

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS / IKASGAIEN AMAIERAKO LANA

DERECHO

“La responsabilidad de los Prestadores de servicios intermediarios: de la Directiva sobre el comercio electrónico y la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico al Reglamento de Servicios Digitales”

Daniel Zúñiga Tapia

DIRECTOR / ZUZENDARIA

Natividad Goñi Urriza

Pamplona / Iruñea

Día 19 de mayo de 2023

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze the liability regime currently applicable to intermediary service providers established by Directive 2000/31/EC and its transposition rule in Spain, the Law on Information Society Services and Electronic Commerce. For this purpose, a comparative analysis will be made between both regulations, emphasizing their differences, and the case law issued on the matter by both the Court of Justice of the European Union and the Spanish Supreme Court will be taken into account. In addition, a brief reference will also be made to the new framework in force, although not yet applicable, established by the new Regulation (EU) 2022/2065.

KEY WORDS: European Union Law; liability of intermediary service providers; Directive 200/31/CE; Regulation (EU) 2022/2065; Law 34/2002 (spanish law).

RESUMEN EJECUTIVO: El presente estudio tiene por objeto el análisis del régimen de responsabilidad actualmente aplicable de los prestadores de servicios intermediarios establecido por la Directiva 2000/31/CE y su norma de transposición en España, la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Para ello, se procederá al análisis comparativo entre ambas normas, haciendo hincapié en sus diferencias, y se tendrá en cuenta la jurisprudencia dictada en la materia tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como del Tribunal Supremo español. Además, también se hará una breve referencia al nuevo marco vigente, aunque todavía no aplicable, establecido por el nuevo Reglamento (UE) 2022/2065.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la Unión Europea; Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios; Directiva 2000/31/CE; Reglamento 2022/2065; Ley 34/2002 (ley española).

ÍNDICE

I. CONTEXTUALIZACIÓN.....	6
II. MARCO JURÍDICO APLICABLE	9
1. La Directiva 2000/31/CE (DCE) y la Ley 43/2022 (LSSICE).....	10
1.1. Objetivo.....	10
1.2. Ámbito de aplicación	11
1.3. Definiciones.	13
1.4. Los códigos de conducta	22
1.5. Las obligaciones de los Prestadores de servicios de la sociedad de la información en la DCE y en LSSICE	22
1.6. Régimen sancionatorio	25
III. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE A LOS PSI.....	27
1. El régimen de responsabilidad previsto en la Directiva sobre el comercio electrónico.....	27
2. El régimen de responsabilidad previsto en la LSSICE.....	30
IV. LOS SERVICIOS DE MERA TRANSMISIÓN DE DATOS (SERVICIOS DE OPERADORES DE REDES Y PROVEEDORES DE ACCESO).....	34
V. LOS SERVICIOS DE MEMORIA TAMPÓN (SERVICIOS DE COPIA TEMPORAL DE LOS DATOS SOLICITADOS POR LOS USUARIOS).....	38
1. El caso <i>Google</i> y su memoria de “caching”	40
VI. LOS SERVICIOS DE ALOJAMIENTO DE DATOS	40
1. Régimen común de la Directiva de Comercio Electrónico y de la LSSICE	40
2. Régimen especial para los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda en la LSSICE.....	46
VII. LA INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN GENERAL DE SUPERVISIÓN	47
VIII.REFERENCIA AL NUEVO REGLAMENTO 2022/2065.	

1. Objeto y ámbito de aplicación	51
2. Definiciones.....	52
3. Régimen de responsabilidad en el RSD	53
4. Obligaciones de diligencia debida.....	55
5. Sistema sancionatorio y autoridades competentes.....	57
IX. CONCLUSIONES	58
X. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	60
1. Doctrina	60
1.1. Libros.	60
1.2. Artículos de revistas e informes	61
2. Jurisprudencia.....	62
2.1. Europea.....	62
2.2. Nacional.	63

ABREVIATURAS

PSI: prestadores de servicios intermediarios.

UE: Unión Europea.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TS: Tribunal Supremo

DCE: 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.

LSSICE: Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

RSD: Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).

PSSI: prestadores de servicios de la sociedad de la información.

EEE: Espacio Económico Europeo.

I. CONTEXTUALIZACIÓN

Con la revolución que supuso la llegada de *internet* a finales del siglo XX, y su consiguiente desarrollo y crecimiento exponencial durante las dos primeras décadas del XXI, han ido surgiendo toda una serie problemáticas propias de la nueva era tecnológica. Internet ha supuesto la transformación de los modelos económicos, políticos, sociales, culturales y jurídicos que hasta el momento regían el mundo.

Desde el ámbito del derecho, internet se ha representado como una nueva herramienta para la comisión de ilícitos por parte de los particulares que navegan por la red, especialmente en el ámbito de la protección del derecho al honor, el derecho a la intimidad, la protección de datos personales, el derecho a la propiedad intelectual, entre otros. Por las propias características de esta tecnología la persecución de este tipo de ilícitos ha sido, y es, complicada, debido principalmente por el anonimato que rige internet e, incluso, por la normalización de comportamiento ilícitos por parte de la sociedad cuando el ámbito de comisión es la red¹.

De forma paralela al surgimiento de estas complicaciones, se fueron aprobando normativas cada vez más exigentes y rigurosas con el objetivo de poder perseguir estos delitos de una forma más eficaz. Todavía en la actualidad se trata de un proceso que está a mitad de camino, pues es cierto que la mayoría de las actividades ilícitas cometidas por medio de internet quedan impunes. En cualquier caso, dentro de estas nuevas normativas surgió una idea novedosa: el principio de que de los ilícitos cometidos en internet no debe ser responsable sólo el particular que los comete, sino que también debe serlo, si se cumplen ciertos requisitos (o si no se cumplen, como veremos), aquella entidad que hace posible que exista el medio por el que se comete ese ilícito, al que se conoce como el “prestador de servicios intermediarios” (en adelante, simplemente PSI)². Esta idea surge por la dificultad que supone en numerosas ocasiones que el verdadero infractor responda, debido principalmente la imposibilidad de conocer su localización. Es una idea especialmente importante, pues el papel de los PSI es imprescindible para el funcionamiento de internet.

¹ En este sentido, sólo hay que recordar la permisividad que existía en las redes sociales, las páginas que compartían obras sujetas a derecho de autor de forma ilegal, las páginas webs dedicadas abiertamente a actividades ilícitas, etc., que ha imperado durante la mayor parte de vida de internet.

² Por supuesto, se realizará una definición más jurídica de este concepto en su apartado correspondiente.

En este contexto surgieron números debates: ¿Se debe establecer un sistema de responsabilidad objetiva y automática, según el cual todos los PSI deben responder en todo caso ante un ilícito? ¿Sería más razonable instaurar un sistema de exención completo, en el que en ningún caso respondieran ante el mismo? ¿Es posible un sistema mixto, de responsabilidad subjetiva, en el que se asuma un régimen de exención condicionado? ¿Sería justo imponer la obligación a los PSI de colaboración con las autoridades y los particulares para perseguir e impedir este tipo de ilícitos³?

Los diferentes sistemas jurídicos fueron asimilando estas posturas en sus ordenamientos jurídicos según su propia idiosincrasia, dando lugar a regulaciones dispares. Dentro del marco de la Unión Europea (en adelante, UE), esta cuestión fue resulta por la Directiva 2000/31/CE (en adelante, simplemente DCE) y por una serie legislaciones específicas para los contenidos que, por su naturaleza, son especialmente sensibles y necesitan de una protección más estricta (como, por ejemplo, el terrorismo, la pornografía infantil, el copyright, la protección de datos, etc.)⁴. La DCE, sin embargo, no estableció un sistema de responsabilidad completamente armonizado, sino que asumió el modelo de exenciones de responsabilidad condicionadas (el modelo de *safe harbor*, de inspiración estadounidense) configurándose como la base regulatoria para que los Estados europeos pudieran desarrollar una legislación propia de la era de internet, y, ante todo, sobre lo que hoy conocemos como “servicios digitales”⁵. Se trata por tanto de una regulación bastante flexible⁶.

El objetivo principal de la DCE era intentar mitigar el efecto negativo sobre la construcción del mercado interior que tenía la existencia de diferentes normas en los Estados miembros a la hora de responder a este fenómeno (considerando 40 y artículo 1.1

³ BARRERO ORTEGA, A. “Responsabilidad de los intermediarios de internet en el derecho de la UE”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm 123, 2021, págs. 110 y ss.

⁴ 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 (Directiva sobre el comercio electrónico), DO L 178, de 17 de julio de 2000.

La DCE es una regulación europea que nace en inspiración de la “*Digital Millenium Copyright Act*” del ordenamiento jurídico estadounidense. Véase CARBAJO CASCÓN, F. “Delimitación de la responsabilidad de los servicios de intermediación de la sociedad de la información (I)”, en *Iustitia*, núm. 12, 2014, págs. 247 y ss.

⁵ FERNÁNDEZ PÉREZ, P. “Régimen de exención de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación”, en PÉREZ GUERRERO, A. Y PÉREZ MARTÍNEZ, M. (Dir.), *Derecho de la Contratación Electrónica y Comercio Electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant Lo Blach, Valencia, 2021, págs. 457.

⁶ BARRERO ORTEGA, A. “Responsabilidad de los intermediarios de internet en el derecho de la UE”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm 123, 2021, pág. 115.

de la Directiva). A su vez, la UE intentaba establecer un sistema de responsabilidad que sea compatible con las inversiones, el crecimiento económico y el funcionamiento de internet en sí mismo, pero que además pueda garantizar al mismo tiempo el respeto de los derechos de los particulares (considerando 41)⁷.

De esta forma, se puede afirmar que la UE optó por fomentar la autorregulación en los Estados miembros con respecto a la responsabilidad de los PSI, aunque siempre respetando el marco establecido por la DCE y por las legislaciones específicas⁸. En el caso de España, esta normativa se desarrolló en torno a Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSICE) y otras normas específicas⁹.

Sin embargo, este planteamiento ha cambiado debido a que la noción de PSI de la DCE se ha demostrado desactualizada. Con el paso del tiempo, fueron surgiendo nuevos fenómenos en torno a internet: nuevos modelos de negocio, nuevos hábitos de consumo, nuevas formas de contratación, cambios en la estructura de mercado, la aparición de la inteligencia artificial, flujos transfronterizos más abundantes, entre los hitos más importantes; Teniendo en cuenta, además, que los servicios prestados por los PSI son los que permiten a empresas y consumidores participar de todo este proceso de cambio, se ha hecho necesaria una definición más precisa (y ambiciosa) de los PSI¹⁰. Como resultado, llega el nuevo Reglamento (UE) 2022/2065 (en adelante, RSD), que, por otra parte, supondrá la desaparición del sistema de autorregulación estatal en esta materia, pues supone la completa armonización del régimen de responsabilidad de los PSI en la UE, al menos en lo que respecta al régimen de exenciones, pero no así del contenido de los ilícitos¹¹. Sin embargo, se trata de un cuerpo normativo que sólo será de aplicación a partir del 17 de febrero de 2024.

⁷ FROSIO, G. “Reforming intermediary liability in the platform economy: a european digital single market strategy”, en *Northeastern University Law Review*, núm. 112, 2017, pág. 21 y ss.

⁸ ARROYO AMAYUELA, E. “La responsabilidad de los intermediarios en internet ¿puertos seguros a prueba de futuro?”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, pág. 810.

⁹ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

¹⁰ Véase al respecto Comisión Europea, Dirección General de Comunicación, Leyen, U., Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2019-2024 – Discurso de apertura en la sesión plenaria del Parlamento Europeo 16 de julio de 2019; Discurso ante la sesión plenaria del Parlamento Europeo 27 de noviembre de 2019, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2020,

¹¹ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), DO L 277, de 27 de octubre de 2022.

En este estudio, por tanto, me centraré en el análisis del sistema de responsabilidad descrito por la DCE y la LSSICE, por ser la regulación actualmente aplicable, aunque también se harán referencias y se dedicará un espacio analizar los cambios que trae a este respecto el nuevo Reglamento.

II. MARCO JURÍDICO APLICABLE

El régimen aplicable en el ordenamiento jurídico español en materia de responsabilidad de los PSI (concepto que explicaremos más adelante), está configurado sobre varias normas:

- La DCE y su transposición al derecho español, la LSSICE, que establecen una regulación general en materia de servicios de la sociedad de la información (concepto que se explicará más adelante). La LSSICE, como no podía ser de otra forma por su característica de norma de transposición de una directiva, es un reflejo regulatorio de la DCE, por lo que procede realizar un análisis conjunto.
- Diversas normas específicas que regulan aspectos o materias concretas por la especial importancia del bien jurídico que protegen, entre las que podemos destacar¹²:
 - La Directiva 2010/13/CE, que regula los servicios de comunicación audiovisual (entre los que podemos destacar las plataformas en línea de videos)¹³. En España se ha sido traspuesta por la Ley 13/2022¹⁴.
 - La Directiva 2019/790, que regula los derechos de autor y otros derechos afines (y que contiene una regulación específica para la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento de datos cuando estos datos se afectan a derechos de autor y otros derechos afines)¹⁵. En España ha sido traspuesta por el Real Decreto Ley 24/2021¹⁶.

¹² DE MIGUEL ASENSIO, P.D. “Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: el Reglamento (UE) de servicios digitales”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 109, 2022, pág. 4.

¹³ Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), DO L 95 de 15 de abril de 2010.

¹⁴ Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, BOE núm. 163, de 8 de junio de 2022.

¹⁵ Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, DO L 130 de 17 de mayo de 2019.

¹⁶ Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras

- El Reglamento 2021/784, que regula determinadas obligaciones de los prestadores de servicios con objeto de luchar contra el terrorismo¹⁷.
- El Reglamento 2019/1150, que regula determinadas obligaciones de los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea¹⁸.
- El derecho europeo relativo a la protección de los derechos de los consumidores (Reglamentos 2017/2394 y Reglamento 2019/1020¹⁹), la protección de datos (Reglamento 2016/679²⁰), etc.
- El nuevo RSD que, estando ya vigente, no será de aplicación hasta el 17 de febrero de 2024.

1. La Directiva 2000/31/CE (DCE) y la Ley 43/2022 (LSSICE).

1.1. Objetivo

El artículo 1 de la DCE define como objetivo principal de la norma la contribución al correcto funcionamiento del mercado interior, de tal forma que se pueda garantizar la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información en el territorio de la UE (en consonancia con el considerando 8). Para ello, la Directiva se encargará de uniformar, con cierto alcance, las legislaciones de los Estados miembros con respecto a los servicios de la sociedad de la información en lo referente a toda una serie de cuestiones, entre las que está el objeto de estudio de este trabajo, es decir, la responsabilidad de los PSI²¹.

Por su parte, el artículo 1 de la LSSICE señala que el objetivo de la norma es la regulación del régimen jurídico aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de

y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes, BOE núm. 263, de 3 de noviembre de 2021.

¹⁷ Reglamento (UE) 2021/784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021 sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea, DO L 172 de 17 de mayo de 2021.

¹⁸ Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, DO L 186 de 11 de junio de 2019.

¹⁹ Reglamento (UE) 2017/2394 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 2006/2004, DO L 345 de 27 de diciembre de 2017; Reglamento (UE) 2019/1020 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos y por el que se modifican la Directiva 2004/42/CE y los Reglamentos (CE) n.o 765/2008 y (UE) n.o 305/2011, DO L 169 de 25 de junio de 2019.

²⁰ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y Del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), DO L 119 de 4 de mayo de 2016.

²¹ Esta cuestión es regulada de forma independiente a las demás en la actualidad con la llegada del nuevo RSD.

la información (en adelante, PSSI) en toda una serie de supuestos, entre los que se incluye su actividad cuando se comportan como intermediarios.

1.2. *Ámbito de aplicación*

La DCE, en su considerando 58, señala que será de aplicación a los PSSI establecidos en la UE, pues indica que no será aplicable a los servicios procedentes de prestadores establecidos en un tercer Estado. En el artículo 2 define más concretamente esta cuestión:

- Prestador de servicios (apartado b)): lo define como “cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información”. En el mismo sentido lo hace la LSSICE en su anexo, apartado c)²².
- Prestador de servicios establecido (apartado c)): lo define como aquel prestador de servicios que ejerce “de manera efectiva una actividad económica través de una instalación estable y por un periodo de tiempo indeterminado”. Por su puesto, aunque la norma no lo señale explícitamente, se hace referencia a prestadores de servicios establecidos en un Estado miembro.

Además, con la incorporación de la DCE al acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante, EEE), el ámbito de aplicación se extiende a los Estados parte del mismo (Islandia, Liechtenstein y Noruega)²³.

El ámbito de aplicación de la DCE, sin embargo, es bastante más amplio de lo que se deduce de estas normas, pues el considerando 19 señala dos cuestiones:

- Aquellos casos en los que prestador del servicio sea una sociedad se considerará también “establecido” aunque solo lo esté por un tiempo determinado.
- Aquellos casos en los que el prestador del servicio lo preste por *internet*, el lugar de establecimiento se entenderá constituido en el lugar donde se ejerza la actividad económica. Esto amplía exponencialmente las posibilidades de aplicación de la DCE

²² Dado que la DCE incluye en el concepto de PSSI a las personas físicas, los tribunales de los Estados miembros han venido a incluir en este concepto a los creadores de blogs (y otros espacios similares) a efectos de su responsabilidad como prestadores de servicios de alojamiento de datos. Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A, *Derecho privado de Internet*, Editorial Civitas, Madrid, 2022, pág. 239.

²³ Decisión del Comité Mixto del EEE n° 91/2000, de 27 de octubre de 2000, por la que se modifica el anexo XI (Servicios de telecomunicaciones) del Acuerdo EEE, DO L 007 de 11 de enero de 2001. Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo - Acta Final - Declaraciones conjuntas - Declaraciones de los Gobiernos de los Estados miembros de las CE y de los Estados de la AELC - Acuerdos - Acta aprobada - Declaraciones de una o varias partes contratantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, DO L 001 de 3 de enero de 1994.

(pj, hace posible que a un PSSI establecido en Ecuador que presta sus servicios en España por internet se le aplique la DCE).

En cualquier caso, la DCE (considerando 12) afirma que es necesario excluir de su ámbito de aplicación ciertos ámbitos de actividades que, por una u otra razón, deben dejarse fuera de la Directiva. Así, el artículo 1.5 establece que la DCE no se aplicará a:

- Cuestiones fiscales.
- Protección de datos, pues cuentan con su propia regulación comunitaria²⁴.
- Actividades sobre las que se aplica la legislación de cárteles.
- Actividades que por una u otra razón quedan fuera de la Directiva. Son las actividades de los notarios o profesionales equivalentes (por su carácter de autoridad pública), actividades de representación y defensa ante tribunales, y las actividades de juegos de azar, loterías y apuestas con valor monetario (en virtud del considerando 16 no se incluyen en estas actividades los concursos y juegos promocionales que tengan un objetivo comercial).

La LSSICE, en cambio, define su ámbito de aplicación de una forma mucho más extensa en sus artículos 2 a 5. De esta forma, las normas contenidas en la LSSICE se aplican a:

- Los PSSI establecidos en España, escogiendo como criterio la residencia o el domicilio social, siempre que coincidan con la centralización de la gestión administrativa y de dirección de sus negocios. Se establece la presunción de establecimiento en España cuando el PSSI se haya inscrito en el Registro Mercantil u otro registro público (artículo 2.3 de la LSSICE).
- Los PSSI que sean residentes o estén domiciliados en otro Estado, pero que estén establecidos permanentemente en España, escogiendo para ello el criterio de la disposición “de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad”. Este será, precisamente, el fundamento con el que se puede aplicar la LSSICE a sucursales o filiales de grandes empresas extranjeras, como *Google Spain* o *Facebook España*²⁵.

²⁴ La Directiva hace referencia a los servicios de la sociedad de la información que deban regirse por la Directivas 95/46 y 97/66, que fueron sustituidas por el Reglamento 2016/679 y la Directiva 2002/58, respectivamente.

²⁵ GULLÉN CATALÁN, R., “La responsabilidad de los prestadores de servicios de la información: Especial referencia a los intermediarios”, en CLEMENTE MEORO, M.E. Y COBAS COBIELLA, M.E. (Dir.), *Derecho de Daños*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 1265.

- Los PSSI establecidos en otro Estado miembro de la UE o del EEE cuando el destinatario de sus servicios radique en España y los servicios afecten a determinadas materias (propiedad intelectual o industrial, contratos con consumidores, entre otras).
- Los PSSI establecidos en un tercer estado fuera de la UE y del EEE en la medida en que sus servicios se presenten en territorio español, siempre que ello no sea contrario a los tratados internacionales que sean de aplicación.

Por último, la LSSICE vuelve a excluir de su ámbito de aplicación a los servicios prestados por notarios y otras autoridades públicas, y a los servicios de representación y defensa en juicio, por tener su normativa específica. Sin embargo, al contrario que la DCE, incluye dentro de su ámbito de aplicación a los juegos de azar que implican apuestas de valor económico (artículo 5.2 LSSICE).

1.3. Definiciones.

La DCE establece una serie de definiciones de los principales conceptos jurídicos que maneja. En este estudio nos centramos en el análisis de los conceptos “servicios de la sociedad de la información” y “prestador de servicios intermediarios”

1.3.1. Servicios de la sociedad de la información

El concepto de servicios de la sociedad de la información es el concepto más importante en el ámbito de la DCE. Como es práctica ya común en las normativas europeas a efectos de uniformidad conceptual, la DCE no crea un concepto nuevo (considerando 17), sino que se limita a hacer referencia a la definición de servicios de la sociedad de la información realizada por el artículo 1.2 de la Directiva 98/34/CE (modificada posteriormente por la Directiva 98/28/CE)²⁶.

Así, debemos entender como servicios de la sociedad de la información a un servicio prestado por vía electrónica normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, y a petición individual del destinatario de este servicio²⁷, entendiendo (incisos):

²⁶ Téngase en cuenta que desde el 7 de octubre de 2015 la DCE hace referencia al artículo 1, apartado 1, letra b) de la Directiva 2015/1535, dado que esta directiva en su artículo 19 establece que las referencias hechas a la Directiva 2015/1535 se deben entender hechas a la Directiva 2015/1535. Sin embargo, dado que la definición no fue modificada, a efectos prácticos no ha cambiado nada en esta cuestión. El nuevo Reglamento 2022/2065, en cambio, incluye en su artículo 3. a) expresamente la referencia a la Directiva 2015/1535.

²⁷ Entendiendo la prestación del servicio por vía electrónica como “un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético”.

- “A distancia”: como un servicio prestado sin que las partes estén físicamente presentes en el mismo momento.
- “Por vía electrónica”: como un servicio que es prestado mediante una fuente y es recibido por el destinatario gracias a equipos electrónicos de tratamiento (incluyendo, señala específicamente el artículo, la compresión digital).
- “A petición individual de los destinatarios de los servicios”: como un servicio que se preste gracias a la transmisión de datos a petición individual del destinatario del servicio.

En línea con esta definición, el considerando 17 resume los servicios de la sociedad de la información como “cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento (incluida la compresión digital) y el almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de un servicio”. Por su parte, la LSSICE en su anexo reproduce estas características.

Con base en definición, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha establecido los siguientes requisitos cumulativos para calificar un servicio como un servicio de la sociedad de la información:

- Remunerado: debe tratarse de un servicio remunerado. Ahora bien, es importante destacar que el TJUE ha incluido como servicios remunerados a aquellos servicios que no son remunerados directamente por los destinatarios de los mismos (ni siquiera por quienes se benefician de él), sino que obtienen sus ingresos de otras fuentes, siempre y cuando el servicio represente una actividad económica (en consonancia con el considerando 18 DCE). En el mismo sentido lo señala la LSSICE, pues en este caso lo prevé expresamente en la definición contenida en su anexo.

Por tanto, es posible que haya PSSI que presten sus servicios de forma gratuita, siempre y cuando su actividad represente una actividad económica. Este es el caso precisamente de motores de búsqueda como *Google*, periódicos digitales (como *Infolibre* o *Okdiario*), etc. En este sentido, el TJUE ha dicho que “los servicios que ofrecen información en línea y por los cuales el prestador del servicio obtiene su remuneración, no del destinatario, sino de los ingresos generados por la publicidad

que figura en una página de internet” están dentro del concepto de servicios de la sociedad de la información²⁸.

Quedarían fuera, por tanto, aquellas entidades que realizan actividades gratuitas y que no corresponden una actividad económica, como, por ejemplo, blogs personales, páginas web informativas de administraciones públicas o incluso enciclopedias gratuitas sin publicidad. Esto ha conllevado una desprotección para este tipo de entidades, pues al no ser calificados como PSSI tampoco pueden calificarse como PSI en el sentido de la Directiva, por lo que no pueden acogerse en las exenciones de responsabilidad previstas en ella. Por ello, en algunos Estado miembros, se ha optado por regular sus propias exenciones de responsabilidad fuera del marco de los PSI²⁹.

- Prestado a distancia y por vía electrónica: debe ser un servicio que se preste a distancia y por vía electrónica. No se entenderá realizados por vía electrónica aquellos servicios que se presten por correspondencia³⁰. Tampoco podrán ser servicios de la sociedad de la información aquellos servicios que, por su naturaleza, no puedan prestarse de este modo (considerando 18 de la Directiva), como el asesoramiento médico que requiere la presencia física de las partes³¹.
- Prestado a petición individual del destinatario del servicio, en el sentido que he indicado anteriormente³². Es precisamente esta característica lo que hace que servicios como los de radiodifusión televisiva y radiofónica no entren dentro del concepto de servicios de la sociedad de la información, pues son servicios que no se prestan a petición individual (considerando 18).

Esta definición hace que los servicios de la sociedad de la información engloben una amplia gama de actividades económicas que tienen lugar por medios electrónicos, entre los que podemos destacar (considerando 18 DCE y anexo, apartado a), de la LSSICE), entre otros:

²⁸ STJUE de 11 de septiembre de 2014, *Sotiris Papasavvas*, C-291/13, EU:C:2014:2209, apartado 28. En el mismo sentido, STJUE de 15 de septiembre de 2016, *Tobias Mc Fadden*, C-484/14, EU:C:2016:689 y STJUE de 4 de mayo de 2017, *Vanderborght*, C-339/15, EU:C:2017:335.

²⁹ ARROYO AMAYUELA, E. “La responsabilidad de los intermediarios en internet ¿puertos seguros a prueba de futuro?”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, pág. 813.

³⁰ STJUE de 15 de julio de 2021, *DocMorris*, C-190/20, EU:C:2021:609, apartado 26.

³¹ STJUE de 2 de diciembre de 2012, *Ker-Optica bt*, C-108/09, EU:C:2010:725, apartado 33.

³² Este requisito es continuamente recordado por el TJUE. A modo de ejemplo, STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Airbnb Ireland*, C-390/18, EU:C:2019:1112, apartado 44.

- La venta de mercancías en línea (pj, una tienda de ropa que tienen una página de web en la que vende sus productos online) y los servicios de comercio electrónico (pj, Amazon)³³.
- Los sistemas de correo electrónico o sistemas equivalentes de comunicación cuando son utilizados con un fin económico. Pj, *Gmail*.
- Los servicios de *streaming* de música y vídeo. Son las plataformas como *Spotify* o *Youtube*.
- Servicios de aprendizaje por internet, como EdX.
- Servicios de mensajería instantánea, como *WhatsApp*.
- Plataformas de reserva de viajes y similares, como *Booking*.
- Instrumentos de búsqueda como *Google*.
- Los servicios prestados por redes sociales, como *Facebook*, *Twitter* o *Instagram*.
- Los servicios prestados por centros comerciales virtuales.
- El envío de comunicaciones comerciales electrónicas.
- El suministro de información por vía electrónica.
- Los servicios prestados por los operadores de telecomunicaciones y los proveedores de acceso a internet.
- Los servicios de teletienda interactiva.

Se excluyen, sin embargo, de la definición de PSSI los siguientes servicios (anexo V de la Directiva 98/34/CE, considerando 18 DCE, y Anexo, apartado a) de la LSSICE):

- Servicios que impliquen la utilización de medios electrónicos pero que necesiten de la presencia física de las partes (revisiones médicas con presencia de equipos electrónicos, reserva de billetes de avión por ordenador a una agencia de viajes ante la presencia física de los clientes, entre otros).
- Servicios que no se pueden considerar realizados por vía electrónica, aunque se presten con dispositivos electrónicos (expendeduría automática de billetes de banco, acceso a carreteras, aparcamientos de pago, servicios de fax, consultas médicas por teléfono, consultas jurídicas por teléfono, marketing directo por teléfono, entre otros).

³³ El TJUE, en consonancia con el considerando 18 DCE, ha considerado, sin embargo, que el acto de entrega de los bienes vendidos en línea, así como sus condiciones de entrega, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva. Véase STJUE de 2 de diciembre de 2012, *Ker-Optica*, C-108/09, EU:C:2010:725.

- Servicios destinados a una recepción simultánea por un número de destinatario ilimitados (radios, televisiones, teletexto, etc), ya que no se prestan a petición individual y, en particular, los previstos en el artículo 3.a) de la Ley 25/1994.
- Servicios prestados por tecnología vocal, fax o télex.
- Servicios de correo electrónico o medios similares cuando no son utilizados con fines económicos.
- Servicios prestados en la relación contractual entre empleados y empresarios.
- Servicios que, por su naturaleza, no pueden ser prestados a distancia ni por medios electrónicos, como el control legal de la contabilidad empresarial.

1.3.2. Prestador de servicios intermediarios

La DCE establece un régimen de exención de la responsabilidad que solo es aplicable a cierto subtipo de PSSI, a los que denomina prestadores de servicios intermediarios (PSI). Así pues, la Sección 4 de la DCE, titulada “Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios”, hace referencia a determinadas actividades realizadas por PSSI que, por su naturaleza, son consideradas actividades de intermediación

El concepto de PSI, sin embargo, no está explícitamente definido en el artículo 3 de la Directiva, aunque se puede deducir del conjunto de disposiciones que la forman. De esta forma, se ha entendido que los prestadores de servicios que cumplan con la definición de PSSI y que realicen alguna de las tres actividades descritas por la Directiva como “actividades de intermediación” serán considerados PSI a efectos de las exenciones de responsabilidad. Por su parte, la LSSICE sí define los servicios de intermediación como aquel “servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información”, señalando explícitamente que las actividades de sus artículos 14 a 17 corresponden a este concepto (en paralelo con las actividades descritas para los supuestos de exención de la DCE).

En cualquier caso, se han considerado servicios de intermediación, entre otros, a los siguientes (considerando 18 y anexo b) LSSICE)³⁴:

³⁴ BARRERO ORTEGA, A. “Responsabilidad de los intermediarios de internet en el derecho de la UE”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm 123, 2021, pág. 109.

- Los operadores de redes. Básicamente son los prestadores de servicios que facilitan la infraestructura para hacer posible la transmisión de datos de un punto a otro. Ejemplos son los proveedores de cables de Internet, de routers, etc.
- La provisión de conectividad a internet. Son las empresas como *Orange*, *ONO*, entre otras.
- Las actividades de redes sociales y salas de chat. Las más conocidas son empresas como *Facebook*, *Instagram*, *LinkedIn*, etc.
- El alojamiento en los servidores de datos. Permiten a los destinatarios de los servicios almacenar información en sus servidores. Ejemplos claros son *Youtube*, *Google Drive*, etc.
- La provisión de instrumentos de búsqueda en internet, como *Google* o *Yahoo!*.
- La realización de copias temporales de páginas de internet a solicitud del destinatario del servicio.

Por otra parte, del considerando 42 de la DCE señala que las exenciones de responsabilidad establecidas por la Directiva solo podrán aplicarse en aquellas actividades en las que el prestador de servicios actúa de una forma meramente técnica, automática y pasiva (básicamente, un carácter neutral), lo que hace que necesariamente no tenga conocimiento ni control sobre los datos transmitidos o almacenados. Hay autores que hay interpretado que este requisito forma parte de la definición PSI, de tal forma que si no cumple con este requisito no puede ser calificado como tal. Otros autores han sostenido, en cambio, que se trata de un requisito por el cual los PSI, que lo son por la naturaleza de sus actividades, pueden disfrutar de supuestos de exención de la responsabilidad³⁵. Es decir, que puede haber PSI que no disfruten la exención por no cumplir este requisito, pero la naturaleza de sus actividades se sigue calificando como de “servicios de intermediación”. Esta, en mi opinión, parece la postura más acertada³⁶. Se trata de un debate, sin embargo, que todavía no se ha resultado.

³⁵ DE MIGUEL ASENSIO, P.D. “Servicios y mercados digitales: modernización del régimen de responsabilidad y nuevas obligaciones de los intermediarios”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 88, 2021, págs. 8 y ss.

FERNÁNDEZ PÉREZ, P. “Régimen de exención de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación”, en PÉREZ GUERRERO, A. Y PÉREZ MARTÍNEZ, M. (Dirs), *Derecho de la Contratación Electrónica y Comercio Electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant Lo Blach, Valencia, 2021, pág. 456.

³⁶ Y así parece confirmarlo el legislador, pues en el artículo 3. g) del nuevo RSD la definición de “servicio intermediario” no incluye el requisito previsto en el considerando 42 de la DCE como parte integrante de la misma.

En cualquier caso, en la práctica, el TJUE ha llegado a considerar que el carácter de neutralidad es un elemento básico de los PSI, de tal forma que solo si el PSI se comporta de acuerdo con él podrá beneficiarse, si se cumplen los requisitos, de los supuestos de exención previstos en la DCE³⁷. Por su parte, el Tribunal Supremo también ha asumido esta interpretación.³⁸ No obstante, se trata de una interpretación que la doctrina ha considerado problemática, primero porque el considerando 42 DCE no hace referencia a todos los PSI (deja fuera a los PSI de alojamiento), y segundo, porque el artículo 14 de la DCE relativo a los PSI de alojamiento de datos prevé la posibilidad de disfrutar de la exención de la responsabilidad cuando aun teniendo conocimiento de la información ilícita (y, por tanto, no teniendo ese carácter neutral) actúe para retirarla o hacer que el acceso a ella no sea posible³⁹.

En cualquier caso, este concepto de PSI se ha demostrado bastante desactualizado por el crecimiento y el desarrollo de internet en las últimas dos décadas. Prueba clara de ello es que la UE necesitó desarrollar una nueva definición de “servicios de intermediación en línea” en el Reglamento 2019/1150 (relativo a los usuarios profesionales de intermediación en línea) para hacer posible de su aplicación efectiva, aunque se trata de una definición que no modifica la de la DCE, pues es una definición que solo hace referencia al citado Reglamento. Por otra parte, la actualización del concepto de PSI en la materia que estamos tratando la realizará el ya nombrado nuevo RSD.

1.3.3. Los supuestos en los que el PSI realiza más de una prestación: Los casos Uber y Airbnb.

Una cuestión especialmente problemática surge en aquellos casos en los que un prestador de servicios presta varios servicios en los que al menos uno de ellos puede ser considerado servicio de intermediación. El TJUE ha podido pronunciarse sobre ello en los casos Uber y Airbnb⁴⁰.

³⁷ STJUE de 23 de marzo de 2010, *Google France*, C-236/08 a C-238/08, EU:C:2010:159, apartado 113; STJUE de 12 de julio de 2001, *L'Oréal*, C-324/09, EU:2011:474, apartado 116; STJUE de 15 de septiembre de 2016, *Tobias Mc Fadden*, C-484/14, EU:C:2016:689, apartado 48 y 49; entre otras.

³⁸ STS 923/2019, de 27/06/2019, ES:TS:2019:2105, FJº.2; STS, 1818/2020, de 30/12/2020, ES:TS:2020:4484, FJº.4; STS, 2/2022, de 07/01/2022, ES:TS:2022:6, FJº.4.

³⁹ DÍAZ GOMEZ, M. “Reflexiones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de economía colaborativa”, en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, pág. 51.

⁴⁰ STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Élite Taxi*, C-434/15, EU:C:2017:981 y STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Airbnb Ireland*, C-390/18, EU:C:2019:1112.

En el caso de Uber, se entendió que parte de los servicios prestados por la plataforma consistía en conectar bajo remuneración, por un lado, a conductores que no son profesionales y utilizan su propio vehículo con, por otro lado, a particulares con necesidad de un transporte urbano, mediante una aplicación de teléfono inteligente sin la cual esta conexión no es posible. El TJUE ha calificado esta actividad como una actividad de intermediación en el sentido de la DCE⁴¹. Sin embargo, señala el Tribunal, de forma acertada, que los servicios prestados por Uber van más allá, pues incluyen además otros servicios consistentes en: fijación de precios, control sobre la calidad de vehículos, control sobre la calidad del servicio prestado por los conductores, etc; lo que hace, en definitiva, que Uber ejerza una influencia decisiva en las condiciones de la prestación de transporte efectuada por los conductores⁴².

Es por ello que el TJUE ha considerado que el servicio de intermediación realizado por Uber, que en principio responde al concepto de servicio de la sociedad de la información, es una parte de lo que ha llamado un *servicio global* que no puede ser considerado un servicio de la sociedad de la información, sino un servicio de transporte en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123⁴³. Por tanto, los servicios prestados por Uber quedarían fuera del ámbito de aplicación de la DCE.

En contraposición, el TJUE ha entendido que la actividad de Airbnb Ireland sí encaja dentro del ámbito de aplicación de la DCE⁴⁴. Así, ha definido la actividad de esta plataforma como un servicio de intermediación (un servicio de la sociedad de la información), bajo remuneración, que tiene por objeto la puesta en contacto de arrendadores con potenciales arrendatarios mediante una plataforma electrónica para servicios de alojamiento de una duración limitada. En este caso, el servicio de intermediación también se acompaña de otros servicios, pero el Tribunal considera que no se puede encajar en otro servicio más global (una de las partes alegaba que se trataba de una prestación global de alojamiento) principalmente debido a la gran importancia que

⁴¹ STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Élite Taxi*, C-434/15, EU:C:2017:981, apartados 35 a 40. En el mismo sentido, STJUE de 10 de abril de 2018, *Uber France SAS*, C-320/16, EU:CE:2018:221, apartado 19 y ss.

⁴² STJUE de 10 de abril de 2018, *Uber France*, C-320/16, EU:C:2018:221, apartado 21.

⁴³ STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Élite Taxi*, C-434/15, EU:C:2017:981, apartado 40.

Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

⁴⁴ STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Airbnb Ireland*, C-390/18, EU:C:2019:1112, apartados 39 y ss.

tiene la organización de las ofertas y las distintas herramientas que la plataforma ofrece en el conjunto de los servicios ofertados por Airbnb.

Además, también se señala que este servicio de intermediación no es imprescindible para llevar a cabo una prestación de alojamiento, pues existen otros muchos modos de llevarla a cabo. Tampoco Airbnb tiene la influencia que tenía Uber a la hora de fijar las condiciones de la prestación de alojamiento que prestan los arrendadores (ni puede ni pretende fijar los precios de forma directa ni indirecta, no selecciona a los arrendadores ni, por otro lado, los alojamientos)⁴⁵. Es por todo ello que el servicio de intermediación de Airbnb debe ser considerado de forma independiente a los demás y por lo que, al contrario de lo que ocurría con Uber, sí está dentro del ámbito de aplicación de la DCE. La misma interpretación ha realizado el Tribunal Supremo (en adelante, TS) de la DCE y de la LSSICE con respecto a las actividades de Airbnb en España en una sentencia reciente⁴⁶.

En mi opinión, parece que el TJUE crea un nuevo “criterio” por el cual, aunque determinados servicios puedan encajar, en principio, en el concepto de servicios de intermediación (como subtipo de servicios de la sociedad de la información), pueden ser excluidos de esta calificación y, por tanto, no les serían de aplicación las exenciones de responsabilidad previstas para los PSI.

Este criterio consiste en analizar si el servicio puede encajar en un “servicio global” en el que el elemento principal no sea un servicio de la sociedad de la información (y lo sea, por ejemplo, un servicio de transporte, como el caso de Uber). El Tribunal en el caso Uber y en el caso Airbnb parece entender que esto ocurre en las siguientes situaciones:

- Cuando el servicio de intermediación es indisoluble del “servicio global” por no poder este prestarse sin aquel o por no ser el servicio de intermediación lo suficientemente relevante dentro del conjunto de prestaciones para ser considerado de forma independiente.

⁴⁵ Este parece ser el elemento principal en el que funda el TJUE la disociabilidad del servicio de intermediación, pues en él también basa la argumentación para calificar como “no integrante” de un servicio global de transporte el servicio de intermediación prestado por una aplicación de taxi en STJUE de 3 de diciembre de 2020, *Star Taxi App*, C-62/19, EU:C:2020:980, apartado 54.

⁴⁶ STS 2/2022 de 07/01/2022, ES:TS:2022:6, FJ 4.º.

- Cuando el servicio de intermediación se acompaña de una influencia decisiva sobre las condiciones de la prestación del servicio que, en principio, intermedian.

No parece claro si deben darse ambas situaciones para poder excluir a un PSI de la aplicación de la DCE, o si solo con una de ellas es posible. Habrá que esperar nuevos pronunciamientos del TJUE para descubrirlo.

1.4. Los códigos de conducta

La DCE prevé en su artículo 16 que los Estados miembros puedan desarrollar en sus normativas internas *códigos de conducta* voluntarios que permitan la correcta aplicación de su normativa (en línea con el considerando 49). En el caso de España, el artículo 18 de la LSSICE va a permitir la posibilidad de que las administraciones públicas impulsen la elaboración y aplicación de códigos de conducta de carácter voluntario por parte de diferentes entidades como organizaciones empresariales, asociaciones, profesionales e, incluso, consumidores.

En este sentido, la LSSICE señala que podrán versar sobre los procedimientos adecuados para detectar y retirar contenidos ilícitos, para la protección frente a comunicaciones comerciales no solicitadas por los destinatarios, y para la creación de sistemas de resolución de conflictos alternativos a la vía judicial. Como no puede ser de otra forma, prevé que se garantice la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios (y de asociaciones de personas con discapacidad).

Ahora bien, cuando los códigos de conducta puedan afectar a consumidores y usuarios, también estarán sujetos a la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, lo que supone que cuando estos códigos permitan la comisión de prácticas ilegales puedan interponerse acciones de cesación y rectificación⁴⁷.

1.5. Las obligaciones de los Prestadores de servicios de la sociedad de la información en la DCE y en LSSICE

A diferencia de la DCE, que solo regula un deber de “información general” para los PSSI en su artículo 5, la LSSICE en su Capítulo II, sección 1.^a, detalla una serie de obligaciones a las que somete a los PSSI, que podemos clasificarlas en dos grupos:

⁴⁷ FERNÁNDEZ PÉREZ, P. “Régimen de exención de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación”, en PÉREZ GUERRERO, A. Y PÉREZ MARTÍNEZ, M. (Dirs), *Derecho de la Contratación Electrónica y Comercio Electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant Lo Blach, Valencia, 2021, pág. 468.
Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, BOE núm. 19 de 11 de enero de 1991.

- Obligaciones que se aplican a todos los PSSI (lo que, por supuesto, incluye a los PSI), que están previstas en el artículo 10 y se configuran en torno a un deber de “información general”, correlativo al impuesto por el artículo 5 de la DCE. Además, deberán cumplir con el deber de “colaboración” con las administraciones públicas referidas en el artículo 36 a efectos de que puedan ejercer sus funciones públicas y a efectos de inspecciones.
- Obligaciones que se aplican únicamente a los PSI, que están previstas en los artículos 11, 12 bis y 12 ter, y se configuran en torno a un deber de “colaboración”, un deber de “información” específico, y un deber de garantizar el derecho a la portabilidad de datos no personales, respectivamente.

1.5.1. El deber de información general

El deber de información general previsto en el artículo 10 de la LSSICE obliga a todos los PSSI a permitir que se pueda acceder “por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita” a toda una serie de informaciones relacionadas con los mismos: denominación social (o nombre), residencia, correo electrónico, inscripción en registros públicos, régimen de autorización administrativa (si lo hubiera), datos relacionados con la profesión regulada (si es el caso), número de identificación fiscal, precios de los productos (con indicación de si incluyen impuestos y gastos de envío, en su caso) y códigos de conducta (si los hubiere)⁴⁸. Por su puesto, también deberán cumplir con los requisitos de información que les imponga la normativa específica según la materia en la que traten sus servicios. Similar deber impone el artículo 5 de la DCE.

1.5.2. El deber de colaboración y de información de los PSI. El derecho de portabilidad de datos no personales.

Como he señalado, la LSSICE en su artículo 11 impone un deber de colaboración a los PSI, que se puede resumir en las siguientes obligaciones:

- Obligación de interrumpir la prestación del servicio de intermediación o de retirar los contenidos de otros PSSI establecidos en España cuando el órgano competente así lo haya ordenado.
- Obligación de interrumpir la prestación del servicio de intermediación con objeto de impedir el acceso desde España a los contenidos de un PSSI establecido en un tercer

⁴⁸ Como indica el mismo artículo, esta obligación se entiende cumplida con el hecho de incluir esta información en la página web del PSSI.

estado no miembro de la UE o del EEE cuando el órgano competente así lo haya ordenado. El artículo 39 de la LSSICE prevé que esta interrupción podrá realizar durante un plazo máximo de dos años, un año y seis meses, dependiendo del tipo de infracción (que señalamos más adelante).

Por su puesto, deberá garantizarse que en cumplimiento de estas obligaciones se respeten todas las garantías y procedimientos previsto para la protección de los derechos que estén en juego (derechos al honor, a la intimidad, a la libertad de información, etc.)⁴⁹. Por otro lado, está previsto la toma de medidas por parte de cualquier autoridad al que el ordenamiento jurídico español otorgue competencia (lo que incluye órganos judiciales o administrativos). Ahora bien, el apartado 3 del artículo 10 recuerda hay determinados casos en los que en virtud de la Constitución Española y las normas reguladoras del derecho en cuestión sólo serán competentes, de forma exclusiva, los órganos jurisdiccionales⁵⁰.

Cobra especial importancia los requisitos que el apartado 4 impone a estas medidas para poder ser compatibles con la norma, a saber: que sean objetivas, proporcionadas y no discriminatorias.

Por otra parte, el artículo 12 bis de la LSSICE regula la obligación de información específica que tienen determinados PSI en torno a la seguridad. De esta forma, se imponen las siguientes obligaciones de información⁵¹:

- Los PSI establecidos en España que prestan servicios de acceso a internet quedan obligados a informar “de forma permanente, fácil, directa y gratuita” de los diferentes medios técnicos para aumentar la seguridad de los datos. Además, quedan obligados también a informar sobre herramientas de filtrado y restricción de la información en relación al acceso a la información de la juventud y la infancia, y a informar sobre la potencial responsabilidad que pudieran generar las actividades ilícitas cometidas dentro del uso de internet (especialmente, se deberá informar de esta posibilidad en relación a los derechos de propiedad intelectual e industrial).

⁴⁹ El artículo, en su último párrafo, destaca la especial importancia de los derechos de la víctima o de los derechos de las personas discriminadas.

⁵⁰ El propio artículo señala particularmente el caso de autorización de secuestro de páginas web como un ejemplo cuya competencia exclusiva pertenece a los órganos judiciales, siempre que afecte a los derechos de libertad de expresión y libertad de información.

⁵¹ Igualmente, señala el artículo en su apartado 5 que estas obligaciones se entenderán cumplidas cuando se incluya la información requerida en la página web del PSI.

- Los PSI que presten servicios de acceso a internet, de correo electrónico o de servicios análogos quedan obligados a informar “de forma permanente, fácil, directa y gratuita” de las medidas de seguridad que utilizan para prestar el servicio.

Por último, en lo que respecta a las obligaciones relativas a la portabilidad de los datos no personales del artículo 12 ter de la LSSICE, simplemente señalar que en cumplimiento del Reglamento 2016/679 y de la Ley Orgánica 3/2018 (normativa europea y nacional en materia de protección de datos), los PSI que presten servicios de alojamiento a través de redes sociales o servicios equivalentes deberán remitir a los usuarios de sus servicios todos los datos que estos les hubiese facilitado cuando así lo soliciten, permitiendo, además, la transmisión de los mismos a otro PSSI cuando así lo deseen⁵².

1.6. Régimen sancionatorio

El artículo 20 de la DCE establece que los Estados miembros podrán determinar sus ordenamientos internos un sistema sancionatorio propio para el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Directiva. Ahora bien, estas deberán ser “efectivas, proporcionadas y disuasorias”. Estas sanciones, por otra parte, se deben entender sin detrimentos de otras sanciones o reparaciones previstas en las legislaciones internas de los Estados miembros (considerando 54).

Esta cuestión se aborda en el Título VII de la LSSICE bajo el rótulo de “Infracciones y sanciones”⁵³. Así, el artículo 37 se señala que los PSSI que se rijan por la LSSICE estarán sujetos al régimen sancionatorio en ella previsto. La norma va a diferenciar varios tipos de infracciones, entre las que destacamos las que afectan específicamente a los PSI (con las respectivas sanciones y plazos de prescripción que prevén los artículos 39 y 45 LSSICE)⁵⁴:

- Infracciones muy graves: el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 11, es decir, el incumplimiento por parte de los PSI de su deber de colaboración. Para estas infracciones se prevé una sanción de entre 150.001 a 600.000 euros, y, además, en caso de actuación reiterada (dos o más infracciones graves en tres años), podrá imponerse una prohibición general de las actividades en España

⁵² Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, respectivamente.

⁵³ Solo se realizará un estudio superficial de esta cuestión, en la medida que es una materia que bien podría ser objeto de un estudio independiente.

⁵⁴ Lo que no implica que el resto de las infracciones que hacen referencia a todos los PSSI no afecten también a los PSI, en la medida en que son un subtipo de PSSI.

durante, como máximo, dos años. Además, podrá acordarse la publicación en el BOE y en dos períodos de difusión la resolución sancionadora, e incluso en la página web de PSI (cuando tenga carácter firme). El plazo de prescripción de la infracción y de la sanción será de tres años.

- Infracciones graves: el incumplimiento habitual de los PSI con respecto a determinadas obligaciones establecidas por el Reglamento 2019/1150. Para estas infracciones se prevé una sanción de 30.001 a 150.000 euros. Además, podrá acordarse la publicación en el BOE y en dos períodos de difusión la resolución sancionadora, e incluso en la página web de PSI (cuando tenga carácter firme). El plazo de prescripción de la infracción y de la sanción será de dos años.
- Infracciones leves: el incumplimiento de los PSI con respecto al deber específico de información en materia de seguridad del artículo 12 bis LSSICE, y los incumplimientos de los PSI con respecto a determinadas obligaciones establecidas por el Reglamento 2019/1150 cuando no tengan carácter habitual y, por tanto, no puedan ser calificadas de infracción grave. Para estas infracciones se prevé una sanción de hasta 30.000 euros. El plazo de prescripción de la infracción será de seis meses, y el de la sanción de un año.

En virtud del artículo 43 los órganos competentes para interponer las sanciones son, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital para las infracciones muy graves, y la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial para las infracciones graves y leves, salvo en aquellos casos en los que en virtud del derecho de colaboración el PSI incumpla las órdenes de administraciones públicas, en cuyo caso el competente es dicha administración. La competencia será de la Agencia Española de Protección de Datos en determinados supuestos que, evidentemente, forman parte de la protección de datos.

Como la mayoría de régimen sancionatorios, como no puede ser de otra forma, se prevé en los artículos 39 bis y 40 circunstancias que conllevan la moderación de estas sanciones y la forma de cuantificar las mismas, respectivamente. También está previsto la posibilidad de imponer a los PSI medidas de carácter provisional en el artículo 41, cuyo incumplimiento puede dar lugar a las multas coercitivas a que hace referencia el artículo 42.

Además, también prevé la posibilidad de que el órgano sancionador no inicie un procedimiento sancionador y, en su lugar, simplemente aperciba al sujeto para que adopte determinadas medidas siempre que se den dos circunstancias:

- Que no se trate de una infracción muy grave.
- Que no haya habido sanciones o apercibimientos anteriores por incumplimientos de las obligaciones de la LSSICE.

Sin embargo, si el PSSI no cumple con las medidas establecidas por el órgano sancionador, se deberá proceder a la apertura del expediente sancionador.

Se establece, además, un plazo máximo de 9 meses para el procedimiento sancionador, y un plazo máximo de tres meses para el procedimiento simplificado (artículo 43). Además, en caso de concurrencia con procedimientos penales, el procedimiento administrativo deberá quedar paralizado hasta que este haya finalizado, pudiendo posteriormente reanudarse, debiendo respetar los hechos probados en instancia judicial (artículo 44).

III. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE A LOS PSI

El régimen de responsabilidad de los PSI, como ya hemos avanzado, se encuentra regulado, en el ámbito europeo, en los artículos 12 a 14 de la DCE, que en España se incorporaron a la legislación nacional en los artículos 14 a 17 LSSICE

1. El régimen de responsabilidad previsto en la Directiva sobre el comercio electrónico.

El aspecto más interesante de la solución establecida por la Directiva es que, aunque carece de una definición clara de PSI, establece como regla general la no responsabilidad para tres tipos de PSI (los de mera transmisión, los de memoria tampón y los de alojamiento de datos) siempre que su actuación se ajuste a ciertas condiciones⁵⁵. Por tanto, cuando las actividades de los PSI cumplan con las exigencias determinadas por la Directiva, estos no generarán responsabilidad.

Algunos autores han planteado el posible carácter de obligaciones de las condiciones de exención establecidas por la Directiva, carácter que, de ser cierto,

⁵⁵ GUILLÉN CATALÁN, R., “La responsabilidad de los prestadores de servicios de la información: Especial referencia a los intermediarios”, en CLEMENTE MEORO, M.E. Y COBAS COBIELLA, M.E. (Dirs), *Derecho de Daños*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 1266.

supondría que su incumplimiento supondría la necesidad de declarar la responsabilidad del PSI⁵⁶. Sin embargo, otros autores han sostenido, en cambio, que, dado que la DCE no se pronuncia al respecto, lo razonable es pensar que esta cuestión dependerá de la regulación nacional de los Estados miembros, por lo que la falta de exención de la responsabilidad no supone la imputación de la responsabilidad⁵⁷. Esta última postura parece la correcta, pues el Primer Informe de aplicación de la Directiva señala explícitamente que la DCE no afecta a la “responsabilidad de los intermediarios en los casos no cubiertos por las limitaciones definidas en la Directiva”, estando estas consideraciones sujetas “al Derecho Nacional de los Estados Miembros”⁵⁸.

En cualquier caso, se debe tener en cuenta que la DCE, como tal, tampoco establece regulación alguna sobre las conductas ilícitas de los PSI que puedan dar lugar a responsabilidad, sino que remite a los ordenamientos jurídicos nacionales para la calificación de estas conductas. Como resultado de este marco regulatorio, solo cuando una conducta del PSI sea calificada como conducta ilícita conforme a derecho interno podremos analizar su responsabilidad en el marco de las exenciones previstas por la DCI. Así lo ha confirmado el TJUE al señalar que la DCE lo que pretende es “restringir los casos en los que, conforme a Derecho nacional aplicable en la materia, pueda generarse la responsabilidad”⁵⁹.

Además, en tanto regulación armonizada por Directiva, los Estados miembros pueden establecer en su derecho interno otros supuestos de exención⁶⁰. De esta forma, la DCE se configura como una regulación cuyo fin principal no es la armonización de las normativas nacionales, sino el de establecer unos supuestos en los PSI no son responsables en ningún caso, creando, por tanto, un régimen mínimo de exclusión de

⁵⁶ DÍAZ GOMEZ, M. “Reflexiones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de economía colaborativa”, en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, págs. 27 y ss.

⁵⁷ PEGUERA POCH, M. “Los prestadores de servicios de internet y la normativa sobre responsabilidad”, en LÓPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, A. Y GARCÍA MIRETE, C.M. (Coords.), *Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación*, Tirant lo Blach, Valencia, 2016.

YANGUAS GÓMEZ, R., *Contratos de conexión a Internet, Hosting y Búsqueda*, Madrid, Civitas, 2012, pp. 369-370.

⁵⁸ Primer informe sobre la aplicación de 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 (Directiva sobre el comercio electrónico), en COM (2003) 702 final, Bruselas, 21.11.2003, pág. 14.

⁵⁹ STJUE de 23 de marzo de 2010, *Google France*, asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08, EU:C:2010:159, apartado 107.

⁶⁰ CLEMENTE MEORO, M. “Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en MORO ALMARAZ, M.J. (Dir.), *Autores, consumidores y comercio electrónico*, Editorial Colex, Madrid, 2004, págs. 251 y ss.

responsabilidad que debe aplicarse necesariamente en los Estados miembros, pudiendo preverse en las normativas nacionales supuestos de exención no previstos por la norma comunitaria.

El régimen de responsabilidad previsto por la DCE alcanza a la responsabilidad desde el punto de vista civil, penal y administrativo (es lo que se ha denominado el “carácter horizontal”, pues son exenciones de responsabilidad aplicable a todo tipo de responsabilidad), pero reserva a los Estados miembros la posibilidad de conceder a los particulares la acción de cesación y la posibilidad de adoptar medidas cautelares conforme a su derecho interno. Así se desprende de los artículos 12.3, 13.2 y 14.2 y del considerando 45. De hecho, la DCE no hace incompatible la no responsabilidad de los PSI con la adopción de medidas cautelares y el ejercicio de acciones de cesación, por lo que incluso estando en un supuesto de exención de la responsabilidad, procederá el uso de tales instrumentos, según la legislación nacional y según el caso concreto⁶¹.

En cualquier caso, como vamos a analizar más adelante, la DCE establece tres categorías de actividades de PSI que se han quedado relativamente desfasadas, pues no siempre será sencillo encajar las actividades de los PSI en alguno de estos tres grupos. De hecho, en algunas situaciones especialmente complejas el TJUE ha ofrecido soluciones que, en principio parecen incompatibles⁶². Como resultado, han sido las normativas nacionales las que han ido configurando el encaje de las diferentes actividades, lo que ha provocado que no todos los Estados miembros ofrezcan las mismas soluciones. Así, en España se ha considerado que los motores de búsqueda como *Google* se encajan dentro de las actividades de “hosting”, mientras que otros Estados como Austria se les ha protegido dentro del marco de “proveedores de acceso”⁶³. Como veremos, se trata de una distinción importante, pues ambas categorías de actividades de los PSI tienen requisitos diferentes de exención de la responsabilidad, lo que puede dar como efecto que una actividad de un PSI en España esté exenta, pero no lo esté en Austria, y viceversa.

⁶¹ DÍAZ GOMEZ, M. “Reflexiones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de economía colaborativa”, en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, págs. 27 y ss

⁶² Es el caso, por ejemplo, de los motores de búsqueda. Así, por ejemplo, en STJUE de 23 de marzo de 2010, *Google France*, C-236/08 a C-238/08, EU:C:2010:159 (apartados 106 a 120) el TJUE consideró exenta de responsabilidad a un motor de búsqueda que enlazaba sitios webs que vendían productos falsificados, mientras que en STJUE de 26 de abril de 2017, *Stichting Brein*, C-527, EU:C:2017:300 (apartados 46 a 53) sí que ha considerado responsable al motor de búsqueda por permitir el acceso a obras con derecho de autor.

⁶³ ARROYO AMAYUELA, E. “La responsabilidad de los intermediarios en internet ¿puertos seguros a prueba de futuro?”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, pág. 812.

2. El régimen de responsabilidad previsto en la LSSICE

Con respecto a la normativa española, el artículo 13 de la LSSICE señala que los PSSI responden por responsabilidad civil, penal y administrativa como cualquier persona jurídica de acuerdo con el Derecho español, aunque sin perjuicio de la aplicación de la LSSICE⁶⁴. Por tanto, el artículo 13 hace una distinción entre, por un lado, la responsabilidad general de los PSSI, y, por otro, la responsabilidad específica de los PSI⁶⁵. Se establece así un marco de responsabilidad en el que los PSSI quedan sujetos al régimen de responsabilidad previsto con carácter general en el ordenamiento jurídico español, aunque teniendo en cuenta que, a un subtipo de los mismos, los PSI, les será de aplicación un régimen especial. La doctrina ha considerado a los PSSI que no son PSI como los “prestadores finales” o “proveedores de contenidos”⁶⁶, es decir, como aquellos PSSI que introducen o generan información que luego es transmitida por los PSI (pj, aquellos que venden por internet sus mercancías o aquellos que publican información, entre otros). Por tanto, para los PSSI que no son PSI es de aplicación el régimen de responsabilidad por hecho propio de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil⁶⁷.

En el otro lado, tenemos el régimen aplicable a los PSI o, como la ley los denomina, “prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación” (alojamientos de datos, acceso, etc.), que están sujetos al régimen de responsabilidad establecido en los artículos 14 a 17 de la LSSICE. Aquí encontramos la responsabilidad de los “operadores de redes y proveedores de acceso”, de los “prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios” y de los “prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos”, que se corresponden al régimen establecido por la DCE en sus artículos 12 a 14. Sin embargo, la norma española recoge, además, la responsabilidad de los “prestadores de servicios que faciliten enlaces a

⁶⁴ GUILLÉN CATALÁN, R., “La responsabilidad de los prestadores de servicios de la información: Especial referencia a los intermediarios”, en CLEMENTE MEORO, M.E. Y COBAS COBIELLA, M.E. (Dir.), *Derecho de Daños*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 1268.

Sería de aplicación, por tanto, en opinión de parte de la doctrina, el art 1902 CC: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

⁶⁵ CHAPARRO MATAMOROS, P. “La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (Dir.), *Internet y los Derechos de la Personalidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 99 y ss.

⁶⁶ GUILLÉN CATALÁN, R., “La responsabilidad de los prestadores de servicios de la información: Especial referencia a los intermediarios”, en CLEMENTE MEORO, M.E. y COBAS COBIELLA, M.E. (Dir.), *Derecho de Daños*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 1267.

⁶⁷ FERNÁNDEZ PÉREZ, P. “Régimen de exención de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación”, en PÉREZ GUERRERO, A. Y PÉREZ MARTÍNEZ, M. (Dir.), *Derecho de la Contratación Electrónica y Comercio Electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant Lo Blach, Valencia, 2021, págs. 457.

contenidos o instrumentos de búsqueda”, un tipo de PSI no contemplado por la Directiva, al menos de forma explícita.

Para todos estos PSI la norma española prevé un régimen de exención de la responsabilidad condicionado en línea con la Directiva. Básicamente, lo que pretende la norma es garantizar que cuando un PSI actúa de forma neutra y pasiva (en el sentido del considerando 42 DCE) estos no puedan ser declarados responsables. Será especialmente importante, por tanto, saber identificar cuando un prestador de servicios actúa en calidad de intermediario, pues en la práctica gran parte de los PSSI tienen una naturaleza mixta, en el sentido de que parte de sus actividades no corresponden a las de un PSI pero otra parte sí (es el caso, por ejemplo de los conocidos como “blogueros” de internet, que publican contenido propio pero también habilitan un espacio para que terceros publiquen su propia información)⁶⁸. Lo mismo ocurre por ejemplo con los periódicos digitales y el espacio que habilitan para comentarios. Por su puesto, el régimen de exención solo se aplicará a aquellas actividades que puedan calificarse como de PSI⁶⁹.

Dado que la DCE únicamente hace referencia a la responsabilidad de los PSI, algunos autores han señalado que la norma española intenta ir más allá que la Directiva, estableciendo un marco regulatorio más completo para los prestadores de servicios de la sociedad de la información en general (ya que la LSSICE hace referencia a la responsabilidad de los PSSI)⁷⁰. En cualquier caso, se trata de una distinción que la DCE hace de forma implícita al establecer un régimen específico de los PSI como un tipo especial de prestador de servicios de la sociedad de la información.

Otros autores, en cambio, indican que la norma, aunque haga referencia al régimen de responsabilidad de prestadores de servicios en general e incluso el título del capítulo lleve el nombre de “Obligaciones y régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en realidad se limita a señalar que éstos están sujetos a las normas generales de responsabilidad del derecho español⁷¹. Sin embargo, el

⁶⁸ FERNÁNDEZ PÉREZ, P. “Régimen de exención de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación”, en PÉREZ GUERRERO, A. Y PÉREZ MARTÍNEZ, M. (Dirs), *Derecho de la Contratación Electrónica y Comercio Electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant Lo Blach, Valencia, 2021, págs. 458.

⁶⁹ Así lo confirman diversas sentencias del Tribunal Supremo. A modo de ejemplo, STS 235/2020 de 02/06/2020, ES:2020:1534, FJ.º 3.

⁷⁰ CONDE BUESO, I. y DíEZ LÓPEZ, I., "Comentario al art. 13 LSSICE", en CREMADES, J. y GONZÁLEZ MONTES, J. L. (coords.), *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003.

⁷¹ CAVANILLAS MÚGICA, S. *Responsabilidad de los proveedores de información en internet*, Editorial Comares, Granada, 2007, cap. 1.

hecho de que el artículo 13 de la LSSICE apunte que a los PSSI les será de aplicación el régimen general de responsabilidad del ordenamiento jurídico español indicando expresamente que lo será “sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley” parece indicar que el régimen general de responsabilidad solo será aplicable a los PSSI en la medida en que se respete el marco regulatorio establecido en la LSSICE no solo para los PSI, sino también para los PSSI en general⁷². Esta interpretación se ve reafirmada en la medida en que la LSSICE señala en su artículo 37 que los PSSI están sometidos el régimen sancionatorio ya descrito. Esto hace que el marco de responsabilidad para los PSSI y para los PSI es el establecido en la LSSICE (teniendo los PSI, además, un régimen particular); en su defecto el establecido en la normativa específica; y en su defecto las normas generales del artículo 1902 Código Civil. En este sentido, El TS ha afirmado que sólo cuando no se cumplan las condiciones de la LSSICE podrán condenarse a los PSI con fundamento en otras normativas⁷³. En la misma línea, la doctrina más especializada ha optado por defender que el régimen establecido por la LSSIC supone que el cumplimiento de los requisitos de exención de responsabilidad sea incompatible con la aplicación de cualquier otro cuerpo normativo con objeto de fundar una responsabilidad del PSI⁷⁴.

Otra cuestión importante es que el régimen de exención de la responsabilidad de los PSI de los artículos 14 a 16 de la LSSICE hace referencia a las actividades que se realicen en base a datos “facilitados” o “proporcionados” por el destinatario del servicio, mientras el artículo 17 hace referencia a actividades de PSI que no permitan tener conocimiento de los contenidos que se traten, de tal forma que cabe deducir que solo será de aplicación el régimen de responsabilidad previsto en la LSSICE para todos los PSI en la medida en que sus actividades se basen en contenidos de terceros, siendo de aplicación,

⁷² CAVANILLAS MÚGICA, S. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil de 18 de mayo de 2010. Responsabilidad de un prestador de un servicio intermediario de la sociedad de la información, de alojamiento, por la intromisión ilegítima causada por un comentario enviado a un foro”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 85, 2011, págs. 447 y ss.

ASENSI MERÁS, A. “La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación de los derechos de marca a través de los mercados electrónicos de oferta y comercialización de bienes y servicios”, en CUÑAT EDO, V. y ALONSO ESPINOSA, F.J. y GALLEGRO SÁNCHEZ, E. (Dir.), *Estudios de derecho mercantil*, Valencia, 2013, pág. 890

⁷³ Véase, por ejemplo, la STS 805/2013 de 07/01/2014, ES:TS:2014:68, FJ.º 4.

⁷⁴ CAVANILLAS MÚGICA, S. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil de 18 de mayo de 2010. Responsabilidad de un prestador de un servicio intermediario de la sociedad de la información, de alojamiento, por la intromisión ilegítima causada por un comentario enviado a un foro”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 85, 2011, pág. 449.

en caso contrario, el régimen general de responsabilidad de los PSSI⁷⁵. Por tanto, el régimen general de responsabilidad de los PSI será de aplicación no solo cuando su actividad vaya más allá del “mero ejercicio de actividades de intermediación”, sino que también será aplicable cuando sus actividades se basen en contenidos de elaboración propia⁷⁶.

Una tercera cuestión importante es el debate doctrinal surgido en torno a si las normas de la LSSICE establecen un régimen puro de exención de la responsabilidad, en virtud del cual el hecho de que un PSI no cumpla con las condiciones de exención no significa necesariamente poder declarar su responsabilidad, sino que únicamente conlleva la imposibilidad de acogerse dicha exención, debiendo determinarse la existencia o no su responsabilidad conforme al régimen general. O si, por el contrario, se trata de un régimen de imputación de responsabilidad, en virtud del cual no cumplir con las condiciones establecidas por la LSSICE supone necesariamente la responsabilidad del PSI, de tal forma que se tratan de obligaciones exigibles para los PSI, y no simplemente condiciones de exonerabilidad (en línea con el debate doctrinal surgido en torno a la DCE, al que antes hemos hecho referencia)⁷⁷. Se trata, sin embargo, de una cuestión que la LSSICE no resuelve.

En cualquier caso, se puede asumir que el régimen de responsabilidad establecido por la LSSICE define en negativo (responsabilidad negativa) la responsabilidad de los PSI, es decir, establece cuándo no responden⁷⁸. Es por ello por lo que la doctrina y la jurisprudencia entiende que la aplicación de otra norma que imponga responsabilidad al PSI cuando este ha cumplido los requisitos establecidos por la LSSICE no es posible. Este parece ser el propósito tanto de la Directiva como de la norma española. Es lo que

⁷⁵ CHAPARRO MATAMOROS, P. “La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (Dir.), *Internet y los Derechos de la Personalidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 99 y ss

⁷⁶ CAVANILLAS MÚGICA, S. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil de 18 de mayo de 2010. Responsabilidad de un prestador de un servicio intermediario de la sociedad de la información, de alojamiento, por la intromisión ilegítima causada por un comentario enviado a un foro”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 85, 2011, págs. 447 y ss.

⁷⁷ CHAPARRO MATAMOROS, P. “La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (Dir.), *Internet y los Derechos de la Personalidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 99 y ss.

⁷⁸ CAVANILLAS MÚGICA, S. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil de 18 de mayo de 2010. Responsabilidad de un prestador de un servicio intermediario de la sociedad de la información, de alojamiento, por la intromisión ilegítima causada por un comentario enviado a un foro”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 85, 2011, pág. 449.

jurisprudencialmente se ha denominada la “preeminencia transversal de la exención de responsabilidad” de los PSI⁷⁹.

A continuación, se realizará un análisis detallado de cada uno de los tres supuestos de exención de la responsabilidad establecidos por la DCE y por la LSSICE.

IV. LOS SERVICIOS DE MERA TRANSMISIÓN DE DATOS (SERVICIOS DE OPERADORES DE REDES Y PROVEEDORES DE ACCESO)

El artículo 12 de la DCE, bajo el rótulo de “Mera transmisión” se refiere específicamente a la no responsabilidad de los PSI sobre los datos transmitidos cuando su actividad esté basada en la transmisión de datos facilitados por el destinatario del servicio en una red de comunicaciones o en la concesión de acceso a la misma. Por tanto, aunque el rótulo se ciña a los servicios de transmisión de datos, el artículo abarca también a los servicios de acceso a la red.

En la práctica, estos PSI son operadores de redes telefónicas, operadores de redes, operadores de fibra óptica, prestadores de redes inalámbricas (redes wifi), etc. En definitiva, se trata de prestadores de servicios que por la naturaleza de sus actividades se limitan a permitir el intercambio de datos entre los destinatarios de sus servicios a través de sus infraestructuras (de tal forma que otros prestadores de servicios pueden ofrecer sus propios servicios a otros destinatarios o los propios destinatarios del servicio de intermediación puedan hacer circular datos en la red), o que se limitan a conectar a los destinatarios de sus servicios a una red (esto ocurre mediante una dirección IP, por ejemplo). Son actividades que la Directiva califica de “mera transmisión” o de *mere conduit*. Así, a modo de ejemplo, en el caso *Tobias Mc Fadden* el TJUE consideró que la actividad consistente en poner a disposición gratuita una red de comunicaciones abierta a cualquier público (una red Wifi sin contraseña) con fines publicitarios entra dentro del concepto de “servicios de mera transmisión” del artículo 12 de la DCE⁸⁰.

Además, el artículo 12 DCE también incluye en esta exención a los PSI sobre el almacenamiento de los datos transmitidos siempre que esta actividad de almacenamiento se realice de forma automática, provisional y transitoria, y siempre que “sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su

⁷⁹ Véase en este sentido la STS 316/2010 de 18/05/2010, ES:TS:2010:2292.

⁸⁰ STJUE de 15 de septiembre de 2016, *Tobias Mc Fadden*, C-484/14, EU:C:2016:689, apartados 34 a 43.

duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión”. Es decir, el artículo 12 DCE incluye esta actividad, la conocida como *routing* o almacenamiento efímero, en las actividades de transmisión de datos y concesión de acceso. En virtud de este precepto, por tanto, un PSI no será responsable por el almacenamiento temporal de los datos en sus infraestructuras cuando este se realice solo durante el tiempo necesario para trasladarlos desde el cliente al servidor y del servidor al cliente (lo que en la práctica ocurre en segundos o menos)⁸¹. Esta actividad, de hecho, es una de las más comunes en el funcionamiento de Internet, por lo que solo plantearse la posibilidad de imponer responsabilidad a los PSI por ella haría prácticamente inviable el funcionamiento del mismo.

La exención de responsabilidad de este tipo de PSI está condicionada a tres supuestos:

- No haber iniciado la transmisión de los datos. Es decir, el PSI debe no haber sido el autor de la información que se transmita o se almacene para dicha transmisión. En la práctica, supone que sea el “proveedor de contenidos” el que inicie la transmisión
- No haber seleccionado al destinatario de los datos. Es decir, el PSI debe no haber elegido específicamente a un particular (o conjunto de particulares) como destinatario de la información.
- No haber seleccionado ni modificado el contenido de los datos. Es decir, el PSI debe no haber alterado, en ningún sentido, el contenido de la información que transmite o almacena a tal fin. Eso se ha exigido así porque, como bien indica la doctrina, la actividad de selección de datos o destinatarios es una manifestación de una evidente capacidad de control sobre ellos, por lo que hace que el PSI sea partícipe de un potencial ilícito por haber tenido la posibilidad de evitarlo y lo aleja de su necesaria actividad neutra y pasiva⁸².

Siempre que el PSI cumpla con las tres condiciones establecidas en el artículo 12.1 de la DCE, este no será responsable por la información que transmita a través de sus servicios, sin necesidad de cumplir otros requisitos, ni por el almacenamiento que realice

⁸¹ CARBAJO CASCÓN, F. “Delimitación de la responsabilidad de los servicios de intermediación de la sociedad de la información (I)”, en *Iustitia*, núm. 12, 2014, pág. 268.

⁸² APARICIO VAQUERO, J.P. “El nuevo régimen de prestación de servicios de la sociedad de la información”, en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 2, 2003, págs. 87-111.

de esta información a fin de hacer posible la transmisión⁸³. Así, en la práctica, por ejemplo, se ha considerado exentos de responsabilidad a PSI de mera transmisión por injurias cometidas en las páginas web cuyo acceso hacen posible⁸⁴. En sentido contrario, basta con que el PSI realice alguna de las conductas prohibidas para que responda por su actividad, pues en ese caso no podríamos considerar que actúa como mero transmisor de datos⁸⁵. Esto ocurrirá cuando el prestador del servicio actúe como verdadero proveedor de contenido, colabore de forma activa en la difusión de los datos o cuando forme parte decisoria sobre el contenido de los mismos.

En la normativa española, este supuesto de exención se ha traspuesto en el artículo 14 de la LSSICE, donde se hace referencia a “los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones”⁸⁶. La actividad de esos prestadores quedará exenta de responsabilidad cuando sean un PSI y realicen las actividades y condiciones establecidas (que son idénticas a las que prevé el artículo 12 DCE). Además, el apartado 2 del artículo 14 de la LSSICE incluye en estas actividades, en paralelo con la Directiva, las actividades “almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos” siempre que sea necesario para las actividades de transmisión de datos y se realicen por un tiempo razonable (básicamente hace referencia a las actividades de *routing* o de almacenamiento efímero).

Ahora bien, la norma española señala específicamente que “no se entenderá por modificación la manipulación estrictamente técnica de los archivos que alberguen los datos, que tiene lugar durante su transmisión”, una aclaración que la Directiva no contiene en su artículo 12, aunque sí lo prevé en el considerando 43, cuando señala que las modificaciones de carácter técnico necesarias para la transmisión de datos no alteran la integridad de los contenidos de la información.

⁸³ STJUE de 15 de septiembre de 2016, *Tobias Mc Fadden*, EU:C:2016:689, apartados 66 a 71, donde el TJUE señala que no le corresponde sustituir a legislador europeo reconociendo otros requisitos de los expresados en la DCE.

⁸⁴ CHAPARRO MATAMOROS, P. “La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (Dir.), *Internet y los Derechos de la Personalidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 102 y 103.

⁸⁵ GUILLÉN CATALÁN, R., “La responsabilidad de los prestadores de servicios de la información: Especial referencia a los intermediarios”, en CLEMENTE MEORO, M.E. Y COBAS COBIELLA, M.E. (Dir.), *Derecho de Daños*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 1266.

⁸⁶ *Ibidem*, pág. 1268.

Algunas voces han señalado que el hecho de que la norma haga referencia, de forma separada, a estos dos PSI conlleva la posibilidad de que la prestación del servicio de intermediación de transmisión y acceso a la red se preste por dos PSI independientes, por lo que dado el caso debería analizar la exención de responsabilidad de forma individualizada.

En definitiva, ambas normas hacen una referencia a la actividad general que consiste en la transmisión de datos o acceso a la red (y almacenamiento de datos necesario para realizarla), sin llegar a realizar una enumeración de las conductas que se incluyen en estas actividades.

Pero quizás el aspecto más importante que hay que destacar del artículo 12 de la DCE y del artículo 14 de la LSSICE, y lo que lo diferencia de los otros supuestos de exención de la responsabilidad, es que para exonerar de responsabilidad a los operadores de redes y prestadores de acceso no exigen la ausencia de conocimiento con respecto a la actividad ilícita realizada por un tercero, aunque sí se exige que no se colabore deliberadamente en el ilícito (considerando 44). Por lo tanto, cabe plantearse si en aquellos casos que aun cumpliendo con los requisitos de exoneración cabría alguna responsabilidad si se demuestra un conocimiento efectivo del ilícito, aunque no haya habido una colaboración activa. Algunos autores han entendido que ello no es posible por varias razones⁸⁷:

- El artículo 12 de la DCE no exige el desconocimiento del ilícito como requisito de exoneración de la responsabilidad.
- Ni los operadores de redes ni los prestadores de acceso tienen la posibilidad de conocer los datos que aportan los destinatarios de sus servicios, pues su actividad debe ser técnica y pasiva. De lo contrario, ya se incumplirían los requisitos del artículo 14 de la LSSICE.
- En el derecho comparado, las normas nacionales que transponen la DCE, cuando hay querido añadir el requisito del conocimiento efectivo lo han hecho de forma expresa.

En cualquier caso, es importante tener en cuenta que el artículo 12 de la DCE señala explícitamente que esta exención de responsabilidad no impide que un tribunal o autoridad pública de los Estados miembros, en virtud de los ordenamientos jurídicos internos, pueda exigir al PSI “que ponga fin a una infracción o que la impida”. Así lo ha recordado el TJUE en numerosas ocasiones, entre las que destaca el ya mencionado caso de *Tobias Mc Fadden*, pues se señaló que era posible solicitar al proveedor de acceso que adoptara medidas para evitar las infracciones contra los derechos de propiedad intelectual que se estaban cometiendo gracias a su servicio, aunque señaló que esta debía

⁸⁷ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. “Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P”, en *Revista de propiedad intelectual*, núm. 16, 2004, pág. 87.

proporcionada y ajustada al caso concreto (en este caso se consideró adecuada que se solicitara una contraseña para el acceso a la red Wifi)⁸⁸. En la LSSICE esta posibilidad de materializó en el artículo 11, que impone el deber de colaboración de los PSI.

Por tanto, aunque la DCE y la LSSICE no exijan como requisito de exención de la responsabilidad para los proveedores de acceso la ausencia de conocimiento de los ilícitos, sí que hacen posible que se le puedan imponer al PSI la adopción de medidas para evitar que estos se cometan. Esto es posible porque el legislador europeo entendió la posición privilegiada que tiene el prestador de servicios de transmisión para poner fin a las actividades ilícitas que tienen lugar gracias a sus redes.

V. LOS SERVICIOS DE MEMORIA TAMPÓN (SERVICIOS DE COPIA TEMPORAL DE LOS DATOS SOLICITADOS POR LOS USUARIOS).

El artículo 13 de la DCE, bajo el rótulo “Memoria tampón (*Caching*)” se refiere específicamente a la no responsabilidad de los PSI frente al almacenamiento “automático, provisional y temporal” de la información facilitada por el destinatario del servicio realizado con la solo finalidad de facilitar una posible transmisión de esta información a otros destinatarios del servicio cuando estos lo soliciten. Quizás una definición más clara sobre lo que consiste la actividad de lo que la doctrina ha denominado *proxy caching* es la que dada por el TS al entenderla como una actividad que permite que, después del primer acceso de un usuario a una información, de esta se realice una copia en un servidor externo en el que originalmente estaba, de tal forma que esta copia es mostrada a los posteriores usuarios sin necesidad de acudir al servidor original⁸⁹. Es una actividad cuyo objetivo es permitir un acceso más rápido a la información de las páginas web para los futuros usuarios reduciendo el volumen de datos que fluyen por internet, mejorando su funcionamiento y haciendo posible que circule una gran cantidad de información al mismo tiempo⁹⁰.

⁸⁸ STJUE de 15 de septiembre de 2016, *Tobias Mc Fadden*, EU:C:2016:689, apartados 72 a 79.

⁸⁹ STS 172/2012 de 03/04/2012, ES:TS:2012:3942, FJ.º 1.

⁹⁰ FERNÁNDEZ PÉREZ, P. “Régimen de exención de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación”, en PÉREZ GUERRERO, A. Y PÉREZ MARTÍNEZ, M. (Dir.), *Derecho de la Contratación Electrónica y Comercio Electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 460.

DÍAZ GOMEZ, M. “Reflexiones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de economía colaborativa”, en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, pág. 43.

ARROYO AMAYUELA, E. “La responsabilidad de los intermediarios en internet ¿puertos seguros a prueba de futuro?”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, pág. 811.

En este supuesto de exención, los requisitos previstos en el artículo 13 de la DCE y el artículo 15 de la LSSICE son prácticamente idénticos. A saber:

- Que no se modifique la información en cuestión. Ahora bien, como indica el considerando 43 de la DCE no se entenderá modificación las “manipulaciones con carácter técnico”, pues no modifican la integridad de su contenido.
- Que las condiciones impuestas al acceso a la información se cumplan. Es decir, que se cumplan con las condiciones de acceso impuestas por el proveedor de contenidos. Aquí quizás encontramos una diferencia, pues la LSSICE hace referencia a que solo se permita el acceso a los usuarios que cumplan las condiciones de acceso impuestas por el proveedor de contenidos a estos mismos. Dependiendo de la interpretación que se de a estas normas el resultado puede variar, pues podría parecer que la DCE exige que se cumplan las condiciones de acceso impuestas por el proveedor de contenidos con respecto al proveedor de acceso y con respecto a los usuarios, mientras que la LSSICE solo lo exige con respecto a los usuarios.
- Que se cumplan con las normas de actualización de la información del sector. La doctrina ha considerado que se trata de un requisito que debe ser interpretado más bien de forma flexible, ya que se debe tener en cuenta la gran dificultad que supone la actualización automática de la información con respecto a su original, por lo que en la práctica debería poder permitirse cierta desactualización de la información⁹¹.
- Que no se interfiera en la utilización lícita de tecnología cuando esta sea reconocida y utilizada ampliamente en su sector con el fin de obtener datos sobre el uso que se da a la información. En la práctica, ha supuesto que el PSI permita que el proveedor de contenidos utilice tecnologías específicas para, por ejemplo, contabilizar correctamente el número de visitas a su página web⁹².
- Que la información sea retirada o sea imposible acceder a ella cuando se tenga el conocimiento efectivo de que esta ha sido retirada de su servidor inicial, de que se haya imposibilitado acceder a la información, o de que una autoridad administrativa o judicial así lo haya ordenado. El concepto de conocimiento efectivo que se maneja

⁹¹ CARBAJO CASCÓN, F. “Delimitación de la responsabilidad de los servicios de intermediación de la sociedad de la información (I)”, en *Iustitia*, núm 12, 2014, pág. 271.

⁹² GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. “Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P”, en *Revista de propiedad intelectual*, núm 16, 2004, págs. 89 y ss.

en este artículo es paralelo al del artículo 14 DCE, por lo que se analizará más adelante.

Al igual que en el primer supuesto de exención, la DCE reconoce la posibilidad que este segundo supuesto de exención no impide que un tribunal o autoridad pública de los Estados miembros, en virtud de sus derechos internos, pueda exigir a un PSI “poner fin a una infracción o impedirlo”. Dicha posibilidad se ha reconocido en España en el apartado 2 del artículo 15 de la LSSICE.

1. El caso *Google* y su memoria de “caching”

Uno de los aspectos más problemáticos que ha tenido la aplicación de la Directiva es en calificar la actividad de los buscadores de internet como *Google* a efectos de encuadrarla dentro de su ámbito de aplicación. El TS analizó esta cuestión en la STS de 3 de abril de 2012⁹³. La dificultad venía dada en cuanto *Google* como motor de búsqueda presta un servicio complementario: la puesta a disposición de los usuarios junto a los vínculos web originales (lo que sería el *caching* como tal) vínculos caché propios. Es decir, vínculos que permitían el acceso no a la página web original (con su propio servicio de *caching* prestado por el correspondiente proveedor de acceso), sino a las copias de las mismas que Google almacenaba en sus ordenadores, una especie de *caching* de segundo grado.

El Tribunal de Primera Instancia consideró que se trataba de un servicio que podía integrarse en los servicios de *caching* en el sentido de la DCE y de la LSSICE, pero el de segunda instancia señaló que no es posible encajar esta actividad en el artículo 15 de la LSSICE primero, porque los servicios consistentes en motores de búsqueda tienen su propio encaje en el artículo 17 LSSICE y, segundo, porque no es posible considerar este servicio como un servicio *caching* por no desarrollarse en puridad un servicio de transmisión de datos propio del *caching* y, además, porque la copia que realizaba Google no era una copia temporal.

VI. LOS SERVICIOS DE ALOJAMIENTO DE DATOS

1. Régimen común de la Directiva de Comercio Electrónico y de la LSSICE

El artículo 14 de la DCE (y su reflejo, el artículo 16 de la LSSICE) contiene bajo el rótulo “alojamiento de datos” el supuesto de exención de responsabilidad para los PSI

⁹³ STS 172/2012 de 03/04/2012, ES:TS:2012:3942.

sobre la información almacenada cuando sus actividades consistan en el almacenamiento de datos facilitados por el destinatario de su servicio (actividades de *hosting* en inglés). Entre estos PSI destacan especialmente los sitios web (como blogs), los motores de búsqueda en la medida que actúen como PSI o incluso las redes sociales (como veremos, en España la LSSICE contiene una exención propia para estos cuando actúan como PSSI)⁹⁴⁹⁵. Ahora bien, la condiciona al cumplimiento de uno de los siguientes requisitos:

- Que el PSI no tenga *conocimiento efectivo* de que la actividad o la información son ilícitas, o que no tenga *conocimiento de hechos o circunstancias* que revelen la lesión de bienes y derechos de terceros susceptibles de una acción de daños y perjuicios. Para algunos autores esta diferenciación entre ambos supuestos establece una graduación de conocimiento, por el cual para el primer caso se exige un conocimiento más definido, permitiéndose por tanto el conocimiento indiciario para la reclamación de daños y perjuicios⁹⁶. En cualquier caso, es una cuestión que sigue suscitando debate.
- Que en cuanto se tenga conocimiento de las circunstancias del primer apartado, el PSI retire los datos o haga imposible el acceso a ellos con prontitud (en la LSSICE se hace referencia, en cambio, a *diligencia*, en consonancia con el considerando 48 de la DCE). El considerando 46 de la DCE indica que, en todo caso, la retirada de los datos deberá respetar el principio de libertad de expresión.

Hay una divergencia, sin embargo, ente la LSSICE y la DCE. Mientras que la DCE asume, en el artículo 14.1 b) el conocimiento de las circunstancias descritas en su primer apartado, en cambio, en la LSSICE se señala específicamente en el artículo 16.1. a) “Si no lo tienen (el conocimiento de las circunstancias del apartado a)), actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible su acceso a ellos”. La doctrina ha considerado que se trata de una regulación más exhaustiva, pues supone que los PSI de alojamiento de datos deberán actuar con diligencia para evitar generar responsabilidades,

⁹⁴ Así, por ejemplo, el TJUE ha considerado que la actividad prestada por las redes sociales se debe encajar en el artículo 14 de la DCE. Véase STJUE de 16 de febrero de 2012, *Netlog NV*, C-360/10, EU:C:2012:85, apartados 26 a 28.

⁹⁵ FERNÁNDEZ PÉREZ, P. “Régimen de exención de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación”, en PÉREZ GUERRERO, A. Y PÉREZ MARTÍNEZ, M. (Dir.), *Derecho de la Contratación Electrónica y Comercio Electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 461.

⁹⁶ *Ibidem*. Pág. 462.

ARROYO AMAYUELA, E. “La responsabilidad de los intermediarios en internet ¿puertos seguros a prueba de futuro?”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, pág. 822.

lo que se ha traducido en una obligación de “deber de haber conocido”⁹⁷. Este deber de diligencia, como veremos, en ningún caso podrá suponer un deber de vigilancia permanente, pues ello sería contrario al artículo 15 de la DCE. En el caso español, este deber de diligencia parece haberse materializado en el deber de colaboración del artículo 11 LSSICE⁹⁸.

Con respecto al concepto de “conocimiento efectivo”, la DCE no ofrece una definición del mismo. En cambio, la LSSICE señala que se entenderá como conocimiento efectivo cuando el órgano competente haya declarado el contenido ilícito de la información o cuando haya declarado la existencia de una lesión, siempre y cuando el PSI tenga conocimiento de la resolución por la cual se declaran estos puntos, todo ello, por supuesto, sin perjuicio de “otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”. En este sentido, como no puede ser de otra forma, la resolución judicial debe ser notificada en tiempo y forma al PSI.

El TS, por otra parte, ha tenido la oportunidad de señalar que el concepto de “conocimiento efectivo” no solo abarca la notificación de resoluciones judiciales, sino que, como bien señala la LSSICE, no se deben prescindir de otros medios de conocimiento que permitan reflejar un conocimiento efectivo, pues, aunque la DCE no lo aclara una interpretación de la LSSICE que no permita otros medios de conocimiento haría que, en la práctica, se ampliase de forma injustificada el ámbito de exclusión previsto en la DCE⁹⁹. Por su parte, la Audiencia Provincial de Lugo vino a señalar que el artículo 16 de la LSSICE lo que en realidad establece es una presunción *ad ex exemplum* de conocimiento efectivo, de tal forma que no impide que se pueda probar el conocimiento efectivo por otros medios¹⁰⁰.

La interpretación de cuáles deben ser estos otros medios de conocimiento efectivo también ha sido problemática, pues no deja claro si dicha especificación la debe realizar la ley o la jurisprudencia. El TS, en el caso *putasgae* ha entendido que puede ser un

⁹⁷ FERNÁNDEZ PÉREZ, P. “Régimen de exención de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación”, en PÉREZ GUERRERO, A. Y PÉREZ MARTÍNEZ, M. (Dir.), *Derecho de la Contratación Electrónica y Comercio Electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 463.

ARROYO AMAYUELA, E. “La responsabilidad de los intermediarios en internet ¿puertos seguros a prueba de futuro?”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, pág. 823.

⁹⁸ DÍAZ GÓMEZ, M. “Reflexiones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de economía colaborativa”, en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, pág. 46.

⁹⁹ STS 773/2009 de 09/12/2009, ES:TS:2009:7684, FJ.º 4.

¹⁰⁰ SAP LU 538/2009 de 09/07/2009, ES:APLU:2009:611, FJ.º 2.

concepto de construcción jurisprudencial, por lo que ha conceptualizado el conocimiento efectivo como aquel que pueda darse por el conocimiento de hechos o circunstancias que, aunque por deducciones lógicas, pueda llegarse la conclusión de una actividad ilícita (una interpretación que, por otra parte, se deduce del artículo 14 de la DCE)¹⁰¹. Es lo que parte de la doctrina ha considerado como “conocimiento aparente” (y es lo que se ha aceptado, por ejemplo, en páginas web en las que se venden productos falsificados)¹⁰². En este mismo caso, el Tribunal consideró que el registro de un dominio (en este caso, www.putasgae.org) por parte de una entidad puede revelar el posible carácter ilícito de los datos que utiliza, por lo que en atención a ciertas circunstancias puede ser un declarado como un medio para tener conocimiento efectivo de las actividades ilícitas cometidas en la página web (en este caso, una infracción contra el derecho al honor)¹⁰³.

Por lo tanto, algunos autores han considerado que en la práctica se ha establecido algo un “doble nivel de ausencia de conocimiento”, en la medida que para concurrir el supuesto de exención el PSI debe desconocer, por un lado, de la resolución judicial y otros medios de conocimiento efectivo que se admitan, y, por otro, de hechos o circunstancias que permitan deducir el hecho ilícito¹⁰⁴. El TJUE también parece haber optado por esta interpretación a partir del caso *L’Oreal*¹⁰⁵. Otros autores señalan que más bien se trata de una configuración que realiza la DCE con el objetivo de que sea más sencillo aplicar el supuesto de exención en el caso de la responsabilidad penal¹⁰⁶.

Otras sentencias han admitido como conocimiento efecto el mero hecho de ser el creador de blogs o espacios similares con respecto a los contenidos que en él circulan,

¹⁰¹ STS 773/2009 de 09/12/2009, ES:TS:2009:7684, FJ.º 4.

¹⁰² CASTELLÓ PASTOR, J.J. “*Motores de búsqueda y derechos de autor: infracción y responsabilidad*”, 2014, págs. 348 y 349, tesis doctoral de la Universidad de Valencia que se puede encontrar en <https://roderic.uv.es/handle/10550/41652>.

¹⁰³ En este caso, sin embargo, el TS no valora tanto el conocimiento efectivo como tal, sino si existió una diligencia debida que permitiría este conocimiento efectivo.

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ PÉREZ, P. “Régimen de exención de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación”, en PÉREZ GUERRERO, A. Y PÉREZ MARTÍNEZ, M. (Dirs), *Derecho de la Contratación Electrónica y Comercio Electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 464.

DÍAZ GÓMEZ, M. “Reflexiones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de economía colaborativa”, en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, pág. 44.

¹⁰⁵ STJUE de 12 de julio de 2001, *L’Oreal*, C-324/09, EU:2011:474, apartados 118 a 124.

¹⁰⁶ DÍAZ GÓMEZ, M. “Reflexiones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de economía colaborativa”, en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, pág. 44.

pues se entiende que deben tener cierto control y diligencia sobre la información que contienen, el “deber de haber conocido” al que antes hemos hecho referencia¹⁰⁷.

Otra parte de la doctrina, en cambio, señala que debería ser el perjudicado el que haga que el PSI tenga conocimiento de los hechos ilícitos, sobre todo teniendo en cuenta que tiene una posición privilegiada con respecto al hecho y por la prohibición general de supervisión que impone el artículo 15 de la DCE¹⁰⁸. Ahora bien, tendría que tratarse una notificación envuelta en una serie de garantías, como la identificación concreta de la información ilícita y no su mera alusión, pues de lo contrario se estaría reduciendo exageradamente el ámbito de exclusión de responsabilidad de la norma (pues bastaría, por ejemplo, con anunciar a un PSI la existencia de contenidos ilícitos para que no cumpla este requisito)¹⁰⁹.

La doctrina también ha admitido ambas vías, pues ha considerado que la LSSICE permite cualquier medio por el cual el PSI pueda tener conocimiento efectivo de las actividades ilícitas, ya que, si solo se aceptara la posibilidad de la notificación judicial como conocimiento efectivo, la eventual respuesta ante las lesiones de derechos puede ser ineficaz por la dilación que supone este medio, además de que ampliaría de una forma muy extensa la exención de responsabilidad prevista en la DCE¹¹⁰.

La doctrina ha señalado que el principio que encierra este precepto es el considerar que el PSI no puede ejercer un control total sobre la información que almacena, por lo que no se le puede exigir que actúe contra los ilícitos sin que pueda tener conocimiento

¹⁰⁷CHAPARRO MATAMOROS, P. “La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (Dir.), *Internet y los Derechos de la Personalidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 109 y ss, y su análisis jurisprudencial a varias sentencias del Tribunal Supremo y varias Audiencias Provinciales.

Véase también SAP M 516/2007 de 08/10/2007, ES:APM:2007:13597, FJ.º 2

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ PÉREZ, P. “Régimen de exención de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación”, en PÉREZ GUERRERO, A. Y PÉREZ MARTÍNEZ, M. (Dirs), *Derecho de la Contratación Electrónica y Comercio Electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 465.

Ahora, otros autores argumentan que nada impide que la notificación la realice un tercero. Véase ARROYO AMAYUELA, E. “La responsabilidad de los intermediarios en internet ¿puertos seguros a prueba de futuro?”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, pág. 824.

¹⁰⁹ Ibidem (ARROYO AMAYUELA, E.), pág 822.

LÓPEZ RICHART, J., “Difamación en la Web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, 2012, pág. 176.

¹¹⁰ ASENSI MERÁS, A. “La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación de los derechos de marca a través de los mercados electrónicos de oferta y comercialización de bienes y servicios”, en CUÑAT EDO, V. y ALONSO ESPINOSA, F.J. y GALLEGO SÁNCHEZ, E. (Dirs), *Estudios de derecho mercantil*, Valencia, 2013, págs. 881 y 882.

de los mismos¹¹¹. Por este motivo, se ha considerado que la responsabilidad podrá ser mayor cuanto menor sea la cantidad de información que almacene el PSI, en la medida en que este control sí se hace posible¹¹².

Al igual que en el resto de los supuestos de exención de la responsabilidad, la DCE prevé para el alojamiento de datos la posibilidad que un tribunal o autoridad pública de los Estados miembros, en virtud del ordenamiento jurídico interno, pueda exigir a lo PSI “poner fin a una infracción o impedirla”. Además, en este caso la Directiva añade que también será compatible con procedimientos establecidos por los Estados miembros que establezcan el modo en que se deba retirar los datos o se deba imposibilitar su acceso.

Otro debate interesante suscitado en el seno de los servicios de alojamiento de datos es el que gira en torno la posibilidad de que el PSI que presta este servicio a su vez actúa como proveedor de contenidos y, por tanto, no actúa como PSI, (se está pensando, por ejemplo, en una página web con contenido propio que deja espacio para comentarios), puede beneficiarse de la exención de la responsabilidad. En la práctica, se ha entendido que sí es posible, aunque, por supuesto, la exención de responsabilidad solo operara a las actividades que puedan ser calificadas como de intermediación¹¹³.

Por último, en ambos cuerpos normativos señalan que la exención de responsabilidad no actuará cuando el destinatario del servicio actúa bajo la autoridad o control del PSI. Se está haciendo referencia a aquellos casos en el que el PSI estaría controlando los actos del destinatario del servicio, no la información en sí¹¹⁴. Se trata de una cuestión que no deja de ser evidente, pues en tal caso el prestador del servicio no actuaría como PSI, sino como un PSSI, pues desarrollaría un papel activo de la actividad¹¹⁵. En este sentido, el TS también se ha pronunciado, señalando que una página web que sugiere determinados resultados, facilita de forma activa la difusión de contenidos que considera más relevantes y realiza correcciones en el contenido ofrecido

¹¹¹ CHAPARRO MATAMOROS, P. “La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (Dir.), *Internet y los Derechos de la Personalidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 104.

¹¹² Ídem.

¹¹³ Véase el análisis de la jurisprudencia realizado por PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Editorial Comares, Granada, 2007, págs. 284 a 285.

¹¹⁴ FERNÁNDEZ PÉREZ, P. “Régimen de exención de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación”, en PÉREZ GUERRERO, A. Y PÉREZ MARTÍNEZ, M. (Dir.), *Derecho de la Contratación Electrónica y Comercio Electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant Lo Blach, Valencia, 2021, pág. 466.

¹¹⁵ STJUE de 12 de julio de 2001, *L’Oreal*, C-324/09, EU:2011:474, apartados 113 a 117.

no podía ser considerado un PSI en el sentido del artículo 16 de la LSSICE (es especialmente relevante este pronunciamiento, pues versa sobre un caso de una página web similar al servicio ofrecido por *Youtube*)¹¹⁶.

2. Régimen especial para los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda en la LSSICE

Aunque la DCE no prevé un supuesto de exención propio para los prestadores de servicios de la sociedad de la información que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (por ejemplo, el caso de *Google*), pues parece que prefiere englobarlos en alguna de las tres actividades previstas por sus supuestos de exención (en la medida en que sus actividades correspondan a la de un PSI), sí que en su artículo 21, relativo a futuras adaptaciones de la Directiva a las necesidades del futuro, se prevé la posibilidad de establecer un supuesto propio que regule la responsabilidad de los “proveedores de hipervínculos y servicios de instrumentos de localización” y los procedimientos para evitar la comisión de ilícitos a través de los mismos¹¹⁷. Sin embargo, esta diferenciación no se ha materializado ni siquiera con la llegada del nuevo RSD: en cambio, la LSSICE sí que regula esta cuestión.

El artículo 17 de la LSSICE señala que los PSSI que “faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directores o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios”. Se hace referencia por tanto a los prestadores de servicios que operan en internet y permiten realizar búsquedas para ofrecer como resultado páginas web. Es muy importante el matiz de que la LSSICE en este supuesto de exención de la responsabilidad no está haciendo referencia a los PSI, sino a todos los PSSI, por lo que también incluirá a los proveedores de contenidos que incluyan enlaces a contenidos ilícitos (por ejemplo, que una empresa en su página web derive a otra página web que infringe derechos de autor). En cualquier caso, se condiciona la exención de responsabilidad que concurra uno de los siguientes requisitos:

- Que no se tenga conocimiento efectivo de que los datos a los dirigen son ilícitos o lesionan derecho de terceros susceptibles de indemnización de daños y perjuicios. En este caso, el concepto de conocimiento efectivo se ha interpretado en las mismas

¹¹⁶ STS 923/2019, de 27/06/2019, ES:TS:2019:2105, FJ.º 3.

¹¹⁷ El TJUE ha venido incluyendo a este tipo de PSI dentro del artículo 14 de la DCE. Véase la STJUE de 23 de marzo de 2010, *Google France*, C-236/08 a C-238/08, EU:C:2010:159, apartados 106 a 120.

características que el del artículo 16 de la LSSICE, pues la definición que realiza el artículo 17 de la LSSICE es idéntica.

- Que, si no tienen ese conocimiento, se actúe con “diligencia” para evitar el uso del enlace. También el este concepto de diligencia se interpretado de forma paralela al del artículo 17 de la LSSICE.

Además, la LSSICE señala que la exención de responsabilidad no actuará cuando el destinatario del servicio actúa bajo la autoridad o control del PSSI.

Como vemos, la regulación que la LSSICE hace para este tipo de PSSI es paralela a la establecida para los PSI de alojamiento de datos por la DCE en su artículo 14 y por el artículo 16 de la LSSICE. De esta forma, la responsabilidad de los PSSI que presten servicios de búsqueda de contenidos, al igual que los PSI de alojamiento, se determinará por la existencia o no de conocimiento efectivo sobre la ilicitud de los datos y de su actuación para evitar esas actividades¹¹⁸. Así, el prestador de servicios definido en el artículo 17 de la LSSICE responderá de los contenidos que enlace si colabora de alguna forma con la actividad o conoce su carácter ilícito y no toma medidas para evitarla¹¹⁹.

VII. LA INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN GENERAL DE SUPERVISIÓN

El artículo 15 de la DCE establece como principio general, y que ha adquirido una extraordinaria importancia, que los Estados miembros no podrán interponer 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” en referencia a los servicios de mera transmisión, memoria tampón y alojamiento de datos. Es decir, se está prohibiendo la imposición de una obligación de seguimiento o filtrado de datos¹²⁰.

Esto ocurre así, porque como bien indica el TJUE, debe evitarse que los PSI tengan una carga que haga que su actividad sea imposible de realizar o haga que el

¹¹⁸CHAPARRO MATAMOROS, P. “La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (Dir.), *Internet y los Derechos de la Personalidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 105.

¹¹⁹GUILLÉN CATALÁN, R., “La responsabilidad de los prestadores de servicios de la información: Especial referencia a los intermediarios”, en CLEMENTE MEORO, M.E. Y COBAS COBIELLA, M.E. (Dir.), *Derecho de Daños*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 1272.

¹²⁰DÍAZ GOMEZ, M. “Reflexiones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de economía colaborativa”, en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, pág. 49.
Véase STJUE de 14 de noviembre de 2011, *Sabam*, C-70/10, EU:C:2011:771, apartados 29 a 54.

desarrollo de sus actividades sea demasiado costoso, pues ello atentaría contra la libertad de empresa y contra la libertad de expresión e información de los destinatarios de los servicios. Por ello, a la hora de valorar cualquier medida no solo deberá evaluarse si supera la prohibición del artículo 15 de la DCE, sino que también deberá cumplir criterios de proporcionalidad¹²¹. Así, por ejemplo, el TJUE ha considerado en el caso *Tobias MacFadden* que la medida que consistía en cerrar la conexión a internet no era proporcional con el fin buscado (la protección de los derechos de autores), en la medida en que existen medidas menos perjudiciales para la libertad de empresa¹²². Por tanto, no podrá alegarse responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios basada en su falta de supervisión, ni tampoco en su presunto conocimiento de unas actividades que no tienen por qué supervisar¹²³.

En sentencias más recientes, sin embargo, el TJUE parece estar abandonando ligeramente este criterio, pues en el caso *Glawischning-Piesczek* consideró que el artículo 15 de la DCE era compatible con el bloqueo al acceso de los datos almacenados que sean idénticos a los que ya se han declarado ilícitos, aunque matiza que esta medida sólo será compatible con la DCE siempre que esta supervisión se limite a la información cuyo contenido no se haya alterado¹²⁴.

Ahora bien, esta inexistencia de obligación general de supervisión no implica que cuando el prestador tenga conocimiento del hecho ilícito no tenga la obligación de actuar con diligencia para evitar el acceso al contenido de que se trate. Así se prevé tanto en el artículo 13 como en el artículo 14 de la DCE, como ya hemos explicado.

En cualquier caso, la DCE intenta situar en una posición privilegiada a los PSI, pues corresponderá al afectado demostrar que conocía el hecho ilícito para que pueda reclamar responsabilidad, además de que se deberá indicar claramente los contenidos ilícitos, de tal forma que, si procede, el PSI los retire¹²⁵. Como hemos visto, este intento

¹²¹ En este sentido, véase STJUE de 27 de marzo de 2014, *UPC telekabel*, C-314/12, EU:C:2014:192, apartado 46, STJUE de 29 de enero de 2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, STJUE de 14 de noviembre de 2011, *Sabam*, C-70/10, EU:C:2011:771, apartado 53.

STJUE de 12 de julio de 2001, *L'Oreal*, C-324/09, EU:2011:474, apartados 139 a 144.

¹²² STJUE de 15 de septiembre de 2016, *Tobias Mc Fadden*, C-484/14, EU:C:2016:689, apartados 88 y 89.

¹²³ CHAPARRO MATAMOROS, P. “La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (Dir.), *Internet y los Derechos de la Personalidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 99 y ss.

¹²⁴ STJUE de 3 de octubre de 2019, *Eva Glawischning-Piesczek*, C-18/18, EU:C:2019:821, apartados 33 a 53.

¹²⁵ DÍAZ GOMEZ, M. “Reflexiones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de economía colaborativa”, en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, pág. 50.

ha quedado en algunos supuestos desvirtuado, pues se ha exigido responsabilidad a PSI por no haber cumplido algo así como el “deber de haber conocido”. Ahora bien, parte de la doctrina ha entendido que del contenido del artículo 15 de la DCE se deduce que corresponde al perjudicado por el hecho ilícito el poner en conocimiento del prestador de servicios esta cuestión¹²⁶.

En todo caso, la prohibición del artículo 15 de la DCE no implica, como bien indica el considerando 47, que los Estados no puedan establecer obligaciones de supervisión para determinados casos a través de las legislaciones nacionales. Lo mismo se aplica a las órdenes que pudieran emitir las autoridades nacionales conforme al derecho interno. De hecho, los Estados tienen la potestad de exigir a los prestadores de servicios de alojamiento de datos un deber de diligencia mayor a través de la normativa nacional con el objeto de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales (considerando 48 de la DCE). Incluso, el artículo 18.1 de la DCE establece la obligación de que los Estados miembros “velarán por que los recursos judiciales existentes en virtud de la legislación nacional en relación con las actividades de servicios de la sociedad de la información permitan adoptar rápidamente medidas, incluso medidas provisional, destinadas a poner término a cualquier presunta infracción y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados”.

Así, el TJUE ha señalado que es posible que un órgano judicial obligue a un prestador de servicio de alojamiento de datos a realizar actuaciones para poner fin al hecho ilícito, así como imponerle obligaciones para evitar ilícitos de la misma naturaleza en el futuro (aunque estas actuaciones no pueden consistir en una supervisión activa de todos los datos con respecto a cada uno de los prestatarios)¹²⁷. En cualquier caso, las medidas adoptadas por el PSI deberán ser las suficientes para garantizar la protección de derecho perjudicado que las fundamentan¹²⁸.

Por tanto, en la práctica, lo verdaderamente importante será diferenciar entre normas que imponen un deber “general” de supervisión y normas que imponen un deber

¹²⁶ FERNÁNDEZ PÉREZ, P. “Régimen de exención de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación”, en PÉREZ GUERRERO, A. Y PÉREZ MARTÍNEZ, M. (Dir.), *Derecho de la Contratación Electrónica y Comercio Electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 465.

¹²⁷ STJUE de 12 de julio de 2001, *L'Óreal*, C-324/09, EU:2011:474, apartados 125 a 144.

¹²⁸ ARROYO AMAYUELA, E. “La responsabilidad de los intermediarios en internet ¿puertos seguros a prueba de futuro?”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, pág. 829.

“en casos específicos” de supervisión¹²⁹. Se trata de una distinción que no queda clara en la DCE, por lo que el TJUE ha tenido que estudiar caso por caso.

VIII. REFERENCIA AL NUEVO REGLAMENTO 2022/2065.

Los esfuerzos de la UE para modernizar el marco normativo de los Estados miembros a la ahora llamada economía de las plataformas se han reflejado con la elaboración y aprobación de, por un lado, el RSD y el Reglamento 2022/1925¹³⁰. De esta forma, tras más de 20 años de la aparición de la DCE surge en el marco europeo el nuevo Reglamento 2022/65, también llamado Reglamento de Servicios Digitales o RSD, que ha entrado en vigor el 17 de noviembre de 2022 y ha modificado a la DCE (aunque su aplicación plena se producirá a partir del 17 de febrero de 2024). Resulta obligado, por tanto, hacer referencia en este estudio a la regulación establecida por el RSD, aunque se realizará un análisis más bien superficial (pues no introduce grandes cambios en el objeto de estudio de este trabajo: la responsabilidad de los PSI).

El RSD sustituye a la DCE en lo referente a la responsabilidad de los PSI, llevando a cabo una regulación que, aunque sin grandes cambios, intenta actualizar esta normativa al momento actual de los servicios digitales¹³¹. Sobra decir que el hecho de que esta nueva regulación de la UE se haya realizado por medio de un reglamento es un reflejo claro de la preocupación del conjunto de Estados miembros por la diversidad de regímenes aplicables a los PSI en los diferentes ordenamientos jurídicos (considerando 16). El Reglamento, en este sentido, en el momento el que adquiera efectos de aplicación plena, dejara sin efecto a las normas nacionales que trasponían la DCE.

De esta forma, los artículos 12 a 15 de la DCE son sustituidos por los artículos 4 a 6 y 8 del RSD. Además, el RSD incluye en segundo Capítulo en el que contiene reglas para complementar el régimen de sus disposiciones generales, y un tercer Capítulo en el que establece para los PSI una serie de obligaciones que engloba en el concepto de

¹²⁹ LÓPEZ RICHART, J. “Responsables, ma non troppo: las reglas de exención de responsabilidad de las plataformas para el intercambio de contenidos en línea en la Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital”, en SAIZ GARCÍA, C. y EVANGELIO LLORCA, R. (dirs), *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, España, 2019, págs. 321 y 322.

¹³⁰ Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales).

¹³¹ DE MIGUEL ASENSIO, P.D. “Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: el Reglamento (UE) de servicios digitales”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 109, 2022, pág. 3.

“diligencia debida”. Incluye, por otro lado, nuevos mecanismos para la tutela de los derechos salvaguardados por el Reglamento.

1. Objeto y ámbito de aplicación

El artículo 1 del RSD sostiene que el objetivo del Reglamento es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior estableciendo normas armonizadas para crear un entorno digital seguro que pueda garantizar la protección de los derechos fundamentales de la UE. Por tanto, parece un cambio de enfoque con respecto a la DCE, que se centraba en promover la libre prestación de servicios¹³². Para este objetivo, el Reglamento regulará un marco de “exención condicionada de responsabilidad” para los PSI, unas obligaciones específicas de diligencia debida para cada tipo de PSI, y normas para la correcta aplicación y ejecución del RSD. Vemos, por tanto, que una cuestión que la DCE dejó a la regulación interna de los Estados miembros, la diligencia debida de los PSI, es asumida por el RSD.

Con respecto a su ámbito de aplicación, el artículo 2 del Reglamento establece que será de aplicación a las actividades de los PSI que presten a destinatarios establecidos o situados en la UE, con independencia del lugar donde los PSI estén establecidos. Se trata de un nuevo criterio de aplicación, pues la DCE utiliza como criterio de aplicación el lugar de establecimiento de los PSSI (considerando 58 DCE), aunque también se señalara que cuando el servicio se preste por internet el lugar de establecimiento es el del lugar donde se ejerce la actividad económica (considerando 19). Pero, además, el RSD señala, en sus considerandos 7 y 44, que un aspecto relevante para la aplicación de su regulación es que los PSI ofrezcan sus servicios en la UE (y, por tanto, demuestren una conexión sustancial con la misma¹³³).

En cualquier caso, el Reglamento señala que debe aplicarse sin perjuicio de otras normas específicas de la UE aplicables a los PSI para materias o aspectos concretos (como la normativa de derechos de autor, lucha contra el terrorismo, derechos de consumidores, usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, entre otras), al igual que ocurría con la DCE.

¹³² DE MIGUEL ASENSIO, P.D. “Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: el Reglamento (UE) de servicios digitales”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 109, 2022, pág. 5.

¹³³ En el artículo 3.e) RSD se define la conexión sustancial con la UE por el mero hecho de que el PSI tenga su establecimiento en la UE o por una serie de hechos fácticos que se contienen en el artículo y en el considerando 8.

Por otro lado, el Reglamento señala que su aplicación no debe afectar a la DCE. Es decir, que el Reglamento solo sustituye la DCE en relación con el régimen de responsabilidad de los PSI, quedando el resto de la Directiva plenamente vigente. Esto ocurre así porque la DCE sigue siendo uno de los cuerpos normativos que garantiza libre prestación de servicios. El régimen de responsabilidad establecido por el RSD, por otro lado, es prácticamente el mismo que el hasta ahora previsto por la Directiva, salvo pequeños cambios.

Una novedad es que el RSD, en su considerando 6, parece querer separarse la jurisprudencia del TJUE y se declara aplicable a los servicios de intermediación, incluyendo aquellas situaciones en las que este se preste como parte de un servicio global que no es de intermediación (aunque, por su puesto, solo con respecto a los servicios de intermediación prestados)¹³⁴.

2. Definiciones

El RSD mantiene el concepto de servicio de la sociedad de la información de la DCE. Sin embargo, en su artículo 3 no contiene una definición expresa de PSI. El RSD en su artículo 2, g) decide únicamente definir tres actividades que realizan los PSI, pero no a los propios PSI. Punto importante es el hecho de que dicho artículo parece indicar que los PSI solo realizan una de las tres actividades que en él se describen, mientras que el considerando 5, al contrario, parece señalar que estas tres actividades solo son una enumeración no exhaustiva de los PSI, a lo que son de aplicación las normas del RSD¹³⁵. Por otro lado, en el considerando 29 se señala que la calificación de los servicios de intermediación depende de las especificaciones técnicas de los mismos, que en cualquier caso pueden evolucionar con el paso del tiempo y, por tanto, deben estudiarse caso por caso. Por tanto, otra vez la normativa europea parece no definir de una forma exacta el concepto de PSI¹³⁶. Por tanto, deberemos acudir de nuevo a la precisión del concepto que, como vimos al estudiar la DCE, ha realizado el TJUE.

En cualquier caso, el RSD define “servicios de intermediación” de forma explícita como los servicios de “mera transmisión”, de “memoria caché” y de “alojamiento de datos”, a diferencia de la DCE, que lo hacía de forma implícita. Ahora bien, se trata de

¹³⁴ DE MIGUEL ASENSIO, P.D. “Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: el Reglamento (UE) de servicios digitales”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 109, 2022, pág. 4.

¹³⁵ DE MIGUEL ASENSIO, P.D. “Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: el Reglamento (UE) de servicios digitales”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 109, 2022, pág. 6.

¹³⁶ *Ibidem*, pág. 15.

conceptos idénticos de los que cabía deducir de los artículos 12, 13 y 14 de la DCE. Especial relevancia tiene el hecho de que no contenga un régimen propio para los PSI que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (como actualmente hace la LSSICE) que, por otro lado, parece no encajar directamente en una de las tres categorías, por lo que su encaje en una de las mismas dependerá de las circunstancias del caso concreto (considerandos 28 y 29).

Muy interesante es la nueva definición que contiene el RSD con respecto a las “plataformas en línea”, que define como aquel servicio que consiste en un alojamiento de datos que almacena y difunde información al público (siempre a petición del destinatario del servicio y con una difusión con cierta entidad o relación con el servicio prestado¹³⁷). Ejemplos claros serían las redes sociales, pues son plataformas en las que los usuarios alojan sus datos y estas los difunden a terceros a petición de los mismos.

3. Régimen de responsabilidad en el RSD

El RSD mantiene el sistema de exención de responsabilidad de alcance horizontal establecido por la DCE¹³⁸. Así, los tres supuestos de exención de la DCE permanecen prácticamente inalterados en el RSD. De esta forma, los artículos 12 a 15 de la DCE se corresponden con los artículos 4 a 6 y 8 de RSD. Solo podemos observar tres pequeños cambios en estas definiciones:

- En la “memoria tampón”, la DCE únicamente hace referencia a que la finalidad de esta actividad sea una posterior transmisión más eficaz de la información, mientras que en el nuevo RSD además de esta finalidad también hace referencia a una posterior transmisión “más segura” de la información.
- En el “alojamiento de datos”, la DCE diferencia entre dos conceptos que ya hemos diferenciado, a saber, “conocimiento efectivo” y “conocimiento de hechos o circunstancias”. El RSD parece intentar solucionar los problemas que han surgido en la interpretación y diferenciación de ambos tipos de conocimiento, diferenciando esta vez entre “conocimiento efectivo” y “*consciencia* de hechos o circunstancias”. Sin embargo, dado que tampoco el Reglamento define con exactitud la diferencia entre

¹³⁷ Por ejemplo, en virtud del considerando 13 los periódicos en línea con sección de comentarios no son considerados plataformas en línea en la medida en la difusión pública de estos comentarios son un servicio auxiliar del que principalmente prestan.

¹³⁸ DE MIGUEL ASENSIO, P.D. “Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: el Reglamento (UE) de servicios digitales”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 109, 2022, pág. 8.

ambos conceptos, será necesaria la interpretación jurisprudencial de los mismos para conocer sus diferencias.

- En el “alojamiento de datos”, el RSD establece que no será de aplicación la exención de responsabilidad para las plataformas en línea que hacen posible que consumidores y comerciantes celebren contratos a distancia cuando estas tengan un elemento de información o cualquiera circunstancia que pueda hacer creer al consumidor medio que el objeto del contrato a distancia es proporcionado por la plataforma en línea. En el considerando 24 se establecen una serie de circunstancias, a modo de ejemplo, según las cuales no debe ser de aplicación esta exención de responsabilidad.

Con respecto al mandato que hacía el artículo 15 de la DCE a los Estados miembros de prohibición de imponer a los PSI una obligación general de supervisión, esta se ve reflejada en el artículo 8 y el considerando 30 del RSD sin grandes variaciones. También se conserva la posibilidad de que el órgano competente adopte medidas contra los PSI (artículos 4.3, 5.2, 6.4), aunque en esta materia se añaden disposiciones nuevas en relación con dos instrumentos nuevos (artículos 9 y 10):

- Órdenes de actuación contra contenidos ilícitos: el RSD prevé que los PSI deberán informar a la autoridad que dicte la orden y al destinatario del servicio del curso que le han dado a la misma. Además, la norma establece unos requisitos mínimos que debe cumplir la orden para ser válida, aunque, señala la norma, ello no afecta a los requisitos que establezcan las normativas nacionales por su derecho procesal.
- Órdenes de entrega de información: el RSD prevé que los PSI deberán informar a la autoridad que dicte la orden (u a otra, si procede) y al destinatario del servicio de su recepción y del curso que le hayan dado. De igual forma, se establecen unos requisitos mínimos que debe cumplir la orden para ser válida, aunque, señala la norma, ello no afecta a los requisitos que establezcan las normativas nacionales por su derecho procesal.

En cualquier caso, el RSD, al igual que la Directiva, va a remitir a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros para determinar cuáles son los contenidos o las actividades ilícitas por las que los PSI deban responder. Únicamente define en su artículo 3, h) el concepto de “contenido ilícito” como toda información que incumpla el derecho de la UE o del Estado miembro en cuestión. Ahora bien, parece más acertado el criterio utilizado por el considerando 12, el derecho aplicable, pues puede

haber determinados casos en materia civil y mercantil en los que el derecho aplicable sea el de un tercer estado¹³⁹. Por otro lado, el RSD se encarga de cerrar el debate surgido en torno a la DCE, sobre si los requisitos de exención suponían obligaciones exigibles para los PSI, señalando en su considerando 17 explícitamente que las normas del RSD “solo deben determinar cuándo no se puede exigir responsabilidad” a los PSI, debiendo acudir al derecho aplicable para determinar las obligaciones a los PSI por lo que se pretenda fundar una responsabilidad.

4. Obligaciones de diligencia debida

Este es quizás el aspecto más relevante que impone el RSD (Capítulo III), pues la DCE no contenía nada al respecto. Especialmente importante es que, para esta materia, las obligaciones de diligencia debida, el RSD va a diferenciar entre varias subcategorías de PSI (en particular, subcategorías de PSI de alojamiento de datos, como “plataformas en línea” o “motores de búsqueda en línea”), pero solo a efectos de graduar estas obligaciones, pues a efectos de exención de responsabilidad no se hace esta diferenciación (con las excepciones del artículo 6.3, que sí utiliza estas categorías a efectos de exención de responsabilidad). Así pues, el RSD impone las siguientes obligaciones¹⁴⁰:

- Para todos los PSI (artículos 11 a 15): obligaciones de establecer puntos de contacto electrónicos con las autoridades competentes de los Estados miembros, la Comisión y la Junta Europea de Servicios digitales (organismo independiente creado por el artículo 61 del RSD formado por las autoridades competentes de los Estados miembros en esta materia), así como con los destinatarios de los servicios (en este caso, un punto “directo”), y otras obligaciones relacionadas. Además, los PSI que no estén establecidos en la UE deberán designar un representante legal en el Estado miembro en el que actúe (o al menos en uno de ellos). También se incluyen obligaciones con respecto a las condiciones generales de contratación y con respecto a la transparencia informativa que deben tener en todos los ámbitos de actuación.
- Para los PSI de alojamiento de datos, incluyendo a las plataformas en línea (artículos 16 a 18): obligaciones de establecer mecanismos de notificación y acción frente a los contenidos ilícitos (se trata de una regulación que responde a la preocupación reflejada por el artículo 21.1 de la DCE), obligaciones de comunicar una declaración

¹³⁹ DE MIGUEL ASENSIO, P.D. “Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: el Reglamento (UE) de servicios digitales”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 109, 2022, pág. 7.

¹⁴⁰ *Idem*.

de motivos en aquellos casos en los que se imponen restricciones al uso de los servicios prestados por el PSI, y una obligación de notificación de sospecha de delitos a las autoridades policiales o judiciales competentes.

- Para las plataformas en línea (artículos 19 a 28): obligaciones de tener un sistema interno de gestión de reclamaciones, un sistema de resolución extrajudicial de litigios, de adoptar medidas para actuar conforme a las alertas de los “alertadores fiables”, obligaciones con respecto a medidas y protección contra los usos indebidos de los servicios, transparencia y publicidad informativa, interfaces en línea, etc.
- Para las plataformas en línea que celebran contratos a distancia con comerciantes (artículos 29 a 32): obligaciones con respecto a la trazabilidad de los comerciantes, el cumplimiento del RSD desde el diseño de su interfaz, derechos a la información de los consumidores, etc.
- Para las plataformas en línea y motores de búsqueda que puedan genera riesgos sistémicos (artículos 33 a 43): obligaciones con respecto a sistemas de evaluación de riesgos, sistemas de reducción de riesgos, mecanismos de respuesta ante crisis, sistemas de auditorías independientes, sistemas de recomendación, principios de transparencia, acceso de datos, etc.

Además, los artículos 44 a 48 contienen disposiciones adicionales aplicables a todos ellos. Entre ellas previsiones con respecto a normas voluntarias establecidas por organizaciones internacionales, códigos de conducta (voluntarios, en el mismo sentido que la DCE) y protocolos ante crisis.

Todas estas previsiones cobran especial importancia por las obligaciones de diligencia que suponen para las PSI. Ahora bien, la doctrina ha señalado que el RSD (considerando 41) no vincula estas obligaciones con los supuestos de exención de responsabilidad, pues señala expresamente que deben apreciarse de forma independiente, aunque, por su puesto, el incumplimiento de las más básicas normas de diligencia impuestas por el RSD supondrá por sus características, y no por mandato de la ley, la necesaria falta de diligencia para poder disfrutar de la exención de responsabilidad correspondiente¹⁴¹.

¹⁴¹ DE MIGUEL ASENSIO, P.D. “Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: el Reglamento (UE) de servicios digitales”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 109, 2022, pág. 18.

En relación indirecta con estas obligaciones se encuentra el artículo 7 del RSD, que establece que las investigaciones o medidas voluntarias realizadas por las PSI, siempre que medie buena fe y diligencia (conforme al considerando 26), para cumplir con el derecho de la UE o del Estado miembro en cuestión no serán obstáculo para que estos gocen de las exenciones de responsabilidad previstas por la RSD. Se trata de una novedad del RSD que traslada la jurisprudencia del TJUE en relación con que estas actividades no suponen el abandono del PSI de su papel pasivo¹⁴².

5. Sistema sancionatorio y autoridades competentes.

El RSD hace lo mismo que la DCE y remite a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros para regular un sistema sancionatorio que garantice la aplicación del Reglamento. Señala también que estas sanciones deberán ser “efectivas, proporcionadas y disuasorias”. Ahora bien, el RSD contiene dos especificaciones que la DCE no contenía:

- El importe máximo de las multas por incumplir obligaciones impuestas por el Reglamento no podrá ser superior al 6% del volumen de negocios anual mundial del PSI.
- El importe máximo de las multas por información engañosa, incorrecta o incompleta o por no rectificarla o someterse a inspección, no podrá ser superior al 1% de los ingresos anuales o del volumen de negocios anual mundial del PSI.
- El importe máximo de las multas coercitivas será del 5% del promedio diario del volumen de negocios mundial o de ingresos del PSI.

Pero quizás una de las grandes novedades del RSD es la que prevé la creación de autoridades competentes propias para el control de la aplicación del Reglamento. A estas autoridades (que denomina “coordinadores de servicios digitales”) el RSD atribuye en sus artículos 51 y 53 facultades de supervisión, investigación, inspección, ejecución y sanción, además de la posibilidad de que los destinatarios de los servicios de los PSI le puedan presentar reclamaciones por incumplimiento de las obligaciones del RSD por parte de PSI (un sistema paralelo al establecido por la Agencia Española de Protección de datos). Además, las plataformas en línea y motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño tendrán un régimen específico en este ámbito (artículos 64 y ss), pues la autoridad

¹⁴² Ibidem, pág. 11.

STJUE de 22 de junio de 2021, *Frank Peterson*, asuntos acumulados C-682/18 y C-683/18, EU:C:2021:503, apartado 115.

competente para realizar las facultades descritas será la Comisión Europea, en colaboración con los “coordinadores de servicios digitales” de los Estados miembros.

Por otro lado, el artículo 54 del RSD hace posible que los destinatarios de los servicios puedan solicitar indemnizaciones a los PSI por daños y perjuicios sufridos por incumplir con RSD, estableciendo, por tanto, un derecho de indemnización al estilo del Reglamento 2016/679 (Reglamento general de protección de datos).

IX. CONCLUSIONES

El estudio realizado sobre los tres supuestos de exención previstos por la DCE (y la LSSICE) nos permite afirmar que, en definitiva, la UE ha querido establecer un régimen general de exención de responsabilidad para los PSI, de tal forma que todo perjuicio que se cause en el ejercicio las actividades de los PSI no podrá imputarse a los mismos siempre que se cumplan unos requisitos en sus actividades (los previstos para cada supuesto). Es un sistema que deja un gran margen de actuación a los prestadores de servicios.

Sin embargo, dado que la Directiva es una normativa del año 2000, se trata de una regulación que ha quedado en cierta medida obsoleta, en la medida en la que han ido surgiendo a lo largo de estas dos décadas nuevas tecnologías y, principalmente, nuevos modelos de negocio basados en los servicios digitales. La UE, en su esfuerzo por modernizar la regulación establecida por la DCE con respecto a los PSI, aprueba el nuevo RSD, que supone la mayor reforma en la materia en los últimos 20 años.

El nuevo RSD, de esta forma, supone la actualización de la DCE con el objeto de construir un verdadero mercado único de servicios digitales en la UE. En términos generales, aunque mantiene el régimen de exención de responsabilidad de los PSI de la DCE casi sin modificaciones (mantiene los 3 supuestos de exención), sí que ha modernizado el marco jurídico aplicable imponiéndoles nuevas obligaciones (entre las que destacan, por ejemplo, los puntos únicos de contacto, las obligaciones de diligencia debida, el análisis de riesgos, etc). También ha mantenido la prohibición general de supervisión previsto en la DCE. Destaca también el importante paso que supone la creación de mecanismos de “notificación y acción” y un sistema sancionador propio.

Especialmente importante en su paso a una unificación plena de la materia, pasando de estar regulada por directiva a por reglamento, lo que hace que por fin se superen las diferentes regulaciones existentes (y todavía a día de hoy aplicables) a los

PSI. De esta forma, todo PSI tendrá el mismo tratamiento a través de la misma norma en todo el territorio de la UE. Sin embargo, una crítica que puede hacerse al RSD es que no ha supuesto el abandono de conceptos jurídicos que en cierta medida son indeterminados (los mismos PSI, los alertadores fiables, plataformas en línea, conexión sustancial con la UE, etc.), lo que hará que los diferentes tribunales de los Estados miembros interpreten estos conceptos, seguramente, de forma divergente. Se hará necesario de nuevo que sea el TJUE quien establezca claramente los límites de las normas establecidas por el RSD, especialmente las que contienen conceptos desconocidos por la DCE. Por tanto, la regulación por reglamento va a suponer una menor divergencia en las regulaciones de los Estados de la UE, aunque debido a la falta de delimitación de conceptos que mantiene el RSD con respecto a la DCE todavía no se ha podido crear un marco regulatorio que otorgue una completa seguridad jurídica en esta materia.

En cualquier caso, con ambas normativas, primero la DCE y ahora el RSD, se ha buscado establecer una regulación en la que exista un equilibrio entre los diferentes intereses implicados: los derechos de los prestadores de servicios y los derechos de los particulares en internet (los derechos de libertad de expresión e información, los derechos al honor, entre otros derechos fundamentales). Encontrar este equilibrio resulta especialmente difícil, ya que establecer una regulación demasiado proteccionista pondría en peligro el funcionamiento de internet como tal, pero establecer una regulación que exonere de forma absoluta a los PSI dejaría sin protección a los derechos de los particulares. En este sentido, ambas regulaciones han tomado quizás un punto de partida que intenta intervenir lo menos posible en las actividades de los PSI. Ello se refleja especialmente en la prohibición de supervisión general de los contenidos que se prevé en ambas normas. No obstante, es cierto que el nuevo RSD sí incluye medidas más intervencionistas para las plataformas de “gran tamaño” y de “muy gran tamaño”, aunque parece centrarse más en dar derechos a los destinatarios de los servicios, posibilitando el ejercicio de acciones para evitar los perjuicios causados por contenidos ilícitos.

X. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

1. Doctrina

1.1. Libros.

ASENSI MERÁS, A. “La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación de los derechos de marca a través de los mercados electrónicos de oferta y comercialización de bienes y servicios”, en CUÑAT EDO, V. y ALONSO ESPINOSA, F.J. y GALLEGO SÁNCHEZ, E. (Dir.), *Estudios de derecho mercantil*, Valencia, 2013, págs. 877-894.

CASTELLÓ PASTOR, J.J. “Motores de búsqueda y derechos de autor: infracción y responsabilidad”, 2014, tesis doctoral de la Universidad de Valencia que se puede encontrar en <https://roderic.uv.es/handle/10550/41652>.

CAVANILLAS MÚGICA, S. *Responsabilidad de los proveedores de información en internet*, Editorial Comares, Granada, 2007, cap. 1.

CHAPARRO MATAMOROS, P. “La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (Dir.), *Internet y los Derechos de la Personalidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 99 y ss.

CLEMENTE MEORO, M. “Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en MORO ALMARAZ, M.J. (Dir.), *Autores, consumidores y comercio electrónico*, Editorial Colex, Madrid, 2004.

CONDE BUESO, I. y DÍEZ LÓPEZ, I., “Comentario al art. 13 LSSICE”, en CREMADES, J. y GONZÁLEZ MONTES, J. L. (coords.), *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de Internet*, Editorial Civitas, Madrid, 2022.

FERNÁNDEZ PÉREZ, P. “Régimen de exención de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación”, en PÉREZ GUERRERO, A. Y PÉREZ MARTÍNEZ, M. (Dir.), *Derecho de la Contratación Electrónica y Comercio Electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 455-486.

GUILLÉN CATALÁN, R., “La responsabilidad de los prestadores de servicios de la información: Especial referencia a los intermediarios”, en CLEMENTE MEORO, M.E. Y COBAS COBIELLA, M.E. (Dir.), *Derecho de Daños*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, págs.. 1263-1298.

LÓPEZ RICHART, J. “Responsables, ma non troppo: las reglas de exención de

responsabilidad de las plataformas para el intercambio de contenidos en línea en la directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital”, en SAIZ GARCÍA, C. y EVANGELIO LLORCA, R. (dirs), *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, España, 2019, págs. 308-366.

PEGUERA POCH, M. “Los prestadores de servicios de internet y la normativa sobre responsabilidad”, en LÓPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, A. Y GARCÍA MIRETE, C.M. (Coords.), *Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación*, Tirant lo Blach, Valencia, 2016.

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

YANGUAS GÓMEZ, R., *Contratos de conexión a Internet, Hosting y Búsqueda*, Madrid, Civitas, 2012, pp. 369-370.

1.2. Artículos de revistas e informes

APARICIO VAQUERO, J.P. “El nuevo régimen de prestación de servicios de la sociedad de la información”, en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 2, 2003, págs. 87-111.

ARROYO AMAYUELA, E. “La responsabilidad de los intermediarios en internet ¿puertos seguros a prueba de futuro?”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, págs. 808-837.

BARRERO ORTEGA, A. “Responsabilidad de los intermediarios de internet en el derecho de la UE”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm 123, 2021, págs. 107-132.

CARBAJO CASCÓN, F. “Delimitación de la responsabilidad de los servicios de intermediación de la sociedad de la información (I)”, en *Iustitia*, núm. 12, 2014, págs. 245-278.

CAVANILLAS MÚGICA, S. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil de 18 de mayo de 2010. Responsabilidad de un prestador de un servicio intermediario de la sociedad de la información, de alojamiento, por la intromisión ilegítima causada por un comentario enviado a un foro”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 85, 2011, págs. 447 y ss.

DE MIGUEL ASENSIO, P.D. “Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: el Reglamento (UE) de servicios digitales”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 109, 2022, págs. 1-47.

DE MIGUEL ASENSIO, P.D. “Servicios y mercados digitales: modernización del

régimen de responsabilidad y nuevas obligaciones de los intermediarios”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 88, 2021, págs. 1-18.

DÍAZ GOMEZ, M. “Reflexiones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de economía colaborativa”, en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, págs. 27 y ss.

FROSIO, G. “Reforming intermediary liability in the platform economy: a european digital single market strategy”, en *Northeastern University Law Review*, núm. 112, 2017, págs. 19-46. https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr_online/251

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. “Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P”, en *Revista de propiedad intelectual*, núm 16, 2004, págs. 55-104.

LÓPEZ RICHART, J., “Difamación en la Web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, 2012, págs. 143-201.

Primer informe sobre la aplicación de 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 (Directiva sobre el comercio electrónico), en COM (2003) 702 final, Bruselas, 21.11.2003.

2. Jurisprudencia

2.1. Europea

STJUE de 11 de septiembre de 2014, *Sotiris Papasavvas*, C-291/13, EU:C:2014:2209. InfoCuria.

STJUE de 15 de septiembre de 2016, *Tobias Mc Fadden*, C-484/14, EU:C:2016:689. InfoCuria.

STJUE de 4 de mayo de 2017, *Vanderborght*, C-339/15, EU:C:2017:335. InfoCuria.

STJUE de 2 de diciembre de 2012, *Ker-Optica bt*, C-108/09, EU:C:2010:725. InfoCuria.

STJUE de 23 de marzo de 2010, *Google France*, C-236/08 a C-238/08, EU:C:2010:159. InfoCuria.

STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Élite Taxi*, C-434/15, EU:C:2017:981.
InfoCuria.

STJUE de 10 de abril de 2018, *Uber France*, C-320/16, EU:C:2018:221.
InfoCuria.

STJU de 19 de diciembre de 2019, *Airbnb Ireland*, C-390/18, EU:C:2019:1112.
InfoCuria.

STJUE de 3 de diciembre de 2020, *Star Taxi App*, C-62/19, EU:C:2020:980.
InfoCuria.

STJUE de 12 de julio de 2001, *L'Oreal*, C-324/09, EU:2011:474. InfoCuria.

STJUE de 26 de abril de 2017, *Stichting Brein*, C-527, EU:C:2017:300. InfoCuria.

STJUE de 16 de febrero de 2012, *Netlog NV*, C-360/10, EU:C:2012:85. InfoCuria.

STJUE de 14 de noviembre de 2011, *Sabam*, C-70/10, EU:C:2011:771. InfoCuria.

STJUE de 27 de marzo de 2014, *UPC telekabel*, C-314/12, EU:C:2014:192.
InfoCuria.

STJUE de 29 de enero de 2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54. InfoCuria.

STJUE de 3 de octubre de 2019, *Eva Glawischning-Piesczek*, C-18/18,
EU:C:2019:821. InfoCuria.

STJUE de 22 de junio de 2021, *Frank Peterson*, asuntos acumulados C-682/18 y
C-683/18, EU:C:2021:503. InfoCuria.

STJUE de 15 de julio de 2021, *DocMorris*, C-190/20, EU:C:2021:609. InfoCuria.

STJUE de 10 de abril de 2018, *Uber France SAS*, C-320/16, EU:CE:2018:221.
InfoCuria.

2.2. Nacional.

STS 2/2022, 07/01/2022, ES:TS:2022:6. CENDOJ.

STS, 1818/2020, de 30/12/2020, ES:TS:2020:4484. CENDOJ.

STS 923/2019, de 27/06/2019, ES:TS:2019:2105. CENDOJ.

STS 235/2020 de 02/06/2020, ES:2020:1534. CENDOJ.

STS 805/2013 de 07/01/2014, ES:TS:2014:68. CENDOJ.

STS 316/2010 de 18/05/2010, ES:TS:2010:2292. CENDOJ.

STS 172/2012 de 03/04/2012, ES:TS:2012:3942. CENDOJ.

STS 773/2009 de 09/12/2009, ES:TS:2009:7684. CENDOJ.

SAP LU 538/2009 de 09/07/2009, ES:APLU:2009:611. CENDOJ.

SAP M 516/2007 de 08/10/2007, ES:APM:2007:13597. CENDOJ.