web 1.0 se caracterizaba fundamentalmente por ser un punto de acceso unilateral de la información. Las páginas web eran estáticas, la renovación de contenidos era poco frecuente y, además, no existían herramientas de comunicación en línea del titular de la web con sus usuarios. No obstante, con la

² La Web 2.0 está formada por las plataformas para la publicación de contenidos, como *Blogger*, las redes sociales, como *Facebook*, los servicios conocidos como wikis (*Wikipedia*), y los portales de alojamiento de fotos, audio o vídeos (*Flickr*, *YouTube*). La esencia de estas herramientas es la posibilidad de interactuar con el resto de los usuarios o aportar contenido que enriquezca la experiencia de navegación. Información disponible en <https://definicion.de/web-2-0> [Consulta: 10 de junio 2019].

evolución de Internet hacia la web 2.0, los usuarios de redes electrónicas de comunicación han pasado a ser los protagonistas en la publicación de contenidos. De esta forma, se comienza a hablar de *prosumidores*, para hacer referencia a los nuevos consumidores que también producen en este nuevo entorno digital³.

No obstante, esta facilidad en la publicación y acceso a contenidos a nivel mundial ha determinado también un aumento considerable de los conflictos entre particulares. Así, por ejemplo, en un sitio *web* puede difundirse fácilmente una opinión sobre una persona que suponga una intromisión ilegítima en su derecho al honor. Igualmente, son bastante frecuentes las infracciones de derechos de propiedad intelectual, intimidad, propia imagen, competencia desleal e incluso conductas más graves como la comisión de ilícitos penales (calumnias, injurias o la transmisión de material relativo a pornografía infantil)⁴. A ello hay que añadir la sensación de impunidad que se tiene al participar en la Red pues, como sabemos, resulta bastante sencillo publicar contenidos de forma anónima o empleando una identidad falsa⁵.

En los casos en los que una información publicada en Internet lesiona el derecho de un tercero, será habitual que el perjudicado solicite que la misma sea retirada, esto es, que se impida su acceso, además de reclamar, en su caso, una indemnización por los daños ocasionados. En una primera aproximación y conforme a las reglas generales que integran nuestro sistema de responsabilidad civil, el causante del daño será el autor de dicha información o, en su caso, el que controle o supervise la misma y será este, por tanto, el que deba repararlo⁶.

³ AGUSTINOY GUILAYN, Albert y MONCÚS RUIZ, Jorge, *Aspectos legales de las redes sociales*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 19-20. En efecto, como pone de manifiesto DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho privado de Internet*, Civitas, Pamplona, 2015, p. 220, Internet hace posible que cualquier particular con acceso a la red se pueda convertir en proveedor de contenidos, lo que tiene lugar a través de las páginas web o *blogs*, la participación en foros, la difusión de contenidos a través de las redes sociales u otros servicios.

⁴ Son muchas las noticias que encontramos referentes a estos ilícitos. Así, por ejemplo, la noticia publicada en el caso disponible en <https://www.hoy.es/extremadura/condenado-injurias-calumnias-20180526001805-ntvo.html>, en el que se condena a un ciudadano por un delito de injuria por un comentario que realizó sobre el alcalde de Almendralejo en una red social [Consulta: 1 marzo 2019].

⁵ DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo, «La responsabilidad de las redes sociales por la difusión de actos en vulneración del honor y la intimidad», en AA.VV., *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, Dykinson, Pamplona, 2018, p. 204.

⁶ Responderá, de acuerdo con nuestro sistema de responsabilidad civil, por sus propios actos. En este sentido, APARICIO BARINAGA, Íñigo, «Responsabilidad por los contenidos ilícitos y nocivos en Internet», en AA.VV., *XVII encuentros sobre Informática y Derecho*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003, p. 396. No vamos a abordar aquí, sin embargo, el fundamento y la evolución que ha experimentado la responsabilidad extracontractual pues excedería del objetivo de este estudio, que se concreta, como veremos, en un supuesto determinado que responde a sus propias coordenadas.

No obstante, hay que tener en cuenta que para que dicha infracción tenga lugar, es necesaria la existencia de diversos agentes que permiten la difusión de los contenidos en Internet, los cuales se enriquecen, en muchos casos, mediante la realización de dicha actividad. Estos son los denominados «prestadores de servicios de intermediación» (en adelante, PSI), definidos como aquellos que suministran un «servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información» (Anexo Definiciones, letra b) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en adelante LSSICE). Siguiendo la LSSICE, estos prestadores son los que realizan los servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet⁷.

Como venimos diciendo, todos estos intermediarios permiten la publicación y transmisión de la información que circula en la Red, realizando una labor meramente técnica y neutral sobre los contenidos que transfieren o alojan. Precisamente, en la LSSICE se concreta el régimen de responsabilidad de estos intermediarios por el contenido ajeno que transmiten o almacenan, cuando el mismo resulta contrario al ordenamiento jurídico o infringe algún derecho de tercero. En concreto, en este trabajo analizaremos la responsabilidad civil de los prestadores de alojamiento de datos, por ser estos los que han alcanzado mayor protagonismo en este ámbito. Por ello, vamos a comenzar precisando cuál es la actividad concreta que realizan estos prestadores de alojamiento actualmente, así como las posibilidades que ofrecen en la difusión de contenidos.

2. LOS PRESTADORES DE ALOJAMIENTO DE DATOS: CONCEPTO Y USOS ACTUALES

El supuesto paradigmático de alojamiento o almacenamiento de datos y el que tuvo en mente el legislador al regular su responsabilidad en la LSSICE, se refiere a la actividad que consiste en alojar en los servidores del prestador un sitio *web* para que este sea accesible en la Red. En efecto, lo habitual en la práctica es que cualquier persona o empresa que quiera estar presente en Internet, realice un contrato con el prestador de

⁷ Como se ha puesto de manifiesto, la noción de «dato» en este contexto debe interpretarse como cualquier tipo de contenido o información. Entre otros, DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet*, op. cit. p. 252.

estos servicios (denominado usualmente contrato de *hosting* o alojamiento web), en virtud del cual este se obliga a la cesión de uso de un espacio de memoria de su servidor, calculado en megabytes, para que la otra parte (el cliente) almacene allí su sitio *web*, al mismo tiempo que conecta el servidor a una red de telecomunicaciones de tal forma que la información alojada tenga acceso a Internet. En este caso, será el cliente el que gestione la información que compone la *web* alojada, modificándola o añadiendo nuevos contenidos, de tal forma que, como ya hemos apuntado, el proveedor se limita a realizar una actividad técnica intermediaria consistente en el almacenamiento del sitio *web* en su servidor⁸.

No obstante, con el desarrollo de la web 2.0 han surgido otros supuestos bastante frecuentes en la práctica en los que también se realiza esta actividad de alojamiento, ofreciendo un espacio virtual a través del cual los usuarios pueden publicar la información que deseen, opinar sobre cuestiones concretas, publicar fotos o vídeos, etc. Así, entre otros, conviene destacar por su habitualidad, los denominados foros de debate, las redes sociales (*Facebook, Twitter, Instagram, etc.*), o el conocido portal *YouTube*. En todos estos casos, el prestador de alojamiento será aquel que gestiona el espacio web y ofrece a sus destinatarios la posibilidad de publicar contenidos⁹.

Como se ha destacado, muchos de estos nuevos prestadores de alojamiento de datos están asumiendo un papel activo sobre la información que almacenan de forma que procesan, dan forma y ordenan los contenidos cargados por sus usuarios. En efecto, la evolución de las nuevas tecnologías y la aparición de estos nuevos servicios de alojamiento han determinado que hoy día pueda hablarse de una suerte de *tertium genus* entre proveedores de servicios intermediarios (y neutros) y proveedores de contenidos, para los cuales rige el sistema general de responsabilidad. En esta línea, se ha comprobado que la variedad de modelos de negocios basados en el alojamiento de datos determina la existencia de nuevos vínculos entre usuarios y prestadores, que influyen, de un modo más o menos directo, en la información que almacenan¹⁰.

⁸ Véase PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada, 2007, p. 273. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet, op. cit.*, p. 252. Un estudio en profundidad sobre este contrato en SÁNCHEZ LERÍA, Reyes, *El contrato de hospedaje de página web*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

⁹ En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia los han calificado como prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos. PEGUERA POCH, *Idem*, p. 274. ORTEGO RUIZ, Miguel, *Prestadores de servicios de Internet y alojamiento de contenidos ilícitos*, Reus, Madrid, 2015, p. 35. DE LA IGLESIA PRADOS, «La responsabilidad de las redes sociales por la difusión de actos en vulneración del honor y la intimidad», *op. cit.*, p. 206. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet, op. cit.*, p. 253.

¹⁰ SARTOR, Giovanni, «Providers Liability: from the E-commerce Directive to the future», Disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614179/IPOL_IDA\(2017\)614179_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614179/IPOL_IDA(2017)614179_EN.pdf), p. 22 [Consulta: 15 octubre 2019]. En efecto, como pone de manifiesto DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet, op. cit.*, p. 222, la evolución de internet ha contribuido a difuminar la diferenciación

Debemos tener en cuenta, además, que muchos de estos intermediarios han adquirido un protagonismo esencial en el nuevo entorno digital de forma que cuentan, en muchos casos, con millones de usuarios en todo el mundo. Asimismo, son muchos de ellos modelos de negocios perfectamente asentados en el mercado, de forma que ya no están necesitados de una regulación que ampare su desarrollo.

Por otro lado, resulta bastante evidente que las infracciones cometidas a través de Internet son cada vez más frecuentes y perjudiciales para la víctima, teniendo en cuenta la rapidez y la extensión que puede alcanzar un simple comentario en cuestión de minutos, lo que puede hacer ya casi imposible la reparación del daño.

Todas estas circunstancias han puesto de manifiesto la necesidad de adaptar a este nuevo entorno la regulación de la responsabilidad de estos prestadores por los contenidos ajenos que almacenan. En efecto, como veremos, se ha ido imponiendo a los mismos una concreta diligencia dirigida a conocer y bloquear los contenidos ilícitos ajenos, con el fin de evitar la comisión de ilícitos a través de sus espacios web. Precisamente, en este trabajo analizamos estos criterios que se han ido consagrando en determinados escenarios por la legislación más actual y la jurisprudencia de nuestro país.

Ejemplo paradigmático de lo que venimos afirmando es el tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad de los titulares de los foros de discusión disponibles en Internet, por la opinión manifestada por sus usuarios. En efecto, estos han adquirido un protagonismo especialmente relevante en la jurisprudencia, fundamentalmente por infracciones al derecho al honor de terceros por las opiniones publicadas por sus usuarios. Como veremos, se ha consagrado para estos una diligencia específica en orden a detectar e impedir conductas ilícitas a través de los foros de los que son titulares.

Asimismo, sobre la responsabilidad civil de los prestadores de alojamiento, se ha dado un nuevo paso en el ámbito europeo con la regulación contenida en el art. 17 de la Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (en adelante, DDA) que regula la responsabilidad de los prestadores de servicios de intercambio de

básica en la que se funda la LSSICE entre prestadores de servicios de intermediación y meros proveedores de contenidos condicionante del alcance de la responsabilidad en esos textos normativos. Algunos tradicionales proveedores de contenidos como periódicos, emisoras de radio y cadenas de televisión, junto con la puesta a disposición de contenidos que le son propios, dan cabida en sus espacios de Internet a contenidos introducidos por terceros, por ejemplo, a través de foros de comentarios de noticias.

contenidos cargados por los usuarios por las infracciones que se cometan en materia de propiedad intelectual. Como veremos, esta regulación ofrece una nueva respuesta al ya clásico enfrentamiento entre los titulares de derechos de autor y las plataformas que ponen a disposición del público contenidos protegidos. En ella, se regula la diligencia exigible a estos prestadores en orden a evitar estas infracciones y constituye un importante avance para equilibrar el conflicto de intereses planteado en este caso.

Por último, y aún sin respuesta legislativa, nos detendremos en la diligencia exigible a las redes sociales. No cabe duda de que estas constituyen, hoy día, uno de los medios más usados por los internautas para publicar contenidos, muchos de ellos ilícitos. En este sentido, entendemos que estas plataformas han de asumir determinados deberes de cuidado para evitar muchas de las infracciones que se realizan a través de Internet y que tienen, como vehículo fundamental, estos nuevos servicios de alojamiento.

En definitiva, pondremos de manifiesto la diligencia exigible a estos prestadores de alojamiento en orden a evitar la comisión de infracciones a través de sus espacios web. En cualquier caso, el punto de partida se encuentra en la regulación contenida en el art. 16 LSSICE pensada para el alojamiento *web* puramente técnico y neutral, que fue el escenario que se tuvo en cuenta al regular la responsabilidad civil de los prestadores de alojamiento.

3. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE ALOJAMIENTO WEB: FUNDAMENTO Y CUESTIONAMIENTO ACTUAL

Como hemos señalado, el prestador de alojamiento es aquella persona física o jurídica que almacena, en su propio servidor o en un espacio *web* del que es titular, contenidos elaborados por terceros. Este, en principio, se limita a poner a disposición de los destinatarios los medios técnicos necesarios para que estos puedan hacer accesibles en Internet lo que deseen.

Respecto a las características que han de reunir estos servicios para quedar sometidos a la LSSICE, son, esencialmente, que se presten a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario (Anexo Definiciones letras a) y b) LSSICE).

En relación con la onerosidad del servicio, debemos aclarar que no se exige que se preste siempre a cambio de un precio. En efecto, el concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el

prestador de servicios (Anexo Definiciones, letra a), párrafo segundo LSSICE). De este modo, quedan incluidos aquellos servicios de alojamiento gratuitos para los usuarios a través de los cuales el prestador obtiene beneficios, por ejemplo, mediante la inclusión de *banners* publicitarios o mediante la explotación económica de los datos personales de sus usuarios¹¹.

Siguiendo la letra de la Ley, no se encuentran dentro de su ámbito subjetivo de aplicación aquellos intermediarios que no obtienen ningún beneficio económico a través de su actividad. Así, por ejemplo, cuando se trate de una *web* personal en la que se incluya, por ejemplo, un foro de opinión. No obstante, la doctrina mayoritaria entiende que no existen diferencias sustanciales en uno u otro caso que justifiquen una diferencia de tratamiento y, en consecuencia, que cabe perfectamente aplicar analógicamente el régimen del art. 16 LSSICE a los supuestos en los que el prestador de alojamiento no realiza una actividad económica. En efecto, en ambos casos se presta un servicio de intermediación respecto del contenido alojado, lo que constituye el fundamento del régimen contenido en la LSSICE¹². Por ello, la regulación contenida en dicho precepto ha de ser aplicable a todos los prestadores de alojamiento de datos, con

¹¹ DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet, op. cit.*, pp. 130-131. LÓPEZ RICHART, Julián, «Difamación en la web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento», *Derecho privado y Constitución* (2012), núm. 26, p. 160. En concreto, respecto a la actividad de las redes sociales, es más que evidente que el usuario paga con sus datos como indica SOLER PRESAS, ANA, «¿Am I in Facebook? Sobre la responsabilidad civil de las redes sociales *on-line* por la lesión de los derechos de la personalidad, en particular por usos no consentidos de la imagen de un sujeto», *Indret* (2011), núm. 3, p. 37. De hecho, esta situación ya es reconocida por el legislador europeo en la Directiva 2019/770, de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, que incluye dentro de su ámbito objetivo de aplicación a aquellos contratos en los que el consumidor facilita o se compromete a facilitar datos personales al empresario, salvo cuando los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que esté sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin (art. 3.1, párrafo segundo).

¹² De esta opinión, DE MIGUEL ASENSIO, *Idem*, p. 257. PEGUERA POCH, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet, op. cit.*, p. 218. También HERRACH ARMO, Josep Gunnar, «La responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento por comentarios de terceros publicados en páginas web», *La Ley Unión Europea* (2016), núm. 38, p. 8. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, «La responsabilidad civil en Internet», en AA.VV., *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 108. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, José Javier, «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información», en AA.VV., *La responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 1119. De esta opinión, también, LÓPEZ RICHART, «Difamación en la web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento», *op. cit.*, p. 126 que determina con buen criterio que «el fundamento de la exclusión de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación no reside en el carácter económico de su actividad, si no en el papel neutro o pasivo del intermediario en relación con los datos provenientes de terceros» y, en este sentido, «se impone una aplicación analógica de las reglas de exclusión de responsabilidad a quienes prestan servicios de intermediación sin mediar una actividad económica».

independencia de que obtengan beneficios económicos a través de la actividad de intermediación realizada.

Igualmente, se requiere que el servicio se preste a distancia y por vía electrónica. Como sabemos, este requisito estará presente en la mayoría de los casos de alojamiento *web* pues los datos se suben o cargan al espacio asignado de forma telemática, sin que se requiera para la prestación del servicio la presencia física de las partes¹³. Por último, se exige que el servicio se preste a petición individual del destinatario, lo que ocurre siempre en esta actividad de alojamiento¹⁴.

Si el prestador de alojamiento reúne los requisitos que acabamos de indicar, quedará sometido al régimen de (exención de) responsabilidad contenido en el art. 16 LSSICE que dispone expresamente que:

«1. 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, siempre que:

- a. No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o,
- b. Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse¹⁵.

¹³ Según el art. 1 de la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, tal y como ha quedado modificado por la Directiva 98/48/CE, un servicio a distancia es un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente, y por vía electrónica, un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético.

¹⁴ En efecto, esta característica se establece para diferenciar los servicios punto a punto de aquellos que se realizan punto a multipunto, como los de radiodifusión sonora y televisiva. En cualquier caso, como pone de manifiesto GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información», *op. cit.*, p. 1118, en la práctica la distinción resulta mucho más complicada pues hoy día existen servicios mixtos, como la televisión interactiva, que se trata de una comunicación audiovisual que se realiza a petición individual del destinatario.

¹⁵ Sobre esta última expresión («y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse»), surgió en los inicios de aplicación del precepto dos interpretaciones contrapuestas. Una interpretación restrictiva de esta expresión, que defendía que el legislador quería referirse,

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador».

De acuerdo con esta regulación, se fija un régimen de exención de responsabilidad (denominado de «puerto seguro» o *safe harbor*) de los prestadores de servicios de alojamiento de datos con el fin fundamental de que los que ponen a disposición de los usuarios las herramientas técnicas imprescindibles para el desarrollo de Internet, no se vean perjudicados con la imposición de límites que impidan el buen funcionamiento de su actividad¹⁶. En efecto, debemos tener en cuenta que estos operadores son meros intermediarios técnicos de la información que distribuyen, almacenan o transmiten, de tal forma que, en principio, no influyen ni controlan el contenido de la misma. En este sentido, no podían ser equiparados, por ejemplo, a los editores o directores de periódicos pues estos sí ejercen un control sobre lo publicado y, en virtud de ello, son

exclusivamente, a una futura actuación legislativa en la que se previeran otros procedimientos de conocimiento efectivo por parte del prestador. En este sentido, se estableció que mientras no existiera dicha regulación, los únicos medios para alcanzar este conocimiento serían los expresamente contemplados en la norma, estos son, la existencia de una resolución previa o mediante la implementación de procedimientos voluntarios por parte del prestador del servicio (así es, por ejemplo, en la legislación italiana que exige una comunicación de la autoridad judicial o administrativa para que nazca la obligación de retirada de la información *ex art. 16 Decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70*). No obstante, la interpretación que finalmente prevaleció fue aquella en virtud de la cual el legislador quiso, por un lado, establecer una presunción *iuris et de iure* de conocimiento efectivo en el caso de que existiera una resolución declarando la ilicitud de los datos y el prestador la conociera, por ejemplo, por la notificación fehaciente por parte del tribunal y, por otro, determinar de forma amplia y genérica la posibilidad de que se adquiriera dicho conocimiento en virtud de acuerdos voluntarios u otros medios. Siguiendo esta última corriente interpretativa (que fue la que finalmente se impuso), la STS (1ª) 9 diciembre 2009 (RJ 2010\131) estableció que «no es conforme a la Directiva -cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios- una interpretación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2002 como la propuesta por la recurrente (la interpretación restrictiva), ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del «conocimiento efectivo» de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo». Igualmente, la STS (1ª) 7 enero 2014 (RJ 2014\773), estableció al respecto que: «No obsta a lo anterior el que no haya precedido ninguna resolución judicial que declarase la ilicitud del contenido de las manifestaciones, pues es claro que, en el actual mundo de las telecomunicaciones, caracterizado por la facilidad y rapidez de difusión de los datos, remitir al perjudicado a la previa obtención de una declaración formal de ilicitud, cuando la intromisión en el derecho fundamental al honor es tan notoria como en el caso que nos ocupa, multiplicaría los perjuicios ocasionados, hasta el extremo de que, cuando obtuviese respuesta a la tutela judicial pretendida, aquellos perjuicios pudieran ser ya irreparables».

¹⁶ En efecto, como pone de manifiesto RUBÍ PUIG, Antoni, «Derecho al honor online y responsabilidad civil de ISPs. El requisito del conocimiento efectivo en las SSTs, Sala primera, de 9 de diciembre de 2009 y 18 de mayo de 2010», *InDret* (2010), núm. 4, p. 4, la decisión que se tomara en su momento al respecto influiría, sin duda, en el propio funcionamiento de Internet.

responsables solidarios, junto con el autor, de los daños y perjuicios ocasionados¹⁷. Se optó, además, por una regulación horizontal, incluyéndose en su ámbito de aplicación tanto la responsabilidad civil como penal y administrativa, y sin distinción entre información o material ilícito por infracción de derechos de autor, vulneradores de intimidad u otros¹⁸.

Como sabemos, este artículo es fruto de la trasposición a nuestro ordenamiento del art. 14 de la Directiva 200/31/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 (en adelante, DCE)¹⁹. En este contexto, la cuestión de la responsabilidad de los intermediarios planteó un conflicto de intereses en juego, a saber, los de los propios prestadores, para los que la posibilidad de ser declarados responsables por contenidos ilícitos ajenos determinaba un importante riesgo económico y, en el lado opuesto, los intereses de los perjudicados por contenidos ilícitos, para los que era de gran importancia saber si

¹⁷ Art. 65.2 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta: «La responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario». En este sentido también JULIÁ BARCELÓ, Rosa, «La responsabilidad de los intermediarios de Internet en la Directiva de Comercio Electrónico: problemas no resueltos», *Revista de la Contratación Electrónica* (2000), núm. 6, p. 17. APARICIO BARINAGA, «Responsabilidad por los contenidos ilícitos y nocivos en Internet», *op. cit.*, p. 396. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, «La responsabilidad civil de los servicios de la sociedad de la información en la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación», en AA.VV., *Perfiles de la responsabilidad Civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 127. También la SAP Lugo (1ª) 9 julio 2009 (JUR 2009\328919), determinó expresamente al respecto que «no puede aplicarse analógicamente al caso que nos ocupa el régimen jurídico de la prensa (incluso ello antes de la transposición al Derecho interno de la Directiva que había sido ampliamente criticado por la doctrina), pues son situaciones diferentes. Un editor tiene facultades de control y supervisión, mientras que, como se examinará, en el foro es imposible. Por imperativo legal, no responderá el servidor o almacenador, como regla general, salvo cuando realice un acto positivo, más allá de la simple facilitación de un servicio, mediante la creación de contenidos propios o seleccionando ajenos, o cuando tenga conocimiento efectivo de que la información almacenada es ilícita, y finalmente no actúe con diligencia para retirar tales datos».

¹⁸ DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet*, *op. cit.*, p. 181.

¹⁹ Art. 14 DCE: «1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que: a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que, b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible. 2. El apartado 1 no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios. 3. El presente artículo no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios de poner fin a una infracción o impedir la, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos».

podían dirigirse contra los que actuaron como intermediarios en la publicación de los mismos.

Además, existe desde su inicio una idea de cierta democratización en la Red que ha primado la libertad de los que acceden a la misma publicando contenidos de todo tipo. Se ha dado una dimensión política a esta libertad, de forma que ya en la DCE se manifiesta una inquietud por defender la libertad de expresión en Internet²⁰. Igualmente, no podemos olvidar que el objetivo fundamental de la legislación europea era, como se dispone expresamente en los considerandos uno y dos de la DCE, fomentar la sociedad de la información y del conocimiento, pues se vio en esta una fuente de progreso fundamental²¹.

Todas estas circunstancias determinaron que se optara por un régimen que asegurara que quienes prestaran ciertos servicios de intermediación quedaran exentos de responsabilidad siempre que se cumplieran determinados requisitos que dependían de la naturaleza de la actividad²². Igualmente, quedaban exentos de supervisar los

²⁰ CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad civil en Internet», *op. cit.*, p. 113. Ello puede observarse en el considerando 9 DCE cuando dispone que: «La libre circulación de los servicios de la sociedad de la información puede constituir, en muchos casos, un reflejo específico en el Derecho comunitario de un principio más general, esto es, de la libertad de expresión consagrada en el apartado 1 del artículo 10 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, ratificado por todos los Estados miembros; por esta razón, las Directivas que tratan de la prestación de servicios de la sociedad de la información deben garantizar que se pueda desempeñar esta actividad libremente en virtud de dicho artículo, quedando condicionada únicamente a las restricciones establecidas en el apartado 2 de dicho artículo y en el apartado 1 del artículo 46 del Tratado».

²¹ Considerando 1: «La Unión Europea tiene como objetivo crear una unión cada vez más estrecha entre los Estados y los pueblos europeos, así como asegurar el progreso económico y social. De conformidad con el apartado 2 del artículo 14 del Tratado, el mercado interior supone un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías y servicios y la libertad de establecimiento están garantizadas. El desarrollo de los servicios de la sociedad de la información en el espacio sin fronteras interiores es un medio esencial para eliminar las barreras que dividen a los pueblos europeos». Considerando 2: «El desarrollo del comercio electrónico en la sociedad de la información ofrece importantes oportunidades para el empleo en la Comunidad, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, que facilitará el crecimiento de las empresas europeas, así como las inversiones en innovación, y también puede incrementar la competitividad de la industria europea, siempre y cuando Internet sea accesible para todos». Pone de manifiesto las razones de estas excepciones a la responsabilidad indirecta de los servicios intermediarios, entre otros, ORTEGO RUIZ, *Prestadores de servicios de Internet y alojamiento de contenidos ilícitos*, *op. cit.*, p. 34, que señala que «la razón de ser de la DCE no era establecer un régimen mínimo de responsabilidad de los PSSI, sino de blindarles -mediante la creación de una zona de exención de responsabilidad- frente a la inseguridad jurídica que sufrían derivada de la posible aplicación de otros regímenes de responsabilidad, los de los Estados miembros, de manera que se favoreciera la prestación transfronteriza de servicios de la sociedad de la información».

²² En concreto, en la LSSICE, el art. 14 determina la responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso. El art. 15, la responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios. El art. 16, la responsabilidad de los prestadores de

contenidos que almacenaban en sus propios servidores, dispensándoles, por tanto, de realizar una labor de búsqueda de posibles actividades de carácter ilícito que pudieran desarrollarse a través de las herramientas que ponen a disposición de los usuarios (art. 15 DCE). Se determinó, en consecuencia, que solo podían ser declarados responsables cuando adquirieran un conocimiento efectivo de la ilicitud y no actuaran con prontitud para retirarla, diseñándose un sistema de puertos seguros a través de los cuales los prestadores podían exonerarse de responsabilidad por los contenidos ilícitos que alojaban en sus servidores.

No obstante, como ya hemos puesto de manifiesto, la propia evolución de Internet y la aparición de nuevos servicios de alojamiento de muy diversa índole y naturaleza, han puesto de manifiesto la necesidad de adaptar esta normativa a los distintos conflictos que se han ido generando en la práctica. En este sentido, debemos tener en cuenta que la mayoría de los supuestos resueltos por la jurisprudencia no se han planteado entre prestadores de alojamiento web (*hosting*) y terceros afectados por la publicación a través de sus servidores de una información ilícita. Por el contrario, los conflictos más representativos, al menos en el orden civil, se han generado en distintos tipos de alojamiento de espacios virtuales disponibles al público, en la mayoría de los casos, sin tener que pagar un precio en dinero. Espacios caracterizados, igualmente, por la intervención, más o menos intensa, del proveedor en la organización de la información ajena publicada.

Como ya se ha apuntado, estas y otras circunstancias han determinado la adaptación de la normativa prevista con carácter general a estos supuestos de alojamiento, con el fin fundamental de dar una respuesta adecuada al conflicto de intereses planteado y a la nueva realidad en la que se desenvuelven los mismos.

Prueba de ello es el tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad de los titulares de los foros de debate y discusión disponibles en Internet, para los que se ha consagrado, como veremos, una diligencia específica dirigida a detectar y bloquear la información claramente ilícita que almacenen. También, la nueva regulación contenida en el art. 17

servicios de alojamiento o almacenamiento de datos y, por último, el art. 17, la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda. Este régimen se basa, como expone CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad civil en Internet», *op. cit.*, pp. 110-111, en dos criterios fundamentalmente. Por un lado, en la «neutralidad tecnológica» que incluye los servicios de acceso y por otro, el basado en el «conocimiento efectivo» que incluye los servicios de alojamiento, buscadores y enlaces. Por último, el servicio de *caching* recibe un tratamiento mixto, que combina ambos regímenes. Al margen de la responsabilidad civil y penal, también se regula en el art. 11 LSSICE los deberes de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación con los órganos competentes cuando estos ordenen la retirada de contenidos o la interrupción de un servicio de la sociedad de la información.

DDA aplicable a los prestadores de alojamiento de contenidos de obras protegidas, para los que se consagra un nuevo deber de diligencia en orden a evitar las infracciones de derechos de autor a través de sus espacios *web*. Por último, estudiaremos la posibilidad de aplicar estos nuevos criterios a las redes sociales que tanto protagonismo e impacto tienen actualmente.

Este recorrido nos servirá para concluir que, efectivamente, se exige a determinados prestadores de alojamiento que actúen de forma diligente para evitar la comisión de ilícitos a través de sus espacios web y, en consecuencia, para estos se reducen considerablemente los supuestos de exoneración de responsabilidad tal y como fueron planteados en la DCE y la LSSICE.

4. LA JURISPRUDENCIA EN TORNO A LA DILIGENCIA EXIGIBLE A LOS TITULARES DE LOS FOROS DE DEBATE Y DISCUSIÓN DISPONIBLES EN INTERNET

Los foros de debate y discusión son, esencialmente, espacios web en el que los usuarios pueden escribir lo que deseen, opinando sobre la temática establecida en el mismo, creándose de este modo un hilo de conversación entre sus participantes. La característica fundamental de estos foros es que todos los usuarios pueden ver y contestar cualquier opinión publicada, siempre que hayan cumplido con los requisitos impuestos por la página web en cuestión. Frecuentemente, se exige el registro previo en la misma mediante la aportación de determinados datos personales del usuario. En cualquier caso, son espacios en los que es fácil mantener el anonimato (usando un seudónimo) o emplear una identidad falsa con el único objetivo de publicar una opinión o una información, pues no suele comprobarse la veracidad de los datos usados para el registro. También conviene destacar que habitualmente son gratuitos para los que deseen registrarse, lo que sin duda promueve su utilización masiva.

Precisamente, uno de los conflictos más frecuentes en estos espacios es la publicación de opiniones que suponen una infracción al derecho al honor de un tercero. En efecto, es bastante común que ante una noticia o hecho controvertido objeto de debate en el foro, algunos usuarios se lancen a publicar opiniones que finalmente lesionan el derecho al honor de un sujeto. Teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos será imposible identificar al infractor, se plantea la responsabilidad del titular del foro por las opiniones expresadas en el mismo, teniendo en cuenta que este ha sido el vehículo usado por el sujeto para publicar el contenido que resulta finalmente ilícito.

Estos foros se han calificado como servicios de alojamiento de datos y, en consecuencia, la responsabilidad en la que pudieran incurrir por contenidos ajenos está

regulada, en principio y conforme a esta calificación, en el art. 16 LSSICE. Como hemos visto, de acuerdo con esta norma sólo podrán ser declarados responsables en los casos en los que hayan adquirido un conocimiento efectivo de la ilicitud de la información y no la hayan retirado de forma diligente. Aunque según la literalidad del precepto, la diligencia parece exigirse sólo en la retirada de la información una vez que es conocida su ilicitud, los tribunales han concretado también el deber de cuidado exigible a estos servicios en orden a alcanzar este conocimiento efectivo.

En efecto, se ha consolidado en la jurisprudencia la obligación por parte de los titulares de los foros de llevar a cabo un control sobre lo que publican los usuarios, de forma que parece que se consagra un «deber de conocer» e incluso un «deber de controlar», bien por contar con un administrador, bien por el simple hecho de abrir el foro. Así, por ejemplo, en la STS (1ª) 7 enero 2014 (RJ 2014\773), se acoge este criterio en un caso sobre la publicación de determinadas opiniones claramente vejatorias en un foro, condenando al titular de la página *web* al entender que, si bien no podía filtrar *a priori* la información que a través de sus foros de Internet se incorporaba, contaba en su página *web* con sistemas de control o moderación de su contenido, «de manera que debió reaccionar frente al mismo y prohibir el acceso a la página, nada de lo cual hizo». También se determinó que el prestador conocía la información publicada en un foro abierto, en la SAP Badajoz (3ª) 17 septiembre 2010 (AC 2010/1375). En ella se estableció expresamente que:

«En este caso, es claro que, creada la página precisamente para recibir determinados contenidos -esas sugerencias y opiniones a las que insistentemente se refieren los apelantes-, ha de entenderse que quienes eran titulares del dominio y de la página lógicamente examinarían su contenido, y del mismo modo que tuvieron a su disposición y conocieron esas sugerencias, también lo tenían de los contenidos injuriosos, o, desde luego, posibilidad de tenerlo, con lo que la vulneración del derecho al honor que se ha llevado a efecto a través de la página *web* examinada ha de entenderse cometida por quienes tenían la posibilidad de seleccionar el contenido de lo que se transmitía y difundía a los usuarios, bien por sí mismos o bien a través del administrador de la página»²³.

²³ Igualmente, la SAP Barcelona (19ª) 29 noviembre 2010 (AC 2011\141) determina expresamente en su Fundamento de Derecho Tercero que: «se ha de concluir en que *la instalación de los foros en las páginas web exige un plus del deber de control de los contenidos para evitar actos claramente delictivos, o hechos atentatorios al honor, intimidad o dignidad de las personas*. En el supuesto que nos ocupa no ha habido intervención de los moderadores para controlar lo que se denomina por los usuarios un ataque «Troll», que, con diferentes formas, pretende provocar controversia sobre un tema o contra alguien mediante expresiones u opiniones groseras, insultantes, ofensivas e incluso amenazantes de considerable gravedad. Esta práctica no suele ser admitida por la mayoría de los usuarios de los foros, de forma que

Se estableció, por tanto, la obligación del titular de la página de examinar el contenido alojado con el fin de asegurarse de que no se difundía ningún mensaje contrario al derecho al honor de un tercero. Del mismo modo, la STS (1ª) 26 febrero 2013 (RJ 2013\2580), en referencia también a un foro de debate, declaró que:

«Esta Sala estima que la entidad demandada, como titular de la página web y creadora del foro de debate abierto, *debió extremar las precauciones y ejercer un mayor control sobre las opiniones y comentarios alojados*, cuyas connotaciones despectivas y peyorativas para el demandante no podían pasarle inadvertidas, pese a que del contenido del burofax no se desprendiera qué comentarios eran los que se consideraban ofensivos y procurar de este modo la pronta retirada de aquellos que manifiesta e inequívocamente aparecían como gravemente injuriosos o incitadores a la violencia. No puede pasar inadvertido el papel desempeñado por el titular de la página que no solo alberga un contenido externo, sino que genera la posibilidad de realizar comentarios, incorporándolos a la noticia y permite que se consideren como elemento de valoración de la misma»²⁴ (la cursiva es nuestra).

Sobre esta cuestión es paradigmática igualmente la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos de 10 de octubre de 2013 (TEDH 2013\85) en el asunto *Delfi vs. Estonia* por la cual se condena civilmente al portal de noticias *Delfi* por comentarios realizados por sus usuarios en el foro abierto por dicha plataforma para comentar las noticias que publicaban. En la citada sentencia se pone de manifiesto que el portal, cuya función principal es publicar noticias a partir de las cuales abría un foro para su comentario, podía apreciar fácilmente el riesgo de que los usuarios publicaran insultos cuando la noticia, como fue el caso, generaba cierta polémica (apartado 86). Igualmente, se destacaba que en el citado portal web existían mecanismos de control tales como sistemas automáticos de detección de palabras obscenas, un sistema de notificaciones específico para los posibles perjudicados e, igualmente, un administrador que borraba aquellos comentarios que consideraba inapropiados (apartado 87). Todos estos mecanismos resultaron insuficientes, a la postre, para evitar la publicación durante seis semanas de un comentario claramente difamatorio (apartado 89). El tribunal condena a la empresa a responder por dichos comentarios, a pesar de que eliminó el mismo en cuanto tuvo conocimiento de su existencia por la comunicación hecha por el mismo perjudicado. Aunque la consecuencia fundamental de la sentencia

los moderadores han de intervenir, cerrando el tema. Los moderadores han de luchar contra esta clase de prácticas, y contra las amenazas de carácter agresivo e insultos. Es el «administrador» quien ha de actuar en caso de no actuación de los moderadores, hecho que, además, consta en las propias Normas Generales de Zona foro de la demandada» (la cursiva es nuestra).

²⁴ En este caso, además, el perjudicado envió un fax solicitando la retirada de los comentarios que la demandada rehusó en recibir, lo que a juicio del Tribunal Supremo determinó, junto a las razones antes expuestas, que la demandada no agotara la diligencia exigida.

es que los Tribunales estonios no vulneraron el derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH) al condenar al portal de noticias *Delfi*, determina que esta es responsable por los comentarios de terceros que albergaba en su página web²⁵.

Como puede deducirse de las resoluciones citadas, el fundamento de esta diligencia cualificada en orden a conocer y retirar los comentarios ilícitos parece encontrarse en la actividad de alojamiento concreta que realizan estos prestadores. En esta línea, las citadas sentencias fundamentan su decisión en la existencia de mecanismos de control, supervisión y moderación que permiten a los titulares de los foros de debate y discusión detectar y, en consecuencia, retirar las opiniones que sean manifiestamente atentatorias del derecho al honor de una persona. De esta forma, se entiende que aquel que pone a disposición de los usuarios un espacio para que puedan opinar lo que deseen, también tiene que extremar las precauciones con el fin de retirar aquellos comentarios claramente contrarios al ordenamiento jurídico.

En consecuencia, de acuerdo con la diligencia exigible a estas plataformas, podemos concluir que el prestador de alojamiento cuya función principal consista en albergar opiniones de sus usuarios, deberá realizar el esfuerzo que esté en su mano para detectar y bloquear aquellas que sean manifiestamente contrarias al ordenamiento, siendo responsable, junto con el autor de las mismas, siempre que pudiendo retirarla no lo haya hecho en un tiempo razonable. Al fin y al cabo, se impone a los prestadores de estos servicios un deber de controlar y supervisar las opiniones publicadas en sus espacios web, a través de mecanismos como la inclusión de moderadores del foro cuya obligación principal es la de retirar aquellos contenidos manifiestamente ilícitos.

²⁵ Igual criterio sigue este Tribunal en su sentencia de 2 de febrero de 2016 (TEDH 2016\25), en el asunto *Magyar v. Hungary*, no obstante, en este caso, se absuelve a los portales que albergaban los comentarios de terceros. En este caso existen diferencias fundamentales con el caso *Delfi* que determinan la diferencia en el fallo. En primer lugar, los comentarios no resultaban manifiestamente ilegales (párrafo 75), además de que retiraron los mismos en el momento en que les llegó la demanda (párrafo 80), sin que recibieran previamente ninguna notificación de la persona afectada a pesar de que las plataformas demandadas contaban con un sistema de notificaciones. Se acaba concluyendo que este sistema podría haber proporcionado una vía muy útil para proteger la reputación comercial del demandante. No obstante, el tribunal determina que en los casos en que los comentarios de terceros utilicen discursos de odio y/o amenazas directas a la integridad física de las personas, los derechos e intereses de los demás y de la sociedad en su conjunto podrán dar derecho a los Estados a imponer la responsabilidad sobre los portales de noticias de Internet si no toman medidas para eliminar comentarios claramente ilegales sin demora, incluso sin previo aviso de la presunta víctima o de terceros (párrafo 91). De esta forma, podemos concluir con HORRACH ARMO, «La responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento por los comentarios de terceros publicados en páginas web», *op. cit.*, p. 5, que en el caso de que se esté ante graves ofensas a los derechos de terceros se impone a los portales un deber de diligencia superior en atención a los bienes jurídicos en juego, dado que el riesgo para las víctimas es más elevado.

Podría argumentarse en contra de la imposición de este deber, el peligro, tantas veces puesto de manifiesto, de convertir al prestador de servicios de alojamiento en un órgano censor de las opiniones publicadas en Internet, otorgándoles el poder de decidir, en último extremo, qué contenidos están disponibles en la Red. No obstante, si se piensa bien, esta facultad la tendrá siempre el prestador que, en virtud de la libertad de empresa que le ampara, podrá decidir libremente si quiere o no publicar determinados contenidos en su espacio *web*.

Por otro lado, el hecho de exigir que el contenido revele indiscutiblemente su carácter ilícito puede ser una vía más que suficiente para impedir que contenidos perfectamente legales sean retirados.

Por ello entendemos que resultará relevante, tal y como ha consagrado la jurisprudencia, que el contenido manifieste de forma indiscutible su carácter ilícito para que nazca la obligación de bloquear o impedir su acceso. Esta exigencia se fundamenta también en proteger el interés del propio prestador que no tiene por qué conocer los límites a la libertad de expresión e información que se han ido configurando fundamentalmente por el Tribunal Constitucional en las diversas resoluciones judiciales que se han dictado al respecto. Por ello, ha de entenderse que aquellos casos dudosos en los que no se aprecia de forma muy relevante y manifiesta la ilicitud de la información u opinión publicada, no nacerá la obligación de retirar el comentario²⁶.

Por otro lado, esta obligación parece chocar con el art. 15 DCE que, como hemos visto, impide a los Estados miembros que impongan a los prestadores una obligación de supervisar la información que alojan. No obstante, creemos que para determinados casos en los que el prestador asume cierto control de la información, cabe imponer una obligación de revisión siempre, tal y como planteamos, *ex post*, esto es, una obligación de retirada de la información y no un control *ex ante* de la misma (que, en cualquier caso, podría asumir el prestador *motu proprio*). De esta forma, una vez publicada la información, cabe exigir al titular del foro que extreme el cuidado en orden a conocer si esta es manifiestamente ilícita empleando los medios técnicos que estén a su alcance.

²⁶ LÓPEZ RICHART, «Difamación en la web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento», *op. cit.*, p. 179. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet*, *op. cit.*, p. 262. CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad civil en Internet», *op. cit.*, p. 116 habla de la «auto-evidencia» de la ilegalidad, es decir, que la misma resulte sin género de dudas de la simple visión de los materiales afectados. En concreto el autor considera que faltaría siempre dicho requisito en informaciones que lesionan el derecho al honor de una persona si su ilegalidad depende de la veracidad de la información y esta resulta mínimamente verosímil.

Recuérdese que el propio art. 16 prevé que pueden establecerse otros medios de conocimiento efectivo, entre los que podría figurar la implementación de determinadas herramientas (por ejemplo, moderadores o administradores) en servicios como el que nos ocupa, en los que el riesgo de albergar un contenido ilícito es, como se ha demostrado en la práctica, bastante elevado²⁷.

5. LA DILIGENCIA EXIGIBLE A LOS PROVEEDORES DE CONTENIDOS CARGADOS POR LOS USUARIOS EN LA NUEVA DIRECTIVA DE DERECHOS DE AUTOR EN EL MERCADO DIGITAL

Otro de los conflictos habituales que ha tenido lugar en la Red ha sido el que enfrenta a los prestadores de alojamiento de contenidos ajenos con los titulares de los derechos de autor cuando estos contenidos se refieren a obras protegidas²⁸. En efecto, se han popularizado las plataformas a través de las cuales se comparten contenidos en línea (como ejemplos paradigmáticos podríamos citar *YouTube*, *Dailymotion*, *Vimeo* o *Pinterest*²⁹), muchos de los cuales constituyen obras protegidas por derechos de autor, lo que ha propiciado un enfrentamiento entre estas, cuyo modelo de negocio se basa, precisamente, en almacenar contenidos cargados por terceros y los autores de dichas obras, que denuncian el desequilibrio existente entre el valor añadido que estas plataformas obtienen de las obras protegidas y el retorno que reciben a cambio los titulares de las mismas (denominado *value gap*)³⁰.

²⁷ Consolidada esta interpretación en los Tribunales, podría ser conveniente regular la actividad de estos servicios en los que el PSI realiza una actividad consistente en publicar comentarios de terceros, sobre los que no ejerce ninguna autoridad, pero sí cierto control a través de diversos mecanismos. El desarrollo reglamentario de esta diligencia podría concretarse en la obligación de contar con moderadores o administradores encargados de supervisar las opiniones publicadas y en retirar aquellas que se manifiesten claramente contrarias al ordenamiento jurídico. En nuestra opinión, ello aportaría mayor seguridad jurídica y, en consecuencia, más confianza en los sujetos intervinientes en este tipo de servicios.

²⁸ Muestra de este conflicto es la cantidad de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que resuelven la cuestión de la responsabilidad de los prestadores de alojamiento por infracciones cometidas por sus usuarios en materia de propiedad intelectual en general y de derechos de autor, en particular. Como más representativas, véanse STJUE 24 noviembre 2011 (TJCE 2011\377. Asunto C 70/10, *Scarlet Extended SA* contra *Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL, SABAM*), STJUE 16 febrero 2012 (TJCE 2012\27. Asunto C-360/10 *Sabam* contra *Netlog*), STJUE 27 marzo 2014 (TJCE 2014\86. Asunto C-314/12, *Telekabel Wien GmbH* contra *Constantin Film Verleih GmbH* y *Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*).

²⁹ LÓPEZ RICHART, Julián, «Un nuevo régimen de responsabilidad para las plataformas de almacenamiento de contenidos generados por usuarios en el mercado único digital», *Revista de Propiedad Intelectual* (2018), núm. 60, p. 90.

³⁰ LÓPEZ RICHART, *Idem*, p. 86. SERRANO GÓMEZ, Eduardo, «Los prestadores de servicios para compartir en línea contenidos cargados por los usuarios», en AA.VV., *Medios de comunicación, contenidos digitales y derecho de autor*, Reus, Madrid, 2019, pp. 60-61.

Hasta ahora estos prestadores habían sido calificados como prestadores de servicios de alojamiento de datos, lo que determinaba que se pudieran acoger a los criterios de exención de responsabilidad establecidos en el art. 16 LSSICE³¹. De esta forma, salvo que se acreditara el conocimiento efectivo de la ilicitud y la negligencia en la retirada del contenido una vez adquirido el mismo, estos prestadores nunca eran declarados responsables por los contenidos almacenados por sus usuarios que fueran contrarios al ordenamiento jurídico (fundamentalmente, por infracción de derechos de autor)³². En

³¹ Siguiendo la línea de la LSSICE, el art. 138, párrafo segundo del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual dispone que: «Tendrá también la consideración de responsable de la infracción quien induzca a sabiendas la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor. *Lo anterior no afecta a las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los artículos 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la medida en que se cumplan los requisitos legales establecidos en dicha ley para su aplicación*» (la cursiva es nuestra).

³² Sobre esta cuestión, es sobradamente conocido el caso de Telecinco contra *YouTube*, resuelto por la SAP Madrid (28ª) 14 enero 2014 (JUR 2014\36900). Gestevisión Telecinco, S.A. y Telecinco cinema, S.A.U. presentaron una demanda contra *YouTube* a raíz de la difusión y utilización de emisiones y grabaciones audiovisuales sobre las que las demandantes ostentaban derechos de propiedad intelectual. Las entidades actoras pretendían el cese de dicha utilización y la condena de la demandada a la indemnización de los daños y perjuicios causados. Se resuelve el conflicto absolviendo a *YouTube* de todas las peticiones formuladas, argumentándose básicamente, lo siguiente. En primer lugar, se determina que *YouTube* realiza una labor de intermediación puramente técnica y neutral sin que quepa afirmar que desempeña un papel pro-activo en la subida, selección o reproducción de los vídeos que impida acogerse al sistema de responsabilidad establecido en el art. 16 LSSICE. En segundo lugar, se estableció que la demandada carecía del conocimiento efectivo exigido en el art. 16 LSSICE pues las comunicaciones de las demandantes poniendo de manifiesto la política de Telecinco de no conceder licencia alguna sobre sus programas, y las advertencias de corte genérico relativas a la puesta a disposición en la plataforma de archivos que comportaban una vulneración de los derechos sobre determinadas obras, no podían suponer una notificación suficiente como para presumir que se adquirió dicho conocimiento. Por último, se determinó por el propio tribunal que no procede imponer a *YouTube* obligación de supervisión general y activa sobre los contenidos subidos a su plataforma. No obstante, el Tribunal Supremo ha mantenido en sus últimas sentencias un criterio diferente en cuanto a la calificación de determinados servicios como de intermediarios técnicos y neutros, cambio que ha determinado la responsabilidad de estos por las infracciones en materia de derechos de autor cometidas por sus usuarios. Así, en la STS (3ª) 27 junio 2019 (RJ 2019\2604), se resuelve el conflicto planteado entre la mercantil PC Irudia S.L., titular de la página web GOEAR.com con la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI). En este caso la *web* citada publicaba, de forma gratuita, contenidos de audios cargados por terceros, gran parte de los cuales se correspondían con canciones producidas por compañías discográficas sin que su oferta al público contase con la autorización de dichas compañías. Como expresamente determina el Tribunal, el problema de fondo se centraba en determinar si el servicio prestado por la sociedad Irudia S.L. era, efectivamente, un mero servicio de intermediación, esto es, si tenía una naturaleza meramente técnica, automática y pasiva de forma que se aplicase al mismo el art. 16 LSSICE o si, por el contrario, asumía un papel activo en el alojamiento. Sobre esta cuestión, se consideró acreditado que el usuario que subía un fichero a esta plataforma, rellenaba un formulario (que contenía el título de la canción, el artista, el álbum, el género y la descripción), la página trataba esta información y generaba etiquetas para poder relacionar unos artistas con otros, ofreciendo un resultado

consecuencia, no esta(ba)n obligados a obtener licencias o a contar con autorizaciones por parte de los titulares de los derechos que, en el mejor de los casos, obtienen alguna remuneración muy limitada de estos proveedores³³.

No obstante, en abril de 2019 entró en vigor la DDA que, entre otras muchas cuestiones, modifica el régimen de la responsabilidad de los proveedores de contenidos cargados por sus usuarios por las infracciones a los derechos de autor que puedan causar los contenidos almacenados y comunicados³⁴. La razón fundamental de la regulación contenida en dicha Directiva es acabar con el citado *value gap*, como el propio considerando 61 reconoce al afirmar que, aunque efectivamente estos servicios proporcionan un acceso más amplio a obras culturales y creativas y ofrecen grandes oportunidades a la industria de la cultura, es justo y equitativo que los titulares de los derechos reciban una remuneración adecuada por el uso de sus obras y otras prestaciones.

con conexiones con otros artistas o con otras obras musicales del mismo artista, e incorporaba valores añadidos (fotografías del artista o del álbum, letras de canciones etc.). La página sugería resultados y realizaba autocorrecciones para encontrar el nombre del artista, proporcionaba los resultados de artistas relacionados con alguna búsqueda realizada en el pasado, incorporando datos de una base propia, ajena a los datos subidos por el usuario. La página facilitaba la difusión de los contenidos, poniendo a disposición de sus usuarios una serie de aplicaciones para conectarse en Facebook y dispositivos móviles (*Android, iPhone, iPad*). Por todo ello, se acaba concluyendo que la entidad «no se limita a desarrollar una labor meramente técnica, pasiva y automática de almacenamiento de los contenidos que terceros suben a la página web, sino que desempeña un papel activo en la determinación, presentación y mejora de los contenidos de fonogramas de canciones que ofrece, obteniendo un beneficio económico por la explotación comercial de una página web que ofrece un amplísimo catálogo de archivos musicales sin contar con autorización ni respetar los derechos de propiedad intelectual. Su actividad no puede subsumirse bajo el concepto de intermediario, en su modalidad de alojamiento de contenidos de terceros, que le exima de la responsabilidad por la ilicitud de tales contenidos». En consecuencia, se confirma su responsabilidad por las infracciones de derechos de autor cometidas por sus usuarios.

³³ SERRANO GÓMEZ, «Los prestadores de servicios para compartir en línea contenidos cargados por los usuarios», *op. cit.*, p. 58.

³⁴ El enfrentamiento entre los autores y los prestadores de estos servicios se manifestó también durante la tramitación de la Directiva. En efecto, desde que se lanzó la propuesta de Directiva en el año 2016, han sido muchas las voces discrepantes sobre la misma, hasta el punto de que se ha llegado a hablar del fin de Internet tal y como lo conocemos. El artículo 13 de la entonces Propuesta de Directiva incluía la exigencia de implementar herramientas de detección de contenidos ilícitos. Así, disponía el texto del precepto que: «Los proveedores de servicios de la sociedad de la información que almacenen y faciliten acceso público a grandes cantidades de obras u otras prestaciones cargadas por sus usuarios adoptarán, en cooperación con los titulares de derechos, las medidas pertinentes para asegurar el correcto funcionamiento de los acuerdos celebrados con los titulares de derechos para el uso de sus obras u otras prestaciones o para impedir que estén disponibles en sus servicios obras u otras prestaciones identificadas por los titulares de los derechos en cooperación con los proveedores de servicios. Esas medidas, como el uso de técnicas efectivas de reconocimiento de contenidos, serán adecuadas y proporcionadas». Posteriormente, en la Propuesta de 2018 se eliminó dicha exigencia, destacándose la necesidad de celebrar acuerdos de licencia y la obligación de los proveedores de servicios de intercambio de contenidos en línea de implantar mecanismos de reclamación para los usuarios, cuando estos consideraran que se había producido una retirada injustificada de sus contenidos.

En primer lugar, respecto al ámbito subjetivo de la norma, se refiere a aquellos prestadores de servicios cuya finalidad principal o una de cuyas finalidades principales sea almacenar y permitir que los usuarios descarguen y compartan una gran cantidad de contenidos protegidos por derechos de autor, con el objetivo de obtener beneficios de ello, bien directa o bien indirectamente, organizándolos y promocionándolos a fin de atraer una audiencia mayor, también mediante la introducción en ellos de categorías y de una promoción personalizada (considerando 62 y art. 2, apartado 6º DDA)³⁵. Se requiere, por tanto, que estos prestadores den acceso a una «gran cantidad de obras», además de hacerlo con el objetivo de obtener una ganancia (fines lucrativos)³⁶.

Se regula en la Directiva la responsabilidad de estos prestadores por las infracciones sobre derechos de autor que puedan causar los contenidos que alojan, quedando expresamente fuera de la regulación cualquier otra infracción (así, al derecho al honor o intimidad de un tercero) en la que pudieran incurrir, estando en este último caso, sometidos al art. 16 LSSICE³⁷.

Para fundamentar la responsabilidad de estas plataformas se ha establecido que realizan un acto de comunicación al público³⁸ cuando dan acceso a obras protegidas

³⁵ No se encuentran dentro de su ámbito de aplicación los servicios entre empresas y en nube, que permiten a los usuarios cargar contenidos para uso propio, tales como los servicios de almacenamiento en línea, o los mercados en línea cuya actividad principal es la venta minorista, y no dar acceso a contenidos protegidos por derechos de autor. Tampoco las plataformas para desarrollar y compartir programas informáticos de código abierto, los repositorios científicos o educativos sin fines lucrativos y las enciclopedias en línea sin fines lucrativos también están excluidos de la definición de prestador de servicios para compartir contenidos en línea (considerando 62 DDA).

³⁶ Como se ha puesto de manifiesto, el ámbito subjetivo de la norma, tal y como aparece definido en el art. 2 apartado 6 DDA, adolece de una significativa imprecisión en algunos de sus elementos. Así, no sabemos cómo se interpretará por los tribunales la exigencia de que el prestador almacene una «gran cantidad de obras» o la necesidad de que tenga como «fin principal» la de almacenar y compartir contenidos protegidos por derechos de autor. Véase LÓPEZ RICHART, «Un nuevo régimen de responsabilidad para las plataformas de almacenamiento de contenidos generados por usuarios en el mercado único digital», *op. cit.*, pp. 93-94.

³⁷ Así se dispone en el art. 17.3, párrafo segundo al establecer que «el párrafo primero del presente apartado no afectará a la posible aplicación del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31/CE a esos prestadores de servicios con respecto a fines ajenos al ámbito de aplicación de la presente Directiva».

³⁸ El concepto de acto de comunicación al público de una obra protegida se encuentra en el art. 3 de 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. Se considera un acto de comunicación al público aquel acto que contiene dos elementos acumulativos: por un lado, un acto de comunicación de una obra y, por otro lado, la comunicación de esta obra a un público, esto es, a un número indeterminado, pero considerable, de potenciales destinatarios. Sobre el primero de los elementos se ha realizado una interpretación

por derechos de autor u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios (considerando 64 y art. 17.1 DDA) y, en consecuencia, se exige que obtengan licencias de los titulares de los derechos de autor de las obras protegidas³⁹.

En efecto, el art. 17 DDA dispone, en primer lugar, que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deberán obtener una autorización de los titulares de derechos a que se refiere el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2001/29/CE⁴⁰, por ejemplo, mediante la celebración de un acuerdo de licencia, con el fin de comunicar al público o de poner a su disposición obras u otras prestaciones (art. 17. 2). Si no se obtienen estas licencias o autorizaciones, establece el art. 17.4 DDA que serán responsables de los actos de comunicación al público, incluida la puesta a disposición de obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor, a menos que demuestren que: a) han hecho los mayores esfuerzos por obtener una autorización, y b) han hecho, de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de obras y otras prestaciones específicas respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria, y en cualquier caso c) han actuado de modo expeditivo al recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web, y han hecho los mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro de conformidad con la letra b)⁴¹.

amplia, comprendiendo todo acto con independencia del medio o procedimiento técnico usado. Respecto al público, se exige un número considerable de potenciales destinatarios, pero con independencia del acceso efectivo que finalmente se haga por los mismos.

³⁹ Una crítica a la consideración de que estos prestadores realizan actos de comunicación al público, LÓPEZ RICHART, «Un nuevo régimen de responsabilidad para las plataformas de almacenamiento de contenidos generados por usuarios en el mercado único digital», *op. cit.* p. 124. A favor, SERRANO GÓMEZ, «Los prestadores de servicios para compartir en línea contenidos cargados por los usuarios», *op. cit.*, p. 61 al defender que, efectivamente, estos prestadores no son meros transmisores o almacenadores de contenidos pues realizan actividades de indexación, ordenación en listas y recomendación, además de incluir publicidad. Realizan, según el autor, verdaderos actos de comunicación al público en su modalidad de puesta a disposición y, por tanto, no deberían poder excusarse en el art. 16 LSSICE.

⁴⁰ El art. 3 de la citada Directiva dispone que solo los autores podrán autorizar la realización de actos de comunicación al público de obras y puesta a disposición del público de prestaciones protegidas.

⁴¹ Llama la atención que se regule de forma diferenciada la responsabilidad de los nuevos prestadores de servicios para compartir contenidos en línea cuyos servicios lleven menos de tres años a disposición del público en la Unión y cuyo volumen de negocios anual sea inferior a 10.000.000 euros. Para ellos se exige que cumplan los requisitos contenidos en las letras a) y c). No obstante, cuando el promedio de visitantes únicos mensuales de dichos prestadores de servicios supere los cinco millones, calculado sobre la base del año civil anterior, estos demostrarán asimismo que han cumplido el requisito de la letra b) para exonerarse de responsabilidad. Como se ha establecido, estas excepciones contempladas en el apartado 6 del precepto encuentran difícil justificación jurídica al realizar también en estos casos un acto de comunicación al público de obras protegidas. Véase, LÓPEZ RICHART «Un nuevo régimen de responsabilidad para las plataformas de almacenamiento de contenidos generados por usuarios en el

En cualquier caso, el apartado 8 del precepto dispone expresamente que la aplicación del presente artículo no da lugar a ninguna obligación general de supervisión. Igualmente se declara que esta regulación no afecta, como es lógico, a las obras u otras prestaciones cargadas por los usuarios que no infrinjan derechos de autor y derechos afines y también cuando a dichas obras o prestaciones se les aplique una excepción o limitación (art. 17.7 DDA).

Como puede fácilmente observarse, la nueva regulación contenida en el art. 17 DDA resulta excesivamente amplia e imprecisa, basando las exenciones de responsabilidad en «haber hecho mayores esfuerzos» y en «actuar de modo expeditivo», conceptos que dejan, sin duda, un amplio margen de interpretación y que generan, en consecuencia, mucha inseguridad jurídica⁴². Si bien es cierto que el considerando 66 de la Directiva y el apartado 5 del art. 17 incluyen criterios para determinar cuando el prestador ha realizado mayores esfuerzos para evitar la infracción⁴³, en nuestra opinión no resultan suficientes para concretar exactamente la diligencia exigida a estos prestadores. En consecuencia, habrá que esperar a la trasposición de la Directiva a los distintos ordenamientos y, sobre todo, cómo será interpretada por los Tribunales de Justicia en los casos concretos que haya que resolver.

Lo que sí resulta evidente es que, en estos casos, ya no se exige que el prestador haya alcanzado un conocimiento efectivo de la infracción que tenga lugar en su espacio web para declarar su responsabilidad. Como hemos visto, se requiere únicamente,

mercado único digital», *op. cit.*, p. 93. Igualmente, SERRANO GÓMEZ, «Los prestadores de servicios para compartir en línea contenidos cargados por los usuarios», *op. cit.*, p. 74 que, sin embargo, trata de explicarlo como un régimen transitorio a la espera de la evolución financiera y de negocio de estos prestadores.

⁴²SERRANO GÓMEZ, «Los prestadores de servicios para compartir en línea contenidos cargados por los usuarios», *op. cit.*, P. 73.

⁴³ En efecto, en el considerando 66, en su párrafo segundo se establece que: «Al evaluar si un prestador de servicios para compartir contenidos en línea ha hecho los mayores esfuerzos de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, *debe tenerse en cuenta si el prestador de servicios ha tomado todas las medidas que tomaría un operador diligente para alcanzar el resultado de impedir que estén disponibles en su sitio web obras u otras prestaciones no autorizadas, teniendo en cuenta las mejores prácticas sectoriales y la eficacia de las medidas tomadas a la luz de todos los factores y desarrollos pertinentes, así como del principio de proporcionalidad. Para los fines de dicha evaluación debe tomarse en consideración una serie de elementos, como la magnitud del servicio, la evolución técnica de los medios existentes, incluidos posibles desarrollos futuros, para impedir la disponibilidad de diferentes tipos de contenidos, y el coste de tales medios para los servicios*» (la cursiva es nuestra). Por su parte, el art. 17, en su apartado quinto, concreta que: «Al determinar si el prestador del servicio ha cumplido con sus obligaciones en virtud del apartado 4 y a la luz del principio de proporcionalidad, deben tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes elementos: a) el tipo, la audiencia y la magnitud del servicio, así como el tipo de obras u otras prestaciones cargadas por los usuarios del servicio, y b) la disponibilidad de medios adecuados y eficaces y su coste para los prestadores de servicios».

conforme a esta nueva regulación, una *diligencia cualificada* (mayores esfuerzos, actuar de modo expeditivo) en orden a evitar la infracción, o bien obteniendo la licencia de los autores, o bien impidiendo que las mismas estén accesibles al público. Sin perjuicio de que habrá que comprobar, tal y como hemos indicado, cómo se concreta esta diligencia en las legislaciones de los Estados miembros y cómo se aplica a los supuestos concretos que sin duda se plantearán en la práctica, queremos destacar dos cuestiones que consideramos fundamentales.

En primer lugar, nos parece importante subrayar el hecho de que el legislador haya dado un paso tan relevante en orden a exigir a estos prestadores un deber de cuidado especial con el fin de evitar infracciones, siempre de acuerdo con la evolución técnica de los medios existentes, incluidos posibles desarrollos futuros, así como el coste de los mismos.

En segundo lugar, nos parece también destacable la importancia que se da a la notificación de los posibles perjudicados en orden a evaluar la diligencia exigible al proveedor (letra c), apartado 4). Cabría preguntarse si el legislador ha querido imponer a los prestadores la obligación de habilitar un procedimiento de notificación y retirada para que los autores puedan efectivamente evitar, mediante su comunicación al prestador, que la infracción se siga produciendo.

En nuestra opinión, cabe perfectamente interpretar la existencia de dicha obligación y ello por las siguientes razones.

Por un lado, porque resulta plenamente exigible de acuerdo con la evolución técnica de los medios existentes y el coste de dicha medida pues, sin duda, se trata de un recurso asequible que pueden fácilmente implementarse para evitar la infracción.

Por otro lado, porque resulta de la declaración contenida en el apartado 9, párrafo segundo del art. 17 que dispone que:

«Cuando los titulares de derechos soliciten que se inhabilite el acceso a obras u otras prestaciones específicas suyas o que se retiren tales obras o prestaciones, deberán justificar debidamente los motivos de su solicitud. Las reclamaciones presentadas con arreglo al mecanismo establecido en el párrafo primero se tramitarán sin dilación indebida y las decisiones de inhabilitar el acceso a los contenidos cargados o de retirarlos estarán sujetas a examen por parte de personas».

En ella, como vemos, se regulan los requisitos que ha de reunir, en cualquier caso, el procedimiento, estos son, solicitud motivada del perjudicado, mecanismo de

reclamación y recurso ágil y eficaz que esté a disposición de los usuarios de sus servicios en caso de litigio sobre la inhabilitación del acceso a obras u otras prestaciones cargadas por ellos o sobre su retirada (apartado 9, párrafo primero) y, por último, resolución del prestador sin demora indebida y siempre por una persona (no por una máquina).

Podemos deducir, por tanto, que el legislador impone estos mecanismos, configurándolos como uno de los instrumentos puestos a disposición de los autores para evitar las infracciones que lesionen sus derechos.

En definitiva, con esta regulación, y al margen de todas las críticas que merezca, se da un importante paso en la actualización del régimen de responsabilidad civil de los prestadores intermediarios que asumen un papel activo en el almacenamiento de contenidos y, además, obtienen importantes beneficios con su actividad. Consideramos que puede dar lugar (siempre que finalmente sea rectamente interpretado) a una solución más justa y equitativa de acuerdo con los intereses de los sujetos afectados.

Igualmente constituye un ejemplo para futuras regulaciones en las que se pudiera concretar la diligencia exigible a determinados prestadores de alojamiento que comparten las características principales de estas plataformas. Nos referimos fundamentalmente al hecho de que estas albergan gran cantidad de datos con el objetivo de obtener ganancias, organizándolos y promocionándolos a fin de atraer una audiencia mayor, también mediante la introducción en ellos de categorías y de una promoción personalizada. Sin duda, estos elementos se encuentran también presentes en las redes sociales y, en este sentido, podría plantearse exigir una diligencia similar a las mismas en orden a evitar los conflictos que se generan con su servicio.

6. DE LEGE FERENDA: LA DILIGENCIA (POTENCIALMENTE) EXIGIBLE A LAS REDES SOCIALES

Las redes sociales son, esencialmente, plataformas digitales disponibles en Internet a través de las cuales sus usuarios crean un perfil mediante sus datos personales, publican contenidos y se relacionan con otros usuarios de la misma red. La propia Real Academia Española de la Lengua en su diccionario de español jurídico las define como aquel servicio de la sociedad de la información que ofrece a sus usuarios una plataforma de comunicación para que estos generen un perfil a través de sus datos personales, facilitando la creación de comunidades con base en criterios comunes y permitiendo la comunicación con sus usuarios, de modo que pueden interactuar mediante mensajes, compartir información, imágenes o vídeos, permitiendo que estas

comunicaciones sean accesibles de forma inmediata por todos los usuarios de su grupo⁴⁴.

El gran éxito de estas plataformas puede verificarse con el número de usuarios con los que cuentan. Así, según los últimos estudios, un 85% de los internautas de 16-65 años utilizan Redes Sociales, lo que representa más de 25,5 millones de usuarios en nuestro país⁴⁵. Es fácilmente imaginable, en consecuencia, la cantidad de contenidos que pueden llegar a publicar estos usuarios a través de estos nuevos servicios. Así, por ejemplo, como pone de manifiesto el IV Estudio sobre los usuarios de Facebook, Twitter e Instagram en España, en 60 segundos hay más de 100.000 accesos, cuatro millones de «me gusta», más de 500 usuarios nuevos y más de 240.000 fotografías subidas solo en Facebook⁴⁶. Es de destacar también la gran difusión con la que cuentan hoy día algunas de estas redes, de tal forma que un comentario o una noticia publicada en las mismas pueden ser conocidos mundialmente en cuestión de minutos. Piénsese, por ejemplo, en *Twitter*, cuya función principal es enviar mensajes cortos (máximo 140 caracteres) con el objetivo de que sus usuarios puedan compartirlos y comentarlos. Es tal el impacto de lo que se comenta en dicha red social por sus usuarios, que ya hoy día nadie duda de que se trate de un medio que influye decisivamente en la opinión pública⁴⁷.

Como ya indicamos, las redes sociales son también prestadoras de servicios de alojamiento de datos, sometidas igualmente al régimen jurídico del art. 16 LSSICE⁴⁸. No

⁴⁴ Definición disponible en <https://dej.rae.es/lema/red-social> [Consulta: 24 octubre 2019]. AGUSTINOY GUILAYN, y MONCÚS RUIZ, *Aspectos legales de las redes sociales, op. cit.*, p. 22 la definen como «aquella plataforma tecnológica que permite a sus usuarios, a través de sus correspondientes perfiles, vincularse entre sí, creando sistemas cruzados e interactivos de generación y difusión de información». Destacan los autores que estas se caracterizan por la libertad de los usuarios para compartir y acceder a cualquier información publicada en la misma, controlar la información ofrecida y la ausencia de barreras técnicas.

⁴⁵ Véase el Estudio Anual de redes Sociales de 2019, disponible en https://iabspain.es/wp-content/uploads/estudio-anual-redes-sociales-iab-spain-2019_vreducida.pdf [Consulta: 24 octubre 2019].

⁴⁶ https://www.abc.es/gestordocumental/uploads/internacional/Informe_RRSS_2018_The_Social_Media_Family.pdf [Consulta: 4 noviembre 2019].

⁴⁷ Los propios medios de comunicación se rinden ante esta evidencia y son ellos mismos los que comentan los temas más populares de la red, lo que se denomina como *trending topic*. Véase, por ejemplo, en <https://www.vozpopuli.com/tag/twitter/>, donde se comentan las noticias relacionadas con *Twitter* [Consulta: 4 noviembre 2019].

⁴⁸ En contra, SOLER PRESAS, «Am I in Facebook? Sobre la responsabilidad civil de las redes sociales *on-line* por la lesión de los derechos de la personalidad, en particular por usos no consentidos de la imagen de un sujeto», *op. cit.*, p. 28, que defiende que la responsabilidad civil de las redes sociales ha de regirse por el sistema general del art. 1902 CC que fundamenta su obligación de indemnización en la omisión del deber de cuidado que razonablemente les sea exigible en la evitación o contención del daño. Según la autora, el régimen de responsabilidad contenido en el art. 16 LSSICE se justifica por el concreto negocio

obstante, es cierto que estos proveedores no suelen plantear el problema, ya apuntado, del anonimato del usuario que publica el contenido y ello porque, aunque en efecto es verdaderamente fácil obtener un perfil *inventado* en una red social, la realidad demuestra que la mayoría de sus usuarios muestra su verdadera identidad, lo que determina que casi siempre se conozca al autor de los comentarios ilícitos y el perjudicado se dirija directamente contra el mismo⁴⁹.

En cualquier caso, creemos conveniente concretar la diligencia exigible a estas plataformas en orden a evitar un daño a tercero y ello porque la actividad a través de la cual se enriquecen estos prestadores, esta es, el almacenamiento y organización de los datos facilitados por los usuarios, constituye un riesgo notable para aquellos perjudicados por un contenido ilícito publicado en estos espacios. En efecto, como hemos puesto de manifiesto, el gran éxito mundial de estas redes supone también el agravamiento del daño en el caso de que se popularice, por ejemplo, una noticia o comentario que atente contra el honor, la intimidad o la propia imagen de un tercero, pues es innegable que en cuestión de pocos minutos dicha información ha podido llegar a conocimiento de millones de personas en todo el mundo. Por ello, es fundamental que el titular de la red implemente mecanismos que coadyuven a obtener el conocimiento de la ilicitud de los contenidos que aloja y, en consecuencia, le permita actuar con prontitud en la retirada del mismo.

¿Qué mecanismos cabría exigir a las redes sociales en orden a evitar la comisión de ilícitos a través de sus espacios?

En primer lugar, en cuanto al uso de procedimientos de detección y retirada de contenidos ilícitos, si bien es cierto que muchas de estas redes cuentan con

que los ISPs tenían en el año 2000 y por la necesidad de proteger un negocio incipiente y la imposibilidad técnica de controlar todos los datos. No obstante, ello ya no ocurre en la web 2.0 donde además el riesgo de daños ha aumentado considerablemente.

⁴⁹ Ello queda de manifiesto en la jurisprudencia que ha resuelto los conflictos generados por la información publicada en estas redes, la mayoría de los cuales se han decidido condenando o absolviendo, en su caso, directamente al autor de las mismas. Así, por ejemplo, en la STS (1ª) 3 abril 2019 (RJ 2019\1214) y la STS (1ª) 11 octubre 2017 (RJ 2017\4283). Igualmente, en otras instancias, la sentencia de 6 de noviembre de 2017, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Sepúlveda (JUR 2017\274067), sentencia de 15 de octubre de 2012 del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Pamplona (AC 2012\1997). Muchos de los conflictos generados a raíz de una publicación en una red social son calificados de calumnias o injurias, resolviéndose en la jurisdicción penal también directamente contra su autor. Es evidente que, como pone de manifiesto HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, *Responsabilidad civil por vulneración del derecho al honor en las redes sociales*, Reus, Madrid, 2017, p. 71, en estos casos, una vez identificado al autor, este ha de ser reprendido con la misma contundencia que lo son el resto de los autores de intromisiones ilegítimas, con independencia del medio que se haya usado para difundir el mensaje.

herramientas informáticas y personas encargadas específicamente de buscar información ilícita, también es incontestable que es fácil que se pasen por alto muchos ilícitos, aun usando estas herramientas, precisamente por la cantidad de datos que almacenan. En efecto, como pone de manifiesto HERRERA DE LAS HERAS no es posible, en un medio en el que se vuelcan millones de datos por minuto, controlar *a priori* que los datos introducidos sean ciertos y que no tengan expresiones insultantes⁵⁰.

Por ello, parece que el principal instrumento que puede constituir la fuente de conocimiento será aquel procedimiento de notificaciones puesto a disposición de los posibles perjudicados para que puedan comunicar las infracciones que les afectan al prestador (*Notice and Takedown Procedure*).

Debemos tener en cuenta que los mecanismos a través de los cuales el perjudicado puede denunciar un contenido ilícito ante el prestador de servicios de alojamiento, solicitando su retirada, no son en absoluto desconocidos ni en el ámbito jurídico⁵¹ ni en el entorno virtual⁵². Se trata, fundamentalmente, de un medio a través del cual el perjudicado por la publicación de un contenido ilícito se pone en contacto con el prestador de alojamiento con el fin de que lo retire o impida su acceso, de forma que se detenga el daño que le esté causando. No cabe duda de que, efectivamente, se trata de un proceso cómodo, ágil y eficaz para evitar el agravamiento del daño causado por la publicación en una red social.

No obstante, debemos tener en cuenta también la posición del prestador y del que publica el contenido. Por ello, consideramos que exigir al prestador la retirada de la información por la sola comunicación de la persona interesada supondría conceder a cualquier sujeto el poder de controlar la información accesible en Internet por su sola

⁵⁰ HERRERA DE LAS HERAS, *Idem*, p. 52.

⁵¹ En efecto, ya en la *Digital Millennium Copyright Act* estadounidense del año 1996 se regula de forma pormenorizada la forma en la que ha de notificar el perjudicado la infracción al prestador de servicios. Así, la sección 512 de la citada norma establece que el titular del derecho vulnerado debe incluir el siguiente contenido en la notificación: la identificación de la obra protegida, identificación del material que se afirma ilícito y que debe ser eliminado, información razonablemente suficiente para permitir al prestador contactar con el notificante, una declaración en la que el notificante manifieste que actúa de buena fe y de que la información que contiene la notificación es correcta y, por último, debe ir firmada por el notificante o su representante. Actualmente, la reciente DDA también prevé este mecanismo en su art. 17, apartado 4 y 9, como ya hemos visto.

⁵² En efecto, son muchas las plataformas que contienen procedimientos de denuncia específicos. Así, por ejemplo, *YouTube* mediante un clic en el botón *denunciar*, situado al margen derecho de cada vídeo publicado. También en la red social *Twitter* se permite denunciar los *Tweets* y Mensajes Directos que incumplan las Reglas de Twitter o los Términos de servicio: véase <https://help.twitter.com/es/safety-and-security/report-a-tweet>. [Consulta: 22 octubre 2019].

voluntad. Además, en la mayoría de los casos, existe un contrato entre el prestador y el que elabora y publica los contenidos, de tal forma que una retirada injustificada de los mismos podría dar lugar al nacimiento de la responsabilidad frente a su cliente. De esta forma, ha de entenderse que la simple comunicación del afectado no puede bastar para imponer al prestador la obligación de retirarla. Será necesario que concurren, además, determinados requisitos que aseguren que el proveedor puede apreciar, de forma indiscutible, dicha ilicitud.

En esta línea, conviene requerir que la solicitud por parte del perjudicado esté suficientemente motivada y sea concreta, de tal forma que el prestador cuente con un indicio claro que le permita actuar en consecuencia. Por ello, ha de exigirse que la persona interesada en que se retire una información accesible en Internet determine el contenido al que se refiere y donde se encuentra el mismo, además de fundamentar debidamente su exigencia⁵³.

Respecto al primer requisito (identificación del contenido ilícito) es necesario para que el prestador pueda saber a qué información se refiere, teniendo en cuenta que este puede alojar en algunos casos hasta miles o millones de datos. Por ello, no cabría que el perjudicado se limitara a realizar una mención genérica al prestador de alojamiento sin especificar, claramente, a qué información se refiere y dónde se encuentra ubicada. En segundo lugar, la petición de retirada de la información ha de estar debidamente fundamentada y, en su caso, y una vez identificado el contenido, que este revele

⁵³ En este sentido, estamos de acuerdo con RUBÍ PUIG, «Derecho al honor online y responsabilidad civil de ISPs. El requisito del conocimiento efectivo en las SSTs, Sala primera, de 9 de diciembre de 2009 y 18 de mayo de 2010», *op. cit.*, p. 14, cuando manifiesta que «la necesidad de cierto grado de diligencia en la víctima se funda en las exigencias derivadas de la tutela de bienes e intereses propios que impone a su titular la carga primaria de su protección: quien alega una vulneración de su derecho al honor es quien está mejor situado para identificar su origen y, hasta cierto punto, su carácter ilícito». En este sentido también, TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, «Hosting o administradores de servicios de páginas web e intromisión al Derecho al honor: la responsabilidad civil en el marco de la sociedad de la información», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2011), núm. 87, p. 2914. LÓPEZ RICHART, «Difamación en la web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento», *op. cit.*, p. 177. CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad civil en Internet», *op. cit.*, p. 116. En esta línea, también, la Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión de 1 de marzo de 2018 sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea determina en su Capítulo II, apartado 6 que: «Estos mecanismos deben permitir y alentar la presentación de notificaciones que sean suficientemente precisas y estén debidamente fundamentadas para permitir que el prestador de servicios de alojamiento de que se trate adopte una decisión con conocimiento de causa y diligentemente por lo que respecta a los contenidos a los que se refiera la notificación, en particular si deben considerarse ilícitos o no y si es necesario retirarlos o bloquear el acceso a los mismos. Estos mecanismos deben tener unas características que faciliten la comunicación de notificaciones que expliquen las razones por las que el notificante considera que esos contenidos son ilícitos y una indicación clara de su localización».

indiscutiblemente su carácter ilícito⁵⁴. De acuerdo con esto, entendemos que no nace la obligación de retirada de la información si existen dudas sobre la legalidad o ilegalidad del contenido en cuestión.

Por último, si el prestador decide finalmente retirar la información controvertida deberá informar al responsable del contenido de dicha decisión, así como de las razones de la misma, de forma que pueda impugnarla en un plazo razonable mediante una contra-notificación al prestador⁵⁵. De esta forma se garantiza su derecho a réplica y a defender su publicación.

La exigencia estricta de tales requisitos será importante para garantizar el derecho a la libertad de expresión e información de los proveedores de contenidos pues, como ya hemos indicado, el prestador de servicio de alojamiento no es un juez que pueda y deba realizar una valoración jurídica de la información alojada, ni puede exigírsele que retire la misma siempre que exista una comunicación solicitándolo.

En nuestra opinión, sería conveniente que el legislador regulara este procedimiento con el fin fundamental de que los prestadores de servicios de alojamiento, en especial, aquellos que almacenan gran cantidad de datos, eviten en la medida de sus posibilidades la comisión de ilícitos a través de sus ordenadores o espacios web, cuando estos resulten patentes y estén debidamente identificados por el perjudicado⁵⁶. Al concretar así la diligencia exigible a estos prestadores de alojamiento en orden a evitar la comisión de ilícitos, se lograría una mayor seguridad jurídica y, en

⁵⁴ En esta línea, estamos de acuerdo con la afirmación establecida en el F.D. 4º de la SAP (21ª) Madrid 13 abril 2010 (AC 2010\1002) cuando se establece que: «También debe incluirse, dentro de la responsabilidad del prestador del servicio, aquellos otros supuestos en los que, habiendo cumplido el prestador del servicio con su obligación de información actualizada, el perjudicado se hubiera puesto en contacto con el prestador del servicio reclamándole que retirase el mensaje o dato que considere atentatorio a su derecho fundamental y no hubiere actuado con diligencia para retirar esos datos, haciendo imposible el acceso a los mismos, *siempre que se trate de un quebranto del derecho fundamental del perjudicado que sea indiscutible, claro y flagrante, pues, de no ser así (indiscutible, claro y flagrante)*, no respondería aunque el remitente del mensaje fuera o debiera ser condenado por intromisión ilegítima en el derecho fundamental del perjudicado», pues «*lo que no permite la ley es que se convierta el prestador del servicio en juez de los contenidos de su portal de Internet*» (la cursiva es nuestra).

⁵⁵ Recomendación (UE) 2018/334, Capítulo II, apartado 9, 10 y 11.

⁵⁶ En esta línea, dispone en el Capítulo II apartado 5 de la Recomendación (UE) 2018/334, que conviene prever mecanismos para la presentación de notificaciones y que dichos mecanismos deben ser fácilmente accesibles, de fácil utilización y permitir la presentación de notificaciones por medios electrónicos, pues este constituye un medio muy importante para combatir los contenidos ilícitos disponibles en la Red (apartado 16 de la recomendación).

consecuencia, más confianza en todos los sujetos que intervienen en el nuevo entorno digital⁵⁷.

7. CONCLUSIONES

Como hemos visto, la DCE y, tras ella, la LSSICE surgió en un periodo en el que Internet comenzaba su andadura y, por ello, se trató de eliminar, vía legislativa, cualquier traba al desarrollo de esta red mundial que tantas posibilidades de información y comunicación ofrecía. Igualmente, los prestadores de servicios de la sociedad de la información podían fácilmente diferenciarse entre proveedores de contenidos y prestadores intermediarios, estos últimos caracterizados por realizar una labor puramente neutral y técnica sobre la información que transmitían y/o alojaban en sus servidores o espacios *web*. Estas y otras circunstancias (defensa de la libertad de expresión en Internet, impulso al desarrollo de estos nuevos modelos de negocio) determinaron la regulación de los supuestos de exoneración de responsabilidad de estos prestadores de servicios intermediarios que, desde entonces, se benefician de los denominados puertos seguros, esto es, una zona de inmunidad por los daños causados por los contenidos ajenos que almacenan o transmiten.

No obstante, la propia evolución de la red Internet y el nacimiento de los nuevos servicios gracias al desarrollo de la *web* 2.0 han provocado importantes cambios en este ámbito. Así, por ejemplo, existen servicios de alojamiento que permiten que millones de personas puedan publicar contenidos y opiniones que se difunden rápidamente. Existe, igualmente, una mayor exposición pública de los mensajes que quedan, en muchos casos, almacenados indefinidamente en la memoria digital⁵⁸. Además, la delimitación entre intermediarios técnicos y neutrales y la de proveedor de contenido no es tan nítida actualmente pues, como hemos visto, han surgido nuevos servicios de internet que, si bien no elaboran ellos mismos la información, ni se realiza bajo su autoridad, sí asumen un cierto control sobre los contenidos que alojan que, en algunos casos, les permite adquirir un conocimiento efectivo empleando una diligencia media.

⁵⁷ Como señala SOLER PRESAS, «Am I in Facebook? Sobre la responsabilidad civil de las redes sociales *on-line* por la lesión de los derechos de la personalidad, en particular por usos no consentidos de la imagen de un sujeto», *op. cit.*, p. 19 este sistema ayuda a reducir la litigiosidad, aporta mayor seguridad jurídica y compromete al mejor posicionado para hacerlo en la persecución de los ilícitos que le afectan.

⁵⁸ DÍEZ BUESO, Laura, «La libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de Internet, Derecho y Política* (2018), núm. 27, p. 7. Disponible en <https://idp.uoc.edu/> [Consulta: 22 octubre 2019].

Se ha demostrado, además, que es posible para muchos prestadores realizar labores de supervisión de actividades ilícitas en sus espacios *web* de acuerdo con el volumen de información almacenada y el estado actual de la técnica. En concreto, esta idea parece que se ha consolidado en la jurisprudencia respecto de los foros de debate y opinión. En efecto, para estos se ha consagrado un deber de diligencia en orden a detectar y, en su caso, retirar aquellas opiniones y comentarios que sean manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico y ello en base a las posibilidades de control y/o moderación del contenido que tienen los titulares y administradores de los mismos. Para estos, por tanto, se exige un comportamiento diligente en orden a detectar posibles contenidos ilícitos.

Resulta evidente que el ámbito de exoneración de responsabilidad no puede ser el mismo en los casos en los que el proveedor se limita a alojar una página web en su servidor para darle acceso a Internet (realizando en este caso una mera actividad técnica y neutral sobre los datos que aloja), de aquellos otros que, prestando también una actividad de alojamiento de información elaborada por terceros, asumen un papel activo, organizando la misma y enriqueciéndose a través de esta actividad. En esta línea, la nueva DDA ha comenzado la senda de adaptación normativa teniendo en cuenta este papel activo que asumen algunos prestadores, mediante la regulación de la diligencia exigible a los proveedores de contenidos cargados por los usuarios con el fin de evitar que se infrinjan derechos de autor a través de sus espacios *web*.

Como hemos visto, se ha determinado que estos prestadores realizan un acto de comunicación al público y en función de esto, se requiere que obtengan licencia de los autores para publicar contenidos protegidos o que hayan realizado mayores esfuerzos para evitar la infracción, siendo responsables en el caso de que no se hayan realizado. Con esta regulación, se pretende que estos contribuyan a evitar infracciones en sus espacios *web* y siempre de acuerdo con el estado de la técnica del momento y su volumen de negocio (art.17.5 DDA).

Por último, hemos planteado en este trabajo la posibilidad de exigir también a las redes sociales una diligencia específica en orden a evitar ilícitos pues, sin duda, estas han adquirido un papel especialmente relevante en la sociedad como medio de expresión y de publicación de contenidos de millones de personas en todo el mundo. Precisamente, por el indudable impacto que actualmente tienen las mismas, defendemos que ha de exigirse también a estas un deber de diligencia concreto para detectar y bloquear aquella información que resulte claramente ilícita. En nuestra opinión, cabría exigirles la implementación de sistemas de notificación y retirada disponibles para los perjudicados por una información y/o comentario publicado en

estas plataformas. Sistema que convendría, además, generalizar para cualquier prestador de servicios de alojamiento de datos pues no cabe duda de que es un sistema fácil, económico y adecuado al estado de la técnica actual.

En definitiva, la evolución de Internet y el nacimiento de modelos de negocios cuya rentabilidad proviene de facilitar a los usuarios vehículos de expresión y de publicación de contenidos, determinan que haya que concretar la diligencia exigible a estos en orden a evitar la comisión de ilícitos a través de sus ordenadores y/o espacios *web*⁵⁹. Igualmente, se requiere un análisis en profundidad para determinar cuando estamos ante un auténtico intermediario técnico y neutral de la información o cuando ante un prestador que asume un papel activo sobre la misma. Todo ello, junto a los intereses en conflicto y las posibilidades técnicas de control y detección, habrá de ser valorado para determinar la diligencia exigible a los prestadores de alojamiento de datos en un deseable desarrollo reglamentario sobre la cuestión⁶⁰.

El considerando 48 DCE habilita a los Estados miembros a exigir a los prestadores de servicios, que proporcionan alojamiento de datos suministrados por destinatarios de su servicio, «que apliquen un deber de diligencia, que cabe esperar razonablemente de ellos y que esté especificado en el Derecho nacional, a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales». Esta declaración justifica una actuación legislativa en orden a concretar la diligencia exigible en determinados supuestos de alojamiento de datos. En conclusión, defendemos que muchos prestadores de servicios de alojamiento cuentan con instrumentos para contribuir a la lucha contra los contenidos ilícitos difundidos a través del uso de sus servicios, lo que determina que pueda exigirse el uso de los mismos, garantizando, en cualquier caso, la libertad de expresión e información de los usuarios y la libertad de empresa del propio prestador.

BIBLIOGRAFÍA

AGUSTINOY GUILAYN, Albert y MONCÚS RUIZ, Jorge, *Aspectos legales de las redes sociales*, Dykinson, Madrid, 2019.

⁵⁹ En este sentido también, analizando las sentencias del TEDH, HORRACH ARMO, «La responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento por los comentarios de terceros publicados en páginas web», *op. cit.*, p. 11.

⁶⁰ DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet*, *op. cit.*, p. 278.

APARICIO BARINAGA, Íñigo, «Responsabilidad por los contenidos ilícitos y nocivos en Internet», en AA.VV., *XVII encuentros sobre Informática y Derecho*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, «La responsabilidad civil de los servicios de la sociedad de la información en la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación», en AA.VV., *Perfiles de la responsabilidad Civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, «La responsabilidad civil en Internet», en AA.VV., *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007.

DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo, «La responsabilidad de las redes sociales por la difusión de actos en vulneración del honor y la intimidad», en AA.VV., *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, Dykinson, Pamplona, 2018, p. 204.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho privado de Internet*, Civitas, Pamplona, 2015.

DÍEZ BUESO, Laura, «La libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de Internet, Derecho y Política* (2018), núm. 27.

GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, José Javier, «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información», en AA.VV., *La responsabilidad Civil por daños causados por servicios defectuosos*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, *Responsabilidad civil por vulneración del derecho al honor en las redes sociales*, Reus, Madrid, 2017.

HORRACH ARMO, Josep Gunnar, «La responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento por comentarios de terceros publicados en páginas web», *La Ley Unión Europea* (2016), núm. 38.

JULIÁ BARCELÓ, Rosa, «La responsabilidad de los intermediarios de Internet en la Directiva de Comercio Electrónico: problemas no resueltos», *Revista de la Contratación Electrónica* (2000), núm. 6.

LACRUZ BERDEJO, José Luís, RAMS ALBESA, Joaquín, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, LUNA SERRANO, Agustín, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Volumen segundo. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, Dykinson, Madrid, 2002.

LÓPEZ RICHART, Julián, «Difamación en la web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento», *Derecho privado y Constitución* (2012), núm. 26.

LÓPEZ RICHART, Julián, «Un nuevo régimen de responsabilidad para las plataformas de almacenamiento de contenidos generados por usuarios en el mercado único digital», *Revista de Propiedad Intelectual* (2018), núm. 60.

ORTEGO RUIZ, Miguel, *Prestadores de servicios de Internet y alojamiento de contenidos ilícitos*, Reus, Madrid, 2015.

PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada, 2007.

RUBÍ PUIG, Antoni, «Derecho al honor online y responsabilidad civil de ISPs. El requisito del conocimiento efectivo en las SSTs, Sala primera, de 9 de diciembre de 2009 y 18 de mayo de 2019», *InDret* (2010), núm. 4.

SÁNCHEZ LERÍA, Reyes, *El contrato de hospedaje de página web*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

SARTOR, Giovanni, «Providers Liability: from the E-commerce Directive to the future», En [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614179/IPOL_IDA\(2017\)614179_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614179/IPOL_IDA(2017)614179_EN.pdf).

SERRANO GÓMEZ, Eduardo, «Los prestadores de servicios para compartir en línea contenidos cargados por los usuarios», en AA.VV., *Medios de comunicación, contenidos digitales y derecho de autor*, Reus, Madrid, 2019.

SOLER PRESAS, Ana, «Am I in Facebook? Sobre la responsabilidad civil de las redes sociales *on-line* por la lesión de los derechos de la personalidad, en particular por usos no consentidos de la imagen de un sujeto», *InDret* (2011), núm. 3.

TEJEDOR MUÑOZ, LOURDES, «Hosting o administradores de servicios de páginas web e intromisión al Derecho al honor: la responsabilidad civil en el marco de la sociedad de la información», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2011), núm. 87.

Fecha de recepción: 19.12.2019

Fecha de aceptación: 15.03.2019