

durante el tiempo pactado y por lo tanto, a mantener el consentimiento para la perfección de la compraventa durante ese tiempo. Se analiza su concepto y requisitos así como sus elementos.

Como consecuencia de la insuficiencia de las garantías tipificadas ante las nuevas necesidades que han surgido en el tráfico económico, estudiamos la opción de compra en función de garantía que tiene lugar cuando acreedor y deudor pactan una opción de compra sobre un bien inmueble del deudor en garantía del cumplimiento de una obligación principal, normalmente un préstamo. Seguidamente analizamos el derecho de opción aludiendo a su naturaleza jurídica y su transmisibilidad y finalmente, exponemos los aspectos registrales de esta figura jurídica estudiando sus requisitos y los efectos derivados de la inscripción.

his or her consent to the conclusion of the purchase during that time. In this article, an analysis is given of the concept, requirements and elements of purchase options.

The types of guarantees established by law for use in business are insufficient. They fail to meet the kinds of new needs that have arisen of late. This paper looks at purchase options as a sort of guarantee that takes place when a lender and a borrower arrange for the lender to have an option to purchase real estate belonging to the borrower as security for the discharge of a primary obligation (usually a loan). Next, the paper analyzes purchase options, alluding to their legal nature and transferability. Lastly, it explores the registration-related points of purchase options, their requirements and the effects stemming from registration.

1.6. Responsabilidad Civil

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

por

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

Profesora Titular del Departamento de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE: A) LA NORMATIVA EUROPEA. B) LA NORMATIVA ESPAÑOLA.—III. OPINIÓN DOCTRINAL.—IV. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ANEXO JURISPRUDENCIAL.

I. INTRODUCCIÓN

La aparición y desarrollo de Internet ha causado una profunda transformación en los modos de distribución y recepción de la información. Es indudable que Internet proporciona una plataforma sin precedentes en las técnicas de la comunicación social. Esta nueva herramienta permite el almacenamiento masivo de información y su distribución por cualquier lugar del mundo. La red globa-

liza la información y parecen perderse en el ciberespacio los conceptos espacio/tiempo, a la vez que consigue que cualquier usuario acceda de forma inmediata a todo tipo de contenidos. Pero también Internet se ha convertido, en un nuevo mecanismo para vulnerar derechos de la personalidad, que tiene unas características propias, que después veremos, por ahora solo queremos adelantar que la facilidad con que se difunden las noticias en la red, contrasta con la dificultad de exigir responsabilidades cuando se producen intromisiones ilegítimas al honor y a la intimidad de las personas.

Evidentemente no podemos escapar ni mantenernos ajenos al entorno virtual, por ello es necesario conocer el nuevo escenario en el que se mueve la denominada sociedad de la información. En estas líneas, precisamente el debate se centra en torno al tema concreto de quienes son los responsables de los contenidos ilícitos que están alojados en los servidores, ¿los autores de los contenidos vertidos en Internet?, ¿los prestadores de servicios que facilitaron el alojamiento de estos en Internet?, o ¿ambos a la vez? Pese a la dificultad que la atribución de la responsabilidad conlleva, no se puede permitir que las intromisiones ilegítimas que se cometen en la red queden en la impunidad del anonimato.

Efectivamente, las nuevas tecnologías, nos sitúan ante viejos conflictos que alcanzan nuevas dimensiones, las vulneraciones de los derechos de la personalidad nos sitúan ante la clásica tensión entre los derechos a la información, y a la libertad de expresión frente al respeto a los derechos al honor (1), y a la intimidad personal, y ante la dificultad de señalar los límites del ejercicio de estos derechos. Lo que hace necesario buscar una interpretación que garantice un justo equilibrio entre los mismos, ya que en aquellos no se pueden amparar las ofensas e injurias que lejos de la función que tiene la libertad de expresión en una sociedad libre, se convierten en medios de denigración de las personas, menosprecios personales, vejaciones injustificadas o insultos. Es necesario preservar los derechos de quienes participan en el entorno virtual.

Para llevar a cabo este objetivo, en este comentario, en primer lugar, se hará una aproximación al marco normativo aplicable. En segundo lugar, analizaremos en qué casos son responsables los prestadores de servicios por los contenidos que alojan. En tercer lugar, se intentará aportar alguna luz sobre la novedosa jurisprudencia dictada en materia de responsabilidad. Y, por último, se realizarán unas breves reflexiones sobre el tema.

II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

Como hemos dejado apuntado, con carácter previo nos parece necesario referirnos aunque sea de forma sucinta al marco normativo, que regula la cuestión.

A) LA NORMATIVA EUROPEA

En Europa se ha producido un amplio reconocimiento de los derechos fundamentales, en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 (2), para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que re-

(1) En el que se considera incluido el prestigio profesional.

(2) Ratificado por España el 10 de octubre de 1979.

gula en el artículo 8 el derecho al respeto de la vida privada y familiar y en el artículo 10 el derecho a libertad de expresión (3).

Hay que recordar que en el Tratado de Roma por el que se constituyó la Comunidad Económica Europea, el 25 de marzo de 1957, no aparecían directamente recogidos estos derechos (4). Será mucho más tarde, en el Tratado de Maastricht (5) cuando se incluyan de una manera expresa.

Actualmente, el Tratado de la Unión Europea, en su artículo 6, dispone que: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados... También señala que: «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados». Y, añade que: «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

(3) Que tuvo como precedente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 12) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (art. 17).

(4) Si bien, en el Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986, que entró en vigor el 1 de julio de 1987 (DO núm. L 169, de 29 de junio de 1987), como dice la profesora DÍAZ-AMBRONA será cuando se haga alusión por primera vez en un texto comunitario a estos derechos, aunque dicha alusión se realice en el preámbulo, DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., «Los derechos de la persona en el ámbito comunitario», dirigido por DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., *Derecho Civil de la Unión Europea*, 1.ª ed., Colex, Madrid, 2001, pág. 80.

(5) Ciertamente, el Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, dispone en el Título I, bajo la denominación de Disposiciones comunes, letra F, que: «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y, tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario» (DOC, núm. C 191, de 29 de julio de 1992). El Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, modifica el apartado 1 del artículo F, y preceptúa: «La Unión se basa en los principios de libertad, democracia respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros» (DOC, núm. C 340, de 10 de noviembre de 1997).

Por otro lado, para lograr el respeto efectivo de estos principios, la Unión Europea aprobó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000. Efectivamente, los artículos 1, 7 y 11 de la Carta expresan la especial protección que merece la dignidad de la persona, al igual que destacan la relevancia de la esfera privada, donde queda también englobada la propia imagen, y la libertad de información en una sociedad democrática (DOCE, núm. C 364, de 18 de diciembre de 2000).

El Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001, que entró en vigor el 1 de febrero de 2003, no introduce ninguna modificación en esta materia (DOCE, num. C 80, de 10 de marzo de 2001), y el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, ha vuelto a modificar el artículo 6 del TUE (antiguo art. 6 TUE) y el artículo 67 del TFUE (antiguo art. 61 TCE y antiguo art. 29 TUE) (DOCE, núm. C 306, de 17 de diciembre de 2007).

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, reza en su artículo 67 que: «La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros».

Por otro lado, es preciso exponer que la necesidad de establecer un sistema de responsabilidad específico de los prestadores de servicios de almacenamiento de datos, por daños producidos a los bienes o derechos de terceros por los contenidos ilícitos de los usuarios de sus servicios, se puso de manifiesto, más tarde y cristalizó en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 (6), relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (7).

El valor de esta Directiva es fundamental porque constituye la primera regulación legal de esta materia en la Unión Europea. La cuestión se contempló —en la sección cuarta de su capítulo segundo— bajo el título «la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios», en los artículos 12 a 15. Nosotros nos centraremos, exclusivamente, en preguntarnos como hemos dejado apuntado en quiénes deben estimarse responsables de los datos que se difunden en Internet, si los autores de los comentarios, expresiones, imágenes o los intermediarios que actúan como prestadores de servicio (8) de alojamiento o almacenamiento de datos, de las páginas web en las que se han depositado los citados comentarios, o fotografías elaboradas por terceros, que atentan contra el derecho al honor, y la intimidad y en qué casos.

En particular, el artículo 15, apartado 1, contempla la inexistencia de una obligación general de supervisión (9). Así excluye la posibilidad de que los Estados miembros impongan a los prestadores de servicios *«una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas»*, respecto del servicio de que se trata. No tienen, por tanto, en principio

(6) DOCE núm. 178, de 17 de julio de 2000.

(7) Sobre la citada Directiva puede verse, PLAZA PENEDES, J., «La responsabilidad civil en Internet (Su regulación en el Derecho Comunitario y su previsible incorporación al Derecho español)», en *La Ley*, Tomo III, 2001, págs. 1 a 37. PEGUERA POCH, M., «Directiva sobre el comercio electrónico: Determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas», en *Revista de la contratación electrónica*, núm. 2.º, octubre de 2001, págs. 3 a 40, disponible en <http://eprints.ucm.es/6881/1/DIRCOMLECpdmiguel2001.pdf> y del mismo autor, «Mensajes y mensajeros en Internet: la responsabilidad civil de los proveedores de servicios intermediarios», en *UOC*, marzo de 2001, disponible en <http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0103008/peguera.html>.

(8) A efectos de la presente Directiva son «servicios de la sociedad de la información»: los prestados normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario». Y son prestadores de servicios establecidos los «que ejercen de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un periodo de tiempo indeterminado. La presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizadas para prestar el servicio no constituyen en sí mismos el establecimiento del prestador de servicios» [art. 2 a) y c)]. A los prestadores de servicios se les designa con las siglas en inglés ISP (Internet Service Provider).

(9) Sobre los principios en que se funda la Directiva, con detalle, puede verse BUSTOS LAGOS, J. M., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 542, 2002 (BIB 2002/1091).

control sobre la información transmitida o almacenada. La cuestión se centra, tal y como afirma PANIZA (10), «en la dificultad que le supone al proveedor de servicios de alojamiento una tarea de control sobre todos los contenidos introducidos por terceros, lo que supondría una carga excesivamente gravosa». Por nuestra parte, pese a que compartimos esa idea, también creemos que actualmente se debería abogar por algunos mecanismos de control, o filtros ya que no puede admitirse una cuasi impunidad de las cada vez más frecuentes intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad que se producen en la red; precisamente, no hay que olvidar que además el citado artículo en su apartado 2, establece un deber de colaboración, que permite que los Estados establezcan «obligaciones tendentes a comunicar con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de sus servicios o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de estas, información que les permita identificar a los destinatarios de sus servicios con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento».

La responsabilidad se establece en función de los servicios prestados por los diferentes intermediarios. Realmente, entendemos que lo que se establece es un sistema de exenciones de responsabilidad (11) de los intermediarios con excepciones (12). Se trata de saber entonces en qué casos excepcionalmente responden estos de los contenidos hechos por terceros en páginas en las que son servidores. Y la dificultad del sistema estriba precisamente en saber cuál es el alcance de estas excepciones, que se hacen depender del «conocimiento efectivo» y cuáles son los instrumentos para alcanzarlo. Así, en relación con los prestadores de servicios, consistentes en almacenar o en alojar datos facilitados por el destinatario de los mismos, el artículo 14 dispone, que los Estados miembros garantizarán que:

- a) los prestadores de servicios, no respondan, cuando no tengan «*conocimiento efectivo*» de que la actividad a la información es ilícita y en caso de que se ejercite una acción por daños y perjuicios, cuando no tengan «*conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito*» o de que

(10) PANIZA FULLANA, A., «El alcance de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 2010)», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2010 (BIB 2010/1259).

(11) Debemos tener en cuenta que uno de los objetivos de la Directiva era fomentar el desarrollo de Internet.

(12) Como acertadamente afirma el profesor PEGUERA, «el hecho de que unos datos (mensaje) ilícitos, o que causen un daño, hayan circulado por la red gracias a la intervención de un determinado prestador de servicios intermediarios (mensajero) no implica que este deba ser responsable de aquellos. En la medida en que la actuación del prestador de servicios se haya limitado a la realización de operaciones puramente técnicas, pasivas y automáticas, o en la medida en que se observe determinados deberes de diligencia, la directiva establece que quedará exento de responsabilidad, con los requisitos y condiciones que a continuación examinaremos»... quien además añade: «la directiva de comercio electrónico no establece propiamente una regulación general de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. Lo que hace simplemente es fijar a favor de tales prestadores unos ámbitos concretos de exención de la responsabilidad», PEGUERA POCH, M., «Mensajes y mensajeros...», *op. cit.*, págs. 3 y 4.

- b) en cuanto tenga dicho conocimiento actúen «con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible» (13).

Obsérvese, por otra parte, que no señala qué debe entenderse por «conocimiento efectivo», ni cuánto tiempo tiene que pasar para retirar o impedir el acceso a los datos una vez que se conoce que la información es ilícita.

Dicha exención no se aplicará cuando «el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios». En cuyo caso, evidentemente, es responsable, pues participa en el contenido de los datos que podría haber controlado y conocido (14), y no puede beneficiarse de la exención. Además, hay que tener en cuenta que lo dispuesto en este artículo «no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con el sistema jurídico de los Estados miembro, exijan al prestador de servicios poner fin a una infracción o impedirla, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos e impida el acceso a ellos».

La generalidad del precepto plantea, sin duda, problemas de interpretación, que iremos viendo al analizar cómo se ha incorporado esta al régimen jurídico español.

B) LA NORMATIVA ESPAÑOLA

En nuestro Ordenamiento, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, se garantizan para todas las personas, como derechos fundamentales, en el artículo 18 de la Constitución Española, que también establece una limitación legal al «uso de la informática» para garantizar, *el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos* (15). Junto a estos derechos coexisten otros derechos también fundamentales, como el derecho a la información (16) y el derecho a libertad de expresión (17) que aparecen reconocidos en el artículo 20 de nuestra Constitución.

Es necesario recordar, que cuando se produce un conflicto entre la libertad de información o de expresión y los derechos al honor y a la intimidad, hay que tener en cuenta lo que establece el artículo 20.4 de la Constitución, que dispone que el respeto a los derechos al honor y a la intimidad constituyen un límite al ejercicio de las libertad de información y a la libertad de expresión. La Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás

(13) Considera también el citador autor: «que se establecen exenciones de carácter subjetivo» ... «para que pueda gozar de la exención se establece el requisito subjetivo negativo de falta de conocimiento efectivo de la ilicitud de la actividad o de la información que aloja... este requisito negativo se complementa con la obligación de desplegar un actividad positiva tan pronto como el prestador de servicios tenga conocimiento de aquellos extremos; actividad que consiste en actuar con prontitud para retirarlos dato, o bien hacer que el acceso a los mismos sea imposible». *Ibidem*, op. cit., págs. 6 y 9.

(14) No se trataría de un servicio de información o almacenamiento de datos neutral.

(15) Artículo 18.4.

(16) Consiste en comunicar y recibir libremente hechos veraces por cualquier medio de difusión.

(17) Consiente en emitir libremente opiniones, ideas y pensamientos, si bien lo cierto es que, muchas veces, aparecen íntimamente ligadas, pues cuando se informa de una determinada noticia se puede emitir también juicios de valor sobre la misma. Pero son diferentes.

incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el artículo 10.1 del Texto fundamental.

Estos derechos de la personalidad, consagrados constitucionalmente, fueron desarrollados civilmente mediante la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (18), de Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (19).

Ahora bien, es precisamente la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Información y del Comercio Electrónico (LSSICE) (20), la que tiene por objeto establecer la regulación del régimen de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica». Mediante esta Ley, se incorpora a nuestro Derecho la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior».

La citada ley dedica, dentro del Título II, el Capítulo II, titulado «Obligaciones y régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la información», la Sección 1.^a a regular las obligaciones de los artículos 9 a 12 bis, y la Sección 2.^a a regular el régimen de responsabilidad, en concreto los artículos 13 a 17. Obsérvese que la ley no contempla la responsabilidad de los autores de los contenidos subidos a la red.

La mejor doctrina (21) ha considerado que la regulación de la responsabilidad se hace de forma redundante y farragosa. Efectivamente, compartimos esta opinión, por diferentes motivos que iremos señalando, así ocurre, por ejemplo, cuando la Ley establece como regla general, que los prestadores de servicios de la información quedan sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa, sin perjuicio de lo que en ella se disponga (art. 13.1), pues semejante remisión a las normas generales, aporta bien poco al entendimiento de la cuestión, es

(18) Pero como es sabido, la regulación no se agota en el ámbito civil, pues algunas de las conductas que atentan a estos derechos, están tipificadas en el Código Penal, en este sentido, la protección penal del honor se encuentra en el Libro II; Título XI, en delitos tales como la calumnia (arts. 205 a 207 del CP) y la injuria (art. 208 a 210) y la protección de la intimidad y la propia imagen viene contemplada en el Libro II, Título X, en delitos como el descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197 y sigs.), además las intromisiones ilegítimas en estos derechos pueden ser calificadas como falta, consagrada en el Libro III, Título I, en el artículo 620.

(19) En definitiva, cabe afirmar, siguiendo al profesor LASARTE, respecto del honor: «que sencillamente se trata de la estimación y el respeto que la persona se profese a sí misma y que le reconozca la comunidad en que se desenvuelve. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principio de Derecho Civil, I. Parte General y Derecho de la persona*, decimoquinta edición, 2009, Barcelona, pág. 169. Para una aproximación al derecho al honor e intromisión ilegítima, puede verse también TEJEDOR MUÑOZ, L., «Algunas consideraciones en torno a la reparación de los daños por vulneración de los derechos del honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, marzo-abril de 2007, págs. 342 a 349; «El ejercicio del derecho al honor como límite al derecho a la información», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, págs. 513 a 521.

(20) BOE, núm. 166, de 12 de julio de 2002.

(21) Ya que como dice la profesora DÍAZ-AMBRONA: «no hubiera hecho falta que se precise la sujeción de los prestadores de servicios, a la responsabilidad civil, penal y administrativa, porque tanto las personas físicas como jurídicas están sometidas al régimen general de responsabilidad de nuestro ordenamiento jurídico». DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., «La contratación y la firma electrónica», dirigido por DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., *Derecho Civil de la Unión Europea*, 4.^a ed., Colex, Madrid, 2010, pág. 186.

como no decir nada. O, como cuando continúa estableciendo el mismo precepto, que para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios para el ejercicio de las actividades de intermediación se estará a lo establecido en los artículos siguientes (art. 13.2), cuando en realidad establece un sistema de exención de responsabilidad por el contenido de la información que circula por Internet. Si bien, antes de profundizar en la concreta responsabilidad de quienes prestan servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (*hosting*), conviene destacar, aunque sea brevemente, que la Ley en los preceptos siguientes, parte de un concepto amplio de «servicios de la sociedad de la información», que permite diferenciar cuatro tipos de prestadores de servicios que pueden ejercitar actividades de intermediación:

1) Operadores de redes y proveedores de acceso a Internet (art. 14); 2) prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos para su ulterior transmisión a otros destinatarios (art. 15); 3) prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (art. 16); y 4) prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o a instrumentos de búsqueda (art. 17).

Debe observarse que la regulación de la responsabilidad se establece, al igual que en la Directiva, en función de los servicios prestados por cada uno de ellos, en su actividad de intermediación, mejor dicho, realmente, lo que hace la Ley siguiendo a la Directiva, es establecer un sistema de exoneración de la responsabilidad, según qué actividad de intermediación se presten, pues como afirma DÍAZ-AMBRONA (22): «En realidad la Ley enumera los casos de exoneración de responsabilidad de los distintos operadores que intervienen en el proceso, según su ámbito de actuación».

Así, en concreto, el artículo 16 se refiere a «que los prestadores de servicios de intermediación consistentes en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio (23), no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, salvo...», y señala una serie de casos de que a continuación veremos en los que están exentos de responsabilidad.

Por tanto, debe destacarse que la mera creación del daño no lleva siempre aparejada de forma inapelable el deber de reparar; sino que en principio se excluye la responsabilidad de los intermediarios por los contenidos ilícitos de los usuarios. Ahora bien, esta exención no funciona siempre y existe responsabilidad, cuando el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador; es decir, cuando los propios intermediarios hayan intervenido en la elaboración de la información transmitida, originándola, seleccionándola o modificándola pues, como hemos dejado apuntado anteriormente, podían haber controlado y evidentemente conocido el contenido ilícito o cuando se den una de las siguientes circunstancias:

- 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

(22) *Ibidem*, op. cit., pág. 186.

(23) Ofrecen un lugar en su propio servidor o red de comunicación para que los distintos usuarios o internautas puedan conectarse y en el que pueden hacer circular e intercambiar ideas e información, y en el que se van almacenando o alojando las informaciones o datos de los usuarios.

- b) si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos».

Aunque el contenido de este precepto coincide sustancialmente con el de la Directiva, incluye algunas novedades respecto de la misma, así, a diferencia de la Directiva, el legislador español, señala cuándo se entiende que el prestador de servicios tiene «conocimiento efectivo», al disponer que existirá: «Cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se haga imposible el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse».

Por tanto, existe exoneración de la responsabilidad: a) si hay ausencia de una relación de dependencia o subordinación entre los proveedores de los alojamientos y almacenamiento de datos y los contenidos; b) en caso de desconocer efectivamente que la información almacenada es ilícita o lesiona los derechos de un tercero susceptibles de indemnización, y c) cuando conociendo esta ilicitud, actúe con diligencia y retire los datos con prontitud o impida el acceso a los mismos. Ahora bien, es difícil concretar el alcance que hay que dar al «conocimiento efectivo», y cuáles son los medios aptos para alcanzarlo, su definición puede decirse que es oscura, por lo que ha originado varias interpretaciones doctrinales. Y ha dado lugar a varios pronunciamientos jurisprudenciales, pero sobre este tema volveremos más tarde.

Para ahondar en el concepto de responsabilidad, es necesario poner esta en relación con las obligaciones que tienen los prestadores de servicios cuando realicen sus actividades. Efectivamente, por un lado, se impone un deber específico a los prestadores de servicios de intermediación de diligencia y colaboración, en el artículo 11, al establecer una serie de obligaciones de colaboración con las autoridades públicas para localizar e imputar responsabilidades a los autores de las actividades o contenidos ilícitos que se difundan por la red o para impedir que estos se sigan divulgando y, por otro, se impone un deber de información general que debe proporcionar todo prestador de servicios, relativo a sus datos de identidad (24) y localización, contemplado en el artículo 10, que permite tanto tener una información general, de quién es y cómo se le puede localizar (a través del sitio web) como que los usuarios puedan acceder por medios electrónicos, de forma sencilla, directa y gratuita, al prestador de servicios. De tal forma, que se garantiza, que en caso de conflicto se pueda identificar al prestador, y en consecuencia se pueda cumplir de modo diligente con la obligación de eliminar todo contenido ilícito o atentatorio al honor de determinada persona, evitando así contribuir a su difusión y su prolongación en el tiempo. Se da por

(24) En cuanto a los datos de identificación y de localización del prestador de servicios se exige que se pueda acceder por medios electrónicos a la siguiente información, por ejemplo, su nombre o denominación social, domicilio, dirección de correo electrónico, y cualquier otro dato que permita establecer una comunicación directa y efectiva; los datos de su inscripción en el Registro Mercantil; los Códigos de conducta a los que, en su caso, esté adherido..., etc., sin perjuicio del cumplimiento de otros requisitos de información exigidos por la normativa vigente.

cumplida esta obligación si el prestador incluye en su página o sitio web, los datos anteriores (25).

En consecuencia, la responsabilidad de los alojadores está sujeta al cumplimiento de unas obligaciones particulares de los prestadores de servicios de intermediación y generales de cualquier prestador de servicios, tales como el deber de diligencia e información, que si se incumplen pueden originar responsabilidades, además de la imposición de sanciones que pueden ser muy graves, graves o leves.

Por otra parte, hay que destacar que se prevé por la Ley 34/2002, de 11 de julio, la posibilidad de establecer restricciones a la prestación de servicios y procedimientos de cooperación intracomunitarias, en el caso de que un determinado servicio de la información atente o pueda atentar o vulnerar el respeto a la dignidad de la persona. En cuyo caso, los órganos competentes para su protección, en el ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa la prestación o para retirar los datos que los vulneren (26).

Obsérvese también que la ley española no establece expresamente la inexistencia de obligación de supervisión de los prestadores de servicio de intermediación, como hace el artículo 15 de la Directiva.

III. OPINIÓN DOCTRINAL

Nos interesa llamar la atención en que uno de los requisitos claves para imputar la responsabilidad es el «conocimiento efectivo», y dado que la definición que da por el legislador del mismo es oscura, nos parece necesario aclarar ¿cuándo se tiene realmente conocimiento efectivo? De forma sintética puede decirse que existen dos interpretaciones doctrinales del concepto «conocimiento efectivo» (27) contenido en el artículo 16 de la citada Ley.

«Una primera, estricta (28), que aboga porque el citado artículo, introduce una lista cerrada de causas de conocimiento, y considera el “conocimiento efec-

(25) Así, en este sentido, la sentencia de 10 de febrero de 2011, del Tribunal Supremo, Fundamento de Derecho cuarto entiende que: «el recurrente ha incumplido lo dispuesto en el artículo 10 de dicha Ley en materia de información al mantener en el registro como domicilio uno inexacto o cuando menos, no actual, que impidió al demandante comunicarse con él de una forma fácil y directa para así interrumpir la difusión de las expresiones y fotografía lesivas permitiendo el acceso de terceros a dicha página web hasta que aquel acudió a la vía judicial en defensa de sus intereses, inobservando de esta forma su deber de diligencia en la rápida retirada de datos ilícitos o en impedir el acceso a ellos».

(26) Artículo 8 de la Ley 34/02, de 11 de julio.

(27) Sobre estas dos formas de entender la responsabilidad, en el sentido estricto y amplio del «conocimiento efectivo», se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010/131), y la de 10 de febrero de 2011 (*RJ* 2011/313).

(28) Línea por la que se pronuncia, entre otros, LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J. F., quien afirma que el concepto de «conocimiento efectivo» viene específicamente definido en el primer inciso del último párrafo del número 1 del artículo 16 de la Ley 43/2002, sin que quepa ampliar los supuestos que en el mismo se recogen apoyándose en la expresión «otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse», —ya que conozcamos— no existe norma alguna que los haya establecido. Por el contrario, siendo plenamente aplicables el principio de interpretación restrictiva de las normas sancionadoras y limitativas, especialmente en lo que se refiere a la libertad de expresión, no parece que pueda ser ampliado tal concepto por vía jurisprudencial. Libertad de expresión e Internet. Responsabilidad de

tivo” solo podrá existir cuando estemos en presencia de una previa resolución de un órgano competente, acerca de la ilicitud de los datos en cuestión y la retirada de los mismos. Fundamentan su postura, entre otros en los siguientes argumentos, en los antecedentes legislativos y prelegislativos de la ley y en la propia literalidad del precepto, que viene a sostener que no habiéndose establecido legal ni reglamentariamente otros medios de conocimiento y a falta de acuerdos voluntarios sobre procedimientos de detección y retirada, es necesario restringir la interpretación al “conocimiento de una resolución judicial o administrativa que declare la existencia de una lesión o de la ilicitud de los contenidos”.

La segunda, más amplia (29) que entiende que introduce una lista abierta de supuestos y considera que igual que la Directiva de la que procede la LSSICE —emplea el módulo del «conocimiento efectivo» para la exención de responsabilidad penal y el de «conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito» para la responsabilidad civil—, estamos ante una relación meramente ejemplificativa, al amparo de lo dispuesto en el artículo 3 del Código Civil, por lo que no excluye que pueda probarse la existencia de «conocimiento efectivo» de cualquier otra manera, cuando el perjudicado le haya reclamado que se retire el contenido que atenta a su derecho fundamental. Efectivamente, esta segunda opinión es la seguida actualmente por la jurisprudencia y por cierto sector doctrinal.

La jurisprudencia menor tampoco se ha pronunciado de manera uniforme, por lo que ambas posturas han contado con pronunciamientos judiciales a favor (30) y en contra (31).

los prestadores de servicios de la sociedad de la información. El caso putasgae, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2010 (BIB 2010/593), págs. 1 a 7.

(29) Línea seguida, entre otros, por PEGUERA POCH, M., «quien señala que la necesidad de interpretar la ley española de conformidad con la directiva, apoya la conclusión de que el artículo 16.1.II debe leerse en un sentido no limitativo, y matiza que debe tenerse presente, sin embargo, que el mero conocimiento material de la presencia de determinados contenidos no significa necesariamente “conocimiento efectivo de la ilicitud”, cosa que probablemente solo pueda apreciarse en los casos en que la ilicitud resulte obvia». «Mensajes y mensajeros...», *op. cit.*, pág. 17.

(30) Así, por ejemplo, en apoyo de una interpretación restrictiva del artículo 16, puede verse la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 835, de 20 de diciembre de 2005 (AC 20067233), que razona que el artículo 16 de la Ley 34/02, de 11 de julio, no deja lugar a duda sobre la exención de responsabilidad de la demandada en el presente supuesto, al no existir previa declaración por el órgano competente de la ilicitud del contenido de la página web ordenando su retirada o imposibilitando el acceso a la misma, ni de la existencia de la lesión al derecho fundamental al honor del actor, no existiendo espacio de impunidad alguno porque el actor había podido acudir a lo establecido en el artículo 8 de la Ley 34/02, de 11 de julio. Desestimó la demanda, condenando al actor al pago de las costas causadas.

(31) En apoyo de una interpretación extensa, puede verse, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de marzo de 2010 (AC 2010/941), en la que se plantea si los actores sufrieron una intromisión ilegítima en el honor, intimidad y en la propia imagen, por parte de las personas que utilizaron los perfiles de Internet para insultarlos y vejarnos en el portal de Internet [www. yahoo.es](http://www.yahoo.es) y en concreto en el chat existente en la comunidad denominada Chaturanga, dedicada a las partidas y campeonatos de ajedrez, en la que se parte de que el conocimiento efectivo se puede tener por el medio que sea, en el caso que se ventilaba, no se uso «ni la forma ni la dirección que establecía la condición general 17 del contrato que era conocida por los actores, ni la posibilidad de comunicar los abusos *on line*, que consta en las mismas páginas, por lo que se considera que tuvo conocimiento efectivo desde que se recibió el burofax el día 21 de febrero de 2005, procediendo a borrar inmediatamente los perfiles

Actualmente algunas de las claves para conocer cuáles son las vías para tener conocimiento efectivo nos las da la sentencia de 9 de diciembre de 2009, que delimita qué se entiende por conocimiento efectivo, y lo hace partiendo de un concepto amplio, así considera el Tribunal Supremo que no puede interpretar restrictivamente el artículo 16, en el sentido de que solo es posible tener este conocimiento por una resolución judicial o administrativa, pues va en contra de lo establecido por la Directiva:

«...ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del “conocimiento efectivo” de la ilicitud de contenidos y amplía correlativamente el ámbito de exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo. Además, de que el propio artículo 16 permite esa interpretación —al dejar a salvo la posibilidad de “otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”—, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al “conocimiento efectivo” a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate».

Y haciendo suya la doctrina de la Audiencia afirma que: «el dominio “www.putasgae.org”, dirigido por “Plataforma de coordinación de movilizaciones contra la SGAE” por su carácter insultante, era un medio adecuado —*ex re ipsa*— para revelar, junto con las circunstancias concurrentes —en especial, la realidad de un conflicto entre dicha proveedora de contenidos y la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual demandante, conocido por la recurrente—, el tenor injurioso de los datos alojados. Esa conclusión es conforme con la doctrina expuesta y lleva a valorar la falta de diligencia de Asociación de Internautas en el cumplimiento de la carga prevista en la letra *b*) del repetido artículo 16 de la Ley 34/2002».

Esto nos lleva a analizar hasta dónde puede llegar esta interpretación amplia. Creemos como destaca RUBÍ PUIG (32), que el artículo 16.1.2 de la Ley 34/2002 (33),

en donde los terceros cometían infracciones como se constata en la demanda, ya que como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.^a) de 16 de julio de 2008 (*JUR* 2008/376933): «Y en cuanto a la falta de diligencia, coincide la Sala plenamente con el razonamiento de la Juzgadora de Primer Grado, difícilmente puede presumirse que el prestador del servicio pueda se vigilar y controlar previamente los contenidos de todos los mensajes, pues recordemos no es esta la actividad profesional del demandado. Es más, probablemente si ejerciera este control previo se generarían situaciones que afectarían a la libertad de expresión, ya que para evitarse conflictos se procedería a una “censura previa” de contenidos». Por lo que no se condena al prestador de servicios, dado que cuando tuvo conocimiento efectivo actuó diligentemente, procediendo a borrar las intromisiones al honor. Sigue también esta interpretación extensa la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de noviembre de 2010 (*AC* 2011/141).

(32) RUBÍ PUIG, A., «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 de 18 de mayo de 2010, en *Revista InDret*, Barcelona, octubre de 2010, pág. 7).

(33) Como bien señala, PEGUERA POCH, M., «el texto plantea el problema de su interpretación. Si se interpreta en sentido “limitativo”, solo podrá apreciarse la concurrencia de conocimiento efectivo si se da alguno de los supuestos contemplados en dicho párrafo (previa resolución, acuerdos de notificación y retirada, o bien otros medios que en el futuro

prevé algunas pautas de concreción, pero no restringe la posibilidad de nuevos medios para determinar la existencia de «conocimiento efectivo»:

- a) Conocimiento de una resolución judicial o administrativa que declare la existencia de una lesión o de la ilicitud de los contenidos.
- b) Conocimiento a partir de los procedimientos de detección y retirada de contenidos adoptados voluntariamente por un prestador de servicios de la información (34).
- c) Otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse (35).

Pues bien, la primera parte del artículo 16 no deja lugar a dudas en cuanto que el prestador conozca que existe una resolución de un órgano competente en la que se declare la ilicitud de los contenidos debe retirar o hacer imposible el acceso (36).

pueda fijar el legislador), mientras que si se interpreta en un sentido «no limitativo», será posible apreciar la concurrencia de tal conocimiento, siempre que el mismo exista realmente y así se pruebe por cualquier medio admitido en derecho, con independencia de que se hayan verificado o no los supuestos de adquisición del conocimiento efectivo previstos en el párrafo que comentamos». PEGUERA POCH, M., «Solo sé que no sé nada (efectivamente): la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI», en *III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 5, 2007, UOC. En <http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/peguera.pdf>. ISSN 1699-8154, pág. 11.

(34) Algunos prestadores en sus páginas tienen mecanismos voluntarios que facilitan el conocimiento efectivo, en este sentido, alude a estos mecanismos, la sentencia de 3 de marzo de 2010, de la Audiencia Provincial de Barcelona (AC 2010/941), que señala como el prestador de servicios había establecido algunas vías que podían utilizar las personas que se consideren lesionadas en sus derechos, estableciendo la forma y la dirección en las que se tenían que hacer las reclamaciones en una de las condiciones generales, del contrato y también en la posibilidad de comunicar abusos *online*.

Es frecuente, también, que las páginas establezcan protocolos de reclamación, y que cuenten con un administrador, incluso algunas advierten que pueden examinar los contenidos y que tienen la posibilidad de seleccionar y retirar los que sean lesivos. Así, muchas de ellas cuentan con mecanismos para controlar los ataques *troll*, que son aquellos que pretenden provocar controversias sobre un tema con expresiones insultantes, de tal modo que cuando esto ocurre los administradores pueden cerrar el tema. Debería también impedirse los mensajes anónimos en los foros, por la dificultad que luego supone responsabilizar al autor de los contenidos lesivos.

(35) Alude al conocimiento por cualquier medio que sea, y, en concreto, señala que la comunicación por burofax, es un medio para obtener el conocimiento efectivo la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de marzo de 2010, anteriormente reseñada. Sin embargo, la sentencia de la Audiencia de Madrid, de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010/2096), considera que un burofax no es un medio suficiente, cuando sus términos son tan vagos que el demandante no ha concretado cuáles son los comentarios que considera que son intromisiones ilegítimas en su derecho al honor.

(36) Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 420/2008 de 22 de septiembre (*JUR* 2009/107918), no siempre es necesario una resolución judicial, así entiende que: «No obsta... el que no haya precedido ninguna resolución judicial que declarase la ilicitud del contenido de las manifestaciones y fotografía pues, debiendo interpretarse las normas —además de según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos— conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad (art. 3.1 del CC), es claro que en el actual mundo de las telecomunicaciones,

La segunda parte, conocimiento a partir de los procedimientos de detección y retirada de contenidos adoptados voluntariamente por un prestador de servicios de la información, hemos visto como el propio prestador, puede establecer procedimientos de aviso y retirada de información, a través de cláusulas de estilo o a través de sistema de recepción de denuncias e incidencias. Así, por ejemplo, podrán acogerse a códigos de conducta o buenas prácticas que serían de obligado cumplimiento para los que se adhieren a ellos y podrían proporcionar un conocimiento efectivo, si bien en este caso, los propios intermediarios se someterían a una disciplina mas rígida en materia de responsabilidad.

Y, por último, la generalidad del precepto deja abierta la posibilidad de otros medios de conocimiento efectivo que puedan establecer. Cabe preguntarse sobre si ¿bastaría con la simple comunicación o queja del perjudicado?, la doctrina está dividida. Creemos que la notificación del perjudicado bastaría por sí misma cuando con una diligencia media, el prestador de servicios pueda comprobar que hay una vulneración del derecho al honor, y cuando el carácter insultante se deduzca de las circunstancias que rodean al caso. Como destaca RUBI PUIG (37), «quien ve lesionado su derecho al honor —o, en su caso, otros derechos y bienes— tiene la carga primaria de desplegar cierto grado de diligencia para identificar razonablemente el contenido difamatorio y su ilicitud ... quien además añade que «la decisión de un ISP de mantener el alojamiento de unos datos después de haber tenido conocimiento de su posible ilicitud puede calificarse de diligente si la comunicación recibida del afectado no reviste cierto grado de razonabilidad, salvo que existan circunstancias adicionales que manifiesten la existencia de un conocimiento efectivo» (38).

En definitiva, cuando sea indiscutible, claro y fragante que se ha producido una intromisión ilegítima, y cuando además se ha hecho previamente a la presentación de la demanda un requerimiento, para que se retiren del portal las intromisiones ilegítimas al derecho al honor. Pero no en todo caso, ya que lo que no permite la ley es que se convierta el prestador del servicio en Juez de los

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, en el que se emplean expresiones tales como «gilipollas...» —ya se refieran a su faceta artística, ya a su actuación en la Sociedad General de Autores y Editores— y se inserta una fotocomposición con la cabeza cortada del demandado, multiplicaría los perjuicios que se le ocasionarían hasta el extremo de que, cuando obtuviese respuesta a la tutela judicial pretendida, aquellos perjuicios pudieran ser ya irreparables».

(37) RUBI PUIG, A., *op. cit.*, págs. 16, 13 y 14.

(38) Además entiende el citado autor que: «por supuesto, el grado de diligencia dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, pero es posible establecer unos mínimos que ofrezcan una aproximación a un régimen de notificación deseable. El elemento principal que convierte una comunicación de un afectado en razonable es la correcta identificación del contenido lesivo, ...así... podría calificarse de diligente si constara por escrito y contuviera elementos como una firma o firma electrónica del perjudicado o persona autorizada a actuar en nombre de aquel y sus datos de contacto, la identificación completa de la persona cuyo honor se ha afectado; la identificación del contenido que se reputa difamatorio y cuya retirada se solicita... La necesidad de delimitar tales deberes de cuidado mediante una obligación de colaboración del perjudicado en la identificación de los contenidos ilícitos ha sido puesta de relieve en el ámbito de la infracción de los derechos de autor, por la sentencia de lo Mercantil, núm. 7 de Madrid, de 20-9-2010 en el austro *Telcinco c. You Tube*», *ibidem*, págs. 16 y 17.

contenidos de su portal de Internet. Así, no lo sería, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de noviembre de 2010 (AC 2010/2349), cuando por su «contenido no resulte evidente, patente o efectivo, que lesiona el derecho al honor de los demandantes, siendo esta una cuestión discutible en la que hay que ponderar tanto el derecho al honor de unos como la libertad de expresión de otros, no habiendo requerido los demandantes, previamente a la prestación de la demanda, la retirada del portal de internet de las concretas manifestaciones ahora analizadas, todo lo cual conduce a que debamos establecer la falta de responsabilidad».

Así pues, si el titular de los derechos lesionados advierte que se está produciendo una intromisión al honor, será culpa del prestador de servicios no actuar con la debida diligencia y contrastar si han sido lesionados sus derechos por las actividades de los terceros.

Tampoco se pone de acuerdo la doctrina si estamos ante una responsabilidad por hecho propio (39) o por hecho de tercero (40).

En realidad, el artículo 1903 del Código Civil, señala que la responsabilidad por daños es exigible: «no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder»: La doctrina no es unánime en cuanto a si los supuestos del artículo 1903 tienen un carácter tasado (*numerus clausus*), o un carácter meramente ejemplificativo, o (*numerus apertus*). Nosotros, siguiendo al profesor LASARTE (41), nos inclinamos por el carácter abierto, que además señala que: «es necesario para que se puedan incluir nuevos supuestos de responsabilidad por hechos ajenos, que exista una relación de jerarquía o dependencia, y la presunción de que ha existido culpa *in eligendo* o *in vigilando*, según los casos, de los terceros que estaban bajo su cuidado o responsabilidad».

Ahora bien, no existe en el supuesto que analizamos de los proveedores, la citada relación de dependencia, es más, si esta se diera no existiría la posibilidad de eximirse de responsabilidad. Por otro lado, tampoco es fácil de encajar sin más en el artículo 1902, pues los prestadores solo ponen los medios pero no tienen un control sobre los contenidos, estamos ante un supuesto de responsabilidad específico (42). Además, en realidad, en cuanto a la tajante distinción entre

(39) Considera que estamos ante una responsabilidad por hechos propios, BUSTOS LAGOS, cuando afirma: «el prestador responde a sus propias actuaciones en relación a tales conductas, sino informa con prontitud a las autoridades de los contenidos o actividades ilícitas de las que tenga conocimiento... o si no reacciona con diligencia interrumpiendo el servicio tan pronto resulte técnicamente posible, BUSTOS LAGOS, J. M., *op. cit.*, págs. 3 y 4.

(40) En este sentido, RUBÍ PUIG entiende, refiriéndose al artículo 16 de la LSSI, que: «la primera desnaturalización de la norma encuentra su solución en la aplicación de las reglas de responsabilidad civil por hecho ajeno (art. 1903.4 CC) que atribuyen al principal, ISP, las consecuencias económicas, derivadas de lo que efectivamente conocen sus dependientes. La solución a la segunda desnaturalización pasa por la necesaria delimitación de los deberes de cuidado, tanto del ISP como del perjudicado, en relación con un contenido ilícito determinado, para evitar la creación de un sistema de responsabilidad civil absoluta», RUBÍ PUIG, A., *op. cit.*, pág. 8.

(41) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principio de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones*, undécima edición, 2007, pág. 367.

(42) Adelantaba antes de aprobarse la LSSI, el profesor PENEDÉS que: «Las posibilidades de *lege ferenda*... (al estudiar los presupuestos para la construcción de una responsabilidad sobre hecho ajeno del prestador de servicios intermediario)... de consagrarse esa responsabilidad por hecho ajeno... sería un supuesto distinto del previsto en el artículo 1903 del Código Civil..., ya que no coinciden exactamente ambos supuestos... Así, y a falta de un

responsabilidad por hechos ajenos y propios, como afirma SANTOS BRIZ (43): «la norma del artículo 1903 más que una excepción es una prolongación del 1902, ya que las personas que menciona responden, en definitiva, por la negligencia que en ellas se presume como causa del acto ilícito del menor, incapaz, dependiente, etc. Y en este sentido no es responsabilidad por hechos ajenos, sino por acción u omisión negligente propia». Como también creemos, que al tratarse de un supuesto específico de responsabilidad, tampoco es necesario acudir a una responsabilidad objetiva en función a los riesgos asumidos por este tipo de actividades por parte de los intermediarios.

IV. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL

A continuación vamos a realizar un análisis jurisprudencial sobre las sentencias que abordan el tema de las intromisiones al honor y a la intimidad en las páginas web y la responsabilidad civil del ISPs.

Debe observarse que hasta ahora en los supuestos donde se plantea la responsabilidad de estos prestadores se parte, en primer lugar, de la existencia clara de un daño, derivado de la información alojada en el servidor de datos, sin discutirse en estos casos si ha habido o no intromisión ilegítima sino que se parte de que esta existe. Por otra parte, en segundo lugar, no se busca necesariamente al causante o autor del contenido dañoso, sino al responsable del mismo, que es el intermediario que teniendo conocimiento efectivo del carácter ilícito de los datos alojados no hubiera procedido a retirarlos (salvo que el autor haya generado los datos bajo la dirección, autoridad o control del intermediario), lo que viene favorecido quizá por la dificultad de localizar a la persona que ha subido esa información a la red, y la mayor capacidad económica de los intermediarios. En consecuencia, en tercer lugar, la jurisprudencia se centra en la interpretación

supuesto especial, tampoco la vía del artículo 1902 del Código Civil... resulta en principio idónea para establecer una responsabilidad del prestador... por los daños causados por el destinatario de los servicios, salvo que se impusiese al prestador ... un deber de control exhaustivo y constante sobre el uso que haga el destinatario respecto de los contenidos que difunda o tramita», *op. cit.*, págs. 7 y 8.

La complejidad del tema la pone también de manifiesto el Ministerio Fiscal, en el recurso de casación número 914/06, cuando propone una cuestión prejudicial, sobre el ámbito y alcance de la responsabilidad de los prestadores de un servicio de la sociedad de la información, al razonar que: «respecto de los contenidos colgado en la red de un espacio facilitado por ellos pero no por ellos elaborados ni por su cuenta, es difícil aplicar la doctrina del artículo 1903, relativa a la responsabilidad de los empresarios respecto a los daños y perjuicios cometidos por sus empleados, puesto que los empresarios tienen una cierta obligación de control y supervisión que no tiene el prestador de servicios, en cuanto que el destinatario de sus servicios, como hemos dicho, es libre para fijar el contenido y la utilización de los datos que aloja y trasmite pudiendo en cualquier momento, y de forma instantánea, suprimirlos o modificarlos sin que el prestador de servicios perciba estas modificaciones. Es decir, ni existe control y supervisión, ni mucho menos relación de dependencia. Finalmente, tampoco es aplicable la doctrina del artículo 1902 del Código Civil, salvo que se impusiera al prestador de ser vicios la onerosa carga del control exhaustivo. En el escrito del Fiscal, al Tribunal Supremo, número 914/2006. Fiscalía 1010/2006.

(43) SANTOS BRIZ, J., en *Comentarios a los artículos 1887 a 1929 del Código Civil*, Sección D, Tomo XXIV, dirigido por ALBALADEJO GARCÍA, M., Madrid, 1984, <http://vlex.com/vid/263385>

y alcance que haya de darse al «conocimiento efectivo», elemento clave para determinar la responsabilidad, abogando por un concepto amplio del mismo.

Recientemente el Tribunal Supremo se ha pronunciado en tres sentencias, que a continuación analizamos:

- A) Sentencia de 9 de diciembre de 2009 (44) (RJ 2010/131),
RC núm. 914/2006. Ponente: Sr. D. José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL

Los hechos que dieron lugar al litigio son los siguientes:

La Asociación de Internautas prestaba servicios de alojamiento de datos de la sociedad de información a sus asociados por medio de su dirección en la red *www.internautas.org*. La asociación de internautas tenía dos páginas web, gestionadas por la llamada «Plataforma de coordinación de movilizaciones contra la SGAE, ajena al proceso, *www.putasgae.com* y *www.antisgae.internaturas.org*, y estas, a su vez, contenían expresiones y comentarios que atentaban contra el honor de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), tales como: «una banda de desocupados...», «prácticas mafiosas...», «putasgae...», «la SGAE tiene más cosas que callar que para contar y su opacidad no le permite predicar con el ejemplo...», «matones a sueldo...», «sanguijuelas sgaeras...», «redadas facistoides contra la hostelería...», «más canallas...», «grandes manipuladores...», «pandillas de mafiosos...», «putos chorizos...», «obtusos de la SGAE...», entre otras.

La Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) y el presidente del Consejo de Dirección de dicha entidad, interpusieron demanda de juicio ordinario contra la Asociación de Internautas, en defensa de su derecho al honor en la que solicitaban que se declare: *que la utilización de la dirección de internet www.putasgae.org, supone una intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor de la SGAE como a la persona del Consejero, que se cese en las intromisiones ilegítimas contra su derecho al honor, a eliminar los enlaces y contenidos dependientes de la web de la asociación y se conceda, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la cantidad de 18.000 euros para cada uno de ellos, así como a publicar en la página http://www.internautas.org la sentencia que recaiga, por un periodo temporal equivalente al en que se ha prolongado la intromisión ilegítima, y al abono de las costas.*

El Juzgado de Primera Instancia, número cuarenta y dos de Madrid, dictó sentencia, con fecha quince de junio de dos mil cinco, estimando la demanda, y declarando: *Que la dirección de internet: «w.w.w.putasgae.org» supone una intromisión ilegítima en el derecho al honor de SGAE y que la divulgación por parte de la demandada en la página de internet http://antisgae.internautas.org de las expresiones citadas suponen una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes. Por lo que condena a la Asociación de internatutas a cesar en la perturbación ilegítima en el derecho al honor de los actores y a eliminar la expresión «putasgae» de la dirección de internet «w.w.w. putasgae.org», y todos los artículos y enlaces en que se contenga dicha palabra, así como las expresiones atentatorias contra el derecho al honor de los actores y a abonar, en concepto de indemnización de daños y perjuicios la cantidad de 18.000 euros; y a publicar en citada página web la sentencia firme por un periodo de tiempo equivalente al en que se ha prolongado la intromisión ilegítima, además de las costas del procedimiento.*

(44) Puede verse el comentario que de la misma hace LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J. F., *op. cit.*, págs 1 a 7.

La Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimonovena, dictó sentencia el seis de febrero de dos mil seis, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Asociación de Internautas, contra la sentencia anterior y confirmando la sentencia de instancia e imponiendo las costas a la parte apelante.

Debe destacarse que en ambas instancias habían declarado responsable de la intromisión ilegítima del derecho a honor a la Asociación, sin hacer referencia expresa al artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio.

Recurrida en casación la sentencia de la Audiencia, considera la Asociación de Internautas que no tuvo ninguna participación en la elaboración ni selección de los insultos, y que no era responsable porque no tenía «conocimiento efectivo», siendo responsable quien fuera autor de las intromisiones ilegítimas lo que llevó al Tribunal Supremo a pronunciarse sobre el concepto de «conocimiento efectivo».

Afirma el Tribunal Supremo que no se puede interpretar restrictivamente el artículo 16, en el sentido de que solo es posible tener este conocimiento por una resolución judicial o administrativa, ya que va en contra de lo establecido por la Directiva, y que el propio artículo 16 permite esa interpretación —al dejar a salvo la posibilidad de «otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse»—, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al «conocimiento efectivo» a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate.

Y haciendo suya la doctrina de la Audiencia afirma que el dominio «www.putasgae.org», dirigido por «Plataforma de coordinación de movilizaciones contra la SGAE por su carácter insultante, era un medio adecuado —*ex re ipsa*— para revelar, junto con las circunstancias concurrentes —en especial, la realidad de un conflicto entre dicha proveedora de contenidos y la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual demandante, conocido por la recurrente—, el tenor injurioso de los datos alojados. Esa conclusión es conforme con la doctrina expuesta y lleva a valorar la falta de diligencia de Asociación de Internautas en el cumplimiento de la carga prevista en la letra *b*) del repetido artículo 16 de la Ley 34/2002.

Merece la pena transcribir los argumentos que utiliza el Tribunal Supremo en el Fundamento cuarto:

«...Por su parte y en primer término, niega la recurrente que supiera de la ilicitud de las opiniones de “Plataforma”, y para ello se sirve del significado que a las palabras “conocimiento efectivo” atribuye el legislador español en el artículo 16, apartado 1, de la Ley 34/2002 —“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, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución”— y añade que, en el caso, ningún órgano competente había declarado previamente a la demanda la ilicitud de los datos almacenados o la lesión de los derechos de los actores y, menos, ordenado la retirada de contenidos. El motivo se desestima.

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, 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.

Además de que el propio artículo 16 permite esa interpretación favorable a la Directiva —al dejar a salvo la posibilidad de “otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”—, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al “conocimiento efectivo” a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate.

Ello afirmado, el Tribunal de apelación atribuyó, a los relatados efectos, ese mismo valor revelador al dominio “www.putasgae.org”, dirigido por “Plataforma de coordinación de movilizaciones contra la SGAE” a la dirección que la Asociación, ahora recurrente, le había proporcionado. Consideró que tal título, por su carácter insultante, era un medio adecuado —*ex re ipsa*— para revelar, junto con las circunstancias concurrentes —en especial, la realidad de un conflicto entre dicha proveedora de contenidos y la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual demandante, conocido por la recurrente—, el tenor injurioso de los datos alojados. Esa conclusión es conforme con la doctrina expuesta y lleva a valorar la falta de diligencia de Asociación de Internautas en el cumplimiento de la carga prevista en la letra b) del repetido artículo 16 de la Ley 34/2002».

En conclusión, parte el Tribunal Supremo de una interpretación amplia del concepto de «conocimiento efectivo», al afirmar que no se puede interpretar restrictivamente el artículo 16, en el sentido de que solo es posible tener este conocimiento por una resolución judicial o administrativa. Por ir en contra de lo establecido por la Directiva y del artículo 16, que permite una interpretación amplia y utiliza como argumento que el propio artículo —al dejar a salvo la posibilidad de «otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse»—, incluye el que se obtiene por el prestador del servicio «a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate».

Insiste en que el dominio «www.putasgae.org», por su carácter insultante, era un medio adecuado —*ex re ipsa*— para revelar, junto con las circunstancias concurrentes —en especial, la realidad de un conflicto entre dicha proveedora de contenidos y la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual demandante, conocido por la recurrente—, el tenor injurioso de los datos alojados.

B) Sentencia de 18 de mayo de 2010 (RJ 2010/2319),
RC núm. 1873/2007 (45). Ponente: Sr. D. FERRÁNDIZ GABRIEL

Los hechos de forma sucinta son los siguientes:

Don Luis Alberto interpuso demanda de juicio ordinario en protección de sus derechos al honor, a la propia imagen y a la intimidad, contra Ruboskizo, S. L. Don Luis Alberto ejercía como abogado y tenía como cliente más importante de su despacho a la «Mutua Madrileña Automovilista», desde el año mil novecientos

(45) Para un comentario de la citada sentencia, puede verse PANIZA FULLANA, A., *op. cit.*, y RUBÍ PUIG, A., *op. cit.*, págs 1 a 20.

noventa y uno. Ruboskizo, S. L. presta servicios de almacenamiento de datos, mediante la gestión de una página *web*, denominada *quejasonline*, en la que se permitía publicar quejas contra la Mutua Madrileña Automovilista.

En este caso, un usuario que no se identifica, suplanta la identidad del abogado, en la citada página *web*, «*quejasonline.com*», dejando en el foro el comunicado siguiente: «*Soy abogado de Mutua Madrileña y estoy cansado de engañar a la gente, pues la Mutua me hace retrasar los expedientes con el fin de no pagar. Tiene pinta de irse al garete*», comentario que evidentemente atenta contra el honor y el prestigio profesional del abogado. El abogado comunica la situación de suplantación a la empresa Ruboskizo, S. L., y le requiere para que retire de la página *web*, aquel comentario y le comunique la identidad del remitente. Ruboskizo, S. L. retiró los contenidos de la página *web*, pero se niega a facilitar el nombre del remitente de acuerdo con las normas sobre protección de datos, y manifestó que, en todo caso, estaba dispuesta a colaborar.

El abogado instó la iniciación de un procedimiento penal, que terminó el archivo de las actuaciones, ante la imposibilidad de conocer al infractor y en la demanda reclama indemnización por los daños patrimoniales y morales que le había causado la demandada y solicita una sentencia que «*declare: a) Que el demandado ha cometido una intromisión ilegítima en el honor del demandante por la publicación de su nombre en una queja frente a Mutua Madrileña Automovilista. b) Se condene al demandado a difundir a su costa los fundamentos jurídicos y fallo de la sentencia una vez firme en la página de inicio de su página web quejasonline. com durante ciento diecinueve días. c) Se condene al demandado al pago de la suma de seis mil ciento treinta y cinco euros con diecisiete céntimos en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. d) Todo ello con expresa condena en costas*».

La demandada se opuso alegando que no era responsable del contenido de los mensajes de los usuarios de la página y añadió que no respondía conforme a la legislación vigente, ya que retiró la queja al recibir la protesta.

El Juzgado de Primera Instancia, número veintitrés de Valencia, dictó sentencia con fecha treinta de noviembre de dos mil seis, estimando la demanda y declarando que la empresa titular de la página *web* había cometido una intromisión ilegítima en el honor del demandante, condenándola a que difundiera a su costa el fallo de esta sentencia, en la página de inicio de su página *web*, «*quejasonline*» y a mantenerla durante ciento diecinueve días y a abonar al demandante en concepto de daños y perjuicios 6.135,17 euros, más los intereses, y las costas del procedimiento.

La Audiencia Provincial de Valencia, Sección Sexta, dictó sentencia con fecha veintinueve de junio de dos mil siete, desestimó el recurso de apelación *interpuesto por la entidad mercantil Ruboskizo, y confirmó la sentencia de instancia, condenando igualmente a las costas*.

Recurrida en casación, el Tribunal Supremo, declara haber lugar a la misma y considera que la sociedad Ruboskizo no es responsable porque la Audiencia no ha aplicado ni la Directiva 2000/31, ni la Ley 34/2002, de 11 de julio. «Y por ello no ha extraído consecuencia alguna de que dicha sociedad no conociera ni pudiera razonablemente conocer, directamente o a partir de datos aptos para posibilitar la aprehensión de la realidad, que quien le suministraba el contenido lesivo para el demandante no era él, sino otra persona que utilizaba indebidamente su nombre con el ánimo de perjudicarlo; ni de que, conocedora con posterioridad de esa realidad, merced al requerimiento del perjudicado, retirase el comentario sin tacha de negligencia».

Reproducimos por su importancia el fundamento segundo en que se señala: «la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, reguló —en la sección cuarta de su capítulo segundo— el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios que actúan como intermediarios de la sociedad de la información.

En particular, el artículo 15, apartado 1, niega la posibilidad de que los Estados miembro impongan a los prestadores de servicios “una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas” respecto del servicio de que se trata. A su vez, el artículo 16 (46) dispone que los Estados miembros garantizarán que los prestadores de servicios consistentes en almacenar datos facilitados por el destinatario de los mismos, no responden, cuando se ejerce una acción por daños y perjuicios, siempre que no tengan “conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito” y, en el caso de que tuvieran dicho conocimiento, cuando actúen “con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible”.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, al incorporar al Ordenamiento jurídico español la Directiva, dispone —en el art. 13, apartado 2— que para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, “se estará a lo establecido en los artículos siguientes”, entre ellos, el 16 que, en relación con los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos —condición que es la de la demandada— proclama que los mismos no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptible de indemnización o, si es que lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

En la sentencia de 9 de diciembre de 2009 (RJ 2010/131) nos pronunciamos sobre la interpretación del artículo 16 conforme a la Directiva 2000/31/CE, en lo referente al “conocimiento efectivo”, a cuya ausencia se condiciona, en uno de los supuestos, la liberación de responsabilidad de la prestadora de servicios de alojamiento por la información almacenada a petición del destinatario de aquellos.

Pues bien, la Audiencia Provincial no ha tenido en cuenta ese conjunto normativo al declarar la responsabilidad de la demandada Ruboskizo, S. L. Y, por ello, no ha extraído consecuencia alguna de que dicha sociedad no conociera ni pudiera razonablemente conocer, directamente o a partir de datos aptos para posibilitar la aprehensión de la realidad, que quien le suministraba el contenido lesivo para el demandante no era él, sino otra persona que utilizaba indebidamente su nombre con el ánimo de perjudicarlo; ni de que, conocedora con posterioridad de esa realidad, merced al requerimiento del perjudicado, retirase el comentario sin tacha de negligencia».

La sentencia ratifica, por tanto, la doctrina de 9 de diciembre de 2009, y se remite a la misma en orden a cómo debe interpretarse el «conocimiento efectivo».

(46) Hay un error tipográfico, debería decir artículo 14 de la Directiva, en vez de 16.

- C) La sentencia de 10 de febrero de 2011 (*RJ* 2011/313).
Ponente: Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, confirma las dos sentencias anteriores

Los hechos de forma resumida son los siguientes:

El demandante, un conocido personaje público, considera que determinados mensajes y comentarios publicados en la página web, denominada «Alasbarricadas.com» dentro del llamado «Foro anarquista para el debate y contacto directo entre compañeros» en el apartado «El Rey del Pollo Frito Zapatones», contenían expresiones claramente despectivas y vejatorias sobre su persona, tales como: «solamente abro este tema para expresar mi odio más visceral a este gilipollas»..., pedante, creído, tocapelotas/ovarios, farandulero, feo pasado por los quirófanos, mal artista, mal politiquillo, mal presentador de programas de televisión, chupacámaras, etc..., «solo siento no haber estado en el último festival que estuvo pa descalabrarle con un pedrolo del vente» (mensaje publicado el día 13 de junio de 2006), o «menudo hipócrita, menos mal que hay gente que desenmascara de vez en cuando a estos mentirosos. A ver si un día de estos le da un paro cardíaco después de haberse metido todo el dinero en dietas en cocaína, menudo imbécil» (mensaje publicado el 13 de junio de 2006), o «este hombre es un grandísimo payaso. Es eskoria, la hipocresía personificada. No sé si un tiempo pasado fue mejor, pero ahora mismo solo se merece que su queridísima SGAE se quede sin dinero que robar y que termine viviendo en su amada sociedad capitalista como un mendigo» (mensaje publicado el 29 de junio de 2006). Además se publicó en dicha página web, el 5 de octubre de 2006, una fotografía manipulada del actor, en la que aparece con la cabeza cortada, que supone una grave humillación y amenaza contra el mismo».

El citado personaje demandó al titular del sitio, don Ricardo, por considerar que se producían intromisiones ilegítimas en su derecho al honor, solicitando que se eliminara del sitio web «Alasbarricadas.org» las expresiones y fotografía referidas, así como que se le condenara a publicar a su costa la sentencia en los mismos medios utilizados para llevar a cabo dicha intromisión ilegítima, concretamente mediante una página web de Internet, así como a indemnizarle con la cantidad de 6.000 euros, más las costas».

El Juzgado de Primera Instancia, núm. 44 de Madrid, dictó sentencia con fecha de 13 de septiembre de 2007, en la que estimó completamente la demanda (47) contra don Ricardo, condenándole a cesar en la perturbación ilegítima

(47) Apoya su decisión el Tribunal en que los contenidos (expresiones y fotografías) de la página web denominada «Alasbarricadas.com», implicaban una clara y evidente lesión al honor del actor, que menoscaban su fama, buen nombre y prestigio profesional.

Dichas expresiones se mantenían al tiempo de interposición de la demanda, dado que el demandante intentó contactar con el demandado para que retirase inmediatamente los contenidos atentatorios, sin conseguirlo al no contener información alguna en su página web sobre la identidad o titular de la página o su domicilio, más allá del siguiente correo electrónico «info@alasbarricadas.org», siendo después de dar traslado de la demanda cuando se ha procedido a su retirada, por lo que entiende que el prestador del servicio de alojamiento o almacenamiento de datos, y de conformidad con el artículo 16 de la LSSICE, no actuó de manera diligente en el cumplimiento de su deber de retirada de las expresiones, fotografía y mensajes difamatorios referidos.

Estima, por tanto, responsable al demandado como titular de la página web, que ha servido de vehículo para la difusión pública de dichos mensajes, al considerar que debe

del derecho al honor del actor, eliminando del sitio web «Alasbarricadas.org» las expresiones y fotografía atentatorias contra el derecho al honor del actor, así como a publicar a su costa la sentencia en los mismos medios utilizados para llevar a cabo dicha intromisión ilegítima, concretamente en una página web de internet, así como a indemnizar al actor con la cantidad de 6.000 euros y al abono de las costas.

La Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimotercera, dictó sentencia de fecha 22 de septiembre de 2008, en la que desestimó el recurso de apelación interpuesto por don Ricardo, y confirmó la resolución recurrida con expresa imposición de costas.

Recurrida la anterior sentencia en casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y confirma la condena.

Se centra la cuestión en determinar si la Audiencia aplicó de modo correcto el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación. Y recuerda el Tribunal Supremo que:

«Sobre la interpretación que haya de darse al artículo 16 conforme a la Directiva 2000/31/CE, en lo referente al conocimiento efectivo, a cuya ausencia se condiciona, en uno de los supuestos, la liberación de responsabilidad de la prestadora de servicios de alojamiento por la información almacenada a petición del destinatario de aquellos, se ha pronunciado recientemente esta Sala en sus sentencias de 9 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010/131), *RC* número 914/2006 y en la de 18 de mayo de 2010 (*RJ* 2010/2319), *RC* número 1873/2007».

Y considera, en su Fundamento cuarto que en parte recogemos, que no se dan los dos presupuestos de la exclusión de responsabilidad contemplados en el artículo 16 de la Ley 34/2002 al afirmar que:

«La Audiencia Provincial negó que el demandado desconociera el contenido de los datos alojados en su página, así como que hubiera actuado diligentemente para retirarlos o hacer imposible el acceso a ellos. Por su parte y en primer término, niega el recurrente que supiera de la ilicitud de las opiniones y comentarios vertidos por los usuarios hasta que no recibió la demanda origen del presente procedimiento y para ello se sirve del significado que a las palabras “conocimiento efectivo” atribuye el legislador español en el artículo 16, apartado 1, de la Ley 34/2002 —“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, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución”— y añade que, en el caso, ningún órgano competente había declarado previamente a la demanda la ilicitud de los datos almacenados o la lesión de los derechos de los actores y, menos, ordenado la retirada de contenidos.

Esta interpretación que ofrece el recurrente del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2002 no es conforme a la Directiva, como ya lo analizó esta Sala en la sentencia de 9 de diciembre de 2009, *RC* número 914/2006, ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del “conocimiento efectivo” de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito

ponerse en relación el artículo 16 con el artículo 10 de la Ley, en cuanto que el prestador debe cumplir con el deber de información, relativo a los datos de identidad y que dicha omisión imposibilita la aplicación de la exención del artículo 16, como se deduce de los fundamentos de Derecho segundo, y quinto de la citada sentencia.

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. Además de que el propio artículo 16 de la Ley 34/2002 permite esa interpretación favorable a la Directiva —al dejar a salvo la posibilidad de “otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”—, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al “conocimiento efectivo” a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate.

Partiendo de ello, la Audiencia Provincial atribuye ese mismo valor revelador a los contenidos almacenados o enlazados por cuanto su ilicitud es patente y evidente por sí sola, al no depender de datos o información que no se encuentren a disposición del intermediario. Considera que tanto la foto como las expresiones empleadas constituyen una intromisión en el derecho al honor del demandante notoria y manifiesta que no era precisa una resolución judicial que declarase la ilicitud del contenido de las mismas.

Esa solución es conforme con la doctrina expuesta y lleva a concluir la falta de diligencia del demandado en el cumplimiento de la carga prevista en la letra *b)* del repetido artículo 16 de la Ley 34/2002.

Además, el recurrente ha incumplido lo dispuesto en el artículo 10 de dicha Ley en materia de información al mantener en el registro como domicilio uno inexacto o cuando menos, no actual, que impidió al demandante comunicarse con él de una forma fácil y directa para así interrumpir la difusión de las expresiones y fotografía lesivas permitiendo el acceso de terceros a dicha página web hasta que aquel acudió a la vía judicial en defensa de sus intereses, inobservando de esta forma su deber de diligencia en la rápida retirada de datos ilícitos o en impedir el acceso a ellos».

En las sentencias citadas, los argumentos son claros, siguiendo una interpretación amplia de la teoría del «conocimiento efectivo», se considera por un lado, que no es necesaria una resolución judicial, cuando la intromisión al honor es notoria, y por otro, se entiende que no actúa diligentemente el prestador de servicios cuando dificulta el contacto con los afectados, pues con ello se imposibilita el conocimiento efectivo al impedir que el perjudicado pueda hacer un requerimiento y que así una vez examinados los contenidos se puedan retirar o eliminar si son lesivos.

IV. CONCLUSIONES

Las intromisiones ilegítimas al derecho al honor se hagan por el medio que se hagan son intolerables. Ahora bien, es de especial interés saber si existen peculiaridades cuando estas se realizan a través de Internet, dada la expansión del espacio virtual. Partiendo de esta premisa, en este trabajo, hemos tratado de determinar la compleja responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información respecto de los contenidos (que atentan contra el honor) alojados o subidos por terceros en los sitios web proporcionados por ellos, pues se ha convertido en uno de los caballos de batalla de nuestra jurisprudencia.

Debe destacarse, que en principio se excluye la responsabilidad de los mismos. Ahora bien, esta exención no funciona siempre y existe responsabilidad, cuando el destinatario del servicio actúe bajo su dirección, autoridad o control

de su prestador, o cuando teniendo conocimiento efectivo de que la información almacenada es ilícita o lesiona derechos frente a terceros no haya actuado diligentemente para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Por ello, dos son las cuestiones esenciales que se han pretendido fijar en este estudio, cuándo ha existido un «conocimiento efectivo» y cuándo se ha actuado diligentemente para proceder a su retirada.

Precisamente, del análisis de los pronunciamientos judiciales puede deducirse que se ha pasado de aplicar un criterio restrictivo de interpretación del requisito de «conocimiento efectivo», limitado exclusivamente a los supuestos en que existiera una resolución judicial que declarase la ilicitud de los contenidos, a un criterio amplio, que permite deducir este conocimiento por otros medios, por ejemplo, por hechos o circunstancias aptos para posibilitar una efectiva aprehensión de la realidad, cuando es indiscutible, clara, patente y notoria, la ilicitud de los datos almacenados, lo que habrá que analizar en cada caso concreto. Todo ello implica que una vez que el prestador de servicios tiene ese conocimiento por el medio que sea, es imprescindible que obre con la diligencia debida para retirar el contenido o impedir el acceso a esta. Por otra parte, también se ha considerado que la diligencia mínima que debe cumplir el prestador de servicios, está conectada al cumplimiento de las obligaciones de información. Parece que el Tribunal Supremo ha consolidado esta doctrina y se ha inclinado por un concepto amplio.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS LAGOS, J. M.: «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs)», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 2.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 1818 a 1898.
- «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 542, 2002 (BIB 2002/1091).
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D.: «Los derechos de la persona en el ámbito comunitario», dirigido por DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D.: *Derecho Civil de la Unión Europea*, 1.ª ed., Colex, Madrid, 2001, págs. 78 a 92.
- «La contratación y la firma electrónica», en *Derecho Civil de la Unión Europea*, dirigido por DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., 4.ª ed., Colex, Madrid, 2010, págs. 171 a 202.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principio de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones*, 11.ª ed., 2007.
- *Principio de Derecho Civil*, I, *Parte General y Derecho de la persona*, Marcial Pons, 15.ª ed., 2009.
- LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J. F.: «Libertad de expresión e Internet. Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. El caso putasgae», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2010 (BIB 2010/593), págs. 1 a 7.
- PANIZA FULLANA, A.: «El alcance de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 2010)», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2010 (BIB 2010/1259).
- PEGUERA POCH, M.: «Mensajes y mensajeros en Internet: la responsabilidad civil de los proveedores de servicios intermediarios», en *UOC*, marzo de 2001, disponible en <http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0103008/peguera.html>.

- «Directiva sobre el comercio electrónico: Determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas», en *Revista de la contratación electrónica*, núm. 2.º, octubre de 2001, págs. 3 a 40, disponible en <http://eprints.ucm.es/6881/1/DIRCOMELECPdmiguel2001.pdf>
- «Solo sé que no sé nada (efectivamente): la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI», en *III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas. IDP*, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 5, 2007, págs. 2-18, UOC. En <http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/peguera.pdf>. ISSN: 1699-8154.
- PLAZA PENEDÉS, J.: «La responsabilidad civil en internet (Su regulación en el Derecho comunitario y su previsible incorporación al Derecho español)», en *La Ley*, Tomo III, 2001, págs. 1 a 37.
- RUBÍ PUIG, A.: «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 de 18 de mayo de 2010)», en *Revista InDret*, Barcelona, octubre de 2010, págs. 1 a 20.
- SANTOS BRIZ, J.: en *Comentarios a los artículos 1887 a 1929 del Código Civil*, Sección D, Tomo XXIV, dirigido por ALBALADEJO GARCÍA, M., Madrid, 1984, <http://vlex.com/vid/263385>
- TEJEDOR MUÑOZ, L.: «Algunas consideraciones en torno a la reparación de los daños por vulneración de los derechos del honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, marzo-abril de 2007, págs. 342 a 349.
- «El ejercicio del derecho al honor como límite al derecho a la información», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, págs. 513 a 521.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», en *Tratado de Responsabilidad Civil*. Coord.: REGLERO CAMPOS, 2.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 1191 a 1264.

VII. ANEXO JURISPRUDENCIAL

- Sentencia de 9 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010/131).
- Sentencia del Tribunal Supremo, 18 de mayo de 2010 (*RJ* 2010/2319).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 2011 (*RJ* 2011/313).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de diciembre de 2005 (*AC* 2006/233).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de julio de 2008 (*JUR* 2008/376933).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de septiembre (*JUR* 2009/107918).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de marzo de 2010 (*AC* 2010/941).
- Sentencia de la Audiencia de Madrid, de 8 de noviembre de 2010 (*AC* 2010/2096).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de noviembre de 2010 (*AC* 2010/2349).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de noviembre de 2010 (*AC* 2011/141).

RESUMEN

RESPONSABILIDAD
DE LOS PRESTADORES
DE SERVICIOS DE
INTERMEDIACIÓN
EN LA SOCIEDAD
DE LA INFORMACIÓN (ISPS)
DERECHO AL HONOR:
INTROMISIÓN ILEGÍTIMA

La vulneración del derecho al honor proclamado en la Constitución está a la orden del día. Los medios para vulnerar este derecho fundamental avanzan a medida que se expanden las redes de comunicación, y el problema se acrecienta en la sociedad actual, con las comunicaciones electrónicas, en especial con Internet como vehículo de transmisión de todo tipo de noticias, datos y disquisiciones varias, ya que, pese a sus múltiples ventajas, las clásicas controversias alcanzan nuevas dimensiones jurídicas. Precisamente, en este trabajo, se pretende realizar un análisis de la novedosa jurisprudencia sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información. En particular, analizaremos a los responsables del alojamiento de páginas web o contrato de hosting, según la terminología sajona, cuando los contenidos de dichas páginas producen intromisiones ilegítimas al derecho al honor y la dignidad de terceras personas, mediante comentarios y fotografías humillantes, difamatorias o vejatorias lejanas al tolerable derecho a la crítica.

ABSTRACT

LIABILITY OF INFORMATION
SOCIETY INTERMEDIATION
SERVICE PROVIDERS (ISPS)
PROTECTION AGAINST
DEFAMATION: UNLAWFUL
INTRUSION

Defamation, a form of violating what the Spanish Constitution terms «the right to personal honour», is a hot topic. In Spain the right to personal honour is a fundamental right, but the means for violating it are multiplying in pace with the expansion of communication networks. The problem is growing with the electronic communications of today's society, especially the Internet. The Internet, as a vehicle for transmitting all kinds of news, information and soap-box digressions, poses multiple advantages, but it also provides a stage on which classic controversies can swell to new legal dimensions. This paper examines new case law on the liability of information society intermediation service providers. It particularly looks at the responsible parties under web page hosting agreements when a web page's contents intrude unlawfully on the honour or dignity of third parties through humiliating, defamatory or abusive comments and photographs that go beyond the pale of what is tolerated under the critic's right of free speech.