



VNIVERSITAT
E VALÈNCIA  Facultat de Dret

**PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS QUE
PLANTEA GOOGLE EN LA UNIÓN EUROPEA Y ESPAÑA**

Ghizlane KARMOUNI

Universidad de Valencia

Directora

Dr^a. Isabel REIG FABADO

Departamento Derecho Internacional Privado

Universidad de Valencia

Adam Smith (1723-1790)



Que un individuo se deja llevar por su apetito de beneficio y verá surgir competidores para tomarle a su profesión; que un hombre haga pagar sus mercancías demasiado costosas o que se niega a pagar a sus obreros así como otros, se encontrará sin clientes, y sin asalariados...

Los motivos egoístas del hombre llevan el juego de su interacción a lo sumo inesperado de los resultados: la armonía social

Dedico ese trabajo a mis padres por el esfuerzo y el apoyo que me han dado por ser los principales promotores de mis sueños, gracias a ellos por cada día al confiar en mis perspectivas.

*Gracias a mi Directora Isabel REIG FABADO por cada consejo que me ha
dado durante esos años.*

TABLA DE CONTENIDO

Tabla de contenido	1
ABREVIATURAS.....	7
INTRODUCCIÓN.....	14
1. METODOLOGÍA Y PLAN DE TRABAJO.....	14
2. FINALIDAD Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	20
CAPÍTULO 1.....	27
GOOGLE EL MOTOR DE BÚSQUEDA Y SU ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE FRENTE A LOS COMPETIDORES	27
1. INTRODUCCIÓN.....	27
2. DEFINICIÓN Y ESPACIO GEOGRÁFICO DE GOOGLE INC. Y SUS CARACTERÍSTICAS	30
2.1. Definición y espacio geográfico de Google.....	30
2.2. Características del motor de búsqueda Google.....	31
2.2.1. Concepto de motor de búsqueda.....	31
2.2.2. Tipo de datos de los motores de búsqueda	35
2.3. Funcionamiento de motores de búsqueda (Google):	42
3. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE	44
3.1. Consideraciones generales	47
3.2. Situaciones que se consideran abuso de posición dominante.....	49
3.3. Precedentes europeos de abuso de posición dominante	52
3.3.1. Caso Google en Francia por abuso de posición dominante.....	53
3.3.2. Áreas de investigación por el caso Google.....	56
3.4. Abuso de posición dominante Google (un ejemplo a favor de las empresas que afecta la posición dominante de Google)	58
3.5. Recursos	61
4. EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE ^[L] _[SEP] EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA	62
5. LA PERSECUCIÓN DE LAS CONDUCTAS CONTRARIAS A LA NORMATIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	66
5.1. Las normas de Derecho de la Competencia tras la Directiva 104/2014 sobre la reclamación de los daños.....	67
5.2. La regla del lugar del origen del daño por actos derivados de Internet	72
5.3. Demarcación material de las conductas contrarias a la competencia.....	75
6. MONOPOLIO Y POSICIÓN DOMINANTE; JURISPRUDENCIA EUROPEA Y NACIONAL	76
6.1. Jurisprudencia europea.....	76
6.2 Jurisprudencia española.....	79
7. EL EJERCICIO ABUSIVO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO DE INTERNET	80

7.1. Conductas: asunto Google <i>Android</i>	81
7.2. Responsabilidad penal por delitos contra el derecho de la competencia a través de internet	87
CAPÍTULO 2.....	90
CONFLICTOS DE GOOGLE EN MATERIA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL	90
1. INTRODUCCIÓN.....	90
1.1. Obligaciones de las empresas.....	100
1.1.1. Los acuerdos entre empresas	100
1.1.2. La Comisión Europea en el control de la Competencia	102
1.2. Las obligaciones para los Estados miembros.	104
1.2.1. La relación de los Estados con las empresas públicas.....	104
1.2.2. Los Estados miembros y la ayudas públicas de las empresas	104
2. LA REGULACIÓN CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL.....	106
2.1. Funcionamiento de la Directiva 2005/29/CE	107
2.2. Aplicación de la Directiva 2005/29/CE.....	110
2.3. La Directiva 2005/29/CE y la legislación sectorial de la UE	111
3. LA POLÍTICA DE COMPETENCIA: UNA POLÍTICA ORIGINAL QUE SE APLICA TANTO A LAS EMPRESAS COMO A LOS ESTADOS MIEMBROS	113
3.1. Las reglas de la competencia aplicable a las empresas.....	113
3.2. Las reglas de la competencia aplicable a los Estados miembros	114
3.3. Disposiciones generales.....	117
4. EL MARCO NORMATIVO Y EL ÁMBITO DE LA APLICACIÓN DE la Ley DE LA COMPETENCIA EN LOS TIEMPOS DE INTERNET	120
4.1. Las normativas europeas aplicable en materia de la competencia.....	124
4.2. El ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia	125
4.3. Las normas de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas	127
5. LA RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO INTERIOR	129
5.1. El objetivo del TFUE (art.101)	131
5.2. Las formas de restricción de la competencia.....	137
5.3. Caso de Google <i>Search (Shopping)</i>	140
5.4. La afectación al mercado interior	142
5.4.1. El mercado interior	144
5.4.2. El mercado de los Estados miembros	145
5.5. La competencia en el mercado europeo	146
5.5.1. La noción del mercado en la competencia perfecta (CPP).....	146
5.5.2. El mercado de relevante o de referencia.....	147
6. LAS MODALIDADES DE ACUERDOS PROHÍBIDOS Y AFECTADAS A LA LIBRE COMPETENCIA	152
6.1. Los acuerdos prohibidos a la libre Competencia	153
6.2. Las decisiones colectivas.....	155
6.3. Las prácticas concentradas	156
7. LAS REGLAS PRINCIPALES DE LA COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA	157

7.1. Las fuentes normativas en la Unión Europea	160
7.1.1. Derecho Originario o Primario	160
7.1.2. Derecho Derivado.....	162
7.1.3. Derecho Complementario.....	163
7.2. Las fuentes normativas en España	164
7.3. El objeto principal del derecho la competencia	165
7.4. Los fines del Derecho de la Competencia	166
CAPÍTULO 3.....	169
PROBLEMAS PLANTEADOS POR GOOGLE EN EL ÁMBITO DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....	169
1. INTRODUCCIÓN.....	169
2. LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ERA DIGITAL.....	170
2.1. Concepto y aplicación de la LSSICE.....	171
2.2. La nueva Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital	175
2.3. La Directiva 2004/48/CE del Parlamento y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.....	176
3. EL MARCO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS.....	178
3.1. Ámbito de aplicación del art. 17 LSSICE.....	181
3.2. Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y Transposición de la LSSICE	183
4. LOS LÍMITES A LOS DERECHO DE AUTOR Y SUS APLICACIONES A LOS MOTORES DE BÚSQUEDA: sistema cerrado	187
4.1. Origen y significación de la regla de los tres pasos	187
4.2. La Regla de los tres pasos en el Convenio de Berna (CB), en los Tratados Internacionales y en la legislación española	195
4.3. La Regla de los tres pasos y Derecho de Propiedad Intelectual: Derecho de autor	201
5. SISTEMA ABIERTO DE LÍMITES: DOCTRINA DE <i>FAIR USE</i>	205
5.1. Origen y factores de la doctrina de <i>fair use</i> en los Estados Unidos.....	205
5.2. La legislación del <i>fair use</i>	207
5.3. Los cuatro factores del <i>fair use</i> norteamericano.....	208
5.3.1. Propósito y carácter del uso.....	208
5.3.2. Naturaleza de la obra protegida.....	208
5.3.3. Cantidad e importancia de la parte usada en relación a la obra protegida como un todo	209
5.3.4. Efecto del uso en el mercado de la obra original.....	209
5.4. Efecto en el mercado (<i>market effect</i>).....	209
5.5. Aplicación de la doctrina <i>fair use</i> a los motores de búsqueda	210
6. PROTECCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR EN LA SOCIEDAD DE INFORMACIÓN.....	213
CAPÍTULO 4.....	215
PROBLEMAS DE GOOGLE EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.....	215
1. INTRODUCCIÓN.....	215

2. NOCIÓN Y CONCEPTO DE LA LLAMADA PROPIEDAD INDUSTRIAL	217
2.1. Régimen jurídico de marca	218
2.2.1. La Ley de marcas Ley 17/2001	218
2.2.2. Reglamento de la marca de la UE 2017/1001	220
2.2.3. La marca internacional	221
3. CONCEPTO Y TIPOS DE MARCAS	223
4. FUNCIONES DE LA MARCA	228
5. EL CONTENIDO DEL DERECHO sobre MARCAS	229
6. OBLIGACIÓN DE USO DE LA MARCA, SUS CONSECUENCIAS Y SANCIONES	231
CAPÍTULO 5	233
GOOGLE Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: LITIGION DE GOOGLE CONTRA AEPD Y CONTRA EUROPA	233
1. INTRODUCCIÓN	233
2. EL EJÉRCITO DEL DERECHO AL OLVIDO ANTE GOOGLE	236
2.1. El origen del derecho al olvido digital	236
2.2. El derecho al olvido en internet y de la Agencia Español de Protección de Datos (AEPD): Caso Microsoft Corp.	240
2.3. Derecho fundamental a la protección de datos a carácter personal	241
2.4. Marco jurídico de la Protección de datos de carácter personales	247
2.5. Ámbito jurídico del derecho al olvido en la UE: Reglamento de Protección de Datos ^[1] _[SEP]	249
3. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES POR PARTE DE LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA	258
3.1. Aplicación de la normativa de protección de datos española	258
3.2. El derecho al olvido en la Ley orgánica de protección de datos	261
3.3. El artículo 18 de la constitución y el derecho al olvido tras la sentencia Google	263
4. EL DERECHO AL OLVIDO EN ESPAÑA: EL LITIGIO DE GOOGLE VS APED	266
4.1. Google: la ilegitimidad	269
4.2. El derecho al olvido y la responsabilidad de los buscadores	271
5. EL DERECHO AL OLVIDO EN EUROPA	276
5.1. El derecho al olvido en los países europeos	276
5.1.1. Legislación francesa	280
5.1.2. Legislación Alemana ^[1] _[SEP]	283
5.2. Los antecedentes jurisprudenciales ^[1] _[SEP]	285
5.2.1. Caso Google France (STJUE de 23 marzo 2010, C-236/08 y C-238/08)	286
5.2.2. Caso Google Italia (resolución núm. 1589209)	290
6. LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA	291
7. CONCLUSION SOBRE DERECHOAL OLVIDO	293
CONCLUSIONES	298
BIBLIOGRAFÍA	317

ÍNDICE DOCUMENTAL	339
ANEXO I. JURISPRUDENCIA	353
JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA	353
JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA	379
JURISPRUDENCIA FRANCESA	418
JURISPRUDENCIA ITALIANA	420
JURISPRUDENCIA ESTADOUNEDENSE	420

ABREVIATURAS

AA.VV	Autores Varios
ADPC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio
AEEE	Acuerdo sobre el espacio económico Europeo
AELC	Asociación Europea de Libre Comercio
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AGCOM	Autoridad para la Garantía de las Comunicaciones; en lo sucesivo
ANC	Autoridades Nacionales de Competencia
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
Apdo.	Apartado
Art.	Artículo
BEH	Bulgarian Energy Holding
BOE	Boletín Oficial del Estado
c.	Contra
CA	Corte de Apelación o <i>Cour d'appel</i>
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CB	Convenio de Berna
CC	Código Civil
ccTLD	Country Code Top Level Domain
CEE	Comunidad Económica Europea
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero

CESE	Comité Económico y Social Europeo
CMT	Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CNIL	Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés
CE	Comisión Europea
CP	Código Penal
CPC	Código de Procedimiento Civil
CPI	Comisión de Propiedad Intelectual
CPP	Mercado en la Competencia Perfecta
CPT	Colour Picture Tubes
DDASI	Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de información
Dir.	Director
DG	Dirección General
DNS	Domain Name System
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
Ed.	Edición
EEE	Espacio Económico Europeo
EE.UU	Estados Unidos de América.
ej.	Ejemplo
Expte.	Expediente
Regl.	Reglamento
gTLD	Generic Top Level Domain

GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HTML	Huper text Markup Language
IANA	The Internet Assigned Numbers Authority
Inc.	Incorporation
IP	Internet Protocol
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGT	Ley General de Telecomunicaciones
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LOPD	Ley de Protección de Datos de Carácter Personal
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
LRJPAC	Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LSSI	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información
Núm.	Número
NPS	Nord Pool Spot
OEPM	Oficina Española de Patentes y Marcas
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
Op. cit.	Obra citada
Proc.	Procédure
p.	Página
pp.	Páginas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PYME	Pequeñas y Medianas Empresas

Rec.	Recurso
REC	Red Europea de Competencia
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-Ley
RDLOPD	Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica, de protección de datos de carácter personal
RIC	Reuters Instrument Codes
S.A	Sociedad Anónima
S.L	Sociedad Limitada
S.R.L	Sociedad a Responsabilidad Limitada
Sr.	Señor
Ss.	Siguiente
STS	Sentencia
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STJ	Sentencia del Tribunal de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TG	Tribunal General
TEDE	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPI	Tribunal de Primera Instancia
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Supremo de Justicia
UE	Unión Europea
URL	Uniform Resource Locator
Vol.	Volumen
Vs.	Versus

WCT

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor

INTRODUCCIÓN

SUMARIO: 1. METODOLOGIA Y PLAN DE TRABAJO. 2. FINALIDAD Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. METODOLOGÍA Y PLAN DE TRABAJO

Internet está configurado como un área de libertad, un lugar donde no hay intervención pública que permita a los usuarios de Internet disfrutar de un poder de acción ilimitado y limitaciones muy difíciles. Google, la empresa estadounidense que presenta una serie de productos y servicios relacionados con Internet, software, dispositivos electrónicos y otras tecnologías. El producto principal de Google es el motor de búsqueda de contenido de Internet. (en inglés *Google Search*), que recibe cada día cientos de millones de consultas a través de sus diferentes servicios

La prohibición de los cárteles y los abusos de posición dominante ha sido la base histórica que ha hecho posible, en la construcción europea, afirmar una cultura de competencia decididamente orientada hacia la protección del bienestar colectivo.

La política de competencia es inseparable de la construcción europea y del funcionamiento del mercado único europeo. Competencia exclusiva de la Comisión Europea, esta última cuenta con amplios medios para controlar y prevenir los abusos de posiciones dominantes, los monopolios, y la ayuda estatal.

Históricamente, la competencia juega un papel clave en la construcción de la Unión Europea (en adelante UE) fundada en 1957 en torno al concepto de mercado único. El tratado creó «un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común». El objetivo era crear un conjunto bien desarrollado y efectivo de reglas de competencia, a fin de contribuir al buen funcionamiento del mercado europeo y ofrecer a los consumidores los beneficios de un sistema de libre mercado. El art. 119 del Tratado del funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE)¹ establece que: "la acción de los Estados miembros y de la Unión incluirá, en las condiciones previstas en los Tratados, la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia". La existencia de una competencia efectiva es fundamental para la economía de mercado interior europeo que debería permitir a las empresas para competir en igualdad de condiciones.

El 27 de mayo de 2017, se publicó el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo (La Ley 8143/2017), por el que se trasponen una serie de directivas de la UE en

¹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); DOUE C 83/49.

determinadas y concretas materias de naturaleza financiera, mercantil y sanitaria. Este Real Decreto-Ley (en adelante RDL) introduce en el ordenamiento jurídico español la específica regulación contenida en la Directiva 2014/104/UE (la Ley 18555/2014) sobre las normas que deben regir en las acciones de daños resultantes de infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE, para regular la compensación los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia, ampliando los supuestos de resarcimiento e indemnización de daños en los siguientes aspectos:

- Derecho al pleno resarcimiento de los daños causados por estas conductas (art. 72 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (La Ley 7240/2007)).
- El resarcimiento comprende el derecho a la indemnización tanto por el daño emergente como por el lucro cesante, además del pago de los intereses correspondientes a las cuantías de indemnización que se determinen, sin que quepa una sobrecompensación por indemnizaciones punitivas o de otro tipo (art. 72).
- Responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas y asociaciones o agrupaciones de empresas que comenta, si bien con algunas excepciones respecto a pequeñas o medianas empresas, que solamente serán responsables ante sus propios compradores directos o indirectos cuando tengan una cuota de mercado inferior al cinco por cien o la indemnización mermara irremediamente su actividad y viabilidad, salvo coacción para infringir o antecedentes de infracción (art. 73).
- Continúa la posibilidad de acogerse a un programa de clemencia cuando exista colaboración en el descubrimiento de los infractores e, incluso, se establece la posibilidad de repetir contra el resto de los infractores, por lo que la responsabilidad solidaria puede repartirse en responsabilidad individual (art. 73).
- Se establece un plazo de prescripción de cinco años para el ejercicio de las acciones por daños, que se iniciará cuando hubiera cesado la infracción y el perjudicado tenga conocimiento de la misma, con posibilidad de interrumpirse (art. 74).
- El valor probatorio de las resoluciones de las autoridades de la competencia, tanto nacionales como de otros Estados miembros, es irrefutable en una acción judicial de resarcimiento de daños, si bien se introduce una presunción rebatible o *iuris tantum* de causación del daño en las infracciones calificadas como cártel (art. 75).
- Se establecen los distintos efectos de las soluciones extrajudiciales sobre el derecho al resarcimiento de los daños, así como que el derecho al resarcimiento se referirá al sobrecoste soportado por el perjudicado, siempre que le haya generado un daño, recayendo la carga de la prueba del daño y su cuantificación en la parte demandante (arts. 76, 77, 78 y 79).
- Se regulan las acciones de daños ejercitadas por demandantes situados en distintos niveles de la cadena de suministro, debiendo tener en cuenta el órgano jurisdiccional una serie de elementos para evitar que las acciones de demandantes en otros niveles de la cadena den lugar a una responsabilidad múltiple o a la ausencia de responsabilidad del infractor (art. 80).
- Se establece la posibilidad de suspender el procedimiento hasta un plazo de dos años en caso de que las partes estén negociando una solución extrajudicial o estén realizando una mediación (art. 81)².

² DE CASTRO, J., M., “Novedades en materia de Defensa de la Competencia”, *Diario la Ley*, núm. 9002, sección tribuna, 16 de junio de 2017, ed. Wolters Kluwer.

La obligación de reparar los daños causados por una empresa al infringir las normas del Derecho de la Unión en materia de competencia forma parte de la responsabilidad civil de dicha empresa. En consecuencia, la causa determinante del daño pretendidamente supuestamente vinculado a las acciones de compensación por el daño sufrido y a las negociaciones con miras a alcanzar soluciones amistosas no reside en la divulgación de la información en cuestión por la Comisión.³

El predominio del Derecho Europeo no implica que el sistema de atribución de competencias a la Comisión en materia de Defensa de la Competencia, implique su transferencia automática a las autoridades nacionales de Defensa de la Competencia, dada su diferente naturaleza y ámbito de actuación:

a) Respecto a la naturaleza, no puede calificarse a la Comisión de órgano administrativo equiparable a los del Derecho español. Basta ver las funciones que le vienen atribuidas en el TFUE (La Ley 6/1957) para sostener tal afirmación, entre otros en el art. 289 (El procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión), o en el art. 290 (Un acto legislativo podrá delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo)

b) En cuanto al ámbito de actuación, el Reglamento 1/2003 (La Ley 14271/2002) determina en su art. 4: "A efectos de la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, la Comisión dispondrá de las competencias previstas en el presente Reglamento"⁴.

A continuación, el Reglamento regula las competencias de la Comisión. Entre estas competencias, el sancionado se distingue en el sentido del art. 23 del Reglamento⁵.

Está claro que la clasificación europea de las conductas contrarias a la libre competencia es vinculante para las autoridades nacionales - sin perjuicio de la facultad del art. 3 del Reglamento "Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral." -; pero también está claro que la imposición de las multas sancionadoras se rige por el Derecho nacional⁶.

Es preciso recordar que, en el contexto del Derecho de la competencia de la Unión, debe entenderse que el término «empresa» designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencias de 12 de julio de 1984, *Hydrotherm Gerätebau*, 170/83, EU:C:1984:271, apdo.11, y de 10 de septiembre de 2009, *Akzo Nobel* y otros/Comisión, C-97/08 P, EU:C:2009:536, apdo. 55)⁷.

En España, el art. 38 de la Constitución (la Ley 2500/1978)⁸ reconoce la libertad de empresa en el contexto de una economía de mercado, la garantía y la protección de

³ TJUE, auto de 14 de enero de 2016, C-517/2015.

⁴ TS- sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, STS de 3 de diciembre de 2015, rec. 2952/2013.

⁵ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS 837/2017 de 12 de mayo de 2017, rec. 3985/2014.

⁶ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS 163/2017 de 3 de febrero de 2017, rec. 2748/2014.

⁷ TJUE, sala cuarta, STS de 21 de julio de 2016, C-542/2014.

⁸ Art. 38 de la Constitución Española: 1. Cabe el recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que vulneren la libertad de empresa recogida en el art. 38 de

las mismas por parte de las autoridades, de conformidad con los requisitos de la economía en general y, cuando proceda, de la planificación. La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los factores determinantes de la economía de mercado, regula la actividad de las empresas y cita de nuevo los recursos productivos en favor de los operadores o técnicas más efectivas. Esta eficiencia productiva se transmite al consumidor en forma de precios más bajos o un aumento en la cantidad de productos ofrecidos, su variedad y de calidad, con el aumento consiguiente del bienestar del conjunto de la sociedad. La coexistencia de empresas públicas con fines empresariales y de empresas privadas, en el marco de una economía de mercado -lo que se ha denominado sistema de economía mixta que consagra el art. 38 de la Constitución española, exige que se garantice y salvaguarde la libre competencia, y para ello han de regir las mismas reglas para ambos sectores, público y privado⁹.

Hoy en día, la empresa de Google es mucho más que un motor de búsqueda, es una compañía centrada en la agencia de publicidad líder del mundo, también, una empresa centrada en la red que está desarrollando una nueva generación de aplicaciones que conforman la base de su sistema operativo en línea. Es más que un motor de búsqueda, es un imperio tecnológico o, como lo define Andy Grove¹⁰ “*una empresa dopada con exterioridades, con un dedo puesto en cada industria*”. De esto, se han seleccionado tres investigaciones en torno a Google que responden a las siguientes categorías:

- *Motores de Búsqueda.*
- *Publicidad, centrándonos en las siguientes acusaciones:*
 - *Copia de contenidos webs de competidores;*
 - *Imposición de cláusulas de exclusividad;*
 - *Restricciones indebidas a anunciantes.*
- *Sistema Operativo Android.*
- *Se trata de deducir si efectivamente se ha producido una infracción de las reglas de Competencia en perjuicio de sus competidores. A pesar de todo, el caso contra Google continua, la Comisión sigue investigando y cada vez son más países los que se suman a acusar a esta compañía¹¹.*

la Constitución (art. 53.1 y art. 161.1.a) de la Constitución). 2. El Defensor del Pueblo se encuentra designado, en virtud de lo establecido en el art. 54 de la Constitución, como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos recogidos en el Título I de la Constitución, encuadrándose el art. 38 de la Constitución dentro del mencionado Título I. 3. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar el contenido esencial de la libertad de empresa recogida en el art. 38 de la CE, podrá regularse el ejercicio de este derecho fundamental (art. 53.1 de la Constitución). 4. Se prohíbe la adopción de Decretos-Leyes que afecten a la libertad de empresa recogida en el art. 38 de la Constitución (al igual que a cualquier otro derecho, deber o libertad recogida en el Título I de la Constitución), aun en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad en los que, para la regulación de otras materias, sí resulta procedente recurrir a los Decretos-leyes (art. 86.1 de la Constitución). 5. El art. 14 de la Constitución (al igual que ocurre con los demás preceptos del Capítulo II del Título I de la Constitución) vincula directamente a las Administraciones Públicas (sin necesidad de mediación del legislador ordinario ni de desarrollo normativo alguno), tal y como se desprende de la STS 80/1982.

⁹ GUERRERO MUÑOZ, M. D., “Ámbito subjetivo de aplicación del impuesto”, Esta doctrina forma parte del libro “El IVA y los ayuntamientos: cuestiones prácticas”, ed. núm. 1. Ed. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, enero 2010.

¹⁰ Empresario relevante por ser el cofundador de la empresa *Intel Corporation* dedicada a la fabricación de circuitos.

¹¹ GARCÍA GANCEDO, S. “Google y su abuso de posición”, *Revista Universitaria Europea*, núm. 27. Julio-Diciembre 2017: 143-162 ISSN: 1139 -5796

El abuso de posición dominante del motor de búsqueda Google en el mercado digital, especialmente en España y la UE, a menudo tiene un impacto en los resultados de la innovación y de negocios inteligentes estrategias, que son fundamentales para el crecimiento económico y debe fomentarse. Sin embargo, han surgido problemas cuando los líderes del mercado convirtieron a las empresas en meros portales de los consumidores de otros agentes. El caso no se refiere al campo de la búsqueda, sino precisamente al abuso de la supuesta posición dominante para excluir a los competidores de otros mercados donde la compañía estadounidense enfrenta la competencia de rivales innovadores, grandes o pequeños. En este caso en particular, uno de los principales problemas que enfrenta a Google es su utilización de su posición dominante en las búsquedas para penetrar en otros mercados -los llamados servicios de búsqueda verticales- donde se enfrenta a una mayor competencia.

Internet es un medio de comunicación, de información y entretenimiento que ofrece posibilidades sin precedentes, pero su interés probablemente reside en el hecho de que cualquier usuario puede ser emisor y receptor de información a nivel mundial. Esto es una consecuencia de la sociedad moderna de la información que, con el avance implícito de la tecnología, requiere la creación y actualización de las normas legales que son obsoletas y obsoletas a la misma parte de los nuevos supuestos derivados del uso de los medios informáticos. Con el establecimiento de redes telemáticas, las distancias son reducen y la delimitación de las territoriales es complicada. Los conflictos de las leyes en el tiempo y en el espacio resultan en la imposibilidad de aplicar leyes determinadas y específicas o de no tener con certeza la jurisdicción aplicable a los casos manejados a través de redes electrónicas¹². En este tipo de situaciones, las normas de los países involucrados, voluntaria o involuntaria, no siempre son los que resuelven los problemas. Por lo tanto, también es necesario apelar a las organizaciones internacionales y adoptar leyes modelo para complementar el marco legal del comercio electrónico con los sistemas legales transnacionales¹³.

El trabajo consiste concretamente en la investigación sobre Google con sus problemas implicados en la mayoría de los países como en la UE, entre ellos el mayor problema es el abuso de su posición dominante en el mercado. La empresa estadounidense como motor de búsqueda más usado, y como es una de las empresas más imponentes del mercado de internet que presenta y organiza la información a escala mundial y hacerla universalmente accesible y útil. Sin embargo, la situación creciente de monopolio y las cuestiones de vida privada inquietan cada vez más. La empresa estadounidense fue también objeto de varias persecuciones en justicia, particularmente para varios asuntos de compatibilidad de derecho de autor y para su plataforma *Google Books*. Se referirá ahora al dominio que se llama en Europa “abuso de posición dominante”. Las leyes que se aplican en las respectivas jurisdicciones no se superponen completamente. Por diversas razones, se hace una distinción entre los abusos “excluyentes” “explotador”. A diferencia de la Ley *Sherman*¹⁴, el Tratado no prohíbe la adquisición de una posición dominante, sólo se aplica a los abusos de posición dominante ya existente, de ahí la necesidad de ejercer un control adicional sobre las prácticas “abusivas” de las empresas dominantes. No obstante, este campo de la política

¹² MERAZ ESPINOZA, A. I., “Aspectos jurídicos del comercio electrónico como comercio transnacional”, memoria para optar al grado de doctor, Madrid, 2006, ISBN: 978-84-669-2888-5.

¹³ MERAZ ESPINOZA, A. I., *op. cit.*, nota 12.

¹⁴ la Ley *Sherman Antitrust* (en inglés, *Sherman Antitrust Act*), publicada el 2 de julio de 1890, fue la primera medida del Gobierno federal estadounidense para limitar los monopolios. la Ley incrimina dos tipos básicos de delito: los contratos y combinaciones que restrinjan el comercio y la monopolización.

de competencia de la UE está obligado a evolucionar y sacar a la luz los desarrollos legales del mercado. Por otro lado, la investigación en cuestión pretende a la vez conocer sobre este asunto del abuso de Google en paralelo con el derecho de la competencia. Por último, a raíz de las inquietudes planteadas por la sociedad será necesario examinar otros problemas proporcionados por el motor de búsqueda, tal como derecho a la protección de datos y la privacidad de las personas sobre el llamado “derecho al olvido”.

Los problemas jurídicos derivados del uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones son variados, como variados son los tipos de actividades que funcionan o se desarrollan a través de ellas. En esta situación cabe hacer dos observaciones en cuanto al trabajo legislativo previsor que pueda crearse para enfrentarlos. Por una parte, resulta beneficioso que se hagan los textos normativos suficientes para aplicarlos a cada situación concreta; pero por la otra se encuentra el riesgo de que exista una exagerada creación de disposiciones legales imprecisas y ambiguas que sean incapaces de regular las exigencias que demandan los nuevos conflictos transfronterizos.

La finalidad y el objetivo de esta investigación pretenden a conocer las formas del abuso de posición dominante del motor de búsqueda Google. Como parte de este trabajo surge en otra línea el estudio y análisis de las normas de España que, independientemente de ser un Estado miembro de la UE, tiene normas ya consolidadas para el tratamiento de ciertos asuntos derivados de la informática, algunas de las cuales han emanado de las propias Directivas de la Unión al ser traspuestas a sus legislaciones nacionales. Es un hecho que la legislación mercantil moderna ha superado al derecho mercantil tradicional y conservador. Ahora existen otros campos jurídicos de reciente creación como lo es el comercio electrónico, entre otros, por lo cual el derecho mercantil ha evolucionado con nuevas maneras y regulaciones que se adaptan a las modernas formas de comercializar y que hasta hace pocos años era todavía impensable o inimaginable. La modernidad trae cambios y las normas y las leyes se adaptan a ellos. También sin olvidar la reforma ley de Propiedad Intelectual que afectara a internet, las principales novedades que incorpora son la llamada tasa Google que obligará a los agregadores de contenido, como *Google News*, a pagar a los editores de noticias¹⁵.

Google dice en este punto que el grupo (treinta y ocho millones de dólares (38\$) en ingresos en 2011) se opuso a la Ley francesa sobre la base de que socavaría la web de la modelo, basado en la relación entre el contenido. Se impugna la legitimidad de la solicitud de indemnización editores, con el argumento de que les aporta: herramientas de tráfico y gratuitas para monetizar como *AdSense*, un software que permite la venta de espacios publicitarios.

Teme, sobre todo, al aceptar a la comprobación con los franceses y los alemanes, el resto de los editores de contenido a su vez requieren una cuota¹⁶.

¹⁵ El procedimiento sancionador a las entidades *Google Spain, S.L.* y *Google Inc.*, por la presunta comisión de una infracción del art. 4.2 de la LOPD por parte de cada una de las entidades imputadas, tipificada como grave en el art. 44.3.c) de la citada Ley Orgánica, pudiendo ser sancionada, cada una de ellas, con multa de 40.001 euros a 300.000 euros. En el procedimiento sancionador PS/00345/2013, instruido a las entidades *Google Inc.* y *Google Spain, S.L.*... Procedimientos Sancionadores. Art. 15 16 4.5 6 LOPD. Contratación electrónica internacional, Resolución administrativa, STS R/02892/2013 Rec. PS/00345/2013.

¹⁶ BOSCO D. y PRIETO C., Derecho Europeo de la competencia entente y abuso de posición dominante, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 10/2013, núm. 4, p. 821-822.

En España, el buscador californiano se cerrará la versión en español de su portal de información el 16 de diciembre 2014. En respuesta a la nueva Ley de Propiedad Intelectual que, a partir de enero de 2015, requerirá que los agregadores paguen tarifas a los editores para indexar y reproducir su información.

España, el país donde el servicio de noticias tiene trescientos ochenta y cinco mil¹⁷ (385,000) usuarios únicos por mes, sin contar el acceso desde teléfonos móviles, se convierte en el primer país del mundo donde la compañía californiana interrumpe su actividad.

2. FINALIDAD Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Como ha sido notado, este trabajo de investigación identificará y analizará los principales sistemas legales, tanto nacionales como transnacionales, que rigen ciertos temas relacionados con el mal uso de la posición de dominio del motor de búsqueda de Google. Entre los temas tratados destacan los siguientes: Propiedad intelectual e industrial, derecho de la competencia y Ley de la Competencia Desleal (en adelante LCD), derecho al olvido, la Comisión Europea (en adelante CE). Además, se llevará a cabo un estudio del caso español, donde esta importante forma de hacer negocios se ha desarrollado con la ayuda de amplios soportes tecnológicos y una sólida regulación legal en esta área. Se hace referencia a la legislación española en el contexto del estudio comparativo y el reciente establecimiento por parte de ese país de regulaciones que regulan aspectos importantes del tema.

Así, el desarrollo metódico, se divide en quintos capítulos; el primero será dedicado a Google como motor de búsqueda y su abuso de posición dominante que examina por un lado Google como motor de búsqueda y sus problemas planteados por su abuso en el mercado único europeo.

En los últimos años la Comisión ha llevado a cabo una serie de investigaciones relativas al art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) que no han concluido en la incoación de expediente sancionador. Los cambios han sido por los tribunales europeos¹⁸.

Actualmente el Tribunal General (en adelante TG) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) han sido los más afectados por el desarrollo legal del art. 102 TFUE, que aborda una serie de cuestiones en los sectores recientemente liberalizados y examinando una amplia gama de prácticas presuntamente abusivas. En menor medida, lo mismo puede decirse en España cuando tienen competencia objetiva con respecto a la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) o resolviendo recursos sobre resoluciones administrativas en materia de abuso de posición dominante en España¹⁹. En este capítulo se abordará el abuso del buscador Google en el mercado de Internet. Como ha

¹⁷ El país, "España se queda sin Google News", 16 de diciembre 2014.

¹⁸ SUBIOTTO, R. y LITTLE, D., "The application of Article 102 TFEU by the European Commission and the European Courts", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, vol. 3 (2), pp. 175-181.

¹⁹ ARAUJO BOYD, M., "Introducción al estudio de la jurisprudencia revisora de las resoluciones administrativas en materia de Abuso de Posición de Dominio en España", en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ, J. (Dir.), *El Derecho de la competencia y los jueces*, Fundación Rafael del Pino - Ed. Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 113 a 134.

señalado el Abogado General Sr. NILO JÄÄSKINEN²⁰ que: “En la sociedad de la información actual, el derecho a la búsqueda de información publicada en Internet mediante motores de búsqueda es una de las formas más importantes de ejercitar este derecho fundamental. Este derecho cubre sin lugar a duda el derecho a buscar información relacionada con otras personas que está, en principio, protegida por el derecho a la vida privada, como la información disponible en Internet sobre las actividades de un particular en su condición de empresario o político. El derecho a la información de un usuario de Internet se vería comprometido si su búsqueda de información relativa a una persona física no generara resultados que ofrezcan un reflejo veraz de las páginas web relevantes, sino una versión «bowdlerizada» de las mismas”.

Estos puntos, dejaron de pasar al segundo capítulo, destinado a los conflictos en materia de Google y Derecho de la Competencia y Competencia desleal para sancionar acciones competitivas irregulares en el mercado y la gestión de la profesión empresarial, es decir, que la competencia sea leal.

El Ex presidente de la CE Joaquín Almunia ha declarado que:

“Estoy vinculado a Europa a través de mi visión política de la misma como un espacio de paz y estabilidad, libertad y democracia. La política de competencia es un medio de fortalecer nuestra economía social de mercado y de mejorar su eficiencia y su equidad”.

“Junto al Euro y el mercado interior, la política de competencia proporciona a Europa los medios para crear más prosperidad a favor de los ciudadanos. La competencia entre las empresas facilita una mejor elección de productos y servicios a precios menores, en beneficio de los consumidores, empresas y la sociedad en su conjunto. Además, contribuye a reforzar la competitividad europea en un mundo globalizado”²¹.

Se han presentado numerosas demandas, tanto a nivel nacional como europea, que han generado inquietudes sobre la conducta abusiva de Google. Los reguladores del derecho de la competencia creen cada vez más que Google ocupa una posición dominante en el ámbito de motores de búsqueda y publicidad de búsquedas. Las investigaciones de la CE no se han limitado a ningún sector en particular, sino a todas las prácticas en línea de Google. Los problemas planteados por la empresa estadounidense y su impacto al Derecho de la Competencia, se aclaran durante este capítulo de este trabajo. En las principales jurisdicciones antimonopolio, varios procedimientos de sanción contra Google se han tratado recientemente por presunta conducta anticompetitiva de abuso de dominio. En los Estados Unidos, la investigación terminó, concluyendo que no había habido una conducta anticompetitiva derivada de un acuerdo entre la empresa y la FTC (Federal Trade Commission)²². Para la CE contra la empresa Google, los problemas planteados por la aplicación de la ley de competencia en sectores caracterizados por el uso de las TIC (Tecnologías de la Información y las

²⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. NILO JÄÄSKINEN, presentadas el 25 de junio de 2013, párr. 131. Asunto C-131/12 Google Spain, S.L., Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González.

²¹ http://ec.europa.eu/archives/commission_20102014/almunia/about/mandate/index_en.htm. (Consultada el 5 de enero de 2015).

²² In the Matter of Google Inc., FTC File No. 121-0120 January 3, 2013. Disponible en: <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2013/01/130103googlemotorolastmtofcomm.pdf>. (Consultada el 5 de enero de 2015).

Comunicación), que coinciden en parte con el uso de Internet como base desde el modelo de negocio [(*web-based econ* (economía basada en la web)], generalmente operan en plataformas [(*multisided markets* (mercados multifacéticos)] y, en cualquier caso, se distinguen como modelos de negocio innovadores y dinámicos²³.

Así, el marco europeo intenta de Crear un ordenamiento jurídico de la Unión que permita la realización de los objetivos recogidos en los Tratados.

Se abordarán las reglas que se aplicarán a la Competencia, además, la aplicación de este derecho en los tiempos de Internet. Las normas de competencia de la UE se encuentran en estos dos arts. 101 del TFUE y el art. 1 de la Ley de la Defensa de la Competencia (en adelante LDC). Ambos entiendo que se aplican a los casos de prácticas abusivas a la libre competencia que nos lleva a las restricciones de la competencia en el mercado interior, y finalmente, los acuerdos prohibidos y afectados a la libre competencia. El art. 101 del TFUE la Ley 6/1957)) dispone desde su apdo. 2 “*los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho*”. La nulidad tiene carácter absoluto y por tanto con efectos retroactivos.

La LDC gradúa las infracciones en función de su gravedad en:

— Infracciones graves (entre otras, acuerdos y demás conductas prohibidas por el art. 1 entre empresas no competidoras o ejecución de una concentración sujeta al control de la CNMC antes de que haya recaído resolución), sancionables con multa de hasta el cinco por cien del volumen de negocios del infractor en el ejercicio económico anterior;

— Infracciones muy graves (entre otras, acuerdos y demás conductas prohibidas por el art. 1 entre empresas competidoras y abusos de posición de dominio en mercados recientemente liberalizados o por empresas con una cuota de mercado próxima al monopolio o que disfrute de derechos especiales o exclusivos), sancionables con multa de hasta el diez por cien del volumen de negocios del infractor en el ejercicio económico anterior²⁴.

El tercer capítulo examina por un lado el marco jurídico de los motores de búsqueda, por otro lado, el fundamento de los límites, que es el modelo de la regla de los tres pasos en los Tratados internacionales o en las legislaciones nacionales. Esa regla fue incorporada por la primera vez en el Convenio de Berna²⁵ en la Conferencia de Estocolmo del año 1967. En este aspecto, esta dicha regla está incorporada recientemente en el art. 13 del Tratado de Beijing²⁶ sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, que establece un conjunto de nuevas normas internacionales en el campo de los derechos de autor, con el objetivo de garantizar la protección adecuada y la remuneración de los artistas intérpretes o ejecutantes audiovisuales. La Unión tiene competencia exclusiva sobre una serie de disposiciones del Tratado de Beijing sobre las cuales ha adoptado disposiciones legislativas. Por lo tanto, es apropiado firmar el

²³ DÍEZ ESTELLA, F., “Google, Internet y Derecho de la Competencia: ¿viejas reglas para nuevos mercados?”, *CEF Legal – Revista Práctica de Derecho*, núms. 163-164, Agosto-Septiembre 2014.

²⁴ GUERRA FERNÁNDEZ, A., y RODRÍGUEZ ENCINAS, A., “la nueva ley de defensa de la competencia: principales novedades”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*/18-2007.

²⁵ GARROTE, I., en BERCOVITSZ, R., (coord.), ““Artículo 9” Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas”, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 748- 832.

²⁶ El Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales fue adoptado por la Conferencia diplomática sobre la protección de la fijación interpretaciones y ejecuciones audiovisuales, celebrada en Beijing del 20 al 26 de junio de 2012. El Tratado contempla los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes sobre las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales.

Tratado de Beijing en nombre de la Unión, sujeto a su celebración en una fecha posterior²⁷. También, en el art. 11 del Tratado de Marrakech²⁸ para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso. El art. 11 sobre Obligaciones generales sobre limitaciones y excepciones declara que²⁹:

Al adoptar las medidas necesarias para garantizar la aplicación del presente Tratado, una Parte Contratante podrá ejercer los derechos y deberá cumplir las obligaciones que dicha Parte Contratante tenga de conformidad con el Convenio de Berna, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante ADPC) y el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante OMPI) sobre Derecho de Autor, incluidos los acuerdos interpretativos de los mismos, de manera que:

a) de conformidad con el art. 9.2) del Convenio de Berna, una Parte Contratante podrá permitir la reproducción de obras en determinados casos especiales, siempre que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor;

b) de conformidad con el art. 13 del ADPC, una Parte Contratante circunscribirá las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos;

c) de conformidad con el art. 10.1) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, una Parte Contratante podrá prever limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores en virtud del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor;

d) de conformidad con el art. 10.2) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, una Parte Contratante restringirá, al aplicar el Convenio de Berna, cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Más allá, cuando los nuevos avances tecnológicos en la difusión de información entran en conflicto con los preceptos de la Ley de derechos de autor estándar, la doctrina del *fair use*, que delimita circunstancias limitadas bajo las cuales el trabajo puede ser utilizado sin el permiso del autor, debe reconciliarse con ambos.

En base a la experiencia norteamericana del *fair use*, Desde su origen, se abordará el problema de la necesidad de establecer límites suficientes para los derechos

²⁷ Decisión 2013/275/UE del Consejo, de 10 de junio de 2013, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales.

²⁸ El Tratado de Marrakech, que fue adoptado el 27 de junio de 2013 en Marrakech, forma parte de un cuerpo de tratados internacionales sobre derecho de autor administrados por la OMPI. Posee una clara dimensión de desarrollo humanitaria y social, y su principal objetivo es crear un conjunto de limitaciones y excepciones obligatorias en beneficio de las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso.

²⁹ Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso adoptado por la Conferencia Diplomática sobre la conclusión de un tratado que facilite a las personas con discapacidad visual y a las personas con dificultad para acceder al texto impreso el acceso a las obras publicadas, en Marrakech el 27 de junio de 2013.

de autor, que se detallará en el capítulo cuatro. En la jurisprudencia estadounidense, la doctrina del "uso legítimo" (*fair use*) se ha desarrollado mucho. Cumple la función de buscar un equilibrio entre los derechos de los autores y usuarios. El "uso legítimo" permite a los usuarios utilizar los mismos derechos que los autores tienen para su explotación económica. Entran en "uso legítimo", por ejemplo, copias hechas para fines privados, no comerciales³⁰.

Como regla general, el propietario de los derechos de autor tiene el derecho legal de restringir la reproducción de una obra protegida por derechos de autor y de exigir regalías cuando se reproduce una obra protegida por derechos de autor. Las sanciones por la reproducción no autorizada de trabajos con derechos de autor pueden ser sustanciales. La doctrina de *fair use* crea una defensa contra una reclamación de violación de derechos de autor que puede permitir el uso de una obra protegida por derechos de autor sin la necesidad de obtener un permiso o pagar regalías³¹.

En el cuarto capítulo, se abordarán los problemas de Google frente a la propiedad industrial. Con la nueva reforma de la Ley de la Marcas en España, a través del RDL 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados, aprobado por el Consejo de Ministros el día 21 de diciembre de 2018³². Con respecto al Reglamento sobre el derecho de marcas, el objetivo de introducir el contenido de la Directiva del Parlamento Europeo (UE) 2015/2436 en la Ley española y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, sobre la aproximación de las diferentes leyes de los Estados miembros en materia de marcas. Aunque el objetivo declarado del RDL es respetar el plazo de transposición de esta y otras directivas, dado el riesgo inminente de multas impuestas por la CE, es cierto que está en línea con la actualización obligatoria y muy necesaria de la normativa de marcas en España.

Se aborda el régimen jurídico de la marca, los tipos de la marca que pueden presentarse en la nueva ley, su funcionamiento. Las novedades de esta Ley son de dos grupos: formales y de procedimiento. Las primeras son de La representación de los signos distintivos que se pueden hacer por cualquier medio, sin que esto sea "gráfico" exclusivamente para facilitar el acceso al registro. También se reconoce solamente las marcas renombradas. Además, se introduce una prohibición específica sobre el registro de signos distintivos que reproducen elementos del nombre de una variedad vegetal existente. Finalmente, se establece una prohibición "absoluta" de acceso al registro de signos distintivos incompatibles con denominaciones de origen o indicaciones geográficas anteriores. En cuanto a los segundos desarrollos procesales, se incluye la posibilidad de solicitar prueba de uso en los procedimientos de oposición, debido a los procedimientos de caducidad y nulidad de las marcas, recaerá en la OEPM y, por lo tanto, se resolverá en los procedimientos administrativos. Por último, la posibilidad de prohibir la introducción de productos de marcas idénticas o similares a productos

³⁰ LOREDO A., "México: Derecho Comparado: Derecho de Autor y Copyright. Dos caminos que se encuentran", *AR: Revista de Derecho Informático*, núm. 91, 2006.

³¹ LARSON, A., "Fair Use Doctrine and Copyright Law", *Expert Law*, May 8, 2018. Disponible en: https://www.expertlaw.com/library/intellectual_property/fair_use.html. (Consultada el 23 de enero de 2015).

³² Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados (BOE de 27 de diciembre de 2018).

existentes que no están autorizados para hacerlo, sin que sea necesario demostrar la posible comercialización de estos productos³³.

Hoy en día, es verdad que Google *Adwords* es el sistema publicitario más popular entre los motores de búsqueda que permite a los anunciantes seleccionar palabras clave que, si coinciden con las ingresadas por los usuarios de motores de búsqueda, ofrecen enlaces patrocinados al sitio del anunciante, sujeto al pago del "precio máximo por clic" estipulado y dependiendo del número de "clics". En el enlace patrocinado y la calidad del anuncio. La publicidad por palabra clave en motores de búsqueda (*keywords advertising*) que da como resultado anuncios (*enlaces patrocinados*) en el sitio *web* del motor de búsqueda o en un tercer sitio *web*.

El TJUE³⁴ declara que el propietario de una marca no puede prohibir su uso como palabras clave en la publicidad cuando dicho uso pueda comprometer una de las funciones de la marca: 1) la función "indicación de origen" (si crea confusión en el consumidor promedio); (2) la función publicitaria y (3) la función de inversión (si impide la adquisición o preservación de la reputación de lealtad) o cuando el anunciante-competidor (4) obtiene indebidamente el carácter distintivo o la reputación de la marca (parasitismo), por ejemplo imitaciones simples; 5) cuando esta publicidad socava su carácter distintivo (dilución), por ejemplo si vulgariza o distorsiona la marca o 6) socava su notoriedad (desenfoque). En tales casos, el servicio de publicidad de palabras clave se considera una suposición del uso justo de la marca extranjera³⁵.

Por último, el quinto capítulo aborda y analiza derecho de protección de datos o como le llaman derecho al olvido con el buscador de Google que tienen una herramienta para buscar toda la información de forma rápida y sencilla. La reclamación de este derecho al olvido viene de motores de búsqueda como Google. El TJUE resolvió en mayo de 2014 sobre el derecho al olvido, en un conflicto que enfrentaba a Google, el principal motor de búsqueda en Internet, con la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD) y un particular que deseaba borrar del entorno digital un aviso de embargo dirigida contra él publicada en el diario La vanguardia. Al presentar las principales posiciones existentes con respecto a la cancelación de datos o sus enlaces en Internet, se explicará cómo ha acogido la jurisprudencia nacional los criterios sentados por el Tribunal Europeo, señalando qué aspectos han sido pacíficamente aceptados, y cuáles todavía se mantienen abiertos al debate, y por fin se explicará la respuesta que Google ofrece a los usuarios para hacer efectivo su derecho al olvido³⁶.

Frente a las instalaciones de almacenamiento y recuperación de información vieja que ofrecen los ordenadores, a través de bases de datos y motores de búsqueda, algunas personas que hagan uso de un "derecho al olvido", buscando Si no borra la información en sus Ed. original, los archivos y su retirada, al menos, su "exclusión" para que su recuerdo se hace más complicado.

³³ Diariojuridico.com "La reforma de Ley de Marcas entrará en vigor en España el próximo 14 de enero", 9 de enero de 2019. Disponible en: <https://www.diariojuridico.com/reforma-ley-de-marcas-entrara-en-vigor-enero-2019/>. (Consultada el 20 de febrero de 2015).

³⁴ Ver STS de 22 de septiembre de 2011 (La Ley 179904/2011), *Interflor*, C-323/2009; STS de 23 de marzo de 2010 (La Ley 12516/2010), *Google France y Google*, C-236/08; STS de 25 de marzo de 2010 (La Ley 12515/2010), *BerqSpechte*, C-278/07; STS de 18 de junio de 2009 (La Ley 110720/2009), *L'Oréal* y otros, C-487/07 y STS de 8 de julio de 2010 (La Ley 104502/2010), *Portakabin*, C-558/08.

³⁵ NÚÑEZ SEOANE, J., "Publicidad en buscadores mediante marcas notorias como palabras-clave", *Diario la Ley*, núm. 8952, sección Tribuna, 30 de marzo de 2017, ed. Wolters Kluwer.

³⁶ MARTÍNEZ OTERO, J. M., "La aplicación del derecho al olvido en España tras la STJUE Google contra AEPD y MARIO COSTEJA", *Revista Bolivia de Derecho*, núm. 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 112-133.

Los conceptos jurídicos de privacidad o vida privada y sus mecanismos de protección se han quedado obsoletos y dejan de ser efectivos. En este orden de cosas se hace imprescindible reforzar el control sobre nuestros datos personales que, en último término, suponga proteger nuestra dignidad personal frente a estos nuevos peligros, máxime cuando el derecho a la protección de datos personales es un derecho fundamental reconocido a todos los ciudadanos europeos por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha concluido en su sentencia de 13 de mayo de 2014, caso Google contra AEPD, que existe un derecho al borrado de nuestra información en Internet³⁷. En este caso, el Tribunal de la UE en Luxemburgo fue invitado a responder a tres preguntas:

- ¿Era un motor de búsqueda como Google, con sede fuera de la UE, pero con filiales que operan dentro, en el ámbito de la directiva de protección de datos?
- ¿Google "procesa" la información y es un controlador de "datos"?
- ¿El derecho al olvido se extiende en la medida en que permite a alguien solicitar a un buscador que la información sea "consignada al olvido", aunque la información en cuestión haya sido legalmente publicada por terceros?³⁸

Beneficioso para la libertad de información, la evolución de la tecnología es, al mismo tiempo, que llevan las amenazas a la protección de la intimidad y los datos personales y la garantía del "derecho al olvido" de nueva afirmó. Un delicado equilibrio debe alcanzarse entre los derechos e intereses aparentemente contradictorios. Al mismo tiempo que representa el progreso, la evolución de la tecnología de la información, sobre todo digital es a través de la recogida, retención y uso de soportes de datos personales de las amenazas a la privacidad individual y sus derechos. Un delicado equilibrio debe ser alcanzado entre el derecho al respeto de la vida privada y la protección de los datos personales, por un lado, y la libertad de información, por el otro.

³⁷ RAMIRO, M. A., "El derecho al olvido en Internet. Google versus España", *Teoría y Realidad Constitucional*; Madrid 36 (2015).

³⁸ BROCK, G., "The right to be forgotten, Privacy and the Media in the Digital Age", University of Oxford, Reuters Institute, 2017, p.39.

CAPÍTULO 1

GOOGLE EL MOTOR DE BÚSQUEDA Y SU ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE FRENTE A LOS COMPETIDORES

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DEFINICIÓN Y ESPACIO GEOGRÁFICO DE GOOGLE INC. Y SUS CARACTERÍSTICAS. 3. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE. 4. EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA. 5. LA PERSECUCIÓN DE LAS CONDUCTAS CONTRARIAS A LA NORMATIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. 6. MONOPOLIO Y POSICIÓN DOMINANTE; JURISPRUDENCIA EUROPEA Y NACIONAL. 7. EL EJERCICIO ABUSIVO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO DE INTERNET

1. INTRODUCCIÓN

En 1995, dos jóvenes estudiantes de nivel doctoral en la Universidad de Stanford, *Larry Page* y *Sergey Brin* postulan su tesis doctoral en ciencias de la computación, donde su idea era crear un algoritmo para organizar búsquedas en Internet. En 1996, desarrolló un sistema para buscar en Internet (*BackRud*) que usaba enlaces para determinar la importancia de páginas *web* específicas y fue un año más tarde cuando decidió Renombra el navegador y el nombre "Google". El nombre proviene de la palabra "*Googol*" que significa 10 I elevado a 100.

Google inc. nació en el año de 1998, cuando el cofundado de *Sun Mycrosystem*, decide otorgar un cheque de 100,000 USD y así fue como se consolidó como una empresa, en el mes de septiembre de ése mismo año.

Fue en el año de 2004 cuando Google Inc. debuta en la bolsa de los Estados Unidos (NASDAQ) el 18 de agosto, con una oferta pública inicial de 19,605,052 acciones ordinarias³⁹.

Google, desde sus humildes comienzos, no era un negocio normal, lanzó una revolución informática que tocaría todos los aspectos de nuestra vida en línea. Desde la forma en que se busca y se gestiona información en la red infinita de conexiones que llamamos Internet, hasta la forma en que se ve y se comparte ciertos aspectos de nuestras vidas cuando vamos al trabajo o de regreso en casa⁴⁰.

³⁹ GARCÍA RAFAEL, "Google Inc. Cotización de Google Inc. en BMV", *Tópicos Selectos de Economía* Vol. III. Editores Economía Digital Universidad Rey Juan Carlos-España. Noviembre 16, 2015. Pp. 131.

⁴⁰ GUILLERMO BASAVILVAZO, "El imperio de Google en números [Infografía]", 14-Abr-2012. Disponible en:

La política de competencia de la UE fuerte y efectiva, siempre ha sido la piedra angular del proyecto europeo. De este modo, se mantiene los mercados abiertos y eficientes. Para los consumidores europeos, esto se traduce en mejores resultados del mercado, tales como precios más bajos, productos y servicios de mejor calidad y mayor surtido. Los mercados digitales son también una de las prioridades principales en el ámbito de la política de competencia⁴¹.

El art. 3 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. [101 TFUE y 102 TFUE] (DO 2003, L 1, p. 1), que lleva por título «Relación entre los artículos [101 TFUE y 102 TFUE] y las normas nacionales sobre competencia», dispone en su apdo. 1 lo siguiente:

« [...] Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a una práctica abusiva prohibida por el art. 102 TFUE, aplicarán también a la misma el art. 102 TFUE⁴².

Una sociedad, que disfruta de un monopolio para la prestación de tal servicio en el territorio de un Estado miembro, tiene una posición dominante en una parte sustancial del mercado interior en el sentido del art. 102 TFUE (ver, en este sentido, la sentencia de 27 de febrero de 2014, *OSA*, C-351/12, EU: C: 2014:110, apdo. 86 y jurisprudencia citada).

Ahora bien, la explotación abusiva de una posición dominante en el sentido de dicho artículo podría consistir en el hecho de exigir un precio excesivo, sin relación razonable con el valor económico de la prestación realizada⁴³ (ver, en este sentido, la sentencia de 11 de diciembre de 2008, *Kanal 5 y TV 4*, C-52/07, EU: C: 2008:703, apdo. 28 y jurisprudencia citada)⁴⁴.

En ambas normas el art. 2 de la Ley 15/2007 y 102 TFUE, contemplan la posibilidad de que la posición de dominio, y el abuso de la misma, puedan ser ejercidos por "una o varias empresas", es decir, que considere la situación de dominio colectivo que es, precisamente, la que se analiza en el caso de autos.

La definición de la posición de dominio colectiva en la jurisprudencia comunitaria arranca de la sentencia del TPI de 25 de marzo de 1999, *Gencor Ltd. c. Comisión*, Asunto T-102/96, que la identifica con la "*relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios. En efecto, en tal contexto, cada operador sabe que una actuación altamente competitiva por su parte,*

<https://www.unocero.com/noticias/el-imperio-de-google-en-numeros-infografia/>. (Consultada el 15 de 2 de marzo de 2015).

⁴¹ CE, "Informe de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones", Informe sobre la política de competencia 2015, Bruselas, 15.6.2016 COM(2016) 393 final.

⁴² TS - sala tercera, de lo Contencioso-administrativo (L.O. 7/2015), STS 1375/2018, 17 de septiembre de 2018, rec. 2452/2017.

⁴³ Resolución núm. S/0157/09, de march 2, 2012, de Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁴⁴ TJUE, sala segunda, STS de 14 de septiembre de 2017, C-177/2016.

dirigida a incrementar su cuota de mercado (por ejemplo, una reducción de precios), provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa. Todos los operadores tendrían por lo tanto que soportar el descenso del nivel de los precios^{45 46}.

En el mercado de búsqueda en línea, la Comisión está llevando una investigación antimonopolio sobre las prácticas de Google. La Comisión⁴⁷ envió un pliego de cargos a la compañía estadounidense alegando que había abusado de su posición dominante en el mercado de servicios de búsqueda en línea en el Espacio Económico Europeo (en adelante EEE) al favorecer sistemáticamente sus propios productos de comparación de precios en sus páginas de resultados de búsqueda general. Según el dictamen preliminar de la Comisión, tal conducta infringe las normas antimonopolio de la UE al obstaculizar e impedir la competencia y perjudicar a los consumidores. También, ha abierto de manera separada una investigación formal antimonopolio sobre el comportamiento de Google con relación al sistema operativo para móvil *Android*. La investigación se centrará en determinar si Google ha celebrado acuerdos anticompetitivos o ha abusado de su posición dominante en el campo de los sistemas operativos, aplicaciones y servicios para dispositivos móviles inteligentes⁴⁸.

En el mismo sentido, la Comisión⁴⁹ investigó a *Amazon* por su abuso en el sector de distribución de libros electrónicos («*e-books*»). A la Comisión le preocupa que ciertas cláusulas en los contratos con los editores de estos libros electrónicos y *Amazon* pudieran violar las normas de competencia de la UE, que prohíbe el abuso de posición dominante y prácticas comerciales restrictivas. La investigación se centra en particular en los elementos que parecen proteger contra la competencia de *Amazon* de otros distribuidores de libros digitales, tales como las que le otorga:

El derecho a ser informado de todas las condiciones diferentes, aún más favorable otorgado a los competidores; y o el derecho a que los términos y condiciones similares a las concedidas a sus competidores.

La Comisión pasa a analizar con más detalle que en ellas se pueden obstaculizar la aplicación de la igualdad de condiciones y el resultado en una reducción de la competencia entre los distribuidores de libros digitales, en detrimento de los consumidores⁵⁰.

Margrethe Vestager, Comisaria Europea de Política de Competencia, dijo: *"Amazon ha desarrollado un negocio próspero que ofrece un servicio integral a los consumidores, incluidos los libros electrónicos. Nuestra investigación no cuestiona este logro. Sin embargo, es mi deber garantizar que los acuerdos de Amazon con los editores no perjudiquen a los consumidores al evitar que otros distribuidores de libros*

⁴⁵ AN, sala de lo contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS 182/2017 de 23 de mayo de 2017, rec. 263/2014.

⁴⁶ Resolución núm. S/0248/10, de december 19, 2012, de Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁴⁷ Asunto AT.39740, búsqueda en Google, ver IP/15/4780 de 15 de abril de 2015.

⁴⁸ CE -Comunicado de prensa- "Antimonopolio: la Comisión remite un pliego de cargos a Google sobre el servicio de comparación de precios e incoa un procedimiento formal de investigación específico sobre Android", Bruselas, 15 abril 2015.

⁴⁹ Asunto AT.40153, Libros electrónicos: trato NMF y cuestiones afines, ver IP/15/5166 de 11 de junio de 2015.

⁵⁰ CE, "Informe de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones", *op. cit.* nota 38.

electrónicos puedan innovar y competir eficazmente con a Amazon Nuestra investigación mostrará si nuestros temores están bien fundados”.

Amazon es actualmente el mayor distribuidor de libros digitales en Europa. Como primer paso, la investigación de la Comisión se centrará en los mayores mercados de libros digitales en el EEE, a saber, los libros digitales en inglés y alemán.

Esta no es la primera vez que la Comisión Europea investiga el sector de los libros electrónicos según las normas de competencia de la UE⁵¹.

El presente Capítulo tiene por objeto, en primer término, formular una visión general de las conductas que la norma española (en sintonía con la comunitaria) considera como contrarias a la competencia y, en segundo, analizar las características generales y los procedimientos administrativos que la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia tramita cuando una actuación mercantil exige del órgano de la competencia el otorgamiento de una autorización administrativa para su válida realización.

2. DEFINICIÓN Y ESPACIO GEOGRÁFICO DE GOOGLE INC. Y SUS CARACTERÍSTICAS

2.1. Definición y espacio geográfico de Google

Google es una empresa estadounidense de tecnología internacional subsidiaria de la multinacional estadounidense *Alphabet Inc.*, que es un popular motor de búsqueda en Internet. Explora la *web* para encontrar páginas *web* que sean relevantes para las palabras que ha escrito en el cuadro de búsqueda.

El rápido crecimiento de la compañía desde su inicio ha desencadenado una cadena de productos, adquisiciones y asociaciones más allá del motor de búsqueda principal de Google (Búsqueda de Google). Ofrece servicios diseñados para el trabajo y la productividad (Google *Docs*, Google *Sheets* y Google *Slides*), correo electrónico (Gmail / Bandeja de entrada), programación y gestión del tiempo (Google Calendar), almacenamiento en la nube (Google *Drive*), mensajería instantánea y video chat (Google *Allo*, *Duo*, *Hangouts*), traducción de idiomas (Google *Translate*), mapas y navegación (Google *Maps*, *Waze*, Google *Earth*, *Street View*), uso compartido de videos (YouTube), toma de notas (Google *Keep*) y organización y edición de fotos (Fotos de Google)⁵².

La compañía lidera el desarrollo del sistema operativo móvil *Android*, el navegador *web* Google *Chrome* y *Chrome OS*, un sistema operativo ligero basado en el navegador *Chrome*. Google se ha movido cada vez más en *hardware*; de 2010 a 2015, colaboró con los principales fabricantes de productos electrónicos para producir sus dispositivos *Nexus*, y lanzó una serie de productos de *hardware* en octubre de 2016, incluido el teléfono inteligente Google *Pixel*, el altavoz inteligente Google *Home*, el enrutador inalámbrico de malla Google *Wifi* y el virtual Google *Daydream* auriculares de realidad. Google ha tratado también de convertirse en un operador de Internet

⁵¹ European Commission, “Antitrust: Commission opens formal investigation into Amazon's *e-book* distribution arrangements”, Brussels, 11 June 2015.

⁵² <https://es.scribd.com/document/401328765/Empresas-extranjeras>. (Consultada el 16 de febrero de 2017).

(Google *Fiber*, Project Fi y Google *Station*)⁵³. Google es lo más valiosa del mundo a partir de 2017⁵⁴.

Sin embargo, la empresa ha recibido importantes críticas que involucran temas como problemas de privacidad, evasión de impuestos, antimonopolio, censura y neutralidad de búsqueda. La declaración de la misión de Google es "organizar la información del mundo y hacerla universalmente accesible y útil"⁵⁵. El lema no oficial de la compañía "*Don't be evil*" que significa "No seas malvado" se eliminó del código de conducta de la compañía en mayo de 2018⁵⁶.

En marzo de 1999, la compañía mudó sus oficinas a Palo Alto, California⁵⁷, que es el hogar de varias empresas importantes de tecnología de *Silicon Valley*⁵⁸. El año siguiente, Google comenzó a vender anuncios asociados con palabras clave de búsqueda contra Page y la oposición inicial de Brin hacia un motor de búsqueda financiado por publicidad⁵⁹. Para mantener un diseño de página ordenado, los anuncios se basaron únicamente en texto⁶⁰. En junio de 2000, se anunció que Google se convertiría en el proveedor de motores de búsqueda predeterminado para Yahoo, uno de los sitios web más populares en ese momento, en reemplazo de *Inktomi*⁶¹.

2.2. Características del motor de búsqueda Google

2.2.1. Concepto de motor de búsqueda

Google indexa miles de millones de páginas web para permitir a los usuarios buscar la información que desean mediante el uso de palabras clave y operadores⁶². Según la investigación de mercado de *comScore* de noviembre de 2009, la Búsqueda de Google es el motor de búsqueda dominante en el mercado de los Estados Unidos, con una participación de mercado del 65,6%⁶³. En mayo de 2017, Google habilitó una nueva pestaña "Personal" en la Búsqueda de Google, permitiendo a los usuarios buscar

⁵³ THE VERGE, SAM BYFORD, "Google Station is a new platform that aims to make public Wi-Fi better." September 27, 2016. Retrieved May 22, 2018.

⁵⁴ "Google is now the world's most valuable brand". The Independent. February 1, 2017.

⁵⁵ "Google Code of Conduct". Alphabet. Disponible en: <https://abc.xyz/investor/other/google-code-of-conduct/>. (Consultada el 22 de abril de 2015).

⁵⁶ "Google Code of Conduct", *op. cit.* nota 47.

CONGER, KATE, "Google Removes 'Don't Be Evil' Clause From Its Code of Conduct". Disponible en: <https://gizmodo.com/google-removes-nearly-all-mentions-of-dont-be-evil-from-1826153393>. (Consultada el 22 de abril de 2015).

⁵⁷ WEINBERGER, MATT (October 12, 2015). "38 photos of Google's rise from a Stanford dorm room to world domination". Business Insider. Axel Springer SE.

⁵⁸ "A building blessed with tech success". CNET. CBS Interactive.

⁵⁹ STROSS, RANDALL, "Introduction". Planet Google: One Company's Audacious Plan to Organize Everything We Know. New York: Free Press. pp. 3–4. (September 2008). ISBN 978-1-4165-4691-7.

⁶⁰ "Google Launches Self-Service Advertising Program". News from Google. October 23, 2000. Archived from the original on April 1, 2012

⁶¹ NAUGHTON, JOHN, "Why's Yahoo gone to Google? Search me" – via www.theguardian.com.

"Yahoo! Selects Google as its Default Search Engine Provider – News announcements – News from Google. (July 2, 2000). Google". googlepress.blogspot.com.

⁶² ARRINGTON, MICHAEL, "Google's Misleading Blog Post: The Size Of The Web And The Size Of Their Index Are Very Different". TechCrunch. AOL. (July 25, 2008).

⁶³ "ComScore Releases November 2009 U.S. Search Engine Rankings". December 16, 2006.

contenido en los diversos servicios de sus cuentas de Google, incluidos mensajes de correo electrónico de *Gmail* y fotos de *Google Photos*⁶⁴.

Google lanzó su servicio *Google News* en 2002, un servicio automatizado que resume artículos de noticias de varios sitios *web*⁶⁵. Google también aloja *Google Books*, un servicio que busca el texto que se encuentra en los libros en su base de datos y muestra vistas previas limitadas y el libro completo donde está permitido⁶⁶.

Desde la manifestación de la denominación “sociedad de la información”, un gran avance en cuanto a la tecnología disponible y el grupo de personas que pueden acceder a ella. Los motores de búsqueda son servicios que facilitan la localización de cualquier tipo de información en las páginas *web* en Internet.

La actividad de un motor de búsqueda que consiste en buscar información publicada o colgada en Internet por terceros, indexarla automáticamente, almacenarla temporalmente y, finalmente, ponerla a disposición de los usuarios de Internet de forma determinada preferencia debe calificarse como "procesamiento de datos personales"⁶⁷.

Durante los años de los noventa, *Yahoo* fue altamente valorado por los usuarios hasta que Google entró en escena el 4 de septiembre 1998 por los universitarios Larry Page y Sergey Brin, que estrena en Internet su motor de búsqueda el 27 de septiembre siguiente. Este motor de búsqueda superó al otro más popular de la época, *AltaVista*, que había sido creado en 1995. En el 2000 Google presentó *AdWords*, su sistema de publicidad en línea y la llamada Barra Google⁶⁸.

La jurisprudencia francesa ha declarado que "un motor de búsqueda no crea contenido y solo da a los usuarios las respuestas a la pregunta formulada por medio de la palabra clave elegida por el usuario y las direcciones útiles para llegar hasta “a la información deseada”⁶⁹.

Según la Directiva sobre el comercio electrónico (2000/31/CE), los motores de búsqueda se consideran un tipo de servicio de la sociedad de la información. Llamados también herramientas de primera generación, se han convertido en la puerta de acceso a la red para la gran mayoría de los usuarios que buscan información, y actualmente encuentran el ochenta y cinco por cien (85%) del tráfico en Internet; pero su funcionamiento dista mucho de ser el más adecuado, debido esencialmente al ruido, las diferentes técnicas para la recuperación de la información y la limitación a los recursos existentes en las bases de datos del motor de búsqueda. Dichos motores de búsqueda ofrecen formularios para introducir los datos mediante una interfaz de fácil comprensión para el usuario, el cual teclea una palabra clave o frase y recupera una lista de recursos que se corresponden con el criterio indicado. Los motores no pueden cubrir todos los

⁶⁴ SCHWARTZ, BARRY, "Google Adds Personal Tab To Search Filters". Search Engine Roundtable. RustyBrick. Retrieved May 27, 2017.

GARTENBERG, CHAIM (May 26, 2017). "Google adds new Personal tab to search results to show Gmail and Photos content". The Verge. Vox Media.

⁶⁵ MACHT, JOSHUA, "Automatic for the People". Time. (September 30, 2002).

⁶⁶ MARTIN, CHINA, "Google hit with second lawsuit over Library project". InfoWorld. (November 26, 2007).

⁶⁷ Arrêt núm. 178 du 14 février 2018 (17-10.499) - Cour de cassation - Première chambre civile - ECLI:FR:CCASS:2018:C100178.

⁶⁸ <https://www.google.es/intl/es/about/>.

⁶⁹ Ver affaire Lafesse, préc. *supra*, 3 juin 2008, Lafesse et a. c/ OVH et a., www.legalis.net. le tribunal de grande instance de Paris a finalement estimé que Dailymotion a bien engagé sa responsabilité d'hébergeur en ne retirant pas promptement les vidéos au caractère manifestement illicite notifiées par J.-Y. Lafesse (3 juin 2008, Lafesse et a. c/ OVH et a., www.legalis.net).

recursos disponibles en Internet, pero muchos contienen referencias a millones de recursos. Los resultados, por tanto, variarán de un motor de búsqueda a otro⁷⁰.

Según el Tribunal de Justicia⁷¹, la actividad de motores de búsqueda en Internet que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado cuando esa información contiene datos personales. Sin embargo, Según *Google Spain* y *Google Inc.*, la actividad de los motores de búsqueda no puede considerarse tratamiento de los datos que se muestran en las páginas *web* de terceros que presenta la lista de resultados de la búsqueda, dado que estos motores tratan la información accesible en Internet globalmente sin seleccionar entre datos personales y el resto de información. En su opinión, además, aun suponiendo que esta actividad deba ser calificada de “tratamiento de datos”, el gestor de un motor de búsqueda no puede considerarse “responsable” de ese tratamiento, ya que no conoce dichos datos y no ejerce control sobre ellos.

En ocasiones, un sitio de búsqueda no satisface plenamente las necesidades de información del usuario. Sin necesidad de explorar de forma individual varios buscadores para encontrar resultados pertinentes, Internet dispone de herramientas que permiten interrogar varias bases de datos simultáneamente desde una única interfaz, a ellos se les denomina metabuscadores, buscadores múltiples, multimotores o megabuscadores⁷².

La doctrina internacional cuando a ella, los motores de búsqueda han sido definidos como un servicio que ayuda a los usuarios a localizar el contenido en internet⁷³.

El Abogado General *Sr. N. Jääskinen*, considera que los motores de búsqueda en Internet no estarían regulados en la normativa de la UE y, en particular, en la Directiva 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico, al no prestar “su servicio como contrapartida de una remuneración por parte de los usuarios de Internet”. A pesar de ello, examina su papel aplicando por analogía los principios de responsabilidad de aquellos prestadores de servicios de intermediación que se regulan en la Directiva 2000/31/CE⁷⁴.

En los tribunales españoles, han sido ajenos a dar una definición, en una sentencia de 30 de marzo de 2007⁷⁵, estime que: “ *al introducir por el usuario un concepto o conjunto de conceptos, expresados en palabras, en la ventana en blanco a tal fin del buscador, éste reacciona ofreciendo como resultado una serie de direcciones web distintas, más o menos numerosas, con contenidos relacionados con los conceptos introducidos por el usuario, resultado debidamente jerarquizado y con un breve resumen del contenido de cada página web que se indica en el propio resultado.*”

⁷⁰ RODRÍGUEZ CAMIÑO, R., “Motores de búsqueda sobre salud en Internet”, *Revista Cubana de Información en Ciencias de la Salud (ACIMED)*, vol. 11 núm. 5 Ciudad de La Habana septiembre – octubre 2003. Versión impresa ISSN 1024-9435.

⁷¹ Asunto C-131/12, TJUE (Gran Sala) caso *Google Spain S.L vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*. STS de 13 mayo 2014. TJCE 2014/85.

⁷² RODRÍGUEZ CAMIÑO, R., op. cit., nota 70.

⁷³ GRIMMELMANN, J., “The Structure of Search Engine Law”, vol. 93, *Iowa L. Rev.* 1 2007-2008, p.6.

⁷⁴ TJUE comunicado de prensa núm. 77/13, Luxemburgo, 25 de junio de 2013. Conclusiones del Abogado General en el asunto C-131/12 *Google Spain, S.L. y Google Inc.* /Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González.

⁷⁵ FD. 3.º de la STS del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona (núm. 41/2007) de 30 de marzo (JUR 2008, 349420).

Además, se ofrece un enlace directo con tales páginas, mediante el simple pinchazo sobre el concreto resultado escogido por el usuario. Prescindiendo de especiales tecnicismo, lo básico para entender la forma en la que trabaja Google, para prestar eficazmente el servicio antes expuesto de búsqueda páginas web, es conocer que lo hace a través de un programa que utiliza rastreadores de la red, que van visitando de modo permanente todas y cada una de las páginas que pueden encontrar concretadas a Internet. Cuando la visitan, estos rastreados, llamados robots de búsqueda, exploran la página, para conocer cuál es su contenido y temática, y toman parte de él, copiando algo de dichas páginas, lo que trasladan a Google, quien lo clasifica, según las categorías de búsqueda más frecuentes en Internet (ej. Deportes, salud, libros, comercio,...), elige una pequeña parte del mismo para orientar por su lectura a l usuario, prestándolo como parte del resultado, suelen consistir en unas frases reproducción del contenido de la página web original, y prepara el enlace o vínculo, que permite saltar de la página del buscador a la página original deseada. Todo eso pasa a ser almacenado en una base de datos, la que constituye el verdadero soporte de trabajo del buscador Google (...). Es fundamental saber que todo ese tratamiento de información realizado por la base de datos de páginas web de Google se base en informaciones que se retienen por tal base de datos en un soporte denominado memoria caché. Ello consiste en una memoria temporal y transitoria, no en un almacenaje definitivo. Esos archivos de memoria caché no están destinados a guardar de modo permanente los datos de los que dispone, sino sólo durante un tiempo y como medio necesario para hacer un uso rápido y puntual los mismos (...). Gracias a esa forma de almacenaje, definida por su temporalidad y escasez de datos recogidos de cada página, lo que la dota de una agilidad, el buscador de Google logra una muy alta velocidad de respuesta, ofreciendo en pocos segundos un número muy alto de páginas disponible sobre el tema objeto de búsqueda. Ello queda claro si se compara, v. gr., con el tiempo de respuesta del citado buscador con el de una base de datos ordinaria, ya sea un atlas geográfico, una enciclopedia o una base de jurisprudencia con soporte DVD, donde se guardan en memoria permanente la integridad de los datos relacionados con el contenido”.

En general, los motores de búsqueda son servicios de ayuda en Internet a los usuarios para encontrar todas las informaciones. Se examina, por tanto, si el sistema que utilizan los motores como Google para seleccionar y ordenar los resultados de sus búsquedas incluye algún mecanismo que otorgue un trato privilegiado a los contenidos culturales norteamericanos o anglosajones en detrimento de los de otras culturas o lenguas⁷⁶. Es decir, es un servicio digital que permite a los usuarios hacer búsquedas de, en principio, todos los sitios web o de sitios web en una lengua en concreto mediante una consulta sobre un tema cualquiera en forma de palabra clave, frase u otro tipo de entrada, y que en respuesta muestra enlaces en los que puede encontrarse información relacionada con el contenido solicitado⁷⁷. No se considera motor de búsqueda a efectos de la directiva aquellas funciones de búsqueda que se insertan dentro de una página web concreta, incluso aunque esa búsqueda dirija a un motor de búsqueda exterior⁷⁸. Pueden

⁷⁶ ABADAL, E. Y CODINA, L., “La diversidad cultural en Google y los motores de búsqueda: una aproximación conceptual”, *el profesional de la información*, vol. 17, núm. 2, 2008, p. 192.

⁷⁷ Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión. DOUE L 194/1, 19/7/2016. (Art. 4).

⁷⁸ PALMA ORTIGOSA, A., “El blindaje de Europa ante los ciberataques. Análisis de la Directiva 2016/1148 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las

diferenciarse según los distintos tipos de datos que recaban, incluyendo imágenes y/o videos y/o sonido o distintos tipos de formatos. Un nuevo campo de desarrollo lo constituyen los buscadores que se encuentran en cualquier parte de Internet. En el contexto de la Directiva sobre comercio electrónico (2000/31/CE), los buscadores se han definido como tipo de servicios de la sociedad de la información⁷⁹, a saber, herramientas de localización de información⁸⁰.

Sin embargo, La CE reprochaba al gigante tecnológico varias prácticas que cree contrarias a la libre competencia. La indignación de quienes se sienten perjudicados por esas prácticas ha acabado por acorralar a Google. “Es universalmente conocido que los remedios que propusieron eran ineficaces”, critica David Wood, abogado de *Iniciative for a Competitive Online Marketplace*, asociación que representa a varios demandantes del caso, entre ellos a un rival de Google: Microsoft. “Almunia⁸¹ creyó que era mejor llegar a un acuerdo, pero Google no jugó su papel. No negociaron de buena fe”, dice Wood⁸².

2.2.2. Tipo de datos de los motores de búsqueda

Los motores de búsqueda requieren de tres tipos de relación para su funcionamiento. Primero, está la relación entre el proveedor de contenido y el motor de búsqueda. Segundo, se relaciona entre el usuario y el motor. Por último, se tiene la relación directa entre el usuario y el proveedor de contenidos, la cual es propiciada por el motor de búsqueda. Cada uno de estos tipos de relación involucra procesos específicos que son necesarios para que los motores de búsqueda operen adecuadamente.

La primera relación que se presenta entre el proveedor y los motores de búsqueda, se hace a través de dos procesos que son la indexación y el *catching*.

La indexación consiste en: “[...] utiliza agentes de software automatizado – robots, arañas o *crawlers*– para explorar la web y encontrar contenidos. Por lo general, lo hace de la misma manera que un usuario, solicitando las páginas web de los servidores de proveedores de contenidos y ver lo que contienen estas páginas”⁸³.

Por su parte, el *catching* consiste en: “la creación de una “copia de la página web [...] tal como lucía cuando los spiders del motor de búsqueda lo visitaron por última vez. Esta copia se mantendrá sin cambios en la memoria caché hasta la próxima vez que la página sea accedida por los spiders”⁸⁴.

redes y sistemas de información en la Unión”, *Diario la Ley*, núm. 1, Sección Ciberderecho, 12 de diciembre de 2016, ed. Wolters Kluwer.

⁷⁹ Los buscadores de Internet se consideran en la legislación europea en materia de servicios de la sociedad de la información, definidos en el art. 2 de la Directiva 2000/31/UE. Este artículo hace referencia a la Directiva 98/34/UE, que especifica el concepto de servicio de la sociedad de la información.

⁸⁰ Ver el art. 21.2 en relación con el Considerando 18 de la Directiva de Comercio Electrónico (2000/31/UE).

⁸¹ Joaquín Almunia ex Vicepresidente de la Comisión Europea y comisario europeo de Competencia.

⁸² El País: “La UE pleitea contra el modo de actuar del gigante tecnológico. El buscador controla el 90% de las búsquedas y decide lo que podemos conocer y olvidar”, 5 de octubre de 2015.

Disponible en: http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2014/10/03/actualidad/1412364700_610737.html

⁸³ GRIMMELMAN, J., “The Structure of Search Engine Law”, *The University of Iowa Law Review* (The University of Iowa) 93 (2007), pp. 7 y 8.

⁸⁴ GRIMMELMAN, J., *op. cit.* nota 73, p. 8.

La segunda relación entre el usuario y los motores, se hace gracias a la indexación y el *catching* que dan respuestas rápidas a las informaciones buscadas por los usuarios.

La última relación entre el usuario y el proveedor se hace mediante la interpretación de los motores de búsqueda que facilitan encontrar la información deseada por los usuarios⁸⁵.

La tipología de los motores de búsqueda se puede distinguirse entre buscadores-araña, buscadores-directorios y buscadores- híbridos o mixtos. Respecto a los buscadores-araña, Google es el máximo modelo de este tipo de motores con su *software* “*google bot*”. Su *software* circula por las páginas de toda la web, coleccionando información para indexarla, dándole una relevancia en función de distintos factores como enlaces entrantes, salientes o visibilidad, entre otros y presentarlos en la página de resultados⁸⁶.

Por lo tanto, se puede clasificar en dos tipos:

Índices temáticos: son sistemas de búsqueda temáticos o categorías jerárquicas (aunque generalmente también incluyen sistemas de palabras clave). Estas son bases de datos de direcciones *web* elaboradas "manualmente", lo que significa que algunas personas asignan cada página web a una categoría o tema específico.

Motores de búsqueda: son sistemas de búsqueda de palabras clave. Estas son bases de datos que integran automáticamente páginas *web* a través de “*robots*” de búsqueda de la red⁸⁷.

a) Direcciones IP_{SSEP}

Uno de los elementos clave a la hora de utilizar Internet lo constituye la posibilidad de conocer la ubicación dentro de la red del recurso al que se quiere acceder.

El sistema de nombres de dominio (DNS)⁸⁸ tiene como función principal facilitar a los usuarios la navegación en la red. Esto lo logra con la ayuda de dos componentes: el nombre de dominio y su número correspondiente de IP (*Internet Protocol*). Un nombre de dominio es la dirección fácilmente comprensible para el usuario, de un ordenador, normalmente en forma fácil de recordar o de identificar, como *www.google.com*. Un número IP es una dirección numérica única subyacente, como 191.81.297.65. Las bases de datos distribuidas contienen las listas de los nombres de

⁸⁵ RENGIFO GARCÍA, E., “Derechos de autor de las obras reproducidas y publicadas en línea por los motores de búsqueda”, *Revista la propiedad inmaterial*, núm. 22, 2016. P 36.

⁸⁶ CASTELLÓ PASTOR, J. J., *Motores de búsqueda y derecho de autor: infracción y responsabilidad*, Thomson Reuter Aranzadi, 1.ª Ed. 2016, p. 56.

⁸⁷ <https://informatica0429.blogspot.com/2015/01/tipos-de-navegadores-y-buscadores.html>. (Consultada el 3 de mayo de 2017).

⁸⁸ El DNS (del inglés *Domain Name System*) ha sido administrado por la Entidad de Asignación de Números de Internet (IANA) (del inglés *The Internet Assigned Numbers Authority*), de conformidad con los principios descritos en la Invitación a formular comentarios (RFC) 1591 de marzo de 1994.7 El DNS opera sobre la base de una jerarquía de nombres. En la parte superior están los dominios de nivel superior, que normalmente están divididos en dos categorías: los dominios de nivel superior genéricos (gTLD) (del inglés *Generic Top Level Domain*) y los dominios de nivel superior correspondientes a códigos de países (ccTLD) (in inglés *Country Code Top Level Domain*). [Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), “La gestión de los nombres y direcciones de internet: cuestiones de propiedad intelectual”, Informe Final sobre el Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet, 30 de abril de 1999. Disponible en: <http://wipo2.wipo.int>].

dominio y sus correspondientes direcciones numéricas IP y realizan la función de establecer mapas de los nombres de dominio con sus correspondientes direcciones numéricas IP, con el fin de dirigir las solicitudes de conexión de los ordenadores en Internet. El DNS está estructurado de forma jerárquica, lo que permite la administración descentralizada de los mapas nombre-dirección. Esta nueva característica ha sido la base de la extraordinaria velocidad con la que los nuevos ordenadores pueden sumarse a Internet, a la vez que se garantiza su resolución exacta de nombre⁸⁹.

Cuando se teclea un nombre de dominio en el correspondiente programa de navegación, éste se conecta remotamente a una base de datos --normalmente puesta a disposición por parte del correspondiente proveedor de acceso a Internet-- que contiene una lista actualizada de todas las direcciones IP conectadas a nombres de dominio, permitiendo la "traducción" del nombre de dominio solicitado a la respectiva dirección IP. Una vez dicha dirección se ha identificado, el equipo del usuario puede conectarse --a través de la red que constituye Internet-- al equipo informático en el que se encuentren ubicados los contenidos vinculados al nombre de dominio en cuestión, permitiendo el acceso remoto a los mismos.

Técnicamente, el DNS se basa en una estructura jerárquica de listas, que se divide en los tres niveles siguientes:

a) Lista núm. 1: Esta lista se conoce como "raíz" (*root*, en inglés) y contiene las direcciones IP correspondientes a todas las categorías operativas de nombres de dominio.

b) Lista núm. 2: Esta lista, que se divide en cada una de las categorías de nombres de dominio existentes, permite identificar la ubicación del específico nombre de dominio solicitado dentro de su respectiva categoría.

c) Lista núm. 3: Finalmente, esta lista permite obtener la dirección IP exacta del nombre de dominio solicitado.

Como puede comprobarse, el DNS podría definirse como la tecnología estandarizada de ubicación de contenidos en Internet a través de un sistema de correspondencia entre direcciones IP y nombres de dominio⁹⁰.

Con la utilización comercial de Internet, los nombres de dominio, en tanto que elemento determinante de la identificación de las entidades y personas con presencia en la red y la localización de sus recursos, se han convertido en un activo inmaterial de gran valor para las empresas, pese a su peculiar naturaleza jurídica. El valor económico de estos activos ha seguido creciendo, incluso aunque la generalización del uso de los buscadores como vía para la localización de la información en la red ha hecho menos habitual la práctica de teclear directamente el nombre de dominio de aquel cuya información quiere consultarse. Así, los usuarios tienden a asociar el nombre de dominio con la identidad de su titular⁹¹.

⁸⁹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), "La gestión de los nombres y direcciones de internet: cuestiones de propiedad intelectual", Informe Final sobre el Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet, 30 de abril de 1999. <http://wipo2.wipo.int>.

⁹⁰ AGUSTINOY GUILAYN, A., "Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación", ed. Tirant Lo Blanch, Colección: Manuales de Derecho Civil y Mercantil, 1.ª Ed., pp.423. Rústica, 2016.

⁹¹ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A., "Derecho Privado De Internet", 4.ª Ed. Cizur Menor Navarra: Civitas, 2011, p 51.

Las direcciones IP son secuencias de números que se asignan a los ordenadores conectados a Internet para que estos puedan comunicarse entre sí a través de esa red. Cuando se consulta un sitio de Internet, la dirección IP del ordenador que consulta se comunica al servidor en el que se aloja el sitio consultado. Dicha comunicación es necesaria para que los datos consultados puedan transferirse al destinatario correcto. Por otro lado, los ordenadores de los usuarios de Internet reciben de los proveedores de acceso a Internet una dirección IP «estática» o una dirección IP «dinámica», es decir, una dirección IP que cambia con ocasión de cada nueva conexión a Internet. A diferencia de las direcciones IP estáticas, las direcciones IP dinámicas no permiten relacionar, mediante ficheros accesibles al público, un ordenador concreto y la conexión física a la red utilizada por el proveedor de acceso a Internet⁹².

En una sentencia⁹³, que tiene por objeto la interpretación, por una parte, de los art.3, apdo. 1⁹⁴, y art. 8, apdo. 3, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001 (LA LEY 7336/2001), relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO 2001, L 167, p. 10; corrección de errores en DO 2002, L 6, p. 70, y DO 2008, L 314, p. 16) (en adelante DDASI), y, por otra parte, del art. 11 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 (LA LEY 5267/2004), relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (DO 2004, L 157, p. 45; corrección de errores en DO 2004, L 351, p. 44). La petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre, por un lado, *Stichting Brein*, una fundación que defiende los intereses de titulares de derechos de autor, y, por otro, *Ziggo BV* y *XS4ALL Internet BV*, proveedores de acceso a Internet, relativo a las solicitudes presentadas por *Stichting Brein* para que se ordene a estas últimas bloquear los nombres de dominio y las direcciones IP de la plataforma de intercambio en línea «*The Pirate Bay*».

En conclusión, la dirección IP es un número único e irrepetible con el cual se identifica un ordenador conectado a una red que usa el protocolo *Internet Protocol*). Tal exigencia legal se establece en el art. 588 ter k (identificación mediante número IP) según redacción dada por LO 13/2015 de 5 de octubre (LA LEY 15163/2015)⁹⁵, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que entró en vigor⁹⁶.

El Tribunal de Justicia declara que una dirección de PI dinámica registrada por un proveedor de servicios de medios en línea con ocasión de la consulta por una persona de un sitio de Internet que ese proveedor hace accesible al público constituye respecto a dicho proveedor un dato personal, en el sentido de la citada disposición, cuando éste

⁹² TJUE, sala segunda, STS de 19 de octubre de 2016, C-582/2014.

⁹³ TJUE, sala segunda, STS de 14 de junio de 2017, C-610/2015.

⁹⁴ Téngase en cuenta que conforme establece la Sentencia TJUE (sala segunda) de 8 septiembre 2016 (C-160), el art. 3, apdo. 1 debe interpretarse en el sentido de que, para dilucidar si el hecho de colocar en un sitio de Internet hipervínculos que remiten a obras protegidas, disponibles libremente en otro sitio de Internet sin la autorización del titular de los derechos de autor, constituye una «comunicación al público» en el sentido de la citada disposición, es preciso determinar si dichos vínculos son proporcionados sin ánimo de lucro por una persona que no conocía o no podía conocer razonablemente el carácter ilegal de la publicación de esas obras en este otro sitio de Internet o si, por el contrario, los vínculos se proporcionan con ánimo de lucro, supuesto en el que debe presumirse tal conocimiento.

⁹⁵ Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

⁹⁶ Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 5.ª, STS 118/2017 de 4 de abril de 2017, rec. 12/2017.

disponga de medios legales que le permitan identificar a la persona interesada gracias a la información adicional de que dispone el proveedor de acceso a Internet de dicha persona⁹⁷.

b) Cookies de la Red

Las *cookies* son pequeños archivos de texto que los sitios *web* instalan en el equipo de sus usuarios con el propósito de registrar determinada información que podrá ser utilizada posteriormente por el titular de la web o por terceros para, entre otras cosas, facilitar la navegación del usuario, elaborar las estadísticas de visita del *website* e incluso mostrar publicidad relacionada con los hábitos de navegación del usuario. Jurídicamente, las *cookies* son dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en quipos terminales que, al igual que sucede con otros dispositivos similares (*pixel tag*, *web beacons*, *local shared objects*, etc.), se instalan en el equipo del usuario con el propósito de registrar determinada información que podrá ser utilizada posteriormente por el titular de la web o por terceros con finalidades de carácter técnico, estadístico o publicitario⁹⁸. Las *cookies* se encuentran reguladas en el último párr. del art. 22.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio (LA LEY 1100/2002), de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSI) que indica: “[...]2. Los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos.

Cuando sea técnicamente posible y eficaz, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones.

Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario”.

Los motores de búsqueda recopilan y procesan grandes cantidades de datos de los usuarios, incluidos los recopilados por medios técnicos, como las *cookies* ("chivatos"). El contenido de *las cookies* varía de un proveedor de motor de búsqueda a otro. Las *cookies* permiten identificar al usuario con mayor precisión que la dirección *IP*. Por ejemplo, si el ordenador es compartido por múltiples usuarios con diferentes cuentas, cada usuario tiene su propia *cookie* que lo define de manera única como usuario del ordenador. También pueden usar para hacer coincidir las búsquedas realizadas de ordenadores nómadas, por ejemplo ordenadores portátiles, ya que un usuario tendrá la misma *cookie* en diferentes lugares. Finalmente, si varios ordenadores comparten una conexión a Internet (p. ej. detrás de una caja (*box*) o de un router con traducción de direcciones de red), la *cookie* permite la identificación de los diferentes usuarios en los distintos ordenadores⁹⁹.

⁹⁷ TJUE, sala segunda, STS de 19 de octubre de 2016, C-582/2014.

⁹⁸ CRUZ CORREA, A., “El control jurídico de las *cookies*; una utopía del siglo XXI”, *Actualidad Administrativa*, núm. 1, sección Administración del siglo XXI, enero 2016, ed. Wolters Kluwer..

⁹⁹ Grupo sobre protección de datos del art. 29, Dictamen 1/2008 sobre cuestiones de protección de datos relacionadas con motores de búsqueda, WP 148, de 4 de abril de 2008.

La Directiva 2009/136/CE (LA LEY 22502/2009), que se modifica la Directiva 2002/58/CE (LA LEY 9590/2002), relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, supone un cambio, a nivel de la UE, en la regulación de los usos permitidos de las cookies, de modo que el sistema de *opt-out* (información y posibilidad de negarse), utilizado hasta ahora, ya no es suficiente.

El art. 5, apdo. tercero, de la Directiva 2002/58/CE (LA LEY 9590/2002), en la redacción dada por la Directiva 2009/136/CE, viene a establecer el sistema de *opt-in*, exigiendo a todos los que pretendan almacenar información o acceder a ella a través de cookies, el haber obtenido previamente el consentimiento expreso de los usuarios, después de haberles facilitado información clara y precisa sobre la identidad del responsable de instalar la cookie y recoger la información correspondiente, y sobre mismo funcionamiento de las cookies, el tipo de información que se recaba y la finalidad del tratamiento¹⁰⁰.

El art. 22.2 de la Ley 34/2002 (LA LEY 1100/2002)¹⁰¹, exige el consentimiento del usuario sobre los archivos o programas informáticos (como las llamadas «cookies») que almacenan información en el equipo de usuario y permiten que se acceda a éste; dispositivos que pueden facilitar la navegación por la red pero con cuyo uso pueden desvelarse aspectos de la esfera privada de los usuarios, por lo que es importante que los usuarios estén adecuadamente informados y dispongan de mecanismos que les permitan preservar su privacidad¹⁰².

Así, el artículo establece que: *“Los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (LA LEY 4633/1999), de protección de datos de carácter personal.*

Cuando sea técnicamente posible y eficaz, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones.

Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario”.

c) Motores de búsqueda spiders

Como bien afirma la resolución¹⁰³ de archivo de actuaciones de las actuaciones practicadas por la AEPD en virtud de unas denuncias presentadas en el que acusa a

¹⁰⁰ DE VELASCO MARÍN, R., “Falta de adecuación de la legislación española a la Directiva «cookies»”, *Diario la Ley*, núm. 7817, Sección Tribuna, 13 de marzo de 2012, Año XXXIII, Ref. D-116, ed. la Ley.

¹⁰¹ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

¹⁰² DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., “Revisión de la Directiva europea sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 1, Sección Zona Local/Nuevas tecnologías, Quincena del 15 al 29 de enero de 2017, Ref. 94/2017, p. 94. Ed. Wolters Kluwer .

¹⁰³ Resolución de archivo de actuaciones, expediente núm. E/00583/2016 de la Agencia Española de Protección de Datos, del 27 de junio de 2016.

Google por “saltarse reiteradamente los bloqueos de *robots.txt*”. En el escrito se alude al protocolo de exclusión que utilizan, en particular, distintas administraciones públicas con el fin de impedir la actuación de buscadores como Google. Según se indica: “Si una persona solicita al Boletín que oculte una URL¹⁰⁴ en el listado *robots.txt* (y se implementa), es fácil que, transcurrido un tiempo, al buscar el nombre de esa persona en Google, pueda llegar a aparecer la misma URL, acompañada de una leyenda que indique:

‘No hay una descripción de este resultado debido al archivo robots.txt de este sitio’. Es decir, no se mostrará en Google el nombre de la persona, pero se seguirá mostrando la URL, y, de paso, una frase que alerta acerca de la censura’’. En relación con los supuestos concretos en que el buscador Google sigue asociando a determinados resultados la leyenda ‘no hay disponible una descripción de este resultado debido al archivo robots.txt’.

Debe señalarse que *robots.txt* es un protocolo genérico dirigido a todos los rastreadores automáticos y no solo a aquellos rastreadores utilizados por motores de búsqueda¹⁰⁵.

Para más información sobre el protocolo *robots.txt*, se puede consultar el siguiente enlace <http://www.robotstxt.org/>, y el siguiente texto en particular: “Los robots *web* (también llamados *web Wanderers*, Rastreadores (*Crawlers*) o Arañas (*Spiders*)) son programas que atraviesan la *web* automáticamente.

Los motores de búsqueda, como Google, los utilizan para indexar el contenido *web*, los remitentes de *spam* para encontrar direcciones de email, y también tienen muchos otros usos.

¹⁰⁴ No se puede acceder a él a menos que se conozca la URL - código identificador de la ubicación de los datos-, porque conceptualmente actúa como una contraseña. STS núm.119/2014, rec. núm. 742/2013, Audiencia Provincial de Valencia. Disponible en:

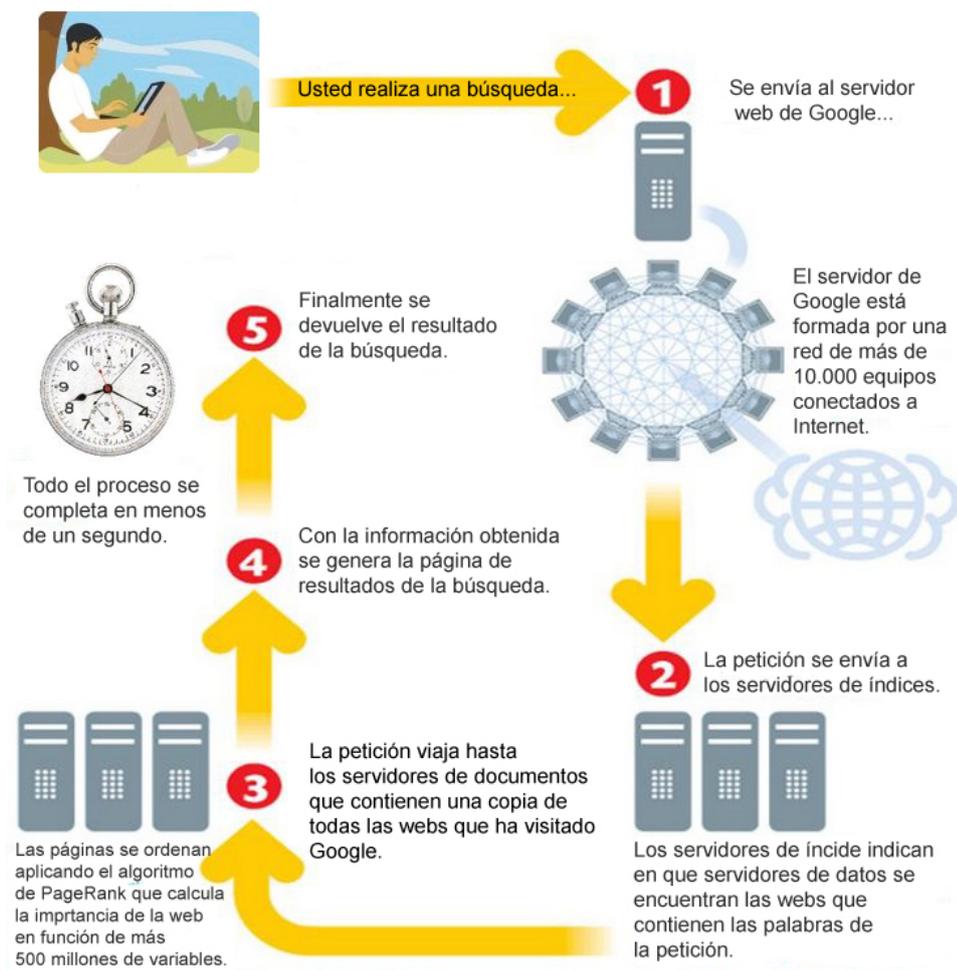
<http://www.tirantonline.com/tol/documento/show/4435120?general=definici%C3%B3n+de+URL&searchtype=substring&index=0>. (Consultada el 1 de junio de 2015).

¹⁰⁵ Agencia española de Protección de Datos, Resolución de archivo de actuaciones, Expe. núm. E/00583/2016.

2.3. Funcionamiento de motores de búsqueda (Google):

¿Cómo funciona Google?¹⁰⁶:

El funcionamiento de un motor de búsqueda es el siguiente¹⁰⁷:



No obstante, El acto de escribir una palabra clave en un motor de búsqueda en Internet ha pasado a ser parte de nuestra cultura y su resultado no nos resulta extraño. Sin embargo, el funcionamiento interno de dicha búsqueda es desconocido para el público en general. Sencillamente se asume que, si uno pide, se le dará; buscad, y hallaréis¹⁰⁸.

En realidad, para cualquier palabra clave escrita en un motor de búsqueda, es decir, para cada conjunto de palabras introducido, se proporcionan normalmente dos tipos de resultados: una serie de sitios *web* relacionados con la palabra clave («resultados naturales») y, junto a ellos, publicidad de determinados sitios *web* («anuncios»)¹⁰⁹.

¹⁰⁶ GORSTIZA, I., “Categorías Google”, *web 2.0, web master, cómo funciona Google: el proceso de búsqueda*. Publicado el 23 de agosto de 2007.

¹⁰⁸ Párr. 1, Parafraseando a Mateo 7:7. De Conclusiones del Abogado General Sr. Poiares Maduro presentadas el 22 de septiembre de 2009, asunto C 236/08.

¹⁰⁹ Párr. 2, A la vista del contexto particular de las presentes conclusiones, a saber, la publicidad en Internet, haré referencia a dicha publicidad como «anuncios» para diferenciarla de la publicidad habitual.

La sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014 (LA LEY 51150/2014), dictada en el asunto C-131/12, decisión prejudicial planteada por la sala de la AN en el recurso 725/2010 (LA LEY 8670/2012)¹¹⁰, la sala de instancia señala que ninguna duda cabe que la actividad de un motor de búsqueda como proveedor de contenidos debe calificarse de tratamiento de datos personales, que es el gestor del motor de búsqueda el responsable de dicho tratamiento, que corresponde al gestor del motor de búsqueda adoptar, en su caso, las medidas en aplicación de la para hacer efectivo el derecho de oposición del afectado, que la normativa europea en materia de protección de datos y, por ende, la legislación del país de la UE donde se encuentra el establecimiento, en este caso en España, es de aplicación cuando "el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el mencionado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de este Estado miembro"¹¹¹. Rechaza la alegación de falta de motivación de la resolución de la AEPD. Frente a la alegación de falta de legitimación pasiva de Google Spain en el procedimiento administrativo, entiende la Sala de instancia que la responsabilidad de Google Spain en el tratamiento de datos personales llevado a cabo en el marco del servicio de búsqueda en internet ofrecido por Google Inc. -gestor del motor de búsqueda- deriva de la unidad de negocio que conforman ambas sociedades, en la que la actividad desempeñada por Google Spain, S.L. resulta indispensable para el funcionamiento del motor de búsqueda, pues de aquella depende su rentabilidad.¹¹².

Un motor de búsqueda es un intermediario de la sociedad de la información que, conforme a la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014, cuando realiza una actividad consistente en localizar información publicada o incluida en Internet por terceros relativa a personas físicas, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia, efectúa un tratamiento de datos personales sometido a la normativa de protección de datos, siendo el gestor del motor de búsqueda el responsable de dicho tratamiento¹¹³.

Por lo tanto, si alguien no desea mostrar o localizar su página web por el buscador, al momento de creación de su web debería utilizar "códigos de exclusión"¹¹⁴ para el funcionamiento de los motores de búsqueda en Internet. Los códigos de exclusión recomiendan a los motores de búsqueda que no indexen o almacenen una página web fuente, o que no la muestren en los resultados de la búsqueda¹¹⁵. Su uso indica que el editor no desea que determinada información de la página web fuente pueda ser recuperada para su difusión a través de motores de búsqueda.

¹¹⁰ AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, auto de 27 de febrero de 2012, proc. 725/2010.

¹¹¹ Párr. 60 de STJ (gran sala), de 13 de mayo de 2014.

¹¹² TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS 574/2016 de 14 marzo de 2016, rec. 1380/2015.

¹¹³ BOTANA GARCÍA, G. A., "La Audiencia Nacional ejecuta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre derecho al olvido", *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 123, Sección Informe de Jurisprudencia, Segundo trimestre de 2015, ed. Wolters Kluwer .

¹¹⁴ Un código típico de exclusión (o protocolo de la exclusión de robots) se llama «robots.txt»; ver <http://es.wikipedia.org/wiki/Robots.txt> o <http://www.robotstxt.org/>. (Consultada el 26 de junio de 2015).

¹¹⁵ Sin embargo, los códigos de exclusión no impiden técnicamente la indexación o la presentación, sino que el proveedor del servicio que gestiona un motor de búsqueda puede decidir ignorarlos. Los proveedores de servicios de motor de búsqueda en Internet más importantes, Google incluido, alegan que respetan tales códigos incluidos en la página web fuente. Ver el dictamen 1/2008 del Grupo del art. 29, p. 14.

3. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

El caso ejemplar en que se establezca el art. 102 TFUE, es el concepto de “posición dominante”, definido en el conocido caso *United Brands* como la “*posición de fuerza económica disfrutada por una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores*”¹¹⁶.

El art. 102 del TFUE prevé se contempla la prohibición del abuso de posición dominante por parte de una o más empresas y declara que esta acción es incompatible con el mercado interior, por el hecho de que el mismo puede afectar perjudicialmente al comercio intracomunitario.

En virtud del art. 102 TFUE, primero y segundo párr., letra c), las empresas que tengan una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial de este tienen prohibido aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que les ocasionen una desventaja competitiva, en la medida en que el comercio entre los Estados miembro pueda verse afectado¹¹⁷.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹¹⁸, la prohibición específica de la discriminación contemplada en el art. 102, párr. segundo, letra c), tiene como objetivo garantizar que la competencia no será falseada en el mercado interior. La práctica comercial de la empresa en posición dominante no debe falsear la competencia en un mercado de una etapa anterior o posterior, es decir, la competencia entre proveedores o entre clientes de dicha empresa. En su competencia entre sí, las otras partes contratantes de la empresa en posición dominante no deben gozar de preferencias ni tampoco sufrir desventajas (sentencia de 15 de marzo de 2007, *British Airways/Comisión*, C-95/04 P, EU: C: 2007:166, apdo. 143). Por lo tanto, no es necesario que el comportamiento abusivo produzca efectos en la posición competitiva de la propia empresa dominante, en el mercado en el que esta ópera o respecto de sus eventuales competidores.

Para los requisitos de aplicación del art. 102 TFUE, párr. segundo, letra c), es necesario verificar que el comportamiento de la empresa en posición dominante en un mercado no solo es discriminatorio, sino que también pretende falsear la relación de competencia, es decir, obstaculizar la posición competitiva de una parte de los socios comerciales de esta empresa frente al resto (sentencia de 15 de marzo de 2007, *British Airways/Comisión*, C-95/04 P, EU: C: 2007:166, apdo. 144 y jurisprudencia citada).

De hecho, la discriminación de socios comerciales que se encuentran en relación de competencia no puede considerarse abusiva a menos que la conducta de la empresa en posición dominante pretende, como lo demuestran todas las circunstancias del caso concreto, llevar a una distorsión de la competencia entre esos socios comerciales. En esta situación, sin embargo, no puede exigirse que se aporte además la prueba del

¹¹⁶ Asunto 27/76 *United Brands Company y United Brands Continentaal BV* contra Comisión de las Comunidades Europeas (ECLI: EU: C: 1978: 22) párr. 65.

¹¹⁷ STJ, sala segunda, Asunto C-525/16. Procedimiento prejudicial — Competencia — Abuso de posición dominante — Art. 102 TFUE, párrafo segundo, letra c) — Concepto de “desventaja competitiva” — Precios discriminatorios en el mercado descendente — Sociedad de gestión de derechos afines a los derechos de autor — Canon que han de pagar los proveedores nacionales del servicio de pago de transmisión de la señal de televisión y de su contenido. Competencia, de 19 de abril de 2018.

¹¹⁸ TJUE, sala segunda, STS de 19 de abril de 2018, C-525/2016.

deterioro efectivo y cuantificable de la posición competitiva de determinados socios comerciales (sentencia de 15 de marzo de 2007, *British Airways/Comisión*, C-95/04 P, EU: C: 2007:166, apdo. 145).

La infracción se subsumió bajo el concepto de colusión definida por la Corte Suprema como el hecho de “ejecutar actos que tiendan a producir como efecto el impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, sin que sean necesario que se haya producido efectivamente dicho resultado, ni tampoco que el abuso de posición, que el acuerdo entre los agentes económicos permita alcanzar, mantener, o incrementar, sea requerido para que exista la colusión que la Ley sanciona”¹¹⁹.

La CE interviene para permitir las fusiones de empresas y verificar que no conducirán a la creación ni a la promoción del abuso de una posición dominante ni falsearán las normas de competencia. No importa si la empresa en cuestión está establecida o no en el dominio público, y que solo puede funcionar si la autorización de la ocupación del dominio público ha sido otorgada, por diversos medios legales, por el dueño del dominio público, generalmente el estado.

El carácter público de la empresa no constituye un obstáculo al control de las autoridades europeas, ni constituye un servicio público, en el sentido de la legislación francesa, ya que desarrolla una actividad económica en el mercado¹²⁰.

En la actualidad es casi un lugar común en la literatura jurídica sobre esta cuestión la afirmación de que el abuso de posición de dominio del art. 102 es un concepto objetivo¹²¹, lo único relevante son los efectos de la conducta y no la intención de restringir la competencia o de perjudicar con la misma, ni la falta de cuidado o diligencia de la sociedad en posición dominante a la hora de tomar sus decisiones¹²².

El TJUE o la Comisión¹²³ a nivel de declaraciones generales sobre la "objetividad" de las prohibiciones antimonopolio, la culpabilidad de los autores se demostrará en un gran número de ocasiones al mismo tiempo que se prueba la conducta prohibida. Estas prácticas en la jurisprudencia más reciente del TJUE se identifican con aquellas conductas:

"[...] de coordinación entre empresas que revelen un grado de nocividad para la competencia suficiente para que el examen de sus efectos pueda considerarse innecesario¹²⁴;

[...] para determinar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado como una restricción de la competencia «por el objeto» en el sentido del art. 101 del TFUE, apdo.

¹¹⁹ AIMONE GIBSON, E., “Teoría y derecho de la competencia”, escuela de derecho pontificia universidad católica de Valparaíso 2017, p. 32.

¹²⁰ GEORGES LAVROFF, D., “Domaine des collectivités locales : régime du domaine public”, chapitre 3 (folio núm. 5040), 2018-1.

¹²¹ STJUE 13.2.1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG vs. Commission of the European Communities*, Asunto 85/76 [ECLI: EU: C: 1979:36], párr. 91.

¹²² BELLO, M.P; HERNÁNDEZ, F., “Derecho de la libre competencia comunitario y español”, ed. THOMSON-ARANZADI, Cizur Menor, 2009, p. 216., p. 127; MILUTINOVIC, V., “The right to damages under EU Competition Law”, (from *Courage vs. Crehan to the White Paper and Beyond*), ed. Wolters Kluwer, Bedfordshire, 2010, pp. 110.

¹²³ PEÑA LÓPEZ, F., “Los presupuestos del régimen de responsabilidad por daños derivados de un ilícito anticoncurrencial: especialidades con respecto a la parte general del derecho de daños”, capítulo III. Ed. Tirant lo Blanch, 02/2018.

¹²⁴ STJ (sala primera), de 27 de abril de 2017, asunto C-469/15 P.

1, se debe tener en cuenta el contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe¹²⁵;

[...] si bien la intención de las partes no es un factor necesario para determinar el carácter restrictivo de un acuerdo entre empresas, no hay nada que impide que las autoridades de la competencia o los tribunales nacionales y de la Unión la tengan en cuenta".

Los abusos de posición de dominio constituyen una de las conductas anticompetitivas de mayor gravedad y las autoridades de competencia las persiguen con gran intensidad. Por ello, no es la primera vez que la CE decide investigar posibles prácticas abusivas llevadas a cabo por parte de una empresa que ostenta una importante posición de dominio en un mercado, tal y como sucede con Google¹²⁶.

La CE puede aplicar los arts. 101 (LA LEY 6/1957) y 102 del TFUE (LA LEY 6/1957) a través de dos tipos de decisiones: decisiones de «prohibición», en aplicación del art. 7 del Reglamento 1/2003 (LA LEY 14271/2002)¹²⁷, y decisiones de «compromiso» en aplicación del art. 9 (LA LEY 14271/2002) del mismo Reglamento.

De los casos de abuso de posición de dominio por infracción del art. 102 del TFUE (LA LEY 6/1957) tramitados por la Comisión, un gran número de éstos, han finalizado mediante las decisiones de compromiso en comparación con los casos de abuso finalizados con decisiones de prohibición.

En un Decisión de 11 de octubre de 2016¹²⁸ la Comisión ha impuesto una multa de 6 millones de euros a la empresa *Alststoff Recycling Austria AG*, en adelante “ARA”, por abuso de posición de dominio en el mercado para la exención de los residuos de envases domésticos, así lo publicó la Comisión en un Comunicado de Prensa¹²⁹, cuya decisión ha sido insertada el 23 de noviembre en la página web de la Comisión. En este caso se aplicara más el art. 7 del Reglamento 1/2003 (LA LEY 14271/2002), o «decisión de prohibición», por infracción del art. 102 TFUE (LA LEY 6/1957); Sin embargo, en palabras de la Comisión este caso es diferente del tipo de cooperación respecto de los casos de cártel, por lo que en este documento vamos a analizar cuáles son las repercusiones que ello implica en el derecho de competencia comunitario y por consiguiente, para las autoridades de competencia nacionales.

El 20 de septiembre 2016, declaró que ARA “ha abusado de su posición dominante en el mercado para la exención de la recogida de residuos en el mercado doméstico al rechazar el acceso a los competidores potenciales a la infraestructura de recogida a domicilio que no podía ser duplicada. El comportamiento lo ha efectuado ARA al imponer de forma injustificada, condiciones de acceso al uso compartido de la infraestructura de recogida a domicilio (uso compartido) por sus competidores y en particular, al limitar el acceso potencial a su infraestructura de recogida a domicilio a las

¹²⁵ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, STS 1375/2018, 17 de septiembre de 2018, rec. 2452/2017.

¹²⁶ DE BLAS AGUILERA, J., “La comisión europea investiga posibles prácticas anticompetitivas realizadas por Google”, *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo 2015, ed. Wolters Kluwer.

¹²⁷ Reglamento CE 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 (La Ley 14271/2002), relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 (actual 101) y 82 (actual 102) del Tratado. DO L1, de 4.1.2003, p. 1. En adelante «Reglamento 1/2003».

¹²⁸ *Alststoff Recycling Austria (ARA)*, caso COMP/39759, COMMISSION DECISION of 20.9.2016 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (AT.39759 - ARA Foreclosure).

¹²⁹ *Press release* de 20.09.2016. «Antitrust: Commission fines ARA €6 million for hindering competition on Austrian waste management market».

regiones individuales, al margen del hecho que la infraestructura de recogida a domicilio no puede ser duplicada ni en regiones individuales, ni a nivel nacional en todo el país y es indispensable su acceso para la entrada al mercado”.

Es verdad que las empresas en situación de posición dominante tienen la responsabilidad especial en virtud del art. 102 TFUE de abstenerse de ciertos comportamientos unilaterales perjudiciales para la competencia, como los enjuiciados en la sentencia de 1 de julio de 2010, *Astra Zeneca/Comisión* (T-321/05, EU:T:2010:266), no deja de ser cierto que todas las empresas, estén o no en situación de posición dominante, también están sujetas al art. 101 TFUE cuando concurren las condiciones para la aplicación de éste, y se les pueden imponer multas por esa razón. Pues bien, en el presente asunto la Comisión aplicó esa última disposición, y no el art. 102 TFUE¹³⁰.

3.1. Consideraciones generales

La CE puede aplicar los arts. 101 y 102 del TFUE a través de dos tipos de decisiones: decisiones de «prohibición», en el sentido del art. 7 del Reglamento 1/2003, y decisiones de «compromiso» de conformidad con el art. 9 del mismo Reglamento. Si la Comisión decide aplicar el art. 7, debe establecer que un delito ha sido cometido, requiriendo la investigación correspondiente; en cambio, en el caso de una decisión en aplicación del art. 9, la Comisión no se pronuncia sobre la infracción: comunica formalmente a la empresa un resumen de los hechos principales del caso, identificando las repercusiones en la competencia, lo que sirve como fundamento para que las partes planteen los compromisos apropiados para resolver estas cuestiones¹³¹.

Los casos de abuso de posición de dominio por infracción del art. 102 del TFUE (LA LEY 6/1957) tramitados por la Comisión, un gran número de éstos, han finalizado mediante las decisiones de compromiso en comparación con los casos de abuso finalizados con decisiones de prohibición¹³², y en comparación con los casos de infracción del art. 101 TFUE.

El art. 2 de la LDC prohíbe el abuso de posición dominante. Con una redacción y un alcance muy similar al del art. 102 del TFUE (LA LEY 6/1957), el art. 2 de la LDC está dividido en tres apartados. Los dos primeros apartados tienen una redacción casi idéntica a la de los dos apartados del art. 102 del TFUE (LA LEY 6/1957). El primer apartado prohíbe, de manera general, «la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional»¹³³. El segundo apartado expone diferentes conductas que pueden ser constitutivas de abuso si las lleva a cabo una empresa en posición dominante. El tercer y último apartado que, sin embargo, no aparece en el art. 102 del TFUE (LA LEY 6/1957) aclara que la prohibición del abuso de posición dominante se aplica incluso en los casos en los que la posición de dominio de la empresa o empresas en cuestión haya sido establecida por

¹³⁰ Asunto T-472/13 *Lundbeck/Comisión*, del TG, de 08 de septiembre de 2016. Apdo. 784.

¹³¹ NÚÑEZ OSORIO, M. I., “La facultad de la Comisión Europea de aplicar un procedimiento de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) 1/2003 en los casos de abuso de posición de dominio”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 19, sección Congresos/Comunicaciones, segundo semestre de 2016, ed. Wolters Kluwer.

¹³² WHISH, RICHARD; BAILEY, DAVID, “*Competition Law*”, 8th Ed.. De 30 julio de 2015. OUP Oxford. P. 270.

¹³³ Resolución núm. S/0248/10, de december 19, 2012, de CNMC.

disposición legal. Además, el art. 2.3 de la LDC establece expresamente que el hecho de que la posición de dominio de una empresa se derive de una disposición legal no impide la aplicación de la prohibición del abuso de posición de dominio.

En cuanto a las autoridades españolas sobre el art. 2 de la LDC, al igual que el art. 102 del TFUE (LA LEY 6/1957), no define qué debe entenderse por posición de dominio. Las autoridades han recurrido con frecuencia a la siguiente definición¹³⁴:

“La posición de dominio de una empresa en particular en un mercado determinado expresa su capacidad para cambiar de manera provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El hecho de que una empresa tenga esa capacidad dependerá de que se den una serie de circunstancias que, para la empresa en cuestión, podrían resumirse en poder económico e independencia de comportamiento. Por lo tanto, parece que una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tuviera en este poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, por lo tanto, capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto”¹³⁵.

En el derecho español, El art. 2 de la LDC se aplica a todas las prácticas abusivas que ocurren en todo o parte del mercado nacional español. Sin embargo, si la práctica en cuestión afecta sensiblemente al comercio intracomunitario, en virtud del art. 3 del Reglamento CE núm. 1/2003.

Esta definición, es generalmente idéntica a la del TJUE cuya jurisprudencia sobre el abuso de posición dominante, las autoridades de competencia españolas -en palabras del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia- «ha[n] venido siguiendo fielmente». Está centrada en la independencia de comportamiento de la empresa en posición de dominio y en su capacidad para cambiar de manera rentable el precio y otras características del producto, y coincide esencialmente con el concepto económico de la empresa con poder de mercado, que es aquella que tiene la capacidad de elevar sus precios por encima del nivel competitivo, sin que se produzca por ello una pérdida de ventas que haga que ese incremento de precios deje de ser rentable¹³⁶.

El TS ha rechazado el recurso de AISGE contra la sentencia de la Audiencia Nacional¹³⁷, a la que la entidad sancionada achacaba haber infringido los principios de tipicidad, culpabilidad y presunción de inocencia. El TS explica que el abuso de posición dominante, tipificado por el art. 2 de la Ley de defensa de la competencia, se caracteriza por desarrollar un comportamiento que, prevaleciendo de una situación de superioridad en el mercado de referencia, impone condiciones abusivas al resto de sujetos que operan en dicho mercado, impone barreras que excluyen o dificultan gravemente el acceso al mismo o, en general, establece un marco de actuación anticompetitivo en beneficio propio¹³⁸.

¹³⁴ Resolución del TDC de 30 septiembre 1999, Expte. núm. 362/1999, Bacardi.

¹³⁵ Resolución del TDC de 3 de febrero de 1992, Expte. A16/91. En términos análogos se expresa en el asunto Electra Avellana, de 7 de julio de 1999, Expte. 441/98.

¹³⁶ ALLENDESALAZAR, R. y VALLINA, R., “Art. 2 de la LDC: el abuso de posición dominante”, Esta doctrina forma parte del libro “La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación”, 1 ed. la Ley, Madrid, noviembre 2010.

¹³⁷ STS del TS de 24 de febrero de 2017, sala tercera, sección tercera. STS 318/2017. Rec. 1314/2014.

¹³⁸ Audiovisual451.com, “El Tribunal Supremo confirma la multa a Aisge por el incremento injustificado de las tarifas que cobraba a los cines”, 3 de marzo de 2007.

Una constante jurisprudencia que encuentra en la Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012 un resumen especialmente significativo cuando señala que "A este respecto, de la jurisprudencia se desprende que, a los efectos de aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de competencia, una empresa es cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (sentencias de 23 de abril de 1991 *Höfner y Elser*, C-41/90, Rec. p. I-1979, apartado 21, y de 17 de febrero de 1993, *Poucet y Pistre*, C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637, apartado 17). según reiterada jurisprudencia, constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (sentencias de 24 de octubre de 2002, *Aéroports de Paris/Comisión*, C-82/01 P, Rec. p. I-9297, apartado 79; de 1 de julio de 2008, *MOTOE*, C-49/07, Rec. p. I-4863, apartado 22, y de 3 de marzo de 2011, *AG2R Prévoyance*, C-437/09, Rec. p. I-0000, apartado 42). Así pues, el propio Estado o un organismo estatal pueden actuar como empresa (ver en este sentido, la sentencia de 20 de marzo de 1985, *Italia/Comisión*, 41/83, Rec. p. 873, apartados 16 a 20).

3.2. Situaciones que se consideran abuso de posición dominante

El Derecho de la competencia trata sobre el funcionamiento adecuado de los mercados para evitar que las empresas participen en un comportamiento anticompetitivo que reduce o incluso elimina los incentivos para la competencia necesarios para aumentar el bienestar del consumidor mediante el ofrecimiento en el mercado de bienes o servicios con la mayor calidad posible al menor precio posible. Con el objetivo de asegurar un adecuado cumplimiento del art. 102 del TFUE (LA LEY 6/1957), el Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 (LA LEY 14271/2002), relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 101 y 102 del Tratado han dotado a la CE de amplias facultades y poderes¹³⁹.

La lista de prácticas abusivas recogida en el art. 102 del TFUE no es limitativa, de modo que las prácticas que recoge constituyen únicamente ejemplos de abuso de posición dominante. En efecto, la enumeración de las prácticas abusivas contenida en esta disposición no agota las formas de explotación abusiva de posición dominante prohibidas por el Tratado¹⁴⁰. La determinación de si ha existido a no abuso de posición de dominio o privilegiada exige, como es pacífico tras muchas¹⁴¹, seguir tres pasos sucesivos: determinación del mercado relevante (tanto respecto del producto como de su ámbito geográfico), disponer en ese mercado relevante de posición de dominio y, finalmente, determinar si las conductas denunciadas merecen el calificativo de abusivas¹⁴².

La Comisión considera, de manera preliminar, que Google ha aplicado una estrategia en relación con los dispositivos móviles para mantener y reforzar su posición

Disponible en: <https://www.audiovisual451.com/el-tribunal-supremo-confirma-la-multa-a-aisge-por-el-incremento-injustificado-de-las-tarifas-que-cobraba-a-los-cines/>. (Consultada el 18 de diciembre de 2017).

¹³⁹ DE BLAS AGUILERA, J., *op. cit.*, nota 126.

¹⁴⁰ AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS 182/2017 de 23 de mayo de 2017, rec. 263/2014.

¹⁴¹ STJUE (por todas la de 24/05/2012, Asunto T-111/08.

¹⁴² TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS 2567/2016 de 9 de diciembre de 2016, rec. 731/2014.

dominante en la búsqueda general en internet¹⁴³. En el marco de dicha investigación, la Comisión tiene competencias para requerir a cualquier entidad para que proporcione la información que considere necesaria en aras a detectar o descartar la existencia de prácticas consistentes en el abuso de una posición dominante. Dichos requerimientos de información podrán ser dirigidos no solo a la empresa directamente afectada¹⁴⁴.

Los motores de búsqueda desempeñan un papel clave en la orientación de los consumidores en el entorno digital, y la Comisión considera este mercado como una de sus prioridades. La Comisión reforzó su conclusión preliminar de que Google había abusado de su posición dominante al favorecer de forma sistemática su servicio de comparación de precios en sus páginas de resultados de búsquedas. Así, a la Comisión le preocupa que los usuarios no vean necesariamente los resultados más pertinentes en respuesta a sus consultas, lo que iría en detrimento de los consumidores y de la innovación en el mercado¹⁴⁵.

El 27 de junio de 2017, la Comisión ha puesto una multa más alta por violación de Competencia en la historia de la UE. La Comisión ha impuesto a Google una multa por valor de 2,42 mil millones de euros por violar la legislación *antitrust* de la UE, por su abuso de su posición dominante en el mercado en cuando motor de búsqueda que ofrece una ventaja ilegal a otro producto de Google, su servicio de compras comparativas¹⁴⁶. La empresa ahora debe poner un término a su forma de proceder en el plazo de noventa días (90) o enfrentarse al pago de una multa que puede llegar hasta el cinco por cien (5%) de la cifra de negocios medio diario de *Alphabet*, la sociedad matriz de Google, a nivel mundial.

Los motores de búsqueda desempeñan un papel clave para guiar a los consumidores en el entorno digital, y la Comisión considera este mercado como una de sus prioridades.

La comisaria Margrethe Vestager, a cargo de la política de competencia, ha afirmado lo siguiente: *“Google nos ha traído numerosos productos y servicios innovadores que han supuesto un gran cambio en nuestras vidas y eso es algo positivo. Pero la estrategia de Google para su servicio de compras comparativas no se limita a atraer clientes ofreciendo un producto que sea mejor que los de sus rivales, sino que Google ha abusado de su posición dominante como motor de búsqueda situando en mejor lugar su propio servicio de compras comparativas dentro de sus resultados de búsqueda y colocando en peor situación los de sus competidores.*

*Lo que Google ha hecho es ilegal según la legislación antitrust de la UE, pues ha denegado a otras empresas la posibilidad de innovar y de competir según sus méritos. Y lo que es más importante, ha denegado a los consumidores europeos una auténtica oferta de servicios y todas las ventajas de la innovación”*¹⁴⁷.

¹⁴³ Comisión Europea - Comunicado de prensa, “Antitrust: la Comisión envía un pliego de cargos a Google sobre el sistema operativo y las aplicaciones de *Android*”, Bruselas, 20 de abril de 2016.

¹⁴⁴ DE BLAS AGUILERA, J., *op. cit.*, nota 126.

¹⁴⁵ CE, “informe de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones” Informe sobre la política de competencia 2016, Bruselas, 31.5.2017 COM (2017) 285 final.

¹⁴⁶ SUANZES, P. R., “La UE impone a Google una multa récord de 2.420 millones por abuso de posición dominante”, el mundo, Bruselas 27 de junio de 2017.

¹⁴⁷ CE- Comunicado de prensa, “Antitrust: la Comisión impone a Google una multa de 2,42 mil millones de euros por abuso de posición dominante como motor de búsqueda por dar una ventaja ilegal a su propio servicio de compras comparativas”, Bruselas, 27 de junio de 2017.

El TS en su sentencia de 8 de mayo de 2003 (*Tándem Transportes y Ruta Sur*)¹⁴⁸, definió el abuso de posición dominante como "*una modalidad singular de abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado*".

El TS, en esa misma sentencia, puntualizó no obstante que "no toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición de dominio merecerá ser calificada como explotación abusiva". El TS exige para que la conducta se pueda calificar de abusiva que ésta carezca de una justificación económica objetiva y razonable: "Serán abusivas, pues, las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico" e indica que podrá apreciarse esta carencia de justificación "allí donde el ejercicio por la empresa dominante de su especial libertad económica deje de acomodarse, sin razón reconocible como tal, al que llevaría a cabo en una situación de competencia efectiva"¹⁴⁹.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 28 de enero de 2014 señala que "Pues bien, a juicio de la sala y una vez que hemos considerado que el mercado relevante es estrictamente local, estamos ante una clara y contundente posición de dominio de la empresa denunciada. Y ello por ser la única empresa que presta el servicio (STJUE de 13/02/1979, Asunto *Hoffmann-La Roche*), por tener la casi totalidad de la cuota de mercado de los servicios de velatorios efectuados, por no estar en presencia de un servicio sustituible en términos de demanda, tal y como hemos razonado anteriormente, y por las propias características de la demanda, que como bien dice la Instructora del expediente, es «necesaria, reactiva, forzosa, local, temporal, sin información y cuasi inelástica» (la Resolución de la CNMC *SAMAD/12/10*, Tanatorios *Coslada* dice que «El mercado de servicios funerarios en España se caracteriza, desde el punto de vista de la demanda, por ser estable, forzoso o de primera necesidad, ocasional, urgente y local»)...".

La aplicación práctica a un supuesto concreto y de actualidad puede verse, por ejemplo, en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid¹⁵⁰ en la que determina la posición dominante de la Liga Nacional de fútbol cuando señala que "...El mercado geográfico relevante está constituido, a los efectos del debate instado hasta ahora en esta contienda de medidas, por el ámbito nacional, donde tiene lugar la disputa de la liga de fútbol profesional, organizada por la Liga Nacional de fútbol profesional en España, y ello sin perjuicio de que parte de los intereses económicos derivados de dicho mercado tienen un reflejo supranacional.

La posición de dominio sobre el mercado así delimitado de la Liga Nacional de fútbol profesional no es un hecho discutido, como se indicó en el Fundamento Jurídico

¹⁴⁸ STS, sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, 8 de mayo de 2003, núm. de rec. 4495/1998.

¹⁴⁹ Resolución núm. S/0345/11, de July 17 de 2014, de CNMC.

¹⁵⁰ Juzgado de lo mercantil núm.8 de Madrid MCP 656/14- 4 .ª Pedro LEON SANCHEZ GIL. Liga Nacional de Fútbol Profesional. Auto - Dictado en Madrid, a 17 de noviembre de 2014, - Sobre resolución de medidas cautelares previas a demanda.

(8) apdo. 6 de esta resolución, en términos de congruencia de análisis con los argumentos deducidos por Sergio, y ello sin perjuicio de que su actuación pueda ser contemplada como un acuerdo o decisión colectiva de los empresarios oferentes de dicho mercado, en consonancia con lo dispuesto en el art. 1.1 de la Ley de defensa de la competencia, relevante para el derecho de la competencia. De hecho, debe tenerse presente la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2005, a. *Piau vs FIFA*, en cuyo párr. 68 se señala que «Pues bien, esta disposición y las facultades conferidas a la Comisión para asegurar su cumplimiento se refieren a decisiones, acuerdos o prácticas de empresas o de asociaciones de empresas, de modo que el Derecho comunitario sólo es aplicable en la medida en que los actos o comportamientos examinados y sus autores entran dentro del ámbito de esta disposición. En el marco del presente recurso, la Comisión ha indicado que, según ella, la FIFA constituye una asociación de empresas y el Reglamento controvertido una decisión de empresas, confirmando así el análisis efectuado en el pliego de cargos, que el Sr. *Piau* comparte, pero que la FIFA discute». Luego, añade en el párr. 72 de tal sentencia que «Puesto que las asociaciones nacionales constituyen asociaciones de empresas y también, debido a las actividades económicas que desarrollan, empresas, la FIFA, asociación que agrupa a las asociaciones nacionales, constituye igualmente una asociación de empresas en el sentido del art. 101 del Tratado Constitutivo de la UE...»".

3.3. Precedentes europeos de abuso de posición dominante

Tras haber recibido numerosas quejas y denuncias por parte de terceros, la CE ha abierto varias s investigaciones sobre el abuso de posición de dominio de Google en el mercado europeo. El buscador estadounidense ofrece un adecuado trato a sus servicios de búsqueda, que ha causado un daño a sus competidores. En otras palabras, el buscador general de Google ofrece a los usuarios un acceso más fácil y rápido a los servicios de búsqueda que ofrece Google. Entre estas prácticas, se encontraría “Google *Shooping*”¹⁵¹.

La penalización más grave por violar las normas que promueven la competencia en el mercado europeo ha sido impuesta recientemente a Google por la CE y Se eleva a la cantidad de cuatro mil trescientos millones de euros (4.300 millones). Esta multa que asciende a la cantidad de dos mil cuatrocientos veinte millones de euros (2400 millones) en junio 2017. La empresa estadounidense Google ha sido autora relevante del desarrollo tecnológico, y ofrece una amplia gama de servicios gratuitos bastante popular como *gmail*, *Google maps*, *Google play*, *Google search*, etc.

Sin embargo, su gratuidad de sus servicios se ha advertido a una actuación de abuso de posición dominante que infringe las disposiciones del art. 102 del TFUE.

Según la CE, Google tiene una cuota de mercado de más del noventa por cien (90%) en el sector de búsquedas genéricas de Internet (servicio de buscador *Google Search*) en la mayoría de los Estados miembros de la UE. Este criterio de cuota del mercado es el criterio más simple para determinar si una empresa está en posición dominante, pero eso no es suficiente. Además, la Comisión culpa a Google de haber otorgado a sus otros servicios de comparación de precios para compras por Internet (*Google Shopping*). Google ha favorecido sus propios servicios y anuncios de pago sin que los usuarios pudieran ser conscientes de la alteración del resultado de la búsqueda.

¹⁵¹ DE BLAS AGUILERA, J., “A fondo La comisión europea investiga posibles prácticas anticompetitivas realizadas por Google”, *Actualidad Civil*, núm. 5-Mayo 2015.

En este sentido, la práctica sancionada consiste en la discriminación de los servicios que Google aplica e a los competidores cuando un usuario utiliza el buscador para buscar productos y comparar precios¹⁵².

3.3.1. Caso Google en Francia por abuso de posición dominante

Mientras que, en las sentencias recurridas (París, 24 de junio de 2014, Expediente núm. 2013/06758 y 2013/06766), la empresa *E-Kanopi*¹⁵³, que operaba a varios sitios web a los que se había suscrito a la cuenta de *AdWords* Google y la sociedad editado, también, los sitios "*iadah*" para el que había abierto una cuenta de *AdSense*, llevaron a la autoridad de competencia prácticas implementadas por el grupo de Google en el sector de la publicitaria en línea relacionada a las investigaciones, manteniendo que los cortes brutales de sus cuentas *AdWords* y *AdSense* por la sociedad Google, en mayo y junio de 2010, presentaban un carácter discriminatorio y constituían prácticas de abuso de posición dominante teniendo como resultado la eliminación y expulsión de las empresas competidoras de Google.

Google *AdWords* es el sistema de publicidad más popular entre los motores de búsqueda, que según *wikipedia.org*, constituye la principal fuente de ingresos de Google. Permite a los anunciantes seleccionar palabras-clave que, en el caso de coincidir con las introducidas por los usuarios del buscador, ofrecen enlaces patrocinados al sitio del anunciante, previo pago del «precio máximo por clic» estipulado y en función del número de «clics» en el enlace patrocinado y de la calidad del anuncio¹⁵⁴.

Mientras que la empresa *E-Kanopi* critica la decisión del 24 de junio del 2014 (expediente núm. 2013/06766) de declarar inadmisibile su recurso contra la decisión del Ponente General de la Autoridad dando secretos comerciales.

La sociedad *E-Kanopi* sostiene que su aplicación destaca los abusos de posición dominante por parte de Google, que las prácticas que denunció de exclusión brutal y no justificada de *AdWords* el 10 de junio de 2010 son idénticas a las denunciadas por la sociedad *Navx*, que fueron objeto de una decisión 10-MC-OI de la Autoridad del 30 de junio de 2010 que pedía medidas cautelares, luego de una decisión 10-D-30 de la Autoridad del 28 de octubre de 2010 que hacía obligatorios compromisos de Google, no respetados por ésta: que considera que la Autoridad, después de haber aplicado medidas de reglamento gracias al asunto *Navx*, no deseó iniciar un nuevo procedimiento de sanción contra Google.

Para retener que la Autoridad había podido válidamente rechazar la consulta para insuficiencia de pruebas sobre el fundamento del art. "L. 464-8"¹⁵⁵ del código de

¹⁵² CHAMIZO RENAU, J., "El sistema de control de la competencia en el mercado europeo y los últimos acontecimientos. Análisis del caso Google Shopping, la mayor sanción de la historia", *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, ISSN 1578-6420, núm. 65, 2018, pp. 75-90.

¹⁵³ Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 19 janvier 2016, 14-21.670 14-21.671, publié au bulletin.

¹⁵⁴ NÚÑEZ SEOANE, J., "Publicidad en buscadores mediante marcas notorias como palabras-clave", *Diario la Ley*, núm. 8952, sección tribuna, 30 de marzo de 2017, ed. Wolters Kluwer .

¹⁵⁵ Art. L464-8 (Ley núm. 2001-1168 de 11 de diciembre de 2001 Art. 33 IV Diario Oficial de 12 de diciembre de 2001) (Disposición núm. 2004-274 de 25 de marzo de 2004 Art. 24 III Diario Oficial de 27 de marzo de 2004) (Disposición núm. 2004-1173 de 4 de noviembre de 2004 Art.13 Diario Oficial de 5 de noviembre de 2004) (Ley núm. 2004-1343 de 9 de diciembre de 2004 Art. 83 II Diario Oficial de 10 de diciembre de 2004) Las resoluciones del Consejo de la Competencia mencionadas en los artículos

comercio, que la decisión de la Autoridad había seleccionado exactamente que la aprobación por Google de políticas de contenido *AdWords* y *AdSense* era guiada por el objetivo de proteger los intereses de los consumidores evitando al internauta cargar a distancia programas informáticos no deseados o pagar por bienes gratuitos, que los compromisos asumidos por Google en el asunto *Navx* no eran de aplicación en el caso presente, que no se justificaba que la política de contenido de Google no haya sido objetiva clara y no discriminatoria, o también que ninguna práctica denunciada por la demandante susceptible a afectar a la competencia en el mercado no fue establecida, el Tribunal de apelación que se pronunció sobre la pertinencia de la consulta, violó por falsa aplicación el art. L. 462-8¹⁵⁶ del código de comercio y por denegación de aplicación los arts. L. 464-6¹⁵⁷ y R. 464-7¹⁵⁸ del mismo código;

Que cuando ocupa una posición dominante, somete a una empresa a una obligación particular de retención; que así la suspensión sin preaviso ni advertencia previa de la cuenta de un publicista por la sociedad Google que tiene un noventa por cien del mercado está en sí mismo susceptible de constituir un abuso de posición dominante.

Otras quejas sobre prácticas anticompetitivas a Google sobre las cuentas *AdWords* y *AdSense*, que le han suspendido. La empresa estadounidense fue demandada por éste antes de la Autoridad de la Competencia. Se le acusó de prácticas

L.462-8, L.464-1, L.464-2, L.464-3, L.464-5 y L.464-6 serán notificadas a las partes encausadas y al Ministro de Economía, que podrán, en el plazo de un mes, interponer un recurso de nulidad o de revocación parcial ante la Cour d'appel de París. Las resoluciones serán publicadas en el Boletín Oficial de la Competencia, del Consumo y de la Represión del Fraude. El Ministro de Economía velará por su ejecución. Las decisiones podrán prever una publicación limitada para tener en cuenta el interés legítimo de las partes de que sus secretos no sean divulgados. El recurso no tendrá efecto suspensivo. Sin embargo, el primer presidente de la Cour d'appel de París podrá ordenar que se aplazase la ejecución de la resolución si ésta fuera susceptible de producir consecuencias manifiestamente excesivas o si se hubieran producido hechos nuevos de excepcional gravedad con posterioridad a su notificación. El recurso de casación planteado, en su caso, contra la sentencia del Tribunal se interpondrá en el mes siguiente a su notificación. El Ministro de Economía podrá en todos los casos interponer un recurso de casación contra la sentencia de la Cour d'appel de París.

¹⁵⁶ Art. L462-6 (Disposición núm. 2004-1173 de 4 de noviembre de 2004 Art. 5 Diario Oficial de 5 de noviembre de 2004) El Consejo de la Competencia examinará si las prácticas en las que hubiera entrado a conocer se encuentran dentro del ámbito de los arts. L.420-1, L.420-2 o L.420-5 o pudieran encontrarse motivados por aplicación del art. L.420-4. El citado Consejo dictará, llegado el caso, sanciones y requerimientos. Cuando los hechos le parezcan adecuados para motivar la aplicación del art. L.420-6, remitirá el informe al Fiscal de la República. Esta transmisión interrumpirá la prescripción de la acción pública. La prescripción se interrumpirá igualmente cuando los hechos mencionados en la presentación de la demanda sean objeto de un acto orientado a su investigación, su constatación o su sanción por la Comisión Europea o por una autoridad en materia de competencia de otro Estado miembro de la Comunidad Europea.

¹⁵⁷ Art. L464-6 (Ley núm. 2001-420 de 15 de mayo de 2001 Art.75 Diario Oficial de 16 de mayo de 2001) (Disposición núm. 2004-274 de 25 de marzo de 2004 Art. 24 Diario Oficial de 27 de marzo de 2004) Cuando no se detecte ninguna práctica que vulnere la libre competencia en el mercado, el Consejo de la Competencia podrá decidir, después de que el autor de la demanda y el Comisario del Gobierno hayan consultado el expediente y presentado sus observaciones, que no ha lugar a proseguir el procedimiento. Dicha decisión deberá ser motivada.

¹⁵⁸ Art. L464-7 La decisión del consejo, basada en el art. L.464-1, podrá ser objeto de un recurso de nulidad o de revocación parcial interpuesto por las partes encausadas y el Comisario del Gobierno ante la Cour d'appel de París, como máximo en los diez días siguientes a su notificación. El Tribunal deberá decidir en un mes sobre este recurso. El recurso no tendrá efecto suspensivo. Sin embargo, el primer presidente de la Cour d'appel de París podrá decretar el aplazamiento de la ejecución de las medidas cautelares si éstas fueran susceptibles de producir consecuencias manifiestamente excesivas o si se hubiesen producido hechos nuevos de una excepcional gravedad con posterioridad a su notificación.

discriminatorias constituyen abuso de posición dominante con el efecto de la expulsión de los competidores de la empresa Google en el mercado de la publicidad en línea relacionado con la búsqueda.

La sentencia de 16 de enero, que incluye información interesante sobre la protección de secretos comerciales (en este caso Google) en los procedimientos ante la Autoridad competencia, muestra que el corte en cuestión cuentas inscrito en el marco de políticas de *AdWords* y *Google AdSense* contenido que tienden a proteger a los consumidores, impidiendo que el usuario descargue el software no deseado o pagar bienes libres. Se infiere que, más allá de la falta de evidencia del objeto o efectos contrarios a la competencia de la violación de las relaciones contractuales involucrados, el comportamiento de Google era legal y entran en el ejercicio de su libertad comercial. El Tribunal Supremo ha aprobado el Tribunal de apelación que "*sostiene (...) que las prácticas depredadoras atribuyen a la empresa Google no se puede identificar, ya que se debe a un modelo clientes delincuente adquisición de las reglas contractuales que las campañas de AdWords y AdSense y los anuncios de la empresa de correo Kanopi han sido suspensiones*"¹⁵⁹.

El Tribunal de Casación aprueba la Corte de Apelación (en adelante CA) de París ha sostenido que "*ni el derecho a un recurso efectivo o el principio de contradicción implica que la parte oficial, que no tiene derecho a la defensa de conservar la mayor parte del procedimiento iniciado por la Autoridad de los procedimientos, que también es no defender intereses particulares, pueden tener acceso a los documentos cubiertos por el secreto profesional acerca de la persona que ella ha puesto en duda, ni que se pueda impugnar la decisión tomada protección del secreto empresarial como tal*"¹⁶⁰.

La prohibición de abuso de posición dominante por los arts. 102 TFUE y L. 420-2 del Código de Comercio se basa en la suposición de que las grandes empresas tienen una "responsabilidad especial de no afecta a su comportamiento, a la competencia efectiva y no distorsionado en el mercado"¹⁶¹. En el asunto *Tetra Pack*¹⁶², el TJUE establece que puede encontrarse abuso incluso en un mercado en el que la empresa no se encuentra en una posición dominante, si ese mercado está relacionado con el mercado en el que la empresa se encuentra en una posición dominante. El Tribunal de Apelaciones de París aplicó estos principios a los mercados bilaterales en el caso *Bottin Cartográficas*, afirmando que "es probable que las empresas de Google, que dominan el mercado de la publicidad en línea, hayan abusado de ellas". El mercado de mapeo en línea permite la geolocalización de los puntos de venta en los sitios web de las empresas donde tienen una posición preeminente, los dos mercados están relacionados »¹⁶³.

Otro caso, delante del Tribunal de París, entre mayo de 2004 y mayo de 2006, las sociedades *Direct Distribution International Ltd*, *Trednet* y *Z*, comercializaron complementos alimentarios, dirigidos por el Sr. A Y, se suscribieron al programa publicitario *AdWords* de Google. Después de la suspensión de varias campañas

¹⁵⁹ Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 19 janvier 2016, 14-21.670 14-21.671.

¹⁶⁰ Lettre d'information, "Pratiques anticoncurrentielles: précisions sur la protection du secret des affaires", Cour de cassation, chambre commerciale, 19 janvier 2016, pourvois núms. 14-21670 et 14-21671, direction technique - Droit économique, D-C núm. 102 - Mars 2016.

¹⁶¹ LENOIR, N., ET JACQUIN, A., "Référencement en ligne et abus de position dominante: quelles problématiques pour les plates-formes numériques?", *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution* 2016, p.223.

¹⁶² CJUE 14 de novembre 1996, núm. C-333/94 P, *Tetra Pack International SA*, RTD eur. 1997. 459.

¹⁶³ Paris, pôle 5, chambre 4, 25 novembre 2015, núm. 12/09321, *Google c/ Bottin Cartographes*

publicitarias y advertencias dirigidas el 20 de abril de 2009 a la empresa *Trednet*, el 10 de septiembre de 2009 al Sr. Y, Google, citando incumplimientos de sus reglas aceptadas por sus contratistas, suspendidas en octubre de 2009, Cuentas de *AdWords* de *Direct Distribution International*, *Trednet* y *Z* y etiquetadas como *www.fiteurope.com*, propiedad de estas compañías, porque el etiquetado tiene el efecto de impedir que cualquier anunciante implemente una campaña de *AdWords* que dirija a los usuarios potenciales a este sitio. Así, Las empresas *Direct Distribution International*, *Trednet* y *Z* y su líder, el Sr. Y, han asignado, por ley el 3 de agosto de 2012, a Google France y Google Ireland ante el Tribunal Comercio de París.

Considerando que los recurrentes argumentan que Google discriminó a *Trednet*, *Direct Distribution International* y *Z* frente a otros anunciantes en el programa *AdWords*, que constituían un abuso de posición dominante, al suspender sus cuentas mientras sus competidores podrían seguir publicando anuncios de productos similares o idénticos a los comercializados por *Trednet*, *Direct Distribution International* y *Z*.

El art. L.420-2 del Código de Comercio se desprende que está prohibido el abuso por una empresa o un grupo de empresas de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Que el abuso de una posición dominante se caracteriza, sin embargo, únicamente a condición de que la práctica denunciada tenga por objeto o efecto la prevención, restricción o distorsión de la competencia en un mercado.

Por lo tanto, el Tribunal condena en forma sólida a las empresas *Direct Distribution International*, *Trednet* y *Z* y al Sr. A Y, a pagar, de conformidad con el art. 700 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC) en apelación, a la empresa Google *Ireland* la suma de diez mil euros y a la Compañía de Google France de tres mil euros.

Condena en forma sólida a las empresas *Direct Distribution International*, *Trednet* y *Z* y al Sr. AY los costes de la apelación que se recuperarán de conformidad con el artículo 699 del CPC¹⁶⁴.

3.3.2. Áreas de investigación por el caso Google

La tendencia relativa a la terminación de procedimientos con un compromiso en los casos de nuevas tecnologías se confirmó por el Ex. comisario de economía de la UE *Joaquín Almunia* en el caso Google, donde se puso de manifiesto que “*fast moving markets would particularly benefit from a quick resolution of the competition issues identified*”. Si lo que se pretende es dar solución a la cuestión y que ésta sea rápida, pero sobretodo fundada, la Comisión debe dotar de recursos o, al menos, invertir más tiempo en la investigación de los casos iniciales sobre conductas que se estime que se vayan a reiterar sistemáticamente de forma que las empresas puedan remitirse a los antecedentes como orientación¹⁶⁵.

La Comisión no solo tiene la facultad de ordenar el cese de aquellas prácticas que haya declarado contrarias al art.102 del Tratado, sino que también tiene amplias

¹⁶⁴ Cour d'appel de Paris, Pôle 5 - chambre 11, 9 juin 2017, núm. 13/21852.

¹⁶⁵ RODILLA MARTÍ, C., “La more economic approach del Derecho de la Competencia en los litigios sobre consorcios de patentes: el caso de los compromisos”, la *Ley mercantil*, núm. 30, noviembre 2016, ed. Wolters Kluwer .
Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, núm. 19, Segundo semestre de 2016, ed. Wolters Kluwer .

facultades para facilitar las investigaciones previas que la Comisión que debe realizar para aclarar si la práctica en cuestión constituye un abuso de posición de dominio¹⁶⁶.

Así, la Comisión, por ejemplo, envió dos pliegos de cargos a Google y, en un pliego de cargos complementario, reafirmó su conclusión preliminar de que Google abusó de su posición dominante al favorecer sistemáticamente su servicio de comparación de precios en sitio *web* de resultados de búsqueda. Independientemente, la Comisión también informó a Google, a través de un pliego de cargos, de su dictamen provisional de que la empresa abusó de su posición dominante al limitar artificialmente la posibilidad de que sitios *web* de terceros publiquen anuncios de búsqueda de los competidores de Google. En esta lista de Cargos, se exponen los tres casos investigados:

-Concesión de licencias de servicios exclusivos de Google a cambio de que los fabricantes de móviles preinstalen Google *Search* y Google *Chrome*.

-Impedimento de la venta de móviles que funcionen con sistemas operativos competidores basados en el sistema *Android*.

-Concesión de determinados incentivos a cambio de que preinstalen Google *Search*.

La comisaria Margrethe Vestager, responsable de la política de competencia, ha declarado: *“Google ha ofrecido muchos productos innovadores que han sido fundamentales en nuestras vidas, pero esto no le da el derecho a denegar a otras empresas la oportunidad de competir e innovar. Hoy hemos reafirmado nuestro argumento de que Google ha otorgado preferencia de forma indebida a su propio servicio de comparación de precios en sus páginas de búsqueda general de resultados, lo que significa que los consumidores podrían no ver los resultados más pertinentes en sus búsquedas. También nos suscita reservas el hecho de que Google haya obstaculizado la competencia al limitar la capacidad de sus competidores para mostrar anuncios de búsqueda en sitios web de terceros, lo que suprime el margen de elección de los consumidores y la innovación.*

*Google tiene ahora la oportunidad de dar una respuesta a nuestras reservas. Estudiaré sus argumentos con atención antes de decidir qué curso dar a ambos asuntos, pero si nuestras investigaciones llegan a la conclusión de que Google ha infringido las normas de la UE en materia de competencia, la Comisión tiene la obligación de proteger a los consumidores europeos y de preservar la competencia leal en los mercados de Europa”*¹⁶⁷.

En virtud del Reglamento 1/2003 anteriormente citado, la Comisión puede comenzar una investigación general, ya sea en un sector concreto o en varios sectores económicos, en aquellos casos en los que existan circunstancias que hagan sospechar de prácticas restrictivas de la competencia conforme al art. 102 del Tratado. Si tras la fase de investigación la Comisión concluye que existen elementos suficientes para acreditar la existencia de un abuso de posición de dominio¹⁶⁸.

Estas prácticas han permitido a Google preservar su posición dominante en la publicidad de los motores de búsqueda en línea.

¹⁶⁶ DE BLAS AGUILERA, J., “La comisión europea investiga posibles prácticas anticompetitivas realizadas por Google”, *Actualidad Civil*, núm.5 - Mayo 2015.

¹⁶⁷ Comunicado de prensa, Comisión Europea, “Defensa de la competencia: La Comisión sigue avanzando en las investigaciones sobre las prácticas de Google en materia de publicidad y comparación de precios que supuestamente vulneran la normativa de la UE”, Bruselas, 14 de julio de 2016.

¹⁶⁸ DE BLAS AGUILERA, J., *op. cit.*, nota 126.

En ocasiones el TJUE ha defendido un concepto más amplio del Derecho de la competencia indicando que su objetivo o finalidad no reside únicamente en la protección de los intereses de los competidores y consumidores, sino también en velar por la estructura del mercado y la competencia como tal¹⁶⁹. La Comisión no solo dispone de poderes para ordenar el cese de aquellas prácticas que haya declarado contrarias al art. 102 del Tratado, sino que además goza de amplias facultades enfocadas a facilitar la investigación previa que la Comisión ha de llevar a cabo en aras a esclarecer si la práctica en cuestión constituye un abuso de posición de dominio¹⁷⁰.

3.4. Abuso de posición dominante Google (un ejemplo a favor de las empresas que afecta la posición dominante de Google)

Google es una empresa multinacional de tecnología con sede en los Estados Unidos de América, que se especializa en servicios y productos relacionados con Internet, incluidos servicios en línea, tecnologías publicitarias, búsqueda, computación en la nube, *software* y *hardware*. Ofrece diversos servicios en los territorios de todas las Partes Contratantes en el EEE del Acuerdo.

En la legislación antimonopolio, la Comisión ha adoptado seis decisiones, dos de las cuales se refieren a la aplicación del art. 102 del TFUE. La decisión de prohibición del 27 de junio de 2017 en Google domina sin duda el período. El caso, que comenzó en 2010 como resultado de las quejas, es emblemático en muchos aspectos, ya que Google ha asumido tres compromisos que no se consideraron suficientes para eliminar las preocupaciones de competencia sobre beneficiarse de su sistema de comparación de precios en el mercado de los motores de búsqueda. El procedimiento ordinario, que siguió en noviembre de 2014, acaba de dar lugar a la sanción más alta jamás emitida por la CE, que asciende a 2,42 mil millones de euros¹⁷¹. La multa impuesta a Google por el comportamiento abusivo se calcula sobre la base de los principios establecidos en las Directrices de 2006 para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apdo. 2, letra a), del Reglamento (CE) 1/2003.

La Decisión establece que el posicionamiento y visualización más favorables de Google Inc. en sus páginas de resultados de búsqueda general, de su propio servicio de compras comparativas en comparación con el de sus competidores, infringen las disposiciones lo dispuesto en el art. 102 del TFUE y el art. 54 del Acuerdo EEE. La Decisión ordena a Google y a su sociedad matriz *Alphabet* Inc.¹⁷² (en adelante *Alphabet*) que detengan inmediatamente la infracción e impongan una multa a *Alphabet* y a Google por conducta abusiva en el período comprendido entre el 1 de enero de 2008 hasta la fecha. Independientemente de la multa, la decisión impone una orden judicial para respetar la igualdad de trato entre su servicio de comparación de precios y los servicios competidores dentro de los noventa días (90) bajo pena de penalización. Además, La Decisión concluye que Google debe poner término a esta conducta abusiva y abstenerse de cualquier acto o conducta que tenga un objeto o efecto idéntico o

¹⁶⁹ STS de TJUE (sala tercera), de 4 de junio de 2009, en el asunto C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV vs. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* (Párr. 38).

¹⁷⁰ DE BLAS AGUILERA, J., *op. cit.*, nota 150.

¹⁷¹ CE decisión de 27 de junio de 2017, AT. 39.740; vs. IP/17/1784, memo IP/17/1785.

¹⁷² Resumen de la Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017 relativa a un procedimiento en virtud del art. 102 del TFUE y del art. 54 del Acuerdo EEE [Asunto AT.39740 – Búsqueda de Google (*Shopping*)] [notificada con el núm. C(2017) 4444].

equivalente.

La Decisión concluye que, desde 2007, Google ha sido dominante en cada uno de los mercados nacionales de búsqueda general en el EEE, salvo en el caso de Chequia, donde Google tiene una posición dominante desde 2011.

Esta conclusión se basa en las cuotas de mercado de Google, la existencia de obstáculos para la expansión y la entrada, el hecho de que los usuarios utilizan simultáneamente varios motores de búsqueda general a la vez (*multihoming*) con poca frecuencia y la existencia de efectos de marca, y la falta de poder de negociación compensatorio de los usuarios. La conclusión es válida, incluso si los servicios generales se ofrecen de forma gratuita servicios de búsqueda general y con independencia de si la búsqueda general en los dispositivos estáticos constituye un mercado distinto del de la búsqueda general en los dispositivos móviles¹⁷³.

El modelo comercial de Google se basa en la interacción entre los productos en línea y servicios que ofrece de forma gratuita y sus servicios de publicidad en línea de los que genera la principal fuente de sus ingresos¹⁷⁴.

El servicio en línea insignia de Google es su motor de búsqueda en línea, la búsqueda de Google, que se puede acceder a través del sitio web principal de Google en Estados Unidos (www.google.com), o a través de sitios web localizados. Google también utiliza las funciones de búsqueda de algunos sitios web de terceros.

El TJUE¹⁷⁵, en varias ocasiones, ha defendido un concepto más amplio del Derecho de la competencia indicando que su objetivo o finalidad no reside únicamente en la protección de los intereses de los competidores y consumidores, sino también en velar por la estructura del mercado y la competencia como tal. Para determinar si una empresa está en posición dominante, es necesario, en primer lugar, determinar y definir el mercado, tanto de producto o geográfico, en el que actuó la empresa en cuestión. Así que es en el art. 102 del TFUE (LA LEY 6/1957), que regula los abusos de posición de dominio.

En caso de que la Comisión detecta la existencia de un abuso de posición, se lo comunicará a la empresa en cuestión mediante el envío de un peligro de cargos.

El art. 102 del TFUE (LA LEY 6/1957) establece que: "Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo".

De acuerdo con la doctrina nacional y comunitaria, la noción de abuso es una noción objetiva que se refiere a las actividades de una empresa o empresas en situación de posición dominante que, , por su comportamiento, tienen el efecto de prevenir y obstaculizar, , mediante el uso de otros medios distintos de los utilizados que rigen la

¹⁷³ Resumen de la Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017 relativa a un procedimiento en virtud del art.102 del TFUE y del art. 54 del Acuerdo EEE [Asunto AT.39740 – Búsqueda de Google (*Shopping*)] [notificada con el número C (2017) 4444] (El texto en lengua inglesa es el único auténtico) (2018/C 9/08). DOUE C 9/11, 12.1.2018.

¹⁷⁴ Google's Form 10-K Annual Report for the US fiscal year ending 31 December 2015, available at <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1288776/000165204416000012/goog10-k2015.htm>, (Consultada el 15 de julio de 2015).

¹⁷⁵ STS del TJUE (sala tercera), de 4 de junio de 2009, en el asunto C-8/08 T-*Mobile Netherlands BV vs. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* (Párr. 38).

competencia normal de productos o servicios basados en los beneficios de los agentes económicos, el mantenimiento de la competencia efectiva. De lo anterior se deduce que el art. 2 de la LDC y el art. 102 del TFUE (LA LEY 6/1957) prohíben que se obstaculice la competencia, recurriendo a medios distintos a los propios de una competencia basada en los méritos. La prohibición que establece está justificada por el objetivo final de no causar perjuicios a los consumidores.

Por lo tanto, si la existencia de una posición dominante no priva a una compañía que está en esa posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales en caso de una amenaza, no resultan lícitos los comportamientos cuyo objeto sea precisamente reforzar dicha posición dominante y abusando de ella en detrimento en última instancia de los consumidores¹⁷⁶.

En este sentido, como nos recuerdan las orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 102 del Tratado, las conductas que constituyan directamente una explotación abusiva de los consumidores, por ejemplo, la aplicación de precios excesivamente altos, también pueden infringir el art. 102 del TFUE (LA LEY 6/1957) y el art. 2 de la LDC (apdo. 7).

Esta lista de conductas abusivas es prácticamente la misma que la recogida en el art. 102 del TFUE, si bien incluye también la negativa de suministro [art. 2.2.c) de la LDC], la cual no aparece expresamente citada en el art. 102 del TFUE.

En su art. 5 LDC, que declara exentas las conductas de escasa importancia (regla de *minimis*). Frente al modelo europeo, donde la regla de *minimis* solo se aplica a los acuerdos y prácticas prohibidas por el art. 101 del TFUE, la excepción prevista en el art. 5 se aplica a las prohibiciones previstas en los arts. 1 a 3 de la LDC. Los abusos de posición dominante quedan incluidos, al menos formalmente, de entre las conductas susceptibles de ser conductas de escasa importancia.

Según la Comisión como el TJUE, las conductas de *minimis* no son compartimentos concursenciales prohibidos por la Ley de *antitrust*, pero no perseguibles por las autoridades de control en atención a su escasa dimensión, sino, se trata de conductas que no interesan a la Ley *antitrust*. Razón por la que no las prohíbe¹⁷⁷.

La doctrina jurisprudencial¹⁷⁸ sobre la aplicación de la regla de *minimis* viene resumida en las sentencias del Pleno de esta Sala núm. 31/2012, de 15 de febrero y 543/2015, de 20 de octubre, que La regla de *minimis* en su formulación de *minimis non curat lex*, es decir como regla de legalidad (distinta de la formulación de *minimis non curat praetor*, más relacionada con el principio de oportunidad y por tanto ajena a los órganos jurisdiccionales del orden civil por su incompatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido a todos en el art. 24 de la CE), viene siendo afirmada por la doctrina del TJUE (TJUE). Asimismo, la doctrina se expresa sobre la regla de *minimis* en modo que en general un acuerdo que tenga por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia "queda al margen de la prohibición del art. 101 TFUE, apdo. 1, cuando solo afecta al mercado de forma insignificante, habida cuenta de la débil posición que tengan los interesados en el mercado de los productos de que se trate".

¹⁷⁶ Resolución núm. S/0248/10, 19 de December de 2012, de CNMC.

¹⁷⁷ RUIZ PERIS, J. I. "Derecho europeo de la Competencia. "Training of National Judges in UE Competition Law"", Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 85.

¹⁷⁸ STS 699/2015, TS, sala primera, de 17 de diciembre de 2015, rec. 108/2012.

El art. 62 de la LDC establece que la explotación abusiva de una posición dominante es una conducta constitutiva de infracciones graves o muy graves. La regla general es que todos los supuestos de abuso que no sean constitutivos de una infracción muy grave son considerados infracciones graves (art. 62.3 de la LDC).

En conclusión, el art. 102 TFUE ha sido el cambio más significativo en la interpretación del abuso de posición de dominio en los últimos años. En España, se encontró que la mayor parte de las multas impuestas estaban dentro del alcance del art. 2 y no del art. 1 LDC. Esto demuestra la dura actitud de las autoridades de competencia hacia las empresas de posición de dominio.

3.5. Recursos

Contra el acuerdo que resuelva sobre la suspensión o extensión de los plazos, que debe ser notificado a las partes interesadas, no habrá recurso en el canal administrativo¹⁷⁹. También es un requisito general que este tipo de decisiones solo intervengan a nivel interno del procedimiento y su admisibilidad esté justificada en relación con la decisión final adoptada en el procedimiento, que finalmente, deben ser aclarados los efectos sobre la resolución final de los acuerdos mencionados en este apartado¹⁸⁰.

En una sentencia¹⁸¹ lleva a cabo un examen detallado de la decisión administrativa impugnada, y después de resumir las posiciones respectivas del demandante y demandada, aborda los puntos controvertidos, rechazando esencialmente la reclamación de la anulación de la parte actora. El Tribunal sostiene, en resumen, que el hecho de que no sea un servicio obligatorio, o que su objeto sea satisfacer las necesidades básicas, no impide que pueda producirse una situación de abuso de la posición de dominio; y sobre esta base concluye, de acuerdo con lo establecido en la decisión administrativa impugnada, que debe considerarse abusiva por inequitativa el establecimiento de tarifas diferentes según la categoría del hotel y su aplicación en respuesta a las plazas hoteleras disponibles. Por lo tanto, la Sala de Instancia afirma que "el concepto de grabación audiovisual desde el punto de vista de la protección de la propiedad intelectual, y la valoración económica que haya de merecer el derecho de su titular, están desconectados de la condición del destinatario o de su situación económica, por lo que cuantificar el importe a percibir por EGEDA en su actividad de gestión de ese derecho a la categoría del hotel carece de justificación, resulta inequitativo al dispensar un trato distinto sin que exista una razón objetiva que lo ampare, y, en tal medida, implica un abuso de la posición de dominio de la que la actora disfruta en el mercado. Y es que el valor del derecho en sí no puede depender del rendimiento que, eventualmente, pueda obtener el establecimiento hotelero, pues el servicio que presta EGEDA es siempre el mismo, en todos los casos y con independencia de la categoría del hotel. Es ilustrativo el ejemplo que propone la entidad codemandada cuando, sobre esta cuestión, alude al precio del agua, el gas, la luz, las bebidas, o los electrodomésticos que adquiere el hotel para el desempeño de su actividad: es obvio que el precio de tales suministros y bienes no se modifica en función de la categoría del hotel. Lo mismo puede decirse de la decisión de condicionar la tarifa

¹⁷⁹ Art. 37.5 de LDC.

¹⁸⁰ PALOMAR OLMEDA, A., "Derecho de la competencia", ed. Tirant lo Blanch, 2015, Valencia. España, p. 327.

¹⁸¹ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, auto de 6 de marzo de 2017, rec. 150/2016.

a las plazas disponibles".

4. EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE^[182] EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La jurisprudencia europea siempre ha sostenido que las normas de competencia pueden ser de aplicación si la legislación específica del sector no impida a las empresas reguladas desarrollar un comportamiento autónomo que impida, restrinja o falsee la competencia. La posición de dominio se define como una posición de poder económico en un mercado que permite al que la ostenta comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, consumidores¹⁸².

Bajo el título Abuso de posición dominante, se establece lo siguiente:

"1. *Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.*

2. *El abuso podrá consistir, en particular, en:*

a) *La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.*

b) *La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.*

c) *La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.*

d) *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

e) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.*

3. *La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal".*

Por su parte, el art. 102 del TFUE establece que "*Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.*

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos".

¹⁸² AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS de 20 de febrero de 2015, rec. 139/2012.

Ambas normas prevén la posibilidad de que la posición de dominio, y el abuso de la misma, puedan ser ejercidos por "una o varias empresas", es decir, contempla la situación de dominio colectivo que es, precisamente, la que se analiza en el caso de autos.

La lista de prácticas abusivas recogida en el art. 102 del dicho Tratado no es limitativa, de modo que las prácticas que recoge constituyen únicamente ejemplos de abuso de posición dominante. De hecho, la lista de abusos contenida en esa disposición no agota las formas de explotación abusiva de posición dominante prohibidas por el Tratado¹⁸³ (ver la sentencia *British Airways/Comisión*, antes citada, apdo. 57 y jurisprudencia citada).

Cabe recordar que, al prohibir la explotación abusiva de una posición dominante, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, el art. 102 se refiere a los comportamientos de una empresa en posición dominante que, en un mercado donde la competencia está ya debilitada, precisamente debido a la presencia de la empresa en cuestión, tienen por efecto impedir, por otros medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o su desarrollo¹⁸⁴.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹⁸⁵ resulta que, para determinar si la empresa que ocupa una posición dominante abusó de esa posición aplicando sus prácticas de fijación de precios, es necesario examinar todas las circunstancias, si dicha práctica pretende privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o al menos limitar dicha posibilidad, impedir el acceso al mercado de los competidores, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia¹⁸⁶.

La definición de la posición de dominio colectiva en la jurisprudencia europea arranca de la sentencia del TPI de 25 de marzo de 1999, *Gencor Ltd. c. Comisión*, Asunto T-102/96, que la identifica con la "*relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios. En efecto, en tal contexto, cada operador sabe que una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a incrementar su cuota de mercado (por ejemplo, una reducción de precios), provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa. Todos los operadores tendrían por lo tanto que soportar el descenso del nivel de los precios*".

¹⁸³ Ver la STS *British Airways/Comisión*, antes citada, apdo. 57 y jurisprudencia citada.

¹⁸⁴ Ver en este sentido, las sentencias *Hoffman-La Roche/Comisión*, antes citada, apdo. 91; *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión*, antes citada, apdo. 70; de 3 de julio de 1991, *AKZO/Comisión*, C-62/86, rec. p. I-3359, apdo. 69; *British Airways/Comisión*, antes citada, apdo. 66, y *France Télécom/Comisión*, antes citada, apdo. 104.

¹⁸⁵ AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS 182/2017 de 23 de mayo de 2017, rec. 263/2014.

¹⁸⁶ Ver, en este sentido, las sentencias antes citadas *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión*, apdo. 73, y *British Airways/Comisión*, apdo. 67.

La CNMC declara que "Del análisis de los ingresos, costes y márgenes, la extinta DI consideró acreditado, en el PCH, que un OMV completo tan eficiente como su OMR anfitrión que hubiera deseado participar en el mercado minorista de llamadas de voz móvil de ámbito nacional, recibiendo los ingresos unitarios y soportando los costes unitarios correspondientes, no hubiera podido obtener rentabilidades positivas en ninguno de los ejercicios del período 2008-2010, resultado que se confirma con los datos individuales de TME, VODAFONE y ORANGE. Y se constató asimismo que un operador igualmente eficiente hubiera obtenido márgenes aún más negativos en el segmento empresarial (...) Por lo tanto, la DI consideró acreditado el estrechamiento de márgenes en el mercado minorista de llamadas de voz móvil en el ámbito nacional, y en el segmento empresarial, en el período 2008-2010. Conducta contraria a los arts. 2 LDC y 102 TFUE (la Ley 6/1957) que provoca efectos exclusionarios sobre los competidores en el mercado minorista de llamadas de voz móvil y causa un perjuicio a los consumidores dado que la consiguiente reducción de la presión competitiva permite el mantenimiento de precios elevados en los servicios minoristas"¹⁸⁷.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 2011 establece en su parte dispositiva¹⁸⁸, en el marco del examen del carácter abusivo de tal práctica, deben tenerse en consideración todas las circunstancias de cada caso concreto. En particular: deben tenerse en consideración, en principio y de manera preferente, los precios y costes que la empresa de que se trate aplique en el mercado de las prestaciones minoristas. Únicamente cuando, habida cuenta de las circunstancias, no sea posible hacer referencia a dichos precios y costes, procede examinar los de los competidores que operan en ese mismo mercado, y es necesario demostrar que, En vista de la indispensabilidad del producto mayorista, dicha práctica tiene un efecto contrario a la competencia, al menos potencial, en el mercado minorista, sin estar justificado económicamente.

El art. 102 del TFUE se refiere no sólo a las prácticas que causan un daño inmediato a los consumidores, sino también a aquellas que son perjudiciales para prevenir una estructura de competencia efectiva (sentencia de 17 de febrero de 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09 , Rec. p. I- 0000, apdo. 24 y jurisprudencia citada). En este sentido debe entenderse la expresión "práctica de exclusión abusiva" que figura en las cuestiones prejudiciales.

La jurisprudencia establece que la declaración de la existencia de dicha posición dominante no constituye, en sí misma, ningún crítica a la empresa en cuestión (ver las sentencias de 9 de noviembre de 1983 , *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión*, 322/81, Rec. p. 3461, apdo. 57 , y de 16 de marzo de 2000 (LA LEY 60256/2000) , *Compagnie maritime belge transports* y otros/Comisión, C-395/96 P y C-396/96 P, Rec. p. I-1365, apdo. 37). En efecto, el art. 102 del TFUE no pretende en modo alguno impedir que una empresa alcance sus propios méritos, la posición dominante en un mercado (ver, en particular, la sentencia *TeliaSonera Sverige*, apdo. 24). Esa disposición tampoco pretende garantizar que competidores menos eficaces que la empresa que ocupa una posición dominante permanezcan en el mercado.

En consecuencia, no todos los efectos de exclusión falsean necesariamente la competencia (ver, por analogía, la sentencia *TeliaSonera Sverige*, antes citada, apdo.

¹⁸⁷ AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS 182/2017 de 23 de mayo de 2017, rec. 263/2014.

¹⁸⁸ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS de 13 de mayo de 2015, rec. 28/2013.

43). Por definición, la competencia basada en los méritos puede significar la desaparición del mercado o la marginalización de los competidores menos eficaces y, por tanto, menos interesantes para los consumidores, particularmente en términos de precios, oferta, calidad o innovación.

Así, el art. 102 del TFUE prohíbe, en particular, a una empresa en posición dominante se dedique a prácticas que conduzcan a la exclusión de sus competidores, considerados tan eficaces como ella misma y reforzando su posición dominante mediante el recurso a medios distintos de los que rigen una competencia basada en los méritos. Por consiguiente, en esas circunstancias, toda competencia de precios no puede considerarse legítima (ver, en este sentido, las sentencias *AKZO/Comisión*, apartados. 70 y 72; *France Télécom/Comisión*¹⁸⁹, apdo. 106, y *Deutsche Telekom/Comisión*¹⁹⁰, apdo. 177).

A fin de determinar si la empresa que ocupa una posición dominante ha explotado de manera abusiva esta posición mediante la aplicación de sus prácticas tarifarias, procede apreciar el conjunto de circunstancias, examinar si dicha práctica pretende privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o al menos limitar dicha posibilidad, impedir el acceso al mercado de los competidores, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia (sentencia *Deutsche Telekom /Comisión*, C-280/08 P, apdo. 175, y jurisprudencia citada).

En resumen, el efecto disuasorio debe basarse en la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el contexto del cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias a las propias empresas, ciertas medidas punitivas previstas en la norma pero no siempre adoptadas en la práctica (como la contenida en el art. 63.2 ¹⁹¹de la Ley 15/2007 (La Ley 7240/2007) , que permite imponer multas de hasta sesenta mil euros a las personas que integran los órganos directivos de las empresas infractoras) o bien un marco procesal de acciones civiles que faciliten el efectivo resarcimiento de los daños ocasionados por las conductas anticompetitivas.

La evolución del Derecho de la Competencia apunta precisamente a aumentar el nivel de disuasión efectiva contrarrestando los beneficios ilícitos derivados de las conductas restrictivas de la competencia mediante la promoción de las acciones de condena en la vía civil- al resarcimiento de los daños causados por las empresas infractoras (daños a los consumidores y a otros agentes económicos que son normalmente el reverso del beneficio ilícito obtenido). El objetivo es aumentar la capacidad disuasiva del sistema de defensa de la competencia en su conjunto, de modo que las empresas infractoras y sus directivos no sólo "sufran" la sanción administrativa correspondiente, sino que también queden privadas de sus ilícitas ganancias indemnizando los daños y perjuicios causados con su conducta. Designio en cuya ejecución avanza de manera inequívoca (aunque la obligación de resarcimiento sea anterior y de hecho cuente ya con precedentes judiciales también en España, como el que ofrece la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 7 de noviembre de 2013

¹⁸⁹ Asunto T-340/03, STS del TPI (sala quinta ampliada) de 30 de enero de 2007.

¹⁹⁰ Asunto C-280/08 P, STS del TJ (sala segunda) de 14 de octubre de 2010.

¹⁹¹ Art. 63.2 de la LDC establece que: "Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto".

(La Ley 196570/2013), adoptada en el recurso de casación 2472/2011) la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 (La Ley 18555/2014), relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE¹⁹².

5. LA PERSECUCIÓN DE LAS CONDUCTAS CONTRARIAS A LA NORMATIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El TS¹⁹³ ha dictado una importante sentencia relativa al cálculo de multas por infracción de la normativa europea y nacional de competencia en España. Esta sentencia, que se separa de la metodología europea para la fijación de multas, ha suscitado gran expectación en el ámbito del derecho de la competencia, y plantea numerosas cuestiones, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, que serán analizadas en el presente comentario en torno a la cuestión de cómo deben individualizarse las sanciones por infracción de la normativa nacional y europea de defensa de la competencia y de cómo deben ser interpretados los arts. 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

El TS coincide con la AN en que el límite del diez por cien establecido en el art. 63.1 de la LDC (La Ley 7240/2007) no funciona como un «umbral de nivelación», tal y como venía siendo interpretado por la autoridad española de competencia, en línea con el derecho europeo, sino que constituye un límite máximo de una escala dentro de la cual debe individualizarse la multa. La cuantificación de las sanciones por infracción de la normativa de competencia llevada a cabo según las pautas de la Comunicación de 6 de febrero de 2009¹⁹⁴ implica en un primer momento fijar el "importe básico de la sanción" sin sujeción a escala alguna. A esta cifra se le aplica, además, posteriormente un "coeficiente de ajuste" según las circunstancias agravantes o atenuantes que se aprecien, lo que permite que por cada una de las agravantes e aumente el importe básico en un porcentaje adicional de entre un cinco y un quince por ciento, y, sólo en una tercera fase se ajusta, "cuando proceda", la cantidad así obtenida a los límites fijados en el art. 63 de la Ley 15/2007.

La sala de instancia interpreta la expresión "multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora" (que es la aplicable a las infracciones muy graves según el mencionado art. 63.1 de la Ley 15/2007).

En una sentencia de 24 de febrero de 2017¹⁹⁵, el TS declaraba que la demandante ha incurrido en abuso de posición de dominio, infringiendo el art. 2 de la LDC y el art. 102 del TFUE, y le imponía una multa de 627.855 euros. El abuso de posición dominante, tipificado por el art. 2 de la LDC, se caracteriza por desarrollar un comportamiento que, prevaliéndose de una situación de superioridad en el mercado de referencia, impone condiciones abusivas al resto de sujetos que operan en dicho

¹⁹² AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS de 10 de abril de 2015, rec. 346/2012.

¹⁹³ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS de 29 de enero de 2015, rec. 2872/2013.

¹⁹⁴ Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea. - Boletín Oficial del Estado, de 11-02-2009.

¹⁹⁵ STS Administrativo núm. 318/2017, TS, sala de lo Contencioso, sección 3, rec. 1314/2014 de 24 de febrero de 2017.

mercado, impone barreras que excluyen o dificultan gravemente el acceso al mismo o, en general, establece un marco de actuación anticompetitivo en beneficio propio.

5.1. Las normas de Derecho de la Competencia tras la Directiva 104/2014¹⁹⁶ sobre la reclamación de los daños

El TJUE¹⁹⁷ estableció que las acciones de indemnización de daños perjuicios por infracción de las normas de la competencia aportan a garantizar la plena eficacia de las normas europeas de competencia y apartan de comportamientos *antitrust*.

La doctrina del TJUE parte del hecho de que los arts. 101, apdo. 1, y 102 TFUE producen efectos directos en las relaciones entre particulares y crean derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales deben tutelar, al carácter de competencia para ello los Tribunales de la UE. Así cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos por el art. 101 TFUE¹⁹⁸.

La Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE. Dicha Directiva estipula las nuevas normas para que las empresas víctimas de infracciones de los cárteles o *antitrust* sean resarcidas por daños y perjuicios. Asimismo, tiene por objeto mejorar la eficiencia de los programas de clemencia (como en los casos en que las empresas que admiten su participación en un cártel o abusos de posición dominante en el mercado pagan una multa reducida o se benefician de dispensa en el pago)¹⁹⁹.

El texto acordado de la Directiva tiene como objetivo eliminar los obstáculos prácticos a la compensación para todas las víctimas de los delitos antimonopolio de la legislación de la UE. Las disposiciones de la Directiva se aplicarán a todas las acciones por daños, ya sean individuales o colectivas, que estén disponibles en los Estados miembros. La propuesta también busca optimizar la relación entre la aplicación privada de las normas antimonopolio de la UE a través de acciones por daños y la aplicación pública de esas normas por parte de la Comisión y las autoridades nacionales de competencia²⁰⁰. La CE propuesta establece una serie de medidas para facilitar acciones de daños²⁰¹:

¹⁹⁶ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE.

¹⁹⁷ STS de 20 de septiembre de 2001, asunto *Courage* contra *Crehan* C- 453/99.

¹⁹⁸ RUIZ PERIS, J. I., “*Derecho europeo de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104 UE. Training of National Judges in UE Competition Law*”, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p. 17.

¹⁹⁹ CE, “Normas para compensar a las víctimas de cárteles y prácticas contrarias a la competencia”, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:126092>. (Consultada el 22 de noviembre de 2017).

²⁰⁰ European Commission, “Actions for Damages > Directive on Antitrust Damages Actions”, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/proposed_directive_en.html. (Consultada el 24 de noviembre de 2017).

²⁰¹ European Commission, “Antitrust: Commission proposes legislation to facilitate damage claims by victims of antitrust violations”, Brussels, 11 June 2013. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-525_en.htm. (Consultada el 27 de julio de 2015).

- *Los tribunales nacionales tendrán la facultad de ordenar a las empresas que revelen pruebas cuando las víctimas reclamen una indemnización.*
- *Las decisiones de las autoridades nacionales de competencia que establecen una infracción constituirán automáticamente una prueba ante los tribunales nacionales de todos los Estados miembros de que se ha producido la infracción.*
- *Se aclararán las reglas sobre los plazos de prescripción, es decir, el período de tiempo durante el cual las víctimas pueden presentar una demanda por daños y perjuicios. Esto asegurará, en particular, que las víctimas puedan efectivamente reclamar daños y perjuicios una vez que una autoridad de competencia haya encontrado una infracción.*
- *Se aclararán las normas de responsabilidad en los casos en que los aumentos de precios debidos a una infracción se "transmitan" a lo largo de la distribución o la cadena de suministro. En la práctica, esto asegurará que aquellos que sufrieron el daño al final serán los que recibirán una compensación.*
- *Se establecerán reglas para facilitar los acuerdos consensuales a fin de permitir una resolución más rápida y menos costosa de las disputas.*

La reclamación de los daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la Competencia en España conlleva el inicio de un proceso civil donde la estrategia procesal puede jugar un papel determinante para ambas partes²⁰².

La presente Directiva auspicia la posibilidad de enfrentarse a las acciones por daños y perjuicios causadas por cárteles o abusos de posición dominante mediante técnicas de solución extrajudicial de conflictos²⁰³.

La LDC, y que expresaba el sentir y parecer de la comunidad jurídica que se ha trasladado a la práctica común:

«Art. 13. Otras responsabilidades y resarcimiento de daños y perjuicios.

Las sanciones a que se refiere la presente Ley se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades que en cada paso procedan. 2. La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles»²⁰⁴.

La Directiva, desarrolla la solución extrajudicial de controversias y lo hace en términos que conviene reproducir:

Considerando cinco (5):

«Las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios («acciones por daños») constituyen tan solo un elemento de un eficaz sistema de Derecho privado para los casos de infracciones del Derecho de la competencia y van acompañadas de vías alternativas de reparación, tales como la solución consensual de controversias y las

²⁰² TORRE SUSTAETA, M.^a V., “Sobre las reclamaciones de daños por infracción de las normas de Derecho de la Competencia tras la Directiva 104/2014. Vicisitudes procesales en torno a la acumulación de acciones por el actor y por el demandado”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, ISSN 1888-3052, núm.. 17, 2015, p. 3.

²⁰³ SORIANO HINOJOSA, A., “De la tradicional inarbitrabilidad del Derecho de la competencia a su paulatina aceptación general”, *la Ley Unión Europea*, núm. 31, 30 de noviembre de 2015, año III. Ed. Wolters Kluwer .

²⁰⁴ AP, seccion 3, Valladolid, STS 00261/2009 rollo: rec. de apelacion (lecn) 0000214 /2009.

decisiones de ejecución de las autoridades, que dan un incentivo a las partes para conceder el resarcimiento».

Además, añade el Considerando cuarenta y ocho (48):

«Es deseable lograr una solución «de una vez por todas» para los demandados, con miras a reducir la incertidumbre para los infractores y las partes perjudicadas. Por lo tanto, se debe animar a los infractores y las partes perjudicadas a que se pongan de acuerdo sobre una indemnización por el perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia a través de mecanismos de solución extrajudicial de controversias, tales como los acuerdos o convenios extrajudiciales (incluidos los acuerdos que un juez puede declarar vinculantes), el arbitraje, la mediación o la conciliación. Estos mecanismos de solución extrajudicial de controversias deben abarcar el mayor número posible de partes perjudicadas e infractores que la Ley permita. Por tanto, las disposiciones de la presente Directiva sobre solución extrajudicial de controversias pretenden facilitar el uso de esos mecanismos y aumentar su eficacia».

La Directiva 2014/104/UE en su art. 9 regula los efectos de las resoluciones de las ANC de los Estados miembros en procedimientos judiciales de daños por ilícitos anticompetitivos²⁰⁵.

El art. 9 apdo. 1²⁰⁶ de la Directiva declara que no es admisible prueba en contrario al contenido de una resolución firme²⁰⁷ de una ANC que constate una infracción de Derecho de la competencia. El apdo. 2 del art. 9²⁰⁸, se propone que una

²⁰⁵ Diversas publicaciones y artículos doctrinales han analizado algunas cuestiones relacionadas con el contenido de las decisiones de las ANC y sus efectos en posibles procedimientos judiciales por daños con carácter previo y posterior a la aprobación de la Directiva. Vid. entre otros con carácter previo a la aprobación de la Directiva FONT RIBAS, A./GUAL DALMAU, M.A.: Teoría y práctica de la conducta culpable en el ejercicio de la acción de indemnización por daños y perjuicios por infracción de normas del ordenamiento de la competencia en La indemnización por .., obra citada en nota al pie núm. 7 en cuanto el alcance material de la vinculación de una decisión administrativa ante una follow-on action; o FERNÁNDEZ, C.: Cuestiones de interés sobre la práctica internacional del derecho de la competencia, en La indemnización por .., obra citada en nota al pie núm. 7, en cuanto a ciertas cuestiones procesales que pueden derivarse de la interposición de acciones en diversos foros tras una follow-on action. En cuanto a un análisis general del contenido de la Directiva y la PLTD ver a HERRERO SUÁREZ, C.: «La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de Ley de transposición de la Directiva», CDT 2016.

(<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3024>) y CALVO CARAVACA, A.L./SUDEROW, J.: «El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust», CDT 2015.

(<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2781/1559>) en cuanto a la exégesis detallada desde una perspectiva de DIPr y concurrencial del contenido del art. 9 de la Directiva (La Ley 18555/2014).

²⁰⁶ Art. 9.1: Los Estados miembros velarán por que se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los arts. 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia.

²⁰⁷ La Directiva en sus definiciones del art. 2 apartados 11 y 12 distingue entre resolución de infracción y resolución de infracción firme. En este último caso, se entiende como aquella resolución que no admite recurso ulterior alguno.

²⁰⁸ Art. 9. 2: Los Estados miembros garantizarán que toda resolución firme contemplada en el apdo. 1 y dictada en otro Estado miembro pueda ser presentada, con arreglo al Derecho nacional, ante sus órganos jurisdiccionales nacionales al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y, en su caso, que dicha resolución pueda valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes.

resolución firme emitida por una ANC de un Estado miembro distinto al del foro que conoce la acción por daños.

Para modular una sanción administrativa, las autoridades españolas deben cuantificar el daño causado por un abuso de posición de dominio o de un cártel en un mercado concreto y específico, a pesar, de que los efectos de la conducta anticompetitiva acarreen distintas consecuencias en los perjudicados²⁰⁹.

En cuanto a los daños derivados de infracciones del derecho antimonopolio y perjuicios y del resarcimiento de los mismos, la Directiva 2014/104/UE o «Directiva de daños» para aplicación privada de derecho de la competencia proclama el principio general de la responsabilidad por daños resultantes de un cártel bajo la fórmula «derecho al pleno resarcimiento» y el mandato a los Estados miembros a fin de que velen porque cualquier persona que haya sufrido un perjuicio derivado de una infracción del Derecho de la competencia pueda «reclamar y obtener una indemnización completa por ese daño» (art. 2.1), de manera que el perjudicado quede restituido «a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción», cubriendo la indemnización del daño emergente, el lucro cesante y los intereses (art. 2.2), exceptuándose la indemnización de *punitive damages* (art. 2.3)²¹⁰.

No obstante lo afirmado, la línea jurisprudencial reciente del TJUE, junto con las reformas normativas en materia de competencia a las que aludíamos (significativamente la Directiva 104/2014 del Parlamento y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 (LA LEY 18555/2014) relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE y el Reglamento (UE) 2015/1348 de la Comisión, de 3 de agosto de 2015 (LA LEY 12807/2015), por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 773/2004 (LA LEY 4495/2004) relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los arts. 101 y 102 del Tratado CE, permiten deducir que frente a los amplios folgos en el margen de apertura predicada y practicada en los primeros años del siglo XXI, hemos entrado a partir de 2007 en una nueva fase menos aperturista, o si se prefiere, más ponderada, al menos en lo relativo a los documentos que conforman los expedientes de defensa de la competencia²¹¹.

La evolución del Derecho de la Competencia apunta precisamente a aumentar el nivel de disuasión efectiva contrarrestando los beneficios ilícitos derivados de las conductas restrictivas de la competencia mediante la promoción de las acciones de condena -en la vía civil- al resarcimiento de los daños causados por las empresas infractoras (daños a los consumidores y a otros agentes económicos que son normalmente el reverso del beneficio ilícito obtenido). El objetivo es aumentar la capacidad de disuasión del sistema de defensa de la competencia en su conjunto, de modo que las empresas infractoras y sus directivos no sólo "sufran" la sanción

²⁰⁹ GÓMEZ TRINIDAD, S., “Efectos de las decisiones de las ANC y la protección documental aportada en un programa de clemencia en las acciones por daños: Reflexiones ante la Propuesta de Ley de transposición de la Directiva 2014/104 al ordenamiento jurídico español”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 19, sección estudios, segundo semestre de 2016, ed. Wolters Kluwer.

²¹⁰ YANES YANES, P., «La protección del «*leniency material*» en la Jurisprudencia comunitaria: de *PFLEIDERER a En BW*», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 14. Base de datos la Ley Ref. 4648/2014.

²¹¹ PÉREZ CARRILLO, E. P., “Régimen jurídico del acceso a documentos en materia de defensa de la competencia en la Unión Europea. ¿Norma general c., norma especial?, o ¿procedimiento motivado de ponderación de intereses c., presunciones? Texto”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 17, sección estudios, segundo semestre de 2015. Ed. la Ley.

administrativa correspondiente, sino que, sino que también estén privadas de sus derechos de indemnizando de los daños y perjuicios causados con su conducta. Designio en cuya ejecución avanza de manera inequívoca (aunque la obligación de resarcimiento sea anterior y de hecho cuente ya con precedentes judiciales también en España, como el que ofrece la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, dictada en el recurso de casación 2472/2011) la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE»²¹².

En una sentencia²¹³ igual, independientemente de la negativa de la *UOKiK* a iniciar una investigación nacional, las demandantes podían, en cualquier caso, interponer un recurso ante los órganos jurisdiccionales nacionales y de conformidad con el Derecho nacional, medidas de indemnización por presuntos daños resultante de la infracción por las entidades a que se refiere En la reclamación, de los arts. 101 y 102 TFUE. A este respecto, por un lado, el hecho de que la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas que regulan las acciones (DO L 201, p. 1), prevé un plazo de prescripción más prolongado para dichas acciones, en el presente caso un período de cinco años, en el caso de los Estados miembros y de la Unión Europea. Es irrelevante, dado que el plazo de transposición de dicha Directiva no había expirado en la fecha de presentación de la denuncia. Por otro lado, y, en cualquier caso, aun suponiendo que las demandantes no tuvieran un recurso adecuado ante los órganos jurisdiccionales nacionales para obtener una indemnización por dichos daños mediante una ejecución privada de las normas de competencia, Efecto de obligar a la Comisión a abrir una investigación a nivel de la UE mediante la aplicación pública de dichas normas.

Los arts. 101 y 102 del TFUE tienen efectos directos en las relaciones entre particulares y generan, para los afectados, derechos y obligaciones que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar. Por tanto, los órganos jurisdiccionales nacionales también tienen una función esencial en la aplicación de las normas sobre competencia (la aplicación privada). Al decidir sobre litigios entre particulares protegen los derechos subjetivos derivados del Derecho de la Unión, por ejemplo, mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a las víctimas de infracciones. La plena efectividad de los arts. 101 y 102 del TFUE, y en particular el efecto práctico de las prohibiciones que proporcionan, exige que cualquier persona, ya se trate de un particular, incluidos los consumidores y las empresas, o de una autoridad pública, pueda reclamar ante los órganos jurisdiccionales nacionales el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción de estas disposiciones. El derecho a la compensación previsto en el Derecho de la Unión se aplica igualmente a las infracciones de los arts. 101 y 102 del TFUE por parte de empresas públicas y de empresas titulares de derechos especiales o exclusivos de los Estados miembros a tenor del art. 106 del TFUE²¹⁴.

También, la Comisión adoptase esta decisión de prohibición en los términos establecidos en el .del Reglamento 1/2003 (LA LEY 14271/2002), sancionando a la

²¹² TS, sala tercera, de 20/04/2017, AN, de 25/06/2014, STS: 692/2017 núm. Rec.: 3251/2014.

²¹³ Asunto T-480/15 *Agria Polska* y otros/Comisión Competencia, TG de 16 de mayo de 2017.

²¹⁴ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. Fecha Publicación: 05/12/2014 Fecha Norma: 26/11/2014. Rango: Directivas Boletín: DOUE núm. L349.

empresa por infracción del art. 102 TFUE (LA LEY 6/1957) a un comportamiento que había tenido lugar en el pasado, para facilitar las demandas *follow-on*²¹⁵ en reclamación de daños y perjuicios; donde el demandante deberá que acreditar que la empresa implicada es culpable de una infracción a las normas de competencia, y que la misma le ha ocasionado un perjuicio considerable, el art.16 (1) del Reglamento 1/2003 (LA LEY 14271/2002) establece que una decisión de la Comisión en la que ha habido una infracción es vinculante en un tribunal nacional, de modo que cualquier demandante puede interponer esta acción «*follow-on*» en reclamación de los daños y perjuicios, basándose en esta decisión; sin embargo al reclamante perjudicado le falta por establecer el vínculo de causalidad y la cuantía²¹⁶.

5.2. La regla del lugar del origen del daño por actos derivados de Internet

El TJUE de *eDate Advertising GmbH* contra dos hermanos X²¹⁷, en que X, que reside en Alemania, fue condenado junto con su hermano en 1993 por un órgano jurisdiccional alemán a cadena perpetua por el asesinato de un conocido actor. En enero de 2008 obtuvo la libertad condicional.

La sociedad *eDate Advertising*, radicada en Austria, gestiona un portal de Internet disponible en la dirección www.rainbow.at. Bajo la rúbrica *Info-News*, la demandada mantuvo accesible hasta el 18 de junio de 2007, para su consulta, una información con fecha de 23 de agosto de 1999.

Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación del art. 5, núm. 3, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2001, L 12, p. 1) y del art. 3 (LA LEY 7081/2000), apdos. 1 y 2, 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) (DO L 178, p. 1). Dichas peticiones se plantearon en el marco de sendos litigios entre, por una parte, X y la sociedad *eDate Advertising GmbH* y, por otra, los Sres. Olivier y Robert Martínez y la Sociedad *MGN Limited*, en relación con la responsabilidad civil de esas demandadas por cierta información y unas fotografías publicadas en Internet.

El Tribunal mantiene la regla del lugar del origen del daño (lugar del establecimiento del editor) para la determinación del daño total. Sin embargo, en una interpretación extensiva del art. 5.3 y de la jurisprudencia *Fiona Shevill* crea un nuevo fuero competente para determinar también la totalidad del daño: el lugar del centro de intereses de la víctima, pudiendo concretarse éste en el lugar de su residencia habitual o

²¹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sección 1.ª, STS de 9 de enero de 2014, rec. 53036/2008.

²¹⁶ NÚÑEZ OSORIO, M. I., “La facultad de la Comisión Europea de aplicar un procedimiento de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) 1/2003 en los casos de abuso de posición de dominio”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 19, Sección Congresos/Comunicaciones, Segundo semestre de 2016, ed. Wolters Kluwer .

²¹⁷ TJUE, sala gran sala, STS de 25 de octubre de 2011, C-509/2009. En los asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, que tienen por objeto dos peticiones de decisión prejudicial presentadas, con arreglo al art. 267 TFUE (La Ley 6/1957), por el *Bundesgerichtshof* (Alemania) (asunto C-509/09) y por el Tribunal de grande instance de *Paris* (Francia) (asunto C-161/10), mediante sendas resoluciones de 10 de noviembre de 2009 y 29 de marzo de 2010, recibidas en el Tribunal de Justicia, respectivamente, el 9 de diciembre de 2009 y el 6 de abril de 2010.

en el lugar de su actividad profesional. Según reiterada jurisprudencia, la regla de competencia especial establecida, como excepción al principio de la competencia de los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado, en el art.5.3, del Reglamento se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se ha producido el hecho dañoso, que justifica una atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional por razones de buena administración de la justicia y de una sustanciación adecuada del proceso²¹⁸ (ver la sentencia *Zuid-Chemie* (LA LEY 148010/2009), antes citada, apdo. 24 y jurisprudencia citada).

Por lo tanto, en caso de (riesgo de) violación de los derechos de la personalidad a través del contenido de un sitio de Internet, ¿debe interpretarse la expresión “lugar donde puede ocurrir el hecho dañoso” contenida en el art. 5.3, del Reglamento [...], en la medida en que la parte afectada puede interponer una acción contra el administrador del sitio *web*, también ante los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro desde donde se puede acceder al sitio de Internet, cualquiera que sea el Estado miembro de establecimiento del gestor, o; la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en el que el gestor del sitio de Internet no tenga su establecimiento está supeditada a la existencia de una vinculación especial del contenido controvertido o del sitio de Internet con el Estado del foro que vaya más allá de la mera posibilidad técnica de acceso al sitio de Internet?

La argumentación del Tribunal se basa en el hecho de que el impacto del contenido publicado en Internet sobre los derechos de la personalidad puede ser comprendido mejor por el órgano jurisdiccional del lugar donde la presunta víctima tiene su centro de intereses, y que la atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional corresponde al objetivo de una buena administración de la justicia, así como al principio de la previsibilidad de las normas de competencia judicial internacional.

Además, el tribunal conserva el foro del lugar donde se produjo el daño, para conocer el daño causado en el territorio del concreto Estado miembro al que se haya entregado²¹⁹.

La idea de que la presunta víctima pueda demandar ante los tribunales de su domicilio (centro de vida) a quienes (teniendo su domicilio en el extranjero) infringen sus derechos de la personalidad, incluido el derecho a la protección de datos personales ha constituido también un elemento clave de la evolución de la UE c para favorecer a los afectados, como lo demuestra la conocida sentencia del TJ en el asunto *eDate Advertising y Martínez*. De hecho, con respecto al nuevo Reglamento europeo sobre protección de datos, debe señalarse que su propuesta ya incluía ciertas reglas cabe reseñar que ya en su Propuesta incluyó ciertas reglas de competencia judicial internacional, que para proteger al afectado contemplan la posibilidad con carácter general de que la víctima pueda demandar ante los tribunales de su propia residencia habitual a responsables establecidos en el extranjero (art. 75.2).

²¹⁸ Ver también la STS *Zuid-Chemie* (La Ley 148010/2009), antes citada, apdo. 24 y jurisprudencia citada, TJUE, sala primera, STC. de 16 de julio de 2009, C-189/2008.

²¹⁹ SUQUET CAPDEVILA, J., “El lugar del hecho dañoso en Internet: criterios de atribución de competencia judicial internacional (STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-618/15: *Concurrence SARL v Samsung Electronics France SAS y Amazon Services Europe Sàrl*)”, la Ley Unión Europea, núm. 47, 28 de abril de 2017, año V, ed. Wolters Kluwer .

Precisamente, a la luz de esta última disposición cabe entender que la exigencia de un recurso judicial efectivo prevista en la Directiva 95/46/CE, y a la que hace referencia la Sala de lo Civil como fundamento de su interpretación extensiva del concepto de responsable del tratamiento, no requiere en realidad que la acción judicial deba dirigirse contra un demandado domiciliado en el foro, frente a lo que parece desprenderse de la STS de 5 de abril. Más llamativa resulta la referencia en la mencionada sentencia a la eventual necesidad de ejecución en EE.UU de la sentencia que pudiera adoptarse contra *Google Inc.*, sin tener en cuenta que tal exigencia sólo se plantearía con respecto a una eventual condena de cantidad si la condenada no tiene bienes en España (ni otros Estados miembros del Reglamento Bruselas I bis), dándose la circunstancia en este caso de que *Google Inc.* tendría precisamente, como mínimo, una filial en nuestro país²²⁰.

El Tribunal de Justicia (Sala Décima)²²¹ declara que el Reglamento (CE) 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007 (LA LEY 12221/2007), relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 (LA LEY 6829/2000) del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, cuando se notifica o se traslada un documento a su destinatario residente en el territorio de otro Estado miembro, en el supuesto de que el documento no esté redactado en una lengua que el interesado entienda o bien en la lengua oficial del Estado miembro requerido o, si existen varias lenguas oficiales en dicho Estado miembro, en la lengua oficial o en una de las lenguas oficiales del lugar en el que debe procederse a la notificación o al traslado, o no vaya acompañado de una traducción a alguna de esas lenguas:

- el órgano jurisdiccional del asunto en el Estado miembro de origen debe garantizar que el dicho destinatario ha sido debidamente informado, mediante el formulario normalizado que figura en el anexo II de ese Reglamento, de su derecho a negarse a aceptar el citado documento;

- en caso de omisión de esta obligación de forma, corresponde a ese órgano jurisdiccional corregir el procedimiento de conformidad con las disposiciones de dicho Reglamento;

- no corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del asunto obstaculizar el ejercicio por el destinatario de su derecho a negarse a aceptar el documento;

- sólo después de que el destinatario haya ejercido efectivamente su derecho a negarse a aceptar el documento, el órgano jurisdiccional que conoce el caso puede verificar los méritos de la negativa; para ello, ese órgano jurisdiccional debe tener en cuenta toda la información relevante contenida en el archivo para determinar si la parte interesada entiende o no la lengua en la que está redactado el documento, y

- si ese órgano jurisdiccional determina que la denegación del destinatario del documento no estaba justificada podrá, en principio, puede aplicar las consecuencias previstas en su Derecho nacional para ese caso, siempre que se preserve el efecto útil del Reglamento núm. 1393/2007.

²²⁰ DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “La contradictoria doctrina del Tribunal Supremo acerca del responsable del tratamiento de datos por el buscador Google”, la *Ley Unión Europea*, núm. 37, 31 de mayo de 2016, año IV, ed. Wolters Kluwer .

²²¹ TJUE, sala décima, auto de 28 de abril de 2016, C-384/2014.

5.3. Demarcación material de las conductas contrarias a la competencia

En materia de la competencia es notable el efecto sobre el mercado. Así, el TJUE en unas sentencias (C-625/2013²²²- C-642/2013²²³- C-626/2013²²⁴) declaró la existencia de una infracción del art. 101 TFUE (LA LEY 6/1957), apdo. 1, y del art. 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3; en lo sucesivo, «Acuerdo EEE»), en el sector de los productos y accesorios para cuartos de baño. Esta infracción, en la que participaron 17 empresas, tuvo lugar a lo largo de diferentes períodos comprendidos entre el 16 de octubre de 1992 y el 9 de noviembre de 2004 y adoptó la forma de un conjunto de acuerdos contrarios a la competencia o de prácticas concertadas en los territorios de Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Países Bajos y Austria²²⁵. La Comisión había calificado erróneamente la infracción constatada de infracción única, compleja y continua y, con carácter subsidiario, que había vulnerado, al proceder de este modo, su obligación de motivación por no haber delimitado con la precisión suficiente los mercados de que se trata.

Como destaca la Comisión²²⁶, es cierto que un requerimiento de información es una medida de investigación que se utiliza generalmente en una fase de instrucción que precede al pliego de cargos y sólo tiene por objeto permitir que la Comisión obtenga la información y la documentación necesarias para comprobar la realidad y el alcance de una situación de hecho y de Derecho determinada (ver en ese sentido la sentencia *Orkem/Comisión*, 374/87, EU: C: 1989:387, apdo. 21).

Las razones de esta limitación hay que encontrarlas en el hecho de que, en el mercado, cuando existe un operador en situación de dominio, la competencia queda debilitada²²⁷

La Ley de defensa de la competencia es una norma que contiene su propia tipificación de aquellas conductas o actividades que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la norma.

Las conductas más próximas a las restrictivas de la competencia que el legislador considera de mayor irreprochabilidad son, como resulta lógico, las que él mismo incluye y tipifica en el Código Penal, cuyo art. 284.1²²⁸ sanciona a quienes "empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación". Se trata de conductas contrarias a la libre concurrencia calificadas por el añadido de la violencia, la amenaza o el engaño. Pues bien, de conformidad con

²²² TJUE, sala primera, STS de 26 de enero de 2017, C-625/2013.

²²³ TJUE, sala primera, STS de 26 de enero de 2017, C-642/2013.

²²⁴ TJUE, sala primera, STS de 26 de enero de 2017, C-626/2013.

²²⁵ STJ, (sala primera), de 26 de enero de 2017.

²²⁶ TJUE, sala tercera, STS de 10 de marzo de 2016, C-247/2014.

²²⁷ STS del TPI de 1 de abril de 1993 (BPB Industries y British Gypsum/Comisión, As. T-65/89) que señala que ciertas «consideraciones, aplicables en una situación normal de mercado competitivo, no pueden admitirse sin reserva en el caso de un mercado en el que, precisamente por el hecho de que uno de los operadores ostenta una posición dominante, la competencia se encuentra ya restringida» (apdo. 67).

²²⁸ Art. 284.1 CP: Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que: 1. Empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos.

el art. 288 del CP²²⁹ (LA LEY 3996/1995), cuando una persona jurídica sea responsable del delito tipificado en el artículo 284 le corresponderá una "multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad" o una "multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos". El sistema de multas-período de tiempo, a su vez, para el caso de las que se pueden imponer a las personas jurídicas tiene como base una cuota diaria con un mínimo de 30 y un máximo de cinco mil euros (5000)²³⁰.

Resulta clara que la tipificación europea de las conductas contrarias a la libre competencia vinculan a las autoridades nacionales - sin perjuicio de la facultad del art.3 del Reglamento "Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral"; pero también resulta claro que la imposición de las multas sancionadoras se rige por el Derecho nacional²³¹.

6. MONOPOLIO Y POSICIÓN DOMINANTE; JURISPRUDENCIA EUROPEA Y NACIONAL

6.1. Jurisprudencia europea

Los monopolios de derecho, que provienen de leyes o Reglamentos que otorgan a las empresas o en general a las entidades el derecho exclusivo a ejercer unas actividades. Para la jurisprudencia europea, tales disposiciones no excluyen la aplicación del art. 102. Según el Tribunal de Justicia²³², el mero hecho de crear una posición dominante mediante la concesión de derechos especiales o exclusivos, en el sentido del art. 106 TFUE, apdo. 1, no es, como tal, incompatible con el art. 102 TFUE. De hecho, un Estado miembro sólo infringirá las prohibiciones establecidas en estas dos disposiciones cuando la empresa de que se trate sea inducida, por el simple ejercicio de los derechos especiales o exclusivos que le han sido conferidos, a explotar su posición dominante de manera abusiva o cuando esos derechos puedan crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos (sentencia *Servizi Ausiliari*

²²⁹ Art. 288 del CP: En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado. Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas: 1.º En el caso de los delitos previstos en los arts. 270, 271, 273, 274, 275, 276, 283, 285 y 286: a) Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, o que se hubiera podido obtener, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años. b) Multa del doble al triple del beneficio obtenido, favorecido, o que se hubiera podido obtener, en el resto de los casos. En el caso de los delitos previstos en los arts. 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284 y 286 bis al 286 quater: a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad. b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos. 2.º Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apdo. 7 del art. 33.

²³⁰ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS 925/2017 de 25 de mayo de 2017, rec. 3259/2014.

²³¹ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS 837/2017 de 12 de mayo de 2017, rec. 3985/2014.

²³² Asunto C-497/12, TJ, sala cuarta, de 02 de julio de 2015.

Dottori Commercialisti, C-451/03, EU:C:2006:208, apdo. 23 y jurisprudencia citada).

Es importante remitirse a una constante y uniforme jurisprudencia del TJUE, de la que sólo es un ejemplo la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, asunto C-441/11, apartados 41 y 42, en los que se indica lo siguiente:

"Según reiterada jurisprudencia, una infracción del art. 101 del TFUE, apdo. 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencias Comisión/*Anic Partecipazioni*, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C- 211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apdo. 258)²³³.

El Tribunal recuerda que el abuso de posición dominante constituye una práctica de una política de precios cuyo objetivo económico es eliminar a los competidores para aprovechar la reducción del grado de competencia que aún existe en el mercado. Por un lado, los precios por debajo de la media de los costes variables deben considerarse, en principio, abusivos, en la medida en que, al aplicar tales precios, se presume que una empresa en situación de posición dominante no persigue otra finalidad económica que eliminar a sus competidores. Debido a lo cual, los precios por debajo de la media de los costes totales, pero superiores a la media de los costes variables, solamente deben considerarse abusivos cuando estén fijados en el marco de un plan que tenga como objetivo la eliminación de un competidor²³⁴. Así pues, el Tribunal considera que demostrar la posibilidad de recuperar las pérdidas no es un requisito previo necesario para la determinación de una práctica de precios predatorios. Incluso la ausencia de cualquier posibilidad de recuperar las pérdidas no constituye una razón suficiente para excluir a la empresa en cuestión de fortalecer su posición dominante como consecuencia de la salida del mercado de uno o varios de sus competidores²³⁵.

Una investigación iniciada por la Comisión en 2009²³⁶ demostró que *Thomson Reuters*, una empresa canadiense, ocupaba una posición dominante en el mercado mundial de flujos de datos consolidados en tiempo real. A este respecto, la Comisión consideró que los «*Reuters Instrument Codes*» de TR (códigos alfanuméricos cortos creados para identificar los valores y su lugar de negociación; en lo sucesivo, «RIC») conllevaban importantes obstáculos para los clientes que deseaban cambiar de proveedor. La Comisión consideró que TR prohibía a sus clientes usar los RIC para recuperar datos de flujos de datos consolidados en tiempo real de otros proveedores e impedía a terceros y proveedores competidores crear y mantener memorias de correspondencias que incorporen los RIC y que permitirían a los sistemas de sus

²³³ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS 1117/2017 de 26 de junio de 2017, rec. 2403/2014.

²³⁴ STJ, (sala primera), de 2 de abril de 2009.

²³⁵ MARTÍN-LABORDA, A. R., "Jurisprudencia del TJCE: abuso de posición dominante", *Derecho de los Negocios*, núm. 225, sección Competencia. Propiedad Industrial e Intelectual, junio 2009, p. 65, ed. Wolters Kluwer .

²³⁶ TG de la UE, comunicado de prensa núm. 100/16 Luxemburgo, 15 de septiembre de 2016, STS en el asunto T-76/14 *Morningstar Inc.* /Comisión.

clientes interactuar con los flujos de datos consolidados en tiempo real de otros proveedores. Así pues, la Comisión concluyó de ello un abuso de posición dominante.

A partir de esta Decisión²³⁷, la Comisión aceptó los compromisos propuestos por TR para poner fin a este abuso de posición dominante. En particular, TR propuso conceder a sus clientes licencias para permitirles utilizar los RIC para recuperar datos en los programas de proveedores competidores. Thomson Reuters también se comprometió a facilitar la información necesaria que permitiera a sus clientes correspondencias entre los RIC y el sistema de códigos de los proveedores competidores para el cambio de proveedor.

En el caso de las prácticas anticompetitivas, la realidad es que la aplicación conjunta de ambos tipos de normas tiene muy escasa virtualidad. Las autoridades nacionales deben aplicar el art. 101 TFUE, por lo que no pueden permitir lo que el Derecho comunitario prohíbe, ni prohibir lo que éste permite. Las autoridades nacionales no pueden sancionar actuaciones permitidas por el art. 101.1 TFUE, que reúnan las condiciones del art. 101.3 TFUE o que estén cubiertas por un reglamento de exención (art. 3.2 Reglamento 1/2003). En cambio, la aplicación conjunta de ambos tipos de normas tiene más margen en relación con el abuso de posición dominante, ya que se reconoce a los Estados la posibilidad de aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas que el art. 102 TFUE, que prohíban determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral (art. 3.2 Reglamento 1/2003)²³⁸.

En España, el TS²³⁹ con invocación de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia de esta Sala en relación con el procedimiento administrativo sancionador, y aplicando el art. 51.4 LDC, concluye que "[...] el derecho de defensa de la actora ha sido conculcado en dicho procedimiento sin que haya existido mínima culpa de la recurrente en la indefensión producida pues, en efecto, ésta no tenía que defenderse nada más que de los hechos que se le imputaban y de la calificación jurídica que de la misma hacía la Dirección de Investigación, de ahí que ante la declaración de ausencia de culpabilidad no precisase realizar alegación alguna como tampoco tenía que defenderse de que fuera responsable de un eventual abuso de posición de dominio al quedar exonerado de responsabilidad, pues obvio es que nadie está obligado de defenderse de "todo", ni puede decirse que acepte "todo" aquello de lo que no se defiende", y ello porque tanto en el pliego de cargos como en la propuesta de resolución, la Dirección de Investigación declaró la no existencia de culpabilidad en el comportamiento de la actora, en cuanto que la normativa aplicable es susceptible de diferentes interpretaciones posibles, y la resolución sancionadora impugnada no tuvo en cuenta lo anterior y entendió que la conducta de memora no puede ser considerada sino como dolosa. Esto es, se ha modificado el sentido de la imputación contenida en la propuesta de resolución sin conceder trámite de audiencia previo.

²³⁷ Decisión C (2012) 9635 de la Comisión, de 20 de diciembre de 2012, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 TFUE y del artículo 54 del Acuerdo EEE [asunto COMP/D2/39.654 — Reuters Instrument Codes (RIC)].

²³⁸ LAGUNA DE PAZ, J. C., "Criterios para la fijación de las sanciones en materia de defensa de la competencia impuestas por las autoridades españolas. A propósito de la STS de 29 de enero de 2015", la *Ley mercantil*, núm. 12, sección competencia y distribución, marzo 2015, ed. Wolters Kluwer.. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 16, primer semestre de 2015, ed. Wolters Kluwer .

²³⁹ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, auto de 10 de abril de 2017, rec. 225/2017.

6.2 Jurisprudencia española

La jurisprudencia nacional²⁴⁰ se encuentra en la misma dirección, así es cierto que el art. 13, apdo. 2, del Reglamento núm. 1/2003, como todas las disposiciones de este Reglamento, se refiere a las situaciones en las que se aplican los arts. 101 y 102 TFUE. A tenor del dicho art. 13, apdo. 2, del Reglamento, «las autoridades de competencia de un Estado miembro o la Comisión podrán desestimar una denuncia formulada contra un acuerdo, una decisión de asociación o una práctica por otra autoridad de competencia». Procede examinar a la luz de estos principios si la expresión «denuncia por otra autoridad de competencia», debe entenderse en el sentido de que permite a la Comisión desestimar una denuncia cuando la autoridad de competencia de un Estado miembro haya desestimado previamente esa misma denuncia por motivos de prioridad²⁴¹.

En particular, el art. 3, apdo. 1, de dicho Reglamento establece que, cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros apliquen el Derecho nacional de la competencia a una práctica abusiva de una empresa con una posición dominante en el mercado que puede afectar al comercio entre los Estados miembros, también están obligadas a aplicar el art. 102 TFUE. Según la jurisprudencia, la delimitación del mercado de referencia reviste esencial importancia para determinar si una empresa está en situación de posición dominante, puesto que las posibilidades de competencia sólo pueden apreciarse en función de las características de los productos o servicios de que se trate, en virtud de las cuales dichos productos o servicios serían especialmente aptos para satisfacer necesidades permanentes y escasamente sustituibles por otros productos o servicios (sentencias de 21 de febrero de 1973, *Europemballage Corporation y Continental Can Company*/Comisión, 6/72, Rec., EU:C:1973:22, apdo. 32, y de 30 de enero de 2007, *France Télécom*/Comisión, T-340/03, REC, EU:T:2007:22, apdo. 78).

Además, según reiterada jurisprudencia, una posición dominante se demuestra por el hecho de que la empresa de que se trata se encuentra en una situación de poder económico que le otorga la facultad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, permitiéndole actuar, en gran medida, de manera independiente respecto a sus competidores, a sus clientes y, finalmente, a los consumidores (sentencias de 14 de febrero de 1978, *United Brands*/Comisión, 27/76, REC, EU:C:1978:22, apdo. 65; de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche*/Comisión, 85/76, Rec., EU:C:1979:36, apdo. 38, y *France Télécom*/Comisión, antes citada, EU:T:2007:22, apdo. 99).

Mediante un recurso²⁴² basado en el art. 263 TFUE (LA LEY 6/1957) por el que se solicita la anulación de la decisión de la Comisión de 17 de febrero de 2015 por la que se deniega a la demandante el acceso a los documentos relativos al procedimiento por abuso de posición dominante con la referencia COMP/AT.40089 - *Deutsche Telekom*. En materia de acceso a los documentos que obran en el expediente administrativo creado en el marco de un procedimiento relativo a una práctica colusoria, debe aplicarse por analogía y por razones idénticas al acceso a los documentos obrantes en el expediente administrativo constituido en el marco de un procedimiento relativo a un abuso de posición dominante, y ello tanto si se trata de los documentos que la Comisión intercambió con las partes en el procedimiento o con terceros como de

²⁴⁰ Asunto T-355/13. STS del TG (sala segunda) de 21 de enero de 2015. *EasyJet Airline Co. Ltd vs. CE*.

²⁴¹ TG, sala segunda, STS de 21 de enero de 2015, T-355/2013.

²⁴² TG, sala sexta, STS de 28 de marzo de 2017, T-210/2015.

documentos internos que la Comisión elaboró para tramitar el procedimiento en cuestión.

7. EL EJERCICIO ABUSIVO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO DE INTERNET

Existe una presunción *iuris tantum* de que una empresa es dominante en un mercado cuando presenta una cuota de mercado igual o superior al cincuenta por ciento. En estos supuestos, la carga de prueba recae sobre la empresa en cuestión, que esa tendencia es capaz de demostrar que, efectivamente, no hay una posición de dominio en el mercado en cuestión. Como lo han expresado las autoridades de competencia europeas en varias ocasiones. Si tras la realización del análisis indicado anteriormente sobre la base tanto de la cuota de mercado de la empresa en cuestión como de otras características relevantes del mercado, se concluye que existe una posición de dominio, es necesario analizar el comportamiento en el mercado de la empresa dominante²⁴³.

El TS²⁴⁴ explica que el abuso de posición dominante, tipificado por el art. 2 de la Ley de defensa de la competencia, se caracteriza por desarrollar un comportamiento que, prevaliéndose de una situación de superioridad en el mercado de referencia, impone condiciones abusivas al resto de sujetos que operan en dicho mercado, impone barreras que excluyen o dificultan gravemente el acceso al mismo o, en general, establece un marco de actuación anticompetitivo en beneficio propio.

Con el objetivo de asegurar un adecuado cumplimiento del art. 102 del TFUE (LA LEY 6/1957), el Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 (LA LEY 14271/2002), relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado (actuales arts. 101 y 102) ha dotado a la CE de amplias facultades y poderes.

En este sentido, la Comisión no solo dispone de poderes para ordenar el cese de aquellas prácticas que haya declarado contrarias al art. 102 del Tratado, sino que además goza de amplias facultades enfocadas a facilitar la investigación previa que la Comisión ha de llevar a cabo en aras a esclarecer si la práctica en cuestión constituye un abuso de posición de dominio²⁴⁵.

Para eliminar los obstáculos al comercio y las distorsiones significativas de la competencia que aún subsistan como consecuencia de divergencias entre las legislaciones nacionales e impedir nuevos obstáculos al comercio y distorsiones significativas de la competencia, es necesario adoptar un Reglamento que establezca una interpretación más uniforme del marco de la Unión sobre el abuso de mercado que defina con mayor claridad las normas aplicables en todos los Estados miembros. La adopción de un reglamento para configurar los requisitos del abuso de mercado garantizará la aplicabilidad directa de los mismos. Con ello se deberían garantizar unas condiciones uniformes, evitando las divergencias entre requisitos nacionales que podrían producirse con la transposición de una directiva. El presente Reglamento requerirá que todas las personas sigan las mismas normas en el conjunto de la Unión. Reducirá asimismo la complejidad normativa y los costes de cumplimiento de las

²⁴³ DE BLAS AGUILERA, J., *op. cit.* nota 665, p. 87.

²⁴⁴ TS de 24 de febrero de 2017, sala tercera, sección tercer, STS 318/2017, rec. 1314/2014.

²⁴⁵ DE BLAS, A. J., “La comisión europea investiga posibles prácticas anticompetitivas realizadas por Google”, *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo de 2015, ed. la Ley.

empresas, en especial para aquellas que operan con carácter transfronterizo, y contribuirá a eliminar las distorsiones de la competencia²⁴⁶.

7.1. Conductas: asunto Google *Android*

Google ha desarrollado un sistema operativo móvil llamado «*Android*». Los sistemas operativos móviles controlan un móvil y realizan una función similar a la desempeñada por Windows, Mac OS X o Linux para ordenadores de sobremesa y portátiles.

La CE²⁴⁷ ha remitido un pliego de cargos a Google sobre el servicio de comparación de precios y ha iniciado un procedimiento formal de investigación específico sobre *Android*. La compañía ha abusado de su posición dominante en los mercados de servicios de búsqueda general en Internet en el Espacio Económico Europeo (EEE) al favorecer sistemáticamente sus propios productos de comparación de precios en sus páginas de resultados de búsqueda general. Según el dictamen preliminar de la Comisión es que tal conducta infringe las normas antimonopolio de la UE al obstaculizar la competencia y perjudicar a los consumidores. La presentación de un pliego de cargos no prejuzga el resultado de la investigación.

Las investigaciones llevadas a cabo por las instituciones comunitarias respecto al funcionamiento en el mercado europeo de las grandes empresas tecnológicas de EEUU como Google o Amazon llevaron al presidente Barack Obama a afirmar de manera categórica en febrero de 2015 que “a veces sus proveedores [europeos] de servicios, que como ustedes saben no pueden competir con los nuestros, están esencialmente tratando de establecer algunos obstáculos para que nuestras empresas no puedan operar efectivamente ahí (...) Hemos sido los propietarios de Internet. Nuestras empresas lo han creado, ampliado, perfeccionado de manera que ellos no pueden competir”²⁴⁸.

La Comisión también ha abierto por separado una investigación formal antimonopolio sobre el comportamiento de Google en relación con el sistema operativo para móvil *Android*. La investigación se centrará en si Google ha celebrado acuerdos contrarios a la competencia o ha abusado de su posición dominante en el campo de los sistemas operativos, aplicaciones y servicios para dispositivos móviles inteligentes²⁴⁹.

En abril 2015, la Comisión inició un proceso formal contra Google para investigar si el comportamiento de la compañía hacia *Android* podría haber violado las normas antimonopolio de la UE²⁵⁰.

*Android*²⁵¹ es un sistema de código fuente abierto, lo que significa que puede ser utilizado y desarrollado libremente por cualquiera para crear un sistema operativo móvil modificado (las denominadas «bifurcaciones de *Android*»). Sin embargo, si un

²⁴⁶ Considerado cinco (5) de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso de mercado) / COM/2011/0651 final - 2011/0295 (COD).

²⁴⁷ CE- Comunicado de prensa, “Antimonopolio: la Comisión remite un pliego de cargos a Google sobre el servicio de comparación de precios e incoa un procedimiento formal de investigación específico sobre *Android*”, Bruselas, 15 abril 2015.

²⁴⁸ PRISLAN, N., “Carta de Europa: ¿Existe una grieta digital entre EEUU y la UE?”, *Política exterior*, vol. 30, núm. 172, julio-agosto 2016.

²⁴⁹ CE- Comunicado de prensa, *op. cit.* nota 222.

²⁵⁰ Asunto AT.40099, *Android* de Google, consultar MEMO/15/4782 de 15 de abril de 2015.

²⁵¹ UNIVERSIDAD DE VALENCIA, “La UE acusa a Google de dañar la competencia y frenar la innovación en telefonía móvil”, *Diario la Ley*, sección hoy es noticia, ed. la Ley. 20/04/2016.

fabricante desea preinstalar aplicaciones exclusivas de Google, entre ellas, Google Play Store y Google Search, en cualquiera de sus dispositivos, Google le obliga a suscribir un «acuerdo antifragmentación» que les compromete a no vender dispositivos que funcionen con bifurcaciones de *Android*. En principio, cualquiera puede utilizar y desarrollar *Android* libremente. La mayoría de los fabricantes de teléfonos inteligentes y tabletas, no obstante, utiliza el sistema operativo *Android* junto con una serie de aplicaciones y servicios exclusivos de Google, y por ello deben suscribir determinados acuerdos con Google.

En particular, sobre la base de la información disponible para la Comisión, la investigación se centrará en esta etapa en las siguientes tres preguntas:

¿Google no obstaculiza ilegalmente el desarrollo de aplicaciones móviles o servicios competitivos en el mercado al exigir o a obligar a los fabricantes de teléfonos inteligentes y tabletas exclusivamente para preinstalar las aplicaciones o servicios de Google?

¿Google evita que los fabricantes de teléfonos inteligentes y tabletas que desean instalar aplicaciones de Google y servicios en algunos de sus dispositivos *Android* para desarrollar y comercializar versiones modificadas y potencialmente competidores *Android* (el "horquillas de *Android* ") en otros dispositivos, hacer que las cosas sean difíciles de acceder y desarrollar el mercado de sistemas operativos para dispositivos móviles y aplicaciones de comunicaciones móviles y servicios de sus competidores?

¿Google no obstaculiza ilegalmente las aplicaciones y servicios de desarrollo y acceso a los mercados de sus competidores al vincular o agrupar ciertos servicios de Google y aplicaciones distribuidas en los dispositivos *Android* con otras aplicaciones, servicios y/o interfaces programación de aplicaciones de Google²⁵²?

El contexto del procedimiento de la Comisión basado del art. 101 del TFUE que prohíbe las decisiones de asociaciones de empresas y acuerdos contrarios a la competencia entre las empresas. También, del art. 102 del TFUE que prohíbe el abuso de posición dominante que pueda afectar al comercio e impedir o restringir la competencia. La regulación sobre carteles y abusos de posición dominante (Reglamento núm. 1/2003) define las reglas para la aplicación de esta disposición por la Comisión y las autoridades nacionales de competencia. Por fin, del art. 11, párr. 6 de este Reglamento establece que una vez que la Comisión ha abierto un procedimiento, las autoridades nacionales de competencia pueden dejar de aplicarse las normas de la UE en materia de competencia a las prácticas pertinentes. Por otra parte, el art. 16, párr. 1, del mismo Reglamento establece que los tribunales nacionales no pueden adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado.

Independientemente de las medidas tomadas, Google se ha comprometido a realizar una serie de mejoras adicionales solicitadas por la AEPD, como aumentar la lista de servicios con políticas de privacidad específicas y extender las campañas de recordatorios de privacidad tanto a otros productos de Google, así como a los usuarios de *Android*. También existen los compromisos para mantener un diálogo continuo con la Agencia sobre la aplicación de nuevas medidas y de informar de futuros cambios que

²⁵² European Commission – “Antitrust: Commission opens formal investigation against *Google* in relation to *Android* mobile operating system”. Brussels, 15 april 2015, MEMO/ 15/4782.

puedan afectar a la privacidad de los ciudadanos²⁵³.

La información sobre estos avances fue comunicada al GT29, que a su vez acordó continuar con los trabajos de actuación coordinada iniciados a este respecto por las Autoridades de Protección de Datos de Alemania, España, Francia, Holanda, Italia y Reino Unido²⁵⁴.

En una sentencia de 10 de enero de 2017²⁵⁵, Director de Desarrollo del Negocio de empresa el mismo día de su despido, anuló las contraseñas de acceso a las cuentas de DIRECCION000 en el servicio publicitario Google *Adwords*, ordenando también el barrido masivo de toda la información y campañas de publicidad de la empresa y del servicio de gestión de proyectos *Uinfulde*, eliminando el contenido de las cuentas referidas.

Las contraseñas y el contenido de las campañas publicitarias de Google *Adwords* fueron recuperadas en un tiempo después, restaurándose los servicios que prestaban.

Según el art.264-1 CP por delitos de daños, El recurso se basa en el error en la valoración de la prueba, a pesar de lo cual comienza con una alegación referente a la vulneración del principio acusatorio, pues se dice en él que el apelante es condenado por unos hechos diferentes a los que han sido objeto de acusación, ya que las acusaciones solo le imputaban la revocación de los permisos de acceso de Everardo a la plataforma Google *Adwords*, no el borrado de todos los contenidos de la empresa en dicha plataforma.

El resultado grave de los daños causados en los datos informáticos deberá ser estimado caso por caso atendiendo a criterios que permitan apreciar esa gravedad, criterios como puede ser la posibilidad o no de recuperar los datos informáticos, la pérdida definitiva de los mismos o la posibilidad de recuperación y, en este último caso, el coste económico de la reparación del daño causado, la complejidad técnica de los trabajos de recuperación, la duración de las tareas de recuperación, el valor del perjuicio causado al titular de los datos, bien como lucro cesante o como daño emergente²⁵⁶.

Su estimación implica la prueba de la gravedad de esos daños, cuya carga pesa sobre la parte que acusa. En el caso examinado no se puede concluir que se ha acreditado que el daño causado a COMUNITAE S.L. por las acciones llevadas a cabo por el apelante en la cuenta de la sociedad en la plataforma Google *Words* sea de carácter grave y esa ausencia de prueba impide apreciar la comisión del delito penado en el art.264-1 CP anterior a la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015).

En el pliego de cargos, la Comisión alega que Google ha infringido las normas *antitrust* de la UE²⁵⁷:

- al exigir a los fabricantes que preinstalen Google *Search* y el navegador *Chrome* de Google y los obligue a seleccionar en sus dispositivos Google *Search* como

²⁵³ El mundo, “Google se compromete a aumentar la lista de servicios con políticas de privacidad”, 11/01/2016. Disponible en: <https://www.elmundo.es/tecnologia/2016/01/11/5693d0d346163fad258b45f1.html>. (Consultada el 22 de octubre de 2015).

²⁵⁴ Redacción Diario la Ley, “Google progresa adecuadamente en su política de privacidad”, Diario la Ley, núm. 8707, sección tribuna, 22 de febrero de 2016, Ref. D-79, ed. Wolters Kluwer .

²⁵⁵ AP de Madrid, sección 23.ª, STS 23/2017 de 10 de enero de 2017, rec. 1555/2016.

²⁵⁶ AP, sección 23, STS 10/01/2017, rec. 1555/2016.

²⁵⁷ CE- Comunicado de prensa, “Antitrust: la Comisión envía un pliego de cargos a Google sobre el sistema operativo y las aplicaciones de *Android*”, Bruselas, 20 de abril de 2016.

servicio de búsqueda por defecto para otorgar licencias de ciertas aplicaciones exclusivas de Google;

- al evitar que los fabricantes vendan dispositivos móviles inteligentes que funcionen con sistemas operativos competidores basados en el código fuente abierto *Android*;

- al conceder incentivos financieros a los fabricantes y operadores de redes móviles con la condición de que preinstalen exclusivamente *Google Search* en sus dispositivos.

La investigación de la Comisión ha demostrado que los fabricantes que deseen preinstalar *Google Play Store*, la tienda de aplicaciones de Google para *Android* en sus dispositivos es forzada por Google también preinstalar Búsqueda de Google y hacer que el motor de búsqueda por defecto en estos dispositivos. Además, los fabricantes que deseen comprobar la validez de instalar *Google Play Store* o *Google* búsqueda deben también preinstalar el navegador *Chrome* de Google. De esta manera, Google ha asegurado que su motor de búsqueda y el navegador están preinstalados en la gran mayoría de dispositivos vendidos en el EEE.

La Comisión considera que estas prácticas comerciales pueden llevar a una mayor consolidación de la posición dominante de *Google Search* en los servicios de búsqueda general en internet²⁵⁸.



El día 18 de julio de 2018²⁵⁹, la UE multó a Google con cuatro mil trescientos cuarenta y tres millones de Euros (4.343) y le ordenaron que deje de usar su popular sistema operativo móvil *Android* para bloquear a sus competidores, un fallo que la

²⁵⁸ Para más información, ver la ficha informativa disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-1484_fr.htm. (Consultada el 15 de marzo de 2016).

²⁵⁹ “Europe hits Google with record \$5 billion antitrust fine, appeal ahead”, technology news, July 18, 2018. Disponible en: <https://uk.reuters.com/article/us-eu-google-antitrust/europe-hits-google-with-record-5-billion-antitrust-fine-appeal-ahead-idUKKBN1K80U>. (Consultada el 20 de julio de 2018).

compañía tecnológica estadounidense dijo que apelaría. La multa es casi el doble del récord anterior de dos mil cuatrocientos (2.400) millones de euros que Google tenía que pagar el año pasado 2017 después de que su servicio de búsqueda de compras en línea se considerara injusto para sus competidores.

El sistema *Android* de Google, que permite a los fabricantes de dispositivos utilizar de forma gratuita, opera alrededor del ochenta por ciento (80%) de los teléfonos inteligentes del mundo, según la firma de investigación de mercado *Strategy Analytics*.

Según la UE, el comportamiento ilegal de Google data de 2011 e incluye forzar a los fabricantes a preinstalar la Búsqueda de Google y su navegador Chrome junto con su tienda de aplicaciones Google Play en sus dispositivos *Android*, pagándoles para preinstalar solo la Búsqueda de Google y bloquearlos de usar sistemas *Android* rivales.

"Google ha usado Android como vehículo para consolidar el dominio de su motor de búsqueda" sobre sus rivales, dijo a la prensa la jefa antimonopolio de la UE, Margrethe Vestager, responsable de la Política de Competencia. También, ha declarado que: *«Hoy en día, la internet móvil representa más de la mitad del tráfico mundial de internet. Ha cambiado la vida de millones de europeos. El asunto que nos ocupa se refiere a tres tipos de restricciones que ha impuesto Google a los fabricantes de dispositivos Android y a los operadores de redes para asegurarse de que el tráfico en los dispositivos Android se dirige al motor de búsqueda Google. De esta forma, Google ha utilizado Android como vehículo para consolidar el dominio de su motor de búsqueda. Estas prácticas han privado a sus competidores de la posibilidad de innovar y competir en función de sus méritos. Han impedido a los consumidores europeos beneficiarse de una competencia efectiva en un ámbito tan importante como el móvil. Esto es ilegal con arreglo a las normas de defensa de la competencia de la UE»*.

En particular, Google:

-ha obligado a los fabricantes a preinstalar la aplicación Google Search y el navegador *Chrome* como condición para conceder la licencia de su tienda de aplicaciones, *Play Store*;

-ha realizado pagos a determinados grandes fabricantes y operadores de redes móviles a condición de que preinstalaran exclusivamente la aplicación Google *Search* en sus dispositivos; y

-ha impedido a los fabricantes que deseaban preinstalar aplicaciones de Google vender un solo dispositivo móvil inteligente que funcione en versiones alternativas de *Android* no aprobadas por Google (las denominadas «bifurcaciones de *Android*»)²⁶⁰.

La respuesta de Google no ha tardado en llegar y este mismo miércoles el gigante tecnológico ha manifestado su intención de recurrir a la multa. "*Android* ha creado más opciones para todo el mundo, no menos. Un ecosistema pujante, rápidas innovaciones y precios más bajos son distintivos clásicos de una fuerte competencia. Recurriremos la sentencia de la Comisión", ha dicho un portavoz²⁶¹.

²⁶⁰ CE, "Antimonopolio: La Comisión impone a Google una multa de cerca de 4,34 millones EUR por prácticas ilegales en relación con los dispositivos móviles *Android* para reforzar la posición dominante del motor de búsqueda de Google", Bruselas, 18 de julio de 2018.

²⁶¹ Redacción El HuffPost, "Bruselas impone una nueva multa récord a Google de 4.343 millones por Android", Economía, 18 de julio de 2018. Disponible en: https://www.huffingtonpost.es/2018/07/18/la-ue-impone-una-multa-de-miles-de-millones-de-euros-a-google-por-android_a_23484468/. (Consultada el 23 de julio de 2018).

Google tiene noventa (90) días para detener tales prácticas anticompetitivas con los fabricantes de teléfonos inteligentes y los proveedores de telecomunicaciones o solicitar un retraso del pedido mientras apela. *Alphabet* arriesga sanciones adicionales de hasta el cinco por ciento (5%) de los ingresos globales diarios promedio por incumplimiento.

Más reciente, en marzo 2019, la CE ha multado a Google con 1,49 miles de millones de euros por infringir las normas de defensa de la competencia de la UE. Google ha abusado de su posición dominante en el mercado al imponer una serie de cláusulas restrictivas en los contratos con sitios *web* de terceros que impidieron a los competidores de Google colocar sus anuncios de búsqueda en esos sitios *web*²⁶². La Comisión dijo que Google había otorgado contratos de exclusividad a los propietarios de sitios *web*, impidiéndoles incluir los resultados de búsqueda de los rivales de Google. Dijo que estas cláusulas fueron reemplazadas en 2009 por pagos de primas y en el mismo año, Google había pedido a los editores que solicitaran permiso sobre cómo se mostraban los anuncios rivales²⁶³.

La comisaria Margrethe Vestager, encargada de la política de competencia, ha declarado: “*La Comisión ha impuesto hoy una multa a Google de 1,49 miles de millones de euros por uso irregular de su posición dominante en el mercado como intermediario de anuncios de búsqueda en línea. Mediante la imposición de restricciones contractuales contrarias a la competencia en sitios web de terceros, Google ha reforzado su dominio en la publicidad de búsqueda en línea y se ha protegido de la presión de la competencia. De acuerdo con las normas de defensa de la competencia de la UE, estas prácticas, que se han prolongado durante más de diez años, son ilegales y han impedido a otras empresas competir por sus propios méritos e innovar, y a los consumidores disfrutar de las ventajas de la competencia*”.

Mediante *AdSense for Search*, Google proporciona esos anuncios de búsqueda a los propietarios de sitios web «editores». Google es un intermediario, una especie de agente publicitario, entre anunciantes y propietarios de sitios web que desean rentabilizar el espacio que rodea sus páginas de resultados de búsqueda. Por lo tanto, *AdSense for Search* funciona como plataforma de intermediación de publicidad de búsqueda en línea²⁶⁴.

Con la nueva penalización, el total de la Ley antimonopolio de la UE de Google asciende a 8.200 millones de euros (9.300 millones de dólares) La multa de hoy fue inferior a las dos anteriores, ya que Google trabajó activamente con la Comisión para cambiar sus políticas de *AdSense* después de que la UE anunció su caso en 2016²⁶⁵.

²⁶² CE- Comunicado de prensa, “Defensa de la competencia: la Comisión impone una multa a Google de 1,49 miles de millones de euros por prácticas abusivas en la publicidad en línea”, Bruselas, 20 de marzo de 2019.

²⁶³ DAVID REID, “EU regulators hit Google with \$1.7 billion fine for blocking ad rivals”, *CNBC*, Published 7:10 AM ET Wed, 20 March 2019 Updated 2:44 PM ET Wed, 20 March 2019. *CNBC.com*

²⁶⁴ CE- Comunicado de prensa, “Defensa de la competencia: la Comisión impone una multa a Google de 1,49 miles de millones de euros por prácticas abusivas en la publicidad en línea”, *op. cit.* nota 236.

²⁶⁵ JAMES VINCENT, “Google hit with €1.5 billion antitrust fine by EU. The third antitrust fine the European Union has levied against the US tech giant”, *The verge*, Mar 20, 2019.

7.2. Responsabilidad penal por delitos contra el derecho de la competencia a través de internet

El derecho penal es un derecho subsidiario, basado en principios de intervención mínima, que se implementa cuando las acciones civiles y administrativas resultan ser ineficaces. Así, el Circular de FGE núm. 1/2006 afirma que: *“El principio de intervención mínima del derecho penal es un factor de selección para el legislador, pero no para el intérprete que no puede prescindir de las conductas que el legislador expresamente ha decidido sancionar. El criterio que el legislador ha tenido en cuenta, para delimitar el ámbito de protección penal, es el de que las conductas lesivas se realicen con fines comerciales y sean intencionales. La concurrencia de los elementos típicos de fines comerciales e intencionalidad de las conductas, se corresponde por otra parte con las exigencias que a nivel comunitario se recogen en el art. 3 de la Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo, de 12 de julio de 2005, sobre medidas penales para el aseguramiento del respeto de los derechos de propiedad intelectual, la cual viene a completar la protección que a nivel civil se dispensa en la Directiva 2004/48 UE, de 29 de abril. El citado art. 3 establece que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurar que las infracciones intencionales de los derechos de propiedad intelectual a escala comercial sean consideradas como infracciones penales”²⁶⁶.*

El Reglamento (CE) núm. 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. [101 TFUE (LA LEY 6/1957) y 102 TFUE] (DO 2003, L 1, p. 1) establece, en su art. 23, apdos. 2 y 3:

«2. Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia:

a) infrinjan las disposiciones del art. [101 TFUE (LA LEY 6/1957) o 102 TFUE]; [...]

Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior. [...]

3. A fin de determinar el importe de la multa, procederá tener en cuenta, además de la gravedad de la infracción, su duración».

Por la Directrices de 2006 para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apdo. 2, letra a), del Reglamento (CE) núm.1/2003 (LA LEY 14271/2002) (DO 2006, C 210, p. 2; en lo sucesivo, «Directrices de 2006») señalan, en su punto 2, que, por lo que respecta a la determinación de las multas, «la Comisión debe tener en cuenta la duración y la gravedad de la infracción» y que «la multa impuesta no debe superar los límites que se indican en el art. 23, apdo. 2, párrafos segundo y tercero, del Reglamento (CE) núm. 1/2003».

En la sentencia del TJUE²⁶⁷, la Comisión declaró la existencia de una infracción del art. 101 TFUE (LA LEY 6/1957), apdo. 1, y del art. 53 del Acuerdo sobre el EEE, de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3; en lo sucesivo, «Acuerdo EEE»), en el sector de los productos y accesorios para cuartos de baño. Esta infracción, en la que

²⁶⁶ Circular 1/2006 sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley orgánica 15/2003, p. 53. el texto original, que puede consultar en PDF en la página web del Ministerio Fiscal español (www.fiscal.es).

²⁶⁷ TJUE, sala primera, STS de 26 de enero de 2017, C-625/2013.

participaron 17 empresas, tuvo lugar a lo largo de diferentes períodos comprendidos entre el 16 de octubre de 1992 y el 9 de noviembre de 2004 y adoptó la forma de un conjunto de acuerdos contrarios a la competencia o de prácticas concertadas en los territorios de Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Países Bajos y Austria. En el presente asunto, una de las restricciones de la competencia más nocivas y que la infracción era una infracción única, continua y compleja, que abarcaba seis Estados miembros y afectaba a los tres subgrupos de productos-, para constatar después, en el apdo. 384 de la sentencia recurrida, la especial gravedad de la infracción imputada, que justificaba la aplicación de un coeficiente de gravedad del 15 por cien y, en el apdo. 385 de dicha sentencia, la participación de la recurrente «en el grupo central de empresas» que habían puesto en práctica la infracción reprochada.

Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 por cien (10%) del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior²⁶⁸.

A fin de determinar el importe de la multa, procederá tener en cuenta, además de la gravedad de la infracción, su duración.

El importe final de la multa en cada caso concreto se fijará en la decisión por la que se constate una infracción con arreglo al art. 7 y se imponga una sanción con arreglo al art. 23 del Reglamento [...] núm. 1/2003.

Si la Comisión decide recompensar a una parte por la transacción en el marco de la presente Comunicación, reducirá en un diez por cien el importe de la multa a imponer una vez aplicado el límite máximo del diez por cien con arreglo a las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apdo. 2, letra a), del Reglamento núm. 1/2003.

En los casos decididos en el marco del procedimiento de transacción en que también estén implicados solicitantes de clemencia, la reducción de la multa se añadirá a la recompensa por clemencia²⁶⁹.

Se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia²⁷⁰ que el Derecho de la competencia de la Unión tiene por objeto las actividades de las empresas y que el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de esa entidad y de su modo de financiación (sentencia de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, EU: C: 2007:775, apdo. 38).

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el comportamiento infractor de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica distinta, esa filial no determine de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplique, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas (ver, en este sentido, las sentencias de 14 de julio de 1972, *ICI/Comisión*, 48/69, EU:C:1972:70, apartados 131 a 133; de 25 de octubre de 1983, *AEG-Telefunken/Comisión*, 107/82, EU:C:1983:293, apdos. 49 a 53; de 11 de julio de 2013, *Team Relocations* y otros/Comisión, C-444/11 P, no publicada, EU:C:2013:464, apdo. 157, y de 17 de

²⁶⁸ El art. 23, apdo. 2, párr. 2, del Reglamento núm.1/2003.

²⁶⁹ TJUE, sala décima, STS de 12 de enero de 2017, C-411/2015.

²⁷⁰ TJUE, sala quinta, STS de 27 de abril de 2017, C-516/2015.

septiembre de 2015, *Total/Comisión*, C-597/13 P, EU:C:2015:613, apdo. 35).

Esto es así porque, en una situación como la descrita, la sociedad matriz y su filial forman parte de una misma unidad económica y constituyen, por tanto, una sola empresa a efectos del Derecho de la competencia de la Unión (sentencia de 11 de julio de 2013, *Team Relocations y otros/Comisión*, C-444/11 P, no publicada, EU: C: 2013:464, apdo. 157).

A este respecto, en el caso específico de que la sociedad matriz posea la totalidad o la cuasi totalidad del capital de la filial que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia de la Unión, existe una presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia decisiva en su filial (ver, en este sentido, la sentencia de 26 de noviembre de 2013, *Groupe Gascogne/Comisión*, C-58/12 P, EU: C: 2013:770, apdo. 38).

CAPÍTULO 2

CONFLICTOS DE GOOGLE EN MATERIA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REGULACIÓN CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL. 3. LA POLÍTICA DE COMPETENCIA: UNA POLÍTICA ORIGINAL QUE SE APLICA TANTO A LAS EMPRESAS COMO A LOS ESTADOS MIEMBROS. 4. EL MARCO NORMATIVO Y EL ÁMBITO DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE LA COMPETENCIA EN LOS TIEMPOS DE INTERNET. 5. LA RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO INTERIOR. 6. LAS MODALIDADES DE ACUERDOS PROHIBIDOS Y AFECTADAS A LA LIBRE COMPETENCIA. 7. LAS REGLAS PRINCIPALES DE LA COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

1. INTRODUCCIÓN

La política de competencia ha desempeñado un papel clave en el desarrollo de la UE y sus instituciones. La Comisión, con el apoyo de los tribunales europeos, creado como parte de esa política en Europa.

Así, Margrethe Vestager²⁷¹ afirma que:

“la política de competencia «contribuirá, según proceda, a nuestra agenda en materia de crecimiento y empleo, incluyendo campos como el mercado único digital, la política energética, los servicios financieros, la política industrial y la lucha contra la evasión fiscal»²⁷².

Los Tratados fundacionales ya contenían las normas básicas relativas a la política de la competencia, que puede aportar para constituir un mercado único digital, especialmente en los sectores basados en una competencia dinámica para alentar la innovación y difundir los beneficios del desarrollo tecnológico entre los Estados miembros. Tras una investigación en el asunto AT.39523, *Slovak Telekom* impuso una multa de un importe de casi 39 millones por haber ejercido un abuso infringiendo las

²⁷¹ MARGRETHE VESTAGER es una política danesa del Partido Social Liberal que ha ocupado diversos ministerios y es actualmente la comisaria europea de Competencia.

²⁷² JEAN-CLAUDE JUNCKER, carta de nombramiento a MARGRETHE VESTAGER, Comisaria de Competencia, de 1 de noviembre de 2014.

normas de la UE²⁷³. También la Comisión prosiguió su investigación sobre algunas de las prácticas comerciales de Google²⁷⁴, especialmente si está abusando de su posición dominante en los mercados de búsqueda en la web, publicidad en línea. Las alegaciones sobre otros aspectos relacionados con los motores de búsqueda, como la protección de la intimidad y el pluralismo de los medios de comunicación, no están cubiertos por la investigación, que se centra únicamente en las cuestiones relacionadas con la competencia²⁷⁵.

Las normas resultaban imprescindibles para lograr la consecución de un verdadero mercado interior. Se trataba así de evitar que las empresas no reintrodujeran, mediante actuaciones de carácter privado, las barreras públicas que iban a ser eliminadas tras la entrada en vigor de los Tratados. Por lo tanto, la política de competencia en Europa ha reorientado sus prioridades de actuación. Su objetivo es proporcionar a todos los europeos bienes y servicios de más calidad a precios más bajos²⁷⁶.

El art. 12 del Reglamento núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. [101 TFUE] y [102 TFUE] (DO 2003, L 1, p. 1), establece lo siguiente:

«1. Al objeto de aplicar los arts. [101 TFUE y 102 TFUE], la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros deberán estar facultadas para procurarse entre sí y utilizar como medio de prueba todo elemento de hecho o de derecho, incluida la información confidencial.

2. La información intercambiada sólo se utilizará como medio de prueba a efectos de la aplicación del art. [101 TFUE o 102 TFUE] y respetando la finalidad para la cual fue recopilada por la autoridad remitente. No obstante, cuando se aplique el Derecho nacional de la competencia al mismo asunto y paralelamente con el Derecho de la competencia comunitario y ello no conduzca a un resultado diferente, la información intercambiada con arreglo al presente artículo podrá también ser utilizada para la aplicación del Derecho nacional de la competencia. [...]»²⁷⁷.

El art. 21 del Reglamento núm. 139/2004, titulado «Aplicación del presente Reglamento y competencias», establece lo siguiente en su apdo. 1:

«El presente Reglamento sólo será aplicable a las concentraciones definidas en el art. 3, y los Reglamentos núm. 1/2003, [...] no serán aplicables, salvo a las empresas en participación sin dimensión comunitaria cuyo objeto o efecto sea coordinar el comportamiento competitivo de empresas que sigan siendo independientes»²⁷⁸.

El art. 31 del Reglamento núm. 1/2003 establece:

²⁷³ Asunto AT.39523, *Slovak Telekom*, Decisión de la Comisión de 15 de octubre de 2014.

²⁷⁴ Para más información detallada y el procedimiento de la investigación relativa a Google, ver http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseif/case_details.cfm?proc_code=1_39740. (Consultada el 24 de octubre de 2016).

²⁷⁵ CE, “informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones”. Informe sobre la política de competencia 2014, Bruselas, 4.6.2015. COM(2015) 247 final.

²⁷⁶ ARCOS, M., “La política de competencia en la UE. El marco jurídico de la política de competencia en la UE”, 27 de noviembre de 2012. <http://congreso.us.es/catedrapc/images/Marycruz.pdf>. (Consultada el 24 de octubre de 2016).

²⁷⁷ TJUE, sala primera, STS de 27 de abril de 2017, C-469/2015.

²⁷⁸ TJUE, sala quinta, STS de 7 de septiembre de 2017, C-248/2016.

«El Tribunal de Justicia gozará de competencia jurisdiccional plena para resolver los recursos interpuestos contra las Decisiones por las cuales la Comisión haya fijado una multa sancionadora o una multa coercitiva. Podrá suprimir, reducir o aumentar la multa sancionadora o la multa coercitiva impuesta»²⁷⁹.

La atención de las normas europeas del TFUE en los arts. 101 a 109, se centran en torno de las actividades siguientes:

- La prohibición de los acuerdos y las prácticas empresariales anticompetitivas y los abusos de posición dominante que puedan obstaculizar la competencia en el mercado interior (normas antimonopolio);
- El control preventivo de las operaciones de concentración de dimensión europea, con el fin de determinar si restringen la competencia;
- El control de las ayudas otorgadas por los Estados miembros que puedan falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o producciones;
- La apertura a la competencia de sectores controlados anteriormente por monopolios públicos como los mercados de las telecomunicaciones, de los transportes o de la energía;
- La cooperación con autoridades de competencia fuera de la Unión.

La CE, con las autoridades nacionales de competencia, trabaja para prever o corregir los comportamientos contrarios a la competencia, se aplica directamente las normas de competencia de la UE para hacer que los mercados funcionan mejor, en garantizando que las empresas compiten en condiciones justas y equitativas. Concretamente, se supervisa a las empresas para garantizar que no deciden distribuirse el mercado o que no actúan de modo que se excluya del mercado a los competidores potenciales. Si violan estas normas, la Comisión puede imponerles multas que pueden llegar al diez por cien de su volumen de asuntos²⁸⁰.

A través del control de las concentraciones, los monopolios y las ayudas estatales, la Comisión garantiza una competencia sin distorsión en el mercado interior. Este entorno equitativo garantiza a todas las empresas europeas, incluidas las pequeñas y medianas empresas (PYME), el acceso al gran y sofisticado mercado interior de la UE²⁸¹.

La existencia de monopolios no es castigada por Ley. En efecto los son, por el contrario, estas prácticas desarrolladas por las empresas para limitar la competencia en su sector o expulsar él a sus competidores. Por esta opinión, el derecho de competencia de la UE se estructuró principalmente alrededor de dos artículos del Tratado, los arts. 101 y 102, y del Reglamento 139/2004²⁸² sobre el control de concentraciones entre empresas (refundición) y Reglamento 802/2014²⁸³. El Tribunal General ha anulado la

²⁷⁹ TJUE, sala primera, STS de 27 de abril de 2017, C-469/2015. Nota 35.

²⁸⁰ CE, “Comprender las políticas de la UE Competencia”, Texto original actualizado en noviembre de 2014. http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/es/competition_es.pdf. (Consultada el 28 de octubre de 2016).

²⁸¹ CE, “Comprender las políticas de la Unión Europea. Competencia Un mejor funcionamiento de los mercados La política de competencia de la UE garantiza que las empresas compitan en pie de igualdad y de forma equitativa en el mercado interior europeo”, pp.12, ISBN 978-92-79-41487-9, 2014.

²⁸² Reglamento 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de concentraciones entre empresas. DOUE L 24/1. De 29.1.2004.

²⁸³ Reglamento de ejecución (UE) núm. 802/2014 de la Comisión de 24 de julio de 2014 por el que se establecen modelos de programas nacionales y se establecen las condiciones del sistema de intercambio electrónico de datos entre la Comisión y los Estados miembros con arreglo a lo dispuesto en el

decisión por la que la Comisión impuso a varias compañías aéreas multas por un importe aproximado de 790 millones de euros por su participación en un cártel sobre el mercado del transporte aéreo de mercancías²⁸⁴.

Asimismo, el Tribunal de Justicia confirma la multa de 210 millones de euros impuesta a *LG Display* por su implicación en el cártel en el mercado de las pantallas *LCD*²⁸⁵.

En el derecho español, se encontró normas en casi todas las ramas del Derecho que cumplen la función de garantizar el libre mercado - como mecanismo económico mediante el cual los consumidores y las empresas fijan los precios como consecuencia del juego de la oferta y demanda de los bienes y servicios - desde normas penales que tienen como bien jurídico protegido el orden socioeconómico, ver los arts. 282, 284, 285 y 286 del Código Penal (en adelante CP), además en relación con el art. 46 de la Ley de 15/2007 de Defensa de la Competencia. Así, el Tribunal Supremo (en adelante TS) establece que la multa máxima para faltas muy graves a la competencia será del diez por cien del negocio de la empresa infractora, y no sólo del ramo de actividad donde se ha producido la actividad sancionable. Este criterio viene a clarificar una controversia suscitada al interpretar el art. 63.1 de la Ley de Defensa de la Competencia²⁸⁶.

Delimitar los ámbitos competenciales de la Unión y los estados miembros constituye una cuestión crucial desde el punto de vista práctico. De ello dependerá, por ejemplo, que los futuros tratados sean considerados mixtos o no y, por tanto, que para su efectiva entrada en vigor sea o no requerido el consentimiento de todos y cada uno de los estados miembros conforme a sus disposiciones de Derecho interno. Es evidente que el carácter mixto de un Tratados de Libre Comercio e Inversión (en adelante TLCI) puede llegar a comprometer el éxito del propio acuerdo, tal y como se hizo patente, por ejemplo, en el contexto de las negociaciones del Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá (en adelante CETA), cuando la negativa de la región belga de Valonia mantuvo en vilo la firma del acuerdo²⁸⁷.

El 27 de mayo de 2017 se publicó en el Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE) el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo ²⁸⁸(LA LEY 8143/2017), por el que se trasponen una serie de directivas de la UE en determinadas y concretas materias de naturaleza financiera, mercantil y sanitaria. Dicho Real Decreto (en adelante RDL), introduce en el ordenamiento jurídico español la específica regulación contenida en la Directiva 2014/104/UE (LA LEY 18555/2014) sobre las normas que deben regir en las acciones de daños resultantes de infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE. De allí que, el Título II del RDL sobre la “Transposición

Reglamento (UE) núm. 514/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen disposiciones generales sobre el Fondo de Asilo y Migración y de integración y sobre el instrumento de apoyo financiero a la cooperación policial, la prevención y la lucha contra la delincuencia y a la gestión de crisis. DOUE L 219/22 de 25/7/2014.

²⁸⁴ Asunto T-9/11. Air Canadá/Comisión.

²⁸⁵ Asunto C-227/14, *LG Display*/Comisión.

²⁸⁶ STS, sala tercera, de 29/01/2015, AN, de 24/06/2013, rec. 2872/2013.

²⁸⁷ IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., “Por fin un poco de luz en el farragoso debate competencial en el marco de los nuevos tratados de comercio e inversión de la Unión Europea (Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea)”, la *Ley Unión Europea*, núm. 50, 31 de julio de 2017, año V, ed. Wolters Kluwer .

²⁸⁸ RDL 9/2017, de 26 de mayo, por el que se trasponen directivas de la UE en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.

de directiva de la UE en materia de ejercicio de acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia”, en su tercer artículo modifica la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de ejercicio de las acciones de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia.

Se modifica la letra c) del núm. 3 del art. 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio (LA LEY 7240/2007), de Defensa de la Competencia que queda redactada como sigue:

«c) La realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado.

Se considerará atenuante cualificada el efectivo resarcimiento del daño con anterioridad a que se dicte la resolución».

Más allá, en su Título VI, “De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia”, añade en su Art. 71 sobre “Responsabilidad por las infracciones del Derecho de la competencia”, que:

1. Los infractores del Derecho de la competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados.

2. A efectos de este título:

a) Se considera como infracción del Derecho de la competencia toda infracción de los arts. 101 (LA LEY 6/1957) o 102 del TFUE (LA LEY 6/1957) o de los arts. 1 o 2 de la presente ley.

b) La actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.

En su art. 72, del “Derecho al pleno resarcimiento”, dispone que:

1. Cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, tendrá derecho a reclamar al infractor y obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria.

2. El pleno resarcimiento consistirá en devolver a la persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia. Por tanto, dicho resarcimiento comprenderá el derecho a la indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses.

3. El pleno resarcimiento no conllevará una sobrecompensación por medio de indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo.

Aunque las regulaciones contenidas en las Directivas europeas son directamente aplicables en el sistema jurídico español, se aplica la política de transposición de las normas contenidas en ellas. Esta política obliga a los Estados miembros a transponer estas directivas dentro de un período específico a fin de incorporar las modificaciones legislativas necesarias a las normas nacionales.

Por otro lado, para facilitar la prueba en los procedimientos por daños resultantes de la violación de las reglas de competencia, que están sustancialmente reguladas en la LDC, el RDL introducido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) una nueva sección 1.ª bis titulada «Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción de las normas de competencia», que se incluye en el capítulo sobre las disposiciones generales en materia de prueba de los procedimientos declarativos regulados en Título II del Libro II—. La modificación es lógica y apropiada, no solo como una transposición de la Directiva 2014/104 / UE

(LEY 18555/2014), sino también para la mejor aplicación de los procedimientos judiciales establecidos por la LDC. La falta de reforma de la LEC dejaría estos procedimientos defectuosos, dando una carta legal al concepto de prueba, que servirá como base para la práctica posterior de la prueba en el momento del oportuno.

En conclusión, el RDL, tomando como base la propuesta de ley de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación para la transposición de la Directiva 2014/104/UE (LA LEY 18555/2014), opta por una modificación menos ambiciosa de nuestro sistema legal, dado que, contrariamente a la propuesta no extiende la nueva regulación a los daños derivados de una infracción del art. 3 de la LDC (LA LEY 7240/2007) —falseamiento de la competencia por actos desleales— y en lo relativo al acceso a las fuentes de prueba, lo limita únicamente al ámbito de este tipo de acciones, desaprovechando la oportunidad de extenderlo a otros procedimientos similares, como los de competencia desleal o infracción de propiedad industrial e intelectual, sobre los cuales ya existen normas específicas en materia de diligencias preliminares y de comprobación de hechos²⁸⁹.

En España, el TS se funda en un único motivo de casación, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, por entender que infringe los arts. 63.1.c) y 64 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia en relación con los arts. 3.1 del Código Civil (en adelante CC), art. 1 de la citada LDC, art. 23.2 del Reglamento CE /1/2003, el art. 25 de la Constitución así como la jurisprudencia que se cita. Mientras que el art. 63.1.c) de la LDC alude expresamente al "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción", el art. 64.1.a) de dicha Ley alude a "la dimensión y características del mercado afectado por la infracción" como criterio al que debe atenderse para graduar el importe de la sanción. De esta forma el cálculo de las sanciones diseñado por la LDC se articula en una doble fase: a) Por un lado, el art. 64 de la Ley enumera los criterios que deben tomarse en consideración para graduar las sanciones; y b) una vez calculadas las sanciones de acuerdo con tales criterios, la LDC fija un umbral máximo o tope que, cualquiera que sea el proceso de cálculo empleado, la sanción finalmente impuesto no podrá superar el diez por cien²⁹⁰. en cuya ejecución avanza de manera inequívoca (aunque la obligación de resarcimiento sea anterior y de hecho cuente ya con precedentes judiciales también en España, como el que ofrece la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 7 de noviembre de 2013, dictada en el recurso de casación 2472/2011) la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE"²⁹¹.

Dentro del Derecho de la Competencia pueden distinguir dos tipos de normas, cuyos los defensas de la Competencia, y otros, sobre Competencia Desleal²⁹². Las primeras aseguran la existencia de una competencia efectiva en el mercado frente a las conductas anticompetitivas. Por las normas de Competencia Desleal, parten de la existencia de una libre competencia en el mercado donde se producen conductas

²⁸⁹ DE CASTRO, J. M., "Novedades en materia de Defensa de la Competencia", *Diario la Ley*, núm. 9002, sección tribuna, 16 de junio de 2017, ed. Wolters Kluwer .

²⁹⁰ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, STS 925/2017, 25 de mayo de 2017, rec. 3259/2014.

²⁹¹ STS, sala tercera, de 30/11/2015. AN, de 01/07/2014. Rec.366 8/2014.

²⁹² Ley 29/2009, de 30 de diciembre de 2009, por la que se modifica el Régimen Legal de la Competencia Desleal y de la Publicidad para la Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios.

empresariales por parte de competidores contrarias la buena fe, y que distorsionando el funcionamiento del mismo perjudican a los demás²⁹³.

Son actos de competencia desleal aquellos que suponen un ejercicio abusivo del derecho a la libre competencia.

En concreto, son aquellos actos realizados por los empresarios u otras personas físicas o jurídicas que participan en el mercado español, que sean contrarios a la buena fe y que tenga fines concurrenciales, es decir, que por aquellas circunstancias en que se realice se revelen objetivamente idóneos para promover o asegurar la difusión de las prestaciones propias o de tercero²⁹⁴.

La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior²⁹⁵, todos los ordenamientos de los Estados miembros de la UE incluían una cláusula general de prohibición de los actos de competencia desleal, con la excepción del Reino Unido, Irlanda, Malta y Chipre²⁹⁶, que traspusieron con posterioridad la Directiva. Dicha Directiva regula solo las conductas desleales que tienen como sujeto pasivo a los consumidores²⁹⁷. Así, la Directiva tiene como objetivo remplazar los antiguos criterios utilizados en la cláusula general por las legislaciones nacionales como los buenos usos, la corrección, la lealtad o la buena fe por un modelo nuevo que conjunta la doctrina en los Estados miembros de la Unión. Justamente, el considerado 13 de la Directiva precisa que “*A fin de conseguir los objetivos comunitarios mediante la eliminación de los obstáculos al mercado interior, es preciso reemplazar las cláusulas generales y principios jurídicos divergentes de los Estados miembros*”.

El art. 5. 2 de la Directiva considera que una práctica es desleal si “*es contraria a los requisitos de la diligencia profesional*”. También exige que sea desleal si “*distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores*”.

El Tribunal de Justicia²⁹⁸ ha confirmado que la Directiva efectúa una armonización completa de las normas relativas a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, de manera que de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 4 los Estados miembros no pueden adoptar medidas más

²⁹³ LOMA-OSORIO, D., *Tratado de Derecho de la Competencia*; pp. 34 y 35; Aranzadi, 2013.

²⁹⁴ LÓPEZ NAVARRO, J. F., “Competencia desleal”, en *Vademécum de Derecho Mercantil*, 4^a Ed., Tirant lo Blanch, 05/2017.

²⁹⁵ Que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales).

²⁹⁶ HENNING-BOEDEWIG, F., “*Unfair Competition Law*”, The Hague, Kluwer Law International, 2006.

²⁹⁷ De acuerdo con su art. 2 letra a, se considera consumidor “cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión”.

²⁹⁸ STJCE de 23 de abril de 2009, *VTB-VAB* y *Galatea*, C-261/07 y C-299/07, párrs. 51 y 52, con respecto a la incompatibilidad con la Directiva de la prohibición de ofertas conjuntas establecida en la legislación belga; y STJUE de 14 de enero de 2010, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, C-304/08, párr. 47, acerca de la incompatibilidad con la Directiva de una normativa nacional que prohíbe por principio las prácticas que condicionan la participación de los consumidores en un juego o en un concurso a la adquisición de productos o la contratación de servicios.

restrictivas que las definidas en la Directiva, ni siquiera para garantizar un grado más elevado de protección de los consumidores.

Como ejemplo, la armonización llevada a cabo por la Directiva 2005/29, ésta determina que los Estados no pueden adoptar una prohibición general de que los proveedores de acceso a Internet subordinan la celebración de un contrato de prestación de acceso a Internet de alta velocidad a la celebración de un contrato de servicios telefónicos, a pesar de que la Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y la Directiva 2002/22/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, no establecen una armonización completa de los aspectos relativos a la protección de los consumidores²⁹⁹.

En el ámbito español, el art. 4 de la LCD introduce una cláusula general en que *“1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.*

En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

A los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:

- a) La selección de una oferta u oferente.*
- b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.*
- c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.*
- d) La conservación del bien o servicio.*
- e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.*

Igualmente, a los efectos de esta ley se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado.

2. Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio.

3. Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o

²⁹⁹ STJUE de 11 de marzo de 2010, *Telekomunikacja Polska*, C-522/08.

usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá, sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal”.

En el ámbito digital, a tres casos de prácticas comerciales desleales desde la óptica del ordenamiento jurídico español: la publicidad denigratoria en el art. 9 de la LCD, la publicidad comparativa en el art. 10 de la LCD y la publicidad confusionista en el art. 11 de la LCD.

A lo largo de las dos últimas décadas, la política de defensa de la competencia ha tenido que adaptarse a las nuevas situaciones que han surgido en el ámbito económico en diversos sentidos. Algunas tienen un carácter general y afectan a un gran número de países. Se trata, por ejemplo, de los nuevos problemas aparecidos como consecuencia de la privatización y desregulación por el sector público.

La competencia y la política de competencia forman parte integrante para el desarrollo de la innovación. La política de competencia hace progresar la competitividad en un contexto internacional. Una sana competencia en el mercado interior permite a las empresas europeas ejercer sus actividades con éxito a escala mundial. Constituye también el fundamento de toda política industrial moderna, como revista por las disposiciones del Tratado de Lisboa relativas a la industria (art. 173 del TFUE), que precisan que la Unión y los Estados miembros actúan “*de acuerdo con un sistema de mercados abiertos y competitivos*”.

La política de competencia es, por otra parte, la contrapartida indispensable de la reglamentación del mercado interior. La incidencia de las medidas de reglamento sobre las estrategias y las inversiones de las empresas puede comprometerse si las normas de la competencia y el mercado europeo no son aplicadas correctamente. Resulta también beneficiosa para las empresas, trabajadores y consumidores, en la medida en que sirve de estímulo para que mejore la competitividad de las empresas, haciendo que al ser más eficientes puedan ofrecer a clientes y consumidores mejores productos a precios más reducidos, lo que a medio y largo plazo permitirá aumentar el empleo estable y de calidad, sobre la base del incremento de la cuota de mercados donde la empresa esté presente o la ampliación hacia otros complementarios de productos o territoriales³⁰⁰.

La aplicación de las normas en cuanto a las ayudas estatales y el juego de la competencia tienen también un papel importante que jugar en la estrategia Europa 2020 y la realización de sus iniciativas clave³⁰¹. En particular, las acciones en el ámbito de la política de competencia contribuyen a las iniciativas bautizadas “*una Unión de la innovación*”, “*una política industrial a la era de la mundialización*”, “*una Europa eficaz en la utilización de los recursos*” y “*una estrategia numérica para Europa*”. Previamente, el Tribunal General de la UE confirma la Decisión de la Comisión por la que se ordena recuperar la ayuda estatal concedida por España a los operadores de la plataforma de televisión terrestre. Las medidas adoptadas por las autoridades españolas

³⁰⁰ RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., “La política de la competencia versus la política social y de empleo en la UE”, *Estudios de economía aplicada*, vol. 27-3, 2009, pp. 699-720.

³⁰¹ I Resoluciones, recomendaciones y dictámenes, Resoluciones Comité Económico y Social Europeo 527.o Pleno del CESE de los días 5 y 6 de julio de 2017 13.10.2017. DOUE C 345/.

no respetaban el principio de neutralidad tecnológica³⁰². Igualmente, el Tribunal General, declara la inadmisibilidad del recurso en materia de protección del medio ambiente y energía “2014-2020”³⁰³.

La Comité Económico y Social Europeo (en adelante CESE) ha dado a la cooperación con las autoridades nacionales de competencia (en adelante ANC), que pueden desempeñar un papel decisivo especialmente en cuestiones de prevención y desarrollo de programas de concienciación sobre el derecho de la competencia. En el sector digital, se caracteriza por una compleja relación y un equilibrio necesario con el respeto de los derechos de la propiedad intelectual que se derivan de una patente, como demuestran las decisiones de *Samsung* y *Motorola*³⁰⁴, o de un derecho de autor, como prueba la incoación de un procedimiento formal contra varios estudios de producción americanos y organismos europeos de radiodifusión televisiva de pago en el asunto sobre el denominado “acceso transfronterizo a contenidos de televisión de pago”³⁰⁵.

Por lo tanto, la política de competencia se ha utilizado como un instrumento destinado a hacer bajar los precios de la energía mediante la represión de comportamientos abusivos o de las prácticas colusorias de operadores como *EPEX Spot* y *Nord Pool Spot* (NPS)³⁰⁶, y *OPCOM* en Rumanía, donde este último había abusado de su posición dominante³⁰⁷, o incluso *Bulgarian Energy Holding* (en adelante *BEH*) en Bulgaria³⁰⁸, y *Gazprom* a propósito del abastecimiento de gas a Europa Central y Oriental³⁰⁹.

³⁰² Asunto T-461/13, España/Comisión Objeto: Anulación de la Decisión C (2013) 3294 final de la Comisión, de 19 de junio de 2013, por la que se declara parcialmente incompatible con el mercado interior la ayuda concedida por las autoridades españolas para el despliegue de la televisión digital terrestre en zonas remotas y menos urbanizadas (excepto en Castilla La Mancha) [ayuda estatal SA.28599 (c 23/2010) (Ex NN 36/010, Ex CP 163/2009. Ayudas de Estado. Televisión digital. Ayuda para el despliegue de la televisión digital terrestre en zonas remotas y menos urbanizadas de España. Decisión por la que se declaran las ayudas en parte compatibles y en parte incompatibles con el mercado interior. Concepto de empresa. Actividad económica. Ventaja. Servicio de interés económico general. Distorsión de la competencia. Art. 107 TFUE, apdo. 3, c). Deber de diligencia. Plazo razonable. Seguridad jurídica. Igualdad de trato. Proporcionalidad. Subsidiariedad. Derecho a la información. Competencia, Ayudas otorgadas por los Estados.

³⁰³ Asunto T-670/14, *Deutscher Raiffeisenverband eV*/Comisión. núm. Rec. T-670/14.

³⁰⁴ Asunto AT.39985, *Motorola*-Explotación de patentes esenciales sobre normas GPRS, Decisión de la Comisión de 2014. Asunto AT.39939, *Samsung*-Explotación de patentes esenciales sobre normas UMTS, Decisión de la Comisión de 29 de abril de 2014.

³⁰⁵ Asunto AT.40023, Comunicación de la Comisión publicada con arreglo al art. 27, apdo. 4, del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo en el asunto AT.40023 —Acceso transfronterizo a contenidos de televisión de pago, 13 de enero de 2014. DOUE C 141/13.

³⁰⁶ Asunto AT.39952, Bolsas de intercambio de electricidad, Comunicaciones procedentes de las instituciones, órganos y organismos de la UE. Decisión de la Comisión de 5 de marzo de 2014. DOUE C 334/3.

³⁰⁷ Asunto AT.39984, *OPCOM/Bolsa de electricidad rumana*, Dictamen del Comité Consultivo en materia de prácticas restrictivas y posiciones dominantes emitido en su reunión de 24 de febrero de 2014 en relación con un proyecto de decisión relativa al Asunto AT.39984 *OPCOM/Bolsa de electricidad rumana*. Decisión de la Comisión de 5 de marzo de 2014. DOUE C 314/5.

³⁰⁸ Asunto AT.39767, *BEH Electricity*, Comunicación de la Comisión publicada de conformidad con el art. 27, apdo. 4, del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo sobre el asunto AT.39767 — *BEH Electricity* (DOUE 2015/C 202/02).

³⁰⁹ Asunto AT.39816, Abastecimiento de gas a Europa Central y Oriental, de 4 de septiembre de 2012, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones. Informe sobre la política de competencia 2013 /COM/2014/0249 final/.

Sin embargo, a pesar de ser derecho europeo, tiene carácter extraterritorial ya que también resulta de aplicación y obliga a las empresas extracomunitarias que desarrollan su actividad en el territorio de los estados miembros.

1.1. Obligaciones de las empresas

Respeto a las obligaciones que anuncian las empresas, hay que distinguir especialmente la prohibición de dos caracteres a saber: los acuerdos oclusivos o cárteles y el abuso de posición dominante, regulados actualmente en los arts. 101 y 102 del TFUE.

1.1.1. Los acuerdos entre empresas

El art. 101 del TFUE determina que son incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.

Dicho artículo dicta una serie de prácticas prohibidas tales como:

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos³¹⁰.

En el párrafo tercero del art. 101 del TFUE, los acuerdos oclusivos tampoco se encuentran prohibidos en los casos en los que:

- Se contribuya a mejorar la producción o la distribución de productos o a fomentar el progreso técnico o económico.
- Se reserve al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante.
- No se imponga por las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar los objetivos
- Los acuerdos no ofrezcan a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Por ende, La valoración con respecto al art. 101 del TFUE se efectúa en dos etapas. La primera consiste en determinar si un acuerdo entre empresas, que puede afectar al comercio entre países europeos, tiene un objeto contrario a la competencia o

³¹⁰ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, STS 1375/2018, 17 de septiembre de 2018, rec. 2452/2017.

efectos contrarios a la competencia reales o potenciales.-La segunda etapa, que sólo es necesaria si se prueba que un acuerdo limita el juego de la competencia, consiste en determinar los efectos favorables a la competencia producidos por este acuerdo y ver si son superiores a los efectos contrarios a la competencia.

En conclusión, los acuerdos son contrarios a la competencia si los participantes si involucraron a los siguientes puntos:

- *Pactar precios.*
- *Limitar la producción.*
- *Hacer un reparto de mercados o clientes.*
- *Fijar los precios de reventa (entre productor y distribuidores).*

Sin embargo, el acuerdo es admisible si:

- *Tiene más efectos positivos que negativos.*
- *No se celebra entre empresas competidoras.*
- *Afecta a empresas que suman una cuota de mercado reducida.*
- *Es necesario para mejorar productos o servicios, desarrollar nuevos productos o encontrar nuevas y mejores vías de hacerlos llegar a los consumidores³¹¹.*

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido que " en el contexto del Derecho de la competencia, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas"³¹².

En la sentencia dictada el 19 de julio de 2012³¹³, el Tribunal recuerda que según su jurisprudencia: "el concepto de empresa abarca cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Debe entenderse ese concepto en el sentido de que designa una unidad económica, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. Cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre la competencia, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción (sentencias de 20 de enero de 2011, *General Química* y otros/Comisión, C-90/09 P, Rec. p. I-0000, apdos. 34 a 36 y la jurisprudencia citada, y de 29 de septiembre de 2011, *ElFaitaine*/Comisión, C-521/09 P, Rec. p. I-0000, apdo. 53)."

De esa misma jurisprudencia comunitaria se desprende que el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas³¹⁴(STJ de 24 de junio de 2015 que recoge las sentencias *Akzo Nobel* y otros/Comisión, C-97/08 P, EU:C:2009:536 , apdo. 58; *Alliance One International y Standard Commercial*

³¹¹ CE, *op. cit.*, nota 281.

³¹² STS de 12 de julio de 1984, *Hydrotherm*, 170/83, rec. p. 2999, apdo. 11.

³¹³ Asuntos acumulados C-628/10 P y C-14/11 P *Alliance One International*).

³¹⁴ DE LA VEGA GARCÍA, F., "Aplicación subjetiva del Derecho de la Competencia y Solidaridad en el pago de multas (Sentencia TJUE de 10 de abril de 2014)", Derecho de la Competencia. Disponible en: <https://derechoycompetencia.blogspot.com/2014/05/aplicacion-subjetiva-del-derecho-de-la.html>. (Consultada el 26 de enero de 2015).

Tobacco/Comisión y Comisión/Alliance OneInternacional y otros...). Por otra parte, en la citada sentencia de 24 de junio de 2015 se recogen los criterios que permiten presumir esa influencia económica de la matriz sobre la filial al señalar que el conjunto de vínculos económicos, organizativos y jurídicos demuestran una capacidad de control de la matriz para ejercer una influencia determinante sobre la filial y entre esos criterios señala los vínculos de capital existentes entre la matriz y la filial reflejan una capacidad de la matriz para ejercer una influencia en la gestión diaria de la filial; el interés financiero de la matriz en las actividades de la filial constituye una motivación suficiente y evidente para ejercer una influencia; la matriz puede tener interés en ejercer un control sobre los precios fijados por la filial en la medida en que estos producirán efectos en la cuenta de resultados de dicha sociedad y, por consiguiente, en los beneficios que obtenían sus accionistas³¹⁵.

1.1.2. La Comisión Europea en el control de la Competencia

La Comisión, juntamente con las autoridades nacionales, aplica directamente la normativa europea de competencia de los arts.101 - 109 del TFUE para garantizar que, al competir las empresas según sus méritos y en condiciones justas y equitativas, los mercados funcionen mejor, lo que beneficia a los consumidores, las propias empresas y el conjunto de la economía europea. La UE lucha contra los comportamientos anticompetitivos, revisa las fusiones y las ayudas estatales, y fomenta la liberalización³¹⁶.

Así, El Tratado establece las competencias exclusivas del mercado nacional (art. 3, apdo. 1, letra b), del TFUE). Las principales normas de competencia están consagradas en el Capítulo 1, el Título VII de la Parte Tres, los arts. 101 - 109 del TFUE y en el Reglamento de concentraciones de la UE (Reglamento (CE) núm. 139/2004). Para cumplir sus obligaciones en virtud del Tratado, la Comisión tiene que:

- *aplicar la política antimonopolio y de cartel;*
- *aplicar el control de fusión;*
- *aplicar el control de las ayudas estatales;*
- *desarrollar la política de competencia de la UE, instrumentos de política de competencia y Estados en todas estas áreas; y*
- *promover la cultura de la competencia y la cooperación internacional; manteniendo y fortalecer la reputación mundial de la Comisión y esforzarse por transparencia y disciplinas básicas sobre el control de subsidios*³¹⁷.

De este modo, la CE³¹⁸ junto con las autoridades nacionales de competencia, trabaja para prevenir o corregir los comportamientos contrarios a la competencia. A través del control de las concentraciones, los monopolios y las ayudas estatales, la Comisión garantiza una competencia sin distorsión en el mercado interior. Así que, las principales normas de la Comisión, las empresas:

³¹⁵ STS 1053/2018 de TS, sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, 19 de junio de 2018, rec. 1480/2016.

³¹⁶ European Commission, "Making markets work better, EU competition policy ensures that companies compete equally and fairly in Europe's internal market.", 2016.

³¹⁷ European Commission, "Management Plan 2018 DG COMPETITION", Ref. Ares (2018)344698 - 19/01/2018. Disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_es.htm. (Consultada el 2 de febrero de 2018).

³¹⁸ CE, "La política de competencia de la UE garantiza que las empresas compitan en pie de igualdad y de forma equitativa en el mercado interior europeo", pp. 12, ISBN 978-92-79-41487-9. Disponible en: file:///Users/catwoman/Downloads/DOC_1.es.pdf. (Consultada el 5 de febrero de 2018).

- *no pueden fijar precios ni repartirse los mercados [art. 101 del TFUE];*
- *no pueden abusar de su posición dominante en un mercado determinado para expulsar a sus competidores (art. 102 del TFUE);*
- *no tienen permitido fusionarse si eso las sitúa en una posición de control del mercado. Las grandes empresas que hacen muchos negocios en la UE no pueden fusionarse sin la autorización previa de la Comisión Europea, aunque tengan su sede fuera de la UE (Reglamento de concentraciones).*

Las normas de la UE también cubren las ayudas públicas a las empresas (ayudas estatales), que son objeto de seguimiento por parte de la Comisión (art. 107 del TFUE). Por ejemplo, está prohibido lo siguiente, a no ser que se cumplan ciertos criterios:

- *préstamos y subvenciones;*
- *desgravaciones fiscales;*
- *suministro de bienes y servicios a tarifas preferentes;*
- *garantías públicas que mejoren la calificación crediticia de una empresa con respecto a sus competidoras³¹⁹.*

En el mercado digital, la CE continuara contribuyendo a tomar medidas contra la anticompetitiva la ejecución hipotecaria ayuda a mantener los mercados competitivos y, por lo tanto, a mantener los incentivos para innovar. Los motores de búsqueda son de vital importancia para un Internet que funcione bien, y la Dirección General (en adelante DG) de la Competencia seguirá supervisando de cerca este sector, siguiendo la prohibición decisión contra Google de junio de 2017³²⁰. En 2018, la DG de la Competencia supervisará el cumplimiento de Google con esta decisión y continuará sus otras investigaciones en curso sobre las prácticas de Google, en particular sus investigaciones sobre la conducta de Google con un aspecto de aplicaciones y servicios móviles (*Android*)³²¹, y su investigación sobre restricciones a la capacidad de terceros sitios web para mostrar anuncios de búsqueda de los competidores de Google (*AdSense*)³²².

Las normas antimonopolio de la UE son aplicadas no solo por la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia (público aplicación), pero también por los tribunales nacionales cuando protegen los derechos subjetivos. Los arts. 101 y 102 del TFUE, por ejemplo, mediante la concesión de daños y perjuicios a los consumidores y empresas perjudicadas por infracciones de estas normas (aplicación privada). Esto es porque los arts.101 y 102 del TFUE tienen un efecto directo y confieren derechos a las personas que puede hacerse valer ante los tribunales

³¹⁹ CE, *op. cit.*, nota 281.

³²⁰ In June 2017, the Commission concluded via prohibition Decision that Google had abused a dominant position in the markets for general internet search services by systematically favouring its own comparison shopping product in its general search results. A fine of EUR 2.42 billion was imposed.

³²¹ In April 2016, the Commission sent Google a Statement of Objections in which it reached the preliminary conclusion that the company had abused a dominant position by imposing restrictions on Android device manufacturers and mobile network operators which aimed at preserving and strengthening its dominance in general internet search, see IP/16/1492 of 20 april 2016 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1492_en.htm, and who was condemned of 4.34 million Euro in July 2018.

³²² In July 2016, the Commission sent a Statement of Objections to Google outlining its preliminary conclusion that Google had abused a dominant position in search advertising intermediation by artificially restricting the possibility of third party websites to display search advertisements from Google's competitors, see IP/16/2532 of 14 July 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_en.htm

nacionales. Eficaz cumplimiento general de las leyes antimonopolio las reglas en la UE requieren la interacción entre la aplicación pública y privada³²³.

1.2. Las obligaciones para los Estados miembros.

Las obligaciones para los estados miembros están reguladas en los arts. 106 y 107 del TFUE para evitar una distorsión de la competencia y controlar el ejercicio del poder de mercado en que existen varias empresas.

1.2.1. La relación de los Estados con las empresas públicas

El art. 106 del TFUE regula las relaciones de los Estados miembros con las empresas públicas y privadas que prestan servicios públicos. Los Estados deben abstenerse de adoptar medidas respecto de estas empresas que resulten contrarias a las normas de los Tratados.

1.2.2. Los Estados miembros y las ayudas públicas de las empresas

El TFUE no establece una definición precisa de lo que es una ayuda de Estado, sino que solo ofrece una serie de características o requisitos que, si son cumplidos por una medida de un Estado miembro, dicha medida se considerará una ayuda de Estado³²⁴.

El art. 107, apdo. 1 del TFUE enuncia las condiciones que una medida debe cumplir para ser calificada como ayuda de Estado, y por tanto ser incompatible con el Derecho europeo. Estos requisitos son cuatro (4):

- *Debe conceder una ventaja a sus beneficiarios.*
- *La cual debe favorecer a determinadas empresas o producciones. Es decir, debe ser selectiva respecto de los beneficiarios.*
- *Además, tiene que ser otorgada por un Estado miembro o con recursos públicos;*
- *Y debe afectar a la competencia y/o a los intercambios entre Estados.*

El análisis de la compatibilidad de las ayudas con el mercado interior ha sido tradicionalmente de índole jurídica, en los últimos años la CE ha decidido impulsar la incorporación del análisis económico. Cabe señalar que, en esta misma línea, en la legislación española también se encuentra presente esta vocación de evaluación jurídico-económica. De hecho, el art. 7, apdo. 3 del Reglamento de defensa de la competencia, aprobado mediante RD 261/2008, de 22 de febrero, incluye el estudio de los “aspectos económicos del instrumento utilizado” y, en particular, la “prueba de sopesamiento de la ayuda, que analizará los aspectos positivos y negativos de su concesión, entre ellos la adecuación del instrumento utilizado, su efecto incentivador o la necesidad y proporcionalidad de la ayuda”³²⁵.

³²³ European Commission, “Management Plan 2018 DG COMPETITION”, *op. cit.* nota 287.

³²⁴ GARCÍA GUIJO, L., “Las ayudas de estado en la unión europea: concepto, requisitos e implicaciones, State Aid in the European Union: concept, requisites and implications”, *dereito* vol. 21, núm. 2: 97-127 (Xullo-Diciembre, 2012). ISSN 1132-9947.

³²⁵ Informe de la CNMC sobre las ayudas públicas en España - 2017 IAP/CNMC/001/17, 5 de octubre de 2017. www.cnmc.es.

Así, el art. 107 del TFUE se encuentran las prácticas prohibidas que serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones. Puesto que el concepto de ayuda estatal es un concepto objetivo y jurídico definido directamente por el Tratado³²⁶, la Comisión está obligada por este concepto objetivo, y solo dispone de un limitado margen de apreciación al aplicarlo, en concreto cuando las apreciaciones realizadas por la Comisión tienen carácter técnico o complejo, en particular en situaciones que implican evaluaciones económicas complejas³²⁷.

El art. 107, apdo. 1, del Tratado define las ayudas estatales como «las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones». Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia³²⁸, una empresa es una entidad que ejerce una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación. La clasificación de una entidad como empresa depende de sus actividades. El Tribunal de Justicia ha declarado que cualquier actividad que sea económica o no, consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado constituye una actividad económica³²⁹.

Sin embargo, El apoyo público a las empresas solo constituye ayuda estatal con arreglo al art. 107, apdo. 1, del Tratado si «falsea o amenaza falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones» y solo «en la medida en que afecte a los intercambios comerciales entre Estados miembros»³³⁰.

En la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 en los asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15, Comisión/*World duty free group*, S.A. (anteriormente, *Autogrill España*, S.A.), *Banco Santander*, S.A. y *Santusa Holding*, S.L. El TJUE anula las dos Sentencias del TGUE ya que este cometió un error de derecho al aplicar el requisito de selectividad establecido en el art. 107 TFUE, apdo. 1. El TJUE expone cuáles deben ser los requisitos para entender el concepto de selectividad dentro de las ayudas de Estado.

En este capítulo, se estudiará las dos normas básicas que garantizan la libre competencia como presupuesto del derecho fundamental a la libertad de empresa del art. 38 de la Constitución española, con los puntos primordiales del Tratado. Para empezar, se expone de manera general las reglas principales de la competencia en la UE, en el que se examinar las fuentes de normativas que sea en Europa o España. Segundo se aborda la política estadounidense de competencia como un ejemplo de reglamento de la libertad económica. Tercero, analizar las reglas de la competencia

³²⁶ Ver la STJ de 22 de diciembre de 2008, *British Aggregates/Comisión*, C-487/06 P, ECLI: EU: C: 2008:757, apdo.111.

³²⁷ Ver la STJ de 22 de diciembre de 2008, *British Aggregates/Comisión*, C-487/06 P, ECLI: EU: C: 2008:757, apdo. 114, y la STJ de 2 de septiembre de 2010, *Comisión/Scott*, C-290/07 P, ECLI: EU: C: 2010:480, apdo. 66.

³²⁸ Ver la STJ de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov* y otros, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, ECLI: EU: C: 2000:428, apdo. 74; STJ de 10 de enero de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze SpA* y otros, C-222/04, ECLI: EU: C: 2006:8, apdo. 107.

³²⁹ Ver la STJ de 16 de junio de 1987, *Comisión/Italia*, 118/85, ECLI:EU:C:1987:283, apdo. 7; STJ de 18 de junio de 1998, *Comisión/Italia*, C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303, apdo. 36; STJ de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov* y otros, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, apdo. 75.

³³⁰ Información procedente de las instituciones, órganos y organismos de la unión europea, CE, Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apdo. 1, del TFUE (DOUE 2016/C 262/01).

aplicable a las empresas como a los Estados miembros. A continuación, estudiar el objetivo y el ámbito de aplicación de esta ley en los tiempos de Internet, también plantear de esa competencia en el mercado europeo con un análisis de ese mercado. Para terminar, explorar las modalidades de los acuerdos prohibidos y afectados a la libre competencia.

2. LA REGULACIÓN CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL

La regulación contra la competencia desleal se trata de proteger a los empresarios frente a los actos defectuosos de sus competidores. El establecimiento de un Derecho *antitrust* representó un cambio fundamental frente liberalismo económico.

En un asunto³³¹, la empresa *GRUPO ILUSIÓN DE ORTODONCISTAS, S.L.* solicitó la adopción de medidas cautelares frente a *LABORATORIO LUCAS NICOLÁS, S.L.- CLÍNICAS VITALDENT* - con carácter previo a la interposición de demanda de juicio ordinario en materia de infracción marcaria y competencia desleal. La medida interesada era la de ordenar a *CLÍNICAS VITALDENT - LABORATORIO LUCAS NICOLÁS SL* - que cese y se abstenga en un futuro de utilizar la marca "*CLINICAS ORTODONCIS*" como criterio de búsqueda y enlace en internet con sus páginas *web www.vitaldent.com, www.vitaldent.info* o cualquier otra de su dominio o propiedad, o con números de teléfono o datos de contacto propios, bien sea mediante *Google Adwords* o cualquier otro servicio publicitario o de referenciación de internet. Si se teclea en el buscador Google en mayúsculas la marca de la actora y dentro de los resultados resaltados (*Google Adwords*) aparecen anuncios relacionados con *CLINICAS ORTODONCIS* del siguiente tenor: Clínicas Ortodoncis - Invisible. Comfortable. *www.clinicasvitaldent.info/VitalDent*. Removable Pague hasta en 24 meses.

El art. 6 de la LCD, con antecedentes remotos en el art. 10 bis 3.1 del Convenio de la Unión de París, en particular, deberá prohibirse cualquier acto capaz de crear confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor.

Sin embargo, a Google se paga por la raíz de la palabra como puede ser "ortodon" u "ortodoncia". Es el propio buscador Google el que completa esa raíz hacia palabras como "ortodoncia", "ortodoncista", "clínica ortodoncia". Se refiere también a las diferencias entre buscar las palabras "Clínicas Ortodoncis" entrecomilladas o no. Cuando no se entrecomilla los resultados no son las palabras exactas, sino que la completa el buscador. El resultado se debió a una acción del propio buscador Google, señalando que la prueba se valoró de una manera errónea y no concurre responsabilidad de la demandada. Además, como señala el propio TJUE es el anunciante quien selecciona las palabras que son aceptadas por Google.

La sentencia del TJUE de 23 de marzo de 2010, "Google Francia y Google" (C-236/08 a C-238/08), describe el funcionamiento del servicio de referencia "*Adwords*" en los puntos siguientes:

- 22 Google opera un motor de búsqueda en Internet. Cuando un internauta efectúa una búsqueda a partir de una o varias palabras, el motor de búsqueda muestra los sitios que parecen ajustarse más a dichas palabras por orden

³³¹ AP de Madrid, sección 28.ª, auto 85/2014 de 19 de mayo de 2014, rec. 636/2013.

decreciente de pertinencia. Éstos son los resultados «naturales» de la búsqueda.

- 23 Por otro lado, Google ofrece un servicio remunerado de referenciación denominado «AdWords». Este servicio permite a los operadores económicos seleccionar una o varias palabras clave para que, en el caso de que coincidan con las introducidas en el motor de búsqueda, se muestre un enlace promocional a su sitio. Este enlace promocional aparece bajo la rúbrica «enlaces patrocinados», que se muestra bien en la parte derecha de la pantalla, al lado de los resultados naturales, bien en la parte superior de la pantalla, encima de dichos resultados.
- 24 Los enlaces promocionales se acompañan de un breve mensaje comercial. El conjunto de enlace y mensaje constituye el anuncio mostrado bajo la rúbrica mencionada.
- 25 El anunciante debe abonar una cantidad por el servicio de referenciación cada vez que se pulse en su enlace promocional. Esta cantidad se calcula principalmente en función del «precio máximo por clic» que el anunciante se haya comprometido a pagar al contratar el servicio de referenciación de Google y del número de veces en que los internautas pulsen en dicho enlace.
- 26 La misma palabra clave puede ser seleccionada por varios anunciantes. El orden de aparición de los enlaces promocionales depende, en particular, del precio máximo por clic, del número de veces en que se haya pulsado en los enlaces y de la calidad que Google atribuya al anuncio. El anunciante puede mejorar su lugar en el orden de aparición en cualquier momento fijando un precio máximo por clic más elevado o intentando mejorar la calidad de su anuncio.
- 27 Google ha establecido un procedimiento automatizado para la selección de palabras clave y la creación de anuncios. Los anunciantes seleccionan las palabras clave, redactan el mensaje comercial e insertan el enlace a su sitio.

No obstante, el juzgado ha desestimado el recurso por motivos anteriores.

2.1. Funcionamiento de la Directiva 2005/29/CE

El art. 1 de la Directiva³³² dispone lo siguiente: “*La presente Directiva tiene por objeto contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores*”.

Los considerandos 3 y 4 de la Directiva vienen a declarar con el contenido de la misma y expresar el objetivo de la norma: “(3) *Las leyes de los Estados miembros relativas a las prácticas comerciales desleales muestran marcadas diferencias que pueden generar distorsiones apreciables de la competencia y obstaculizar el buen*

³³² Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»). DOUE L 149/22.

funcionamiento del mercado interior. En el ámbito de la publicidad, la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (3), establece criterios mínimos para la armonización de la legislación sobre la publicidad engañosa, pero no impide que los Estados miembros mantengan o adopten medidas que ofrezcan una mayor protección a los consumidores. Como consecuencia, las disposiciones de los Estados miembros sobre publicidad engañosa difieren de forma significativa.

(4) Estas disparidades provocan incertidumbre en cuanto a cuáles son las normas nacionales aplicables a las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores y crean numerosas barreras que afectan a las empresas y a los consumidores. Estos obstáculos incrementan el coste que supone para las empresas el ejercicio de las libertades del mercado interior, en particular cuando desean realizar actividades de comercialización transfronteriza, campañas de publicidad y promociones de ventas. Dichos obstáculos también crean incertidumbre a los consumidores sobre sus derechos, y merman su confianza en el mercado interior”.

La Directiva 2005/29/CE contiene normas para concretar los supuestos de prácticas comerciales engañosas, diferenciando entre acciones y omisiones, y de prácticas comerciales agresivas. Además, la Directiva establece en su anexo I una lista exhaustiva de 31 prácticas comerciales³³³ que son las que pueden considerarse desleales sin necesidad de un examen pormenorizado de que en el caso concreto se dan los supuestos contemplados en los arts. 5 a 9 de la Directiva³³⁴.

La LCD incorpora un régimen jurídico unitario sobre la deslealtad de los actos de engaño y agresivos con independencia de que sus destinatarios sean consumidores o empresarios y superando la tradicional distinción entre los actos desleales y la regulación de la publicidad ilícita por desleal o engañosa. De esta manera, ahora el Capítulo II LCD, relativo a los «actos de competencia desleal», junto con la cláusula general (art. 4) incluye la regulación específica de los actos de engaño (art. 5), actos de confusión (art. 6), omisiones engañosas (art. 7), prácticas agresivas (art. 8), actos de denigración (art. 9), actos de comparación (art. 10), actos de imitación (art. 11), explotación de la reputación ajena (art. 12), violación de secretos (art. 13), inducción a la infracción contractual (art. 14) violación de normas (art. 15), discriminación y dependencia económica (art. 16), y venta a pérdida (art. 17).

Los considerandos 6, 8 y 17 de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales afirman lo siguiente:

“(6) [...] La presente Directiva aproxima las leyes de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales, incluida la publicidad desleal, que son directamente perjudiciales para los intereses económicos de los consumidores y, por ende, indirectamente perjudiciales para los de los competidores legítimos. [...] No comprende ni atañe a las leyes nacionales sobre prácticas comerciales desleales que perjudican sólo a los intereses económicos de los competidores o que se refieren a transacciones entre comerciantes; para tener plenamente en cuenta el principio de subsidiariedad, los Estados miembros seguirán teniendo la capacidad de regular esas prácticas, de conformidad con el Derecho comunitario, si así lo deciden. [...]

³³³ Conclusiones del abogado general Sr. HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE, presentadas el 29 de junio de 2017. Asunto C-295/16. *Europamur Alimentación, S.A.* contra Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

³³⁴ DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “Prácticas desleales y comunicaciones comerciales”, *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Derecho Privado de Internet*. Ed. Aranzadi, S.A.U., enero de 2015.

(8) La presente Directiva protege directamente los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. [...]

(17) Para incrementar la seguridad jurídica, es importante que estén identificadas aquellas prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia. Ese tipo de prácticas se enumeran exhaustivamente en la lista del anexo I. Se trata exclusivamente de las prácticas comerciales que pueden considerarse desleales sin necesidad de un examen pormenorizado de que se dan en cada caso concreto los supuestos contemplados en los artículos 5 a 9. La lista sólo puede modificarse mediante una revisión de la presente Directiva”.

En la legislación española, la LDC a la necesidad de adecuar el ordenamiento de concurrencia a los valores que han cuajado en la constitución económica. La CE de 1978 hace gravitar el sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia. De ello se deriva, para el legislador ordinario, la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseada por prácticas desleales, susceptibles, eventualmente, de perturbar el funcionamiento de concurrencia del mercado. Esta exigencia constitucional se complementa y refuerza por la derivada del principio de protección del consumidor, en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado, acogido por el artículo 51 del texto constitucional. Esta nueva vertiente del problema, en general desconocida por nuestro Derecho tradicional de la competencia desleal, ha constituido un estímulo adicional de la máxima importancia para la emanación de la nueva legislación.

La transposición en el Derecho español de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales se llevó a cabo en virtud de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios³³⁵.

El Tribunal de Justicia ha declarado que la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales lleva a cabo una armonización completa de las normas relativas a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores y que, por tanto, como prevé expresamente su art. 4³³⁶, los Estados miembros no pueden adoptar medidas más restrictivas que las definidas en la referida Directiva, ni siquiera para garantizar un grado más elevado de protección de los consumidores. No obstante, los Estados miembros no pueden, al establecer criterios distintos de los enunciados en el art. 5³³⁷ de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, adoptar medidas más restrictivas que las definidas en esa misma Directiva.

³³⁵ BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2009, p. 112039.

³³⁶ Art. 4 de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales: “Los Estados miembros no restringirán la libre prestación de servicios ni la libre circulación de mercancías por razones pertinentes al ámbito objeto de la aproximación que lleva a cabo esta Directiva”.

³³⁷ Art. 5 de la misma Directiva, que lleva como epígrafe «Prohibición de las prácticas comerciales desleales», tiene la siguiente redacción: “1. Se prohibirán las prácticas comerciales desleales.
2. Una práctica comercial será desleal si: a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional, y b) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores [...]

4. En particular, serán desleales las prácticas comerciales que: a) sean engañosas según lo establecido en los arts. 6 y 7, o b) sean agresivas según lo establecido en los arts. 8 y 9.

El Tribunal de Justicia declara que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional³³⁸.

2.2. Aplicación de la Directiva 2005/29/CE

En julio de 2011, la Comisión puso en marcha una base de datos jurídica en línea sobre la Directiva. El art.1 de la citada Directiva dispone que “*La presente Directiva tiene por objeto contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores*”. La Directiva tiene un ámbito de aplicación muy amplio, como establece la definición de prácticas comerciales entre empresas y consumidores en su art. 2, letra d): «*todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores*». El producto se describe como «*cualquier bien o servicio, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones*»³³⁹. Se aplica también a la práctica totalidad de las transacciones entre empresas y consumidores y en todos los sectores. Además, no solo se aplica en las etapas de publicidad o comercialización de una transacción, sino también «*...durante y después de una transacción comercial en relación con un producto*»³⁴⁰. Sin embargo, se refiere únicamente a la protección de los intereses económicos de los consumidores con respecto a las medidas para describir una práctica comercial como injusta, a la exclusión de otros intereses como la salud y la seguridad o el medio ambiente. Los Estados miembros tienen la libertad de ampliar el alcance de la Directiva o de regular otros tipos de relaciones de conformidad con otras leyes de la UE. También tienen la libertad de determinar el impacto de las prácticas desleales en la validez, la capacitación o los efectos de los contratos, ya que el Directiva no armoniza el derecho contractual³⁴¹.

El Parlamento europeo considera la Directiva sobre prácticas comerciales desleales como un hito legislativo en materia de legislación sobre protección del consumidor de la UE, cuya transposición, aplicación y ejecución serán una fuente esencial para la futura evolución de la legislación sobre protección del consumidor de la UE, así como para el pleno aprovechamiento de las posibilidades del mercado interior y el desarrollo de los intercambios transfronterizos y del comercio electrónico.

Su ámbito de aplicación se limita a las relaciones entre comerciantes y consumidores [B2C (*business to consumer*)], puesto que el art. 3.1 de la Directiva 2005/29/CE prevé que esta será aplicable a las prácticas comerciales desleales de las

5. En el anexo I figura una lista de las prácticas comerciales que se considerarán desleales en cualquier circunstancia. La misma lista única se aplicará en todos los Estados miembros y sólo podrá modificarse mediante una revisión de la presente Directiva”.

³³⁸ TJUE, sala quinta, STS de 19 de octubre de 2017, C-295/2016.

³³⁹ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»). COM/2013/0139 final.

³⁴⁰ Ver el art. 3, apdo. 1, de la Directiva.

³⁴¹ Ver el art. 3, apdo. 2, de la Directiva.

empresas en sus relaciones con los consumidores, antes, durante y después de una transacción comercial en relación con un producto³⁴².

2.3. La Directiva 2005/29/CE y la legislación sectorial de la UE

La Directiva engloba todas las prácticas comerciales entre empresas y consumidores, a menos que se indique expresamente lo contrario, como es el caso con condiciones de establecimiento o regímenes de autorización como lo destaca en su apdo. 8 del art.3 «*La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de cualesquiera requisitos para el establecimiento o los regímenes de autorización, o de los códigos deontológicos u otras normas específicas que rijan las profesiones reguladas con el fin de mantener rigurosas exigencias de integridad por parte de los profesionales que los Estados miembros puedan imponer a estos últimos de conformidad con el Derecho comunitario*». En caso de conflicto entre la legislación sectorial y las disposiciones generales de la Directiva, prevalecerán las disposiciones correspondientes de la *lex specialis* como lo menciona el apdo. 4 del art. 3 «*En caso de conflicto entre las disposiciones de la presente Directiva y otras normas comunitarias que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales, estas últimas prevalecerán y serán aplicables a esos aspectos concretos*». La Directiva resulta por tanto aplicable sólo en la medida en que no haya disposiciones específicas del Derecho comunitario que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales, como requisitos relativos a la información y normas sobre la manera en que ha de presentarse la información al consumidor. Establece una protección para los consumidores allí donde no existe legislación sectorial específica a nivel comunitario y prohíbe a los comerciantes crear una falsa impresión sobre la naturaleza de los productos. Esto es especialmente importante en el caso de productos complejos que implican un elevado nivel de riesgo para los consumidores, como ciertos productos ligados a servicios financieros. La Directiva complementa, pues, el acervo comunitario aplicable a las prácticas comerciales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores³⁴³.

Sin embargo, la existencia de normas europeas específicas en un sector determinado no excluye la aplicación de la Directiva: en estos casos, y para todos los aspectos no regulados por la *lex specialis*, la Directiva complementa estas disposiciones sectoriales y cubre las áreas A continuación: deficiencias en la protección de los consumidores contra prácticas comerciales desleales³⁴⁴.

En una petición³⁴⁵ que se ha presentado en el contexto de un litigio entre *Dyson Ltd* y *Dyson BV* (en lo sucesivo *Dyson*) de una parte, y *BSH Home Appliances NV* (en lo sucesivo *BSH*) de otra, en relación con las prácticas comerciales desleales supuestamente imputables a *BSH* por no haber facilitado, en primer lugar, información

³⁴² VAQUÉ, L. G., “El TJUE declara contraria a la Directiva 2005/29/CE una normativa nacional que prohíbe las ventas con prima y que no tiene solamente por objeto proteger a los consumidores (sentencia «*Mediaprint Zeitungs-nund Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*»)", *Publicación: Revista Aranzadi UE* núm. 4/2011 parte Crónica. Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011.

³⁴³ Ver el considerando 10 de la Directiva.

³⁴⁴ CE, “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), Bruselas, 14.3.2013. COM(2013) 139 final.

³⁴⁵ TJUE, sala cuarta, STS de 25 de julio de 2018, C-632/2016.

relativa al rendimiento energético de las aspiradoras que comercializa y, en segundo lugar, por haber añadido, en el embalaje de dichas aspiradoras, información distinta de la que debe mostrar obligatoriamente la etiqueta relativa a la clase energética de las aspiradoras.

En Derecho belga, en virtud del art. VI. 99, apdo. 1, del Código de derecho económico (code du droit économique) (Moniteur belge de 29 de marzo de 2013, p. 19975), en su versión modificada por la Ley de 21 de diciembre de 2013 (Moniteur belge de 30 de diciembre de 2013, p. 103506), que tiene por objeto transponer al Derecho interno el art. 7, apdo. 1³⁴⁶, de la Directiva 2005/29, se considerará omisión engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.

Así, tanto *Dyson* como *BSH* comercializan aspiradoras que deben llevar, en el momento de su venta, una etiqueta energética. Esta etiqueta muestra los resultados de unas pruebas que se realizan con un colector vacío. *Dyson* reprocha, en particular, a *BSH* haber inducido a error al consumidor y haber incurrido en prácticas comerciales desleales. En tal contexto, *Dyson* interpuso una demanda ante el órgano jurisdiccional remitente, el *voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen* (Presidente del Tribunal de lo Mercantil de Amberes, Bélgica).

Si el art. 7 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que constituye una «omisión engañosa», según la definición que contiene esta disposición, el hecho de no proporcionar al consumidor información relativa a las circunstancias en que se efectuó la medición que dio lugar a la clasificación energética indicada en la etiqueta energética.

El mencionar en la etiqueta energética únicamente la información sin precisar las circunstancias en que se efectuó la medición de la eficiencia energética de la aspiradora, constituye una «práctica comercial», en el sentido del art. 2, letra d)³⁴⁷, de la Directiva.

El Tribunal declara que el art. 7 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que no constituye una «omisión engañosa», según la definición que contiene esta disposición, el hecho de no proporcionar al consumidor información relativa a las circunstancias en que se efectuó la medición que dio lugar a la clasificación energética indicada en la etiqueta relativa a la clase energética de las aspiradoras.

³⁴⁶ Art.7 Omisiones engañosas:1. Se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.

³⁴⁷ Art.2, d): A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: d) «prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores» (en lo sucesivo «prácticas comerciales»): todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores;

3. LA POLÍTICA DE COMPETENCIA: UNA POLÍTICA ORIGINAL QUE SE APLICA TANTO A LAS EMPRESAS COMO A LOS ESTADOS MIEMBROS

3.1. Las reglas de la competencia aplicable a las empresas

En virtud del art. 101, párr. 3, del TFUE, los acuerdos entre empresas que restringen la competencia sentido del art. 101, párr. 1, del TFUE puede ser declarada compatible con el mercado interior si contribuyen a fomentar el progreso técnico o económico ni a mejorar la producción o distribución de bienes, al tiempo que permite a los consumidores una feria el beneficio resultante, a condición de que las restricciones se limitan a lo estrictamente necesario (principio de proporcionalidad) y que no eliminan la competencia en una parte sustancial de los productos en cuestión³⁴⁸.

El más famosos modelo de acuerdos están incluidos en la categoría de los acuerdos dichos restrictivos de competencia, a menudo denominados “carteles” o “acuerdos restrictivos”. Se trata de los acuerdos cuyo objetivo consiste en fijar un precio superior al que resultaría del libre juego de la competencia. Otros son relativos a intercambios de información confidencial o a acuerdos sobre la estabilización de las cuotas de mercado respectivas de las partes al acuerdo³⁴⁹. El Tribunal Europeo ha rechazado una Decisión y ha condenado a *Deutsche Bahn AG, Schenker AG, Schenker China Ltd* y *Schenker International (HK)* pagar los gastos por la violación del art.101, párr. 1 del TFUE, el art. 296 TFUE y el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), los arts. 4, 7 y el art. 23, párr. 2 del Reglamento núm. 1/2003 y los principios de la responsabilidad personal y la buena administración, en la que sólo *Schenker china* fue responsable por el comportamiento de *Bax Global* (República Popular china)³⁵⁰.

El art. 102 del Tratado prohibido a las empresas de explotar abusivamente una posición dominante en un mercado pertinente. La posición dominante de una empresa es una situación de potencia económica que le permite actuar independientemente del comportamiento de sus competidores, de sus clientes y, al final, de los consumidores. El hecho de tener tal poder no está prohibido en sí. Lo que el Tratado prohíbe es el abuso de este poder que consiste en su utilización para aplicar prácticas rapaces, discriminatorias o fidelizando, teniendo por objeto o por efecto de limitar las condiciones de competencia. El Tribunal de Apelación de París ha desestimado la reclamación de daños y perjuicios solicitada por *Evermaps* contra Google, derivada de un supuesto abuso de su posición de dominio en relación con los mapas online.

El Tribunal considera legal el denominado modelo "*freemium*", que permite a las empresas incluir en sus webs una versión básica de Google *Maps* de manera gratuita, o una versión mejorada, de pago. En particular, en línea con el informe de la Autoridad de Competencia y con el apoyo del análisis económico de una consultora, el Tribunal

³⁴⁸ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y del Consejo sobre el funcionamiento del Reglamento (UE) núm. 267/2010 de la Comisión de la aplicación del art. 101, párr. 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros. Bruselas, de 17 de marzo de 2016 COM (2016) 153 final {SWD (2016) 62 final}.

³⁴⁹ Las Autoridades nacionales de competencia son competentes, desde el 1 de mayo de 2004 y la entrada en vigor del Reglamento núm. 1/2003, para aplicar el art. 101 del tratado en cuanto la práctica en cuestión es susceptible de afectar al comercio entre estados miembros.

³⁵⁰ Asunto T-276/12 Tribunal de la UE, (sala noveno), de 29 de febrero de 2016, *Deutsche Bahn AG* y *a. c/CE*.

considera que el modelo "freemium" de Google Maps no es una práctica de precios predatorios, puesto que los costes de Google están por debajo de sus ingresos en el negocio de mapas online. En su análisis, el Tribunal tiene en cuenta las especificidades de los "two-sided markets" o mercados bilaterales, en los que considera legítimo ofrecer un servicio gratuito en una de sus caras, en este caso para las empresas usuarias de Google Maps, con el fin de atraer clientes en otra, en el caso de Google a las empresas interesadas en anunciarse en las páginas Web de los usuarios de sus mapas³⁵¹.

Asimismo, La UE ha enviado un pliego de cargos por abuso de posición dominante por obligar a los fabricantes que utilizan *Android* a incluir una serie de aplicaciones de serie de Google en los dispositivos³⁵².

3.2. Las reglas de la competencia aplicable a los Estados miembros

Los principios de base relativos al control de las ayudas Estatales se enuncian en los arts. 107 a 109 del Tratado de Lisboa³⁵³. La CE determina si una ayuda es contraria a la norma del Tratado. Puede ordenar al Estado miembro de poner un término a esta ayuda y al destinatario de la ayuda ilícita de reembolsarla. El acento puesto sobre la lucha contra las ayudas estatales en Europa – lejos estar en el centro de las políticas de competencia en el resto del mundo - da prueba de una voluntad de profundizar en el mercado interior y de garantizar que los Estados miembros no se contienen en lógicas nacionales³⁵⁴.

En el contexto de una libre competencia en el mercado interior, y, en particular, de la apertura de los servicios públicos al juego competitivo, los Estados miembros intervienen a veces por medio de recursos públicos para promover algunas actividades económicas o proteger industrias nacionales. Al favorecer a algunas empresas con relación a sus competidores, estas ayudas estatales pueden falsear la competencia, y, son prohibidas por el Tratado.

Excepciones autorizan sin embargo las ayudas justificadas por objetivos de interés común, por ejemplo, para los servicios de interés económico general, cuando no falsean la competencia en una medida contraria al interés general. El control de las ayudas estatales operado por la CE consiste pues en apreciar el equilibrio entre los efectos positivos y negativos de las ayudas. En España, El TS establece que la multa

³⁵¹ Google France vs. *Evermaps* Cour D'Appel de Paris Pôle 5 - Chambre 4 Arrêt du 25 novembre 2015 Numéro d'inscription au répertoire général: 12/02931 Décision déférée à la Cour: Jugement du 31 Janvier 2012 -Tribunal de Commerce de PARIS - RG núm. 2009061231.

³⁵² Empresas como *Michelin* o la Comisión condenó a *Microsoft* para haber abusado de su posición dominante. En el asunto *Microsoft*, la autoridad europea de competencia consideró que al limitar la compatibilidad entre los *PC Windows* y los servidores de Grupo de Trabajo de sus competidores y al vincular la venta de su lector *Windows Medios* de comunicación con *Windows*, su sistema operativo presente sobre la casi totalidad de los PC en el mundo, el gigante mundial de la informática aplicó prácticas que constituyen un freno a la innovación y que son perjudiciales al juego de la competencia y a los intereses de los consumidores. La Comisión pues, en 2004, infligió a la empresa americana medidas correctivas acopladas de una multa de 497,2 millones de euros. DE RITUERTO, R. M., "La CE impone una multa a *Microsoft* de 497 millones", *El país*, martes 23 de marzo 2004.

³⁵³ En particular, el art. 107 enuncia que: "[...] Serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones".

³⁵⁴ En los Estados Unidos, la lucha contra las ayudas estatales injustificadas no forma parte del arsenal reglamentario federal, sin embargo señala sobre las cuestiones de derecho de la competencia desde la adopción de *Sherman Act* (1890).

máxima para faltas muy graves a la competencia será del diez por cien del volumen de negocio total de la empresa infractora, y no sólo del ramo de actividad donde se ha producido la actividad sancionable, determina la interpretación correcta del art. 63.1 de la LDC, que recoge las sanciones a imponer a las empresas infractoras. Este criterio viene a clarificar una controversia suscitada al interpretar ese artículo considerado que la referencia a los porcentajes de volumen de negocios para fijar las multas (uno por cien en el caso de las faltas leves, cinco por cien en las graves, y diez por cien en las muy graves) se referían sólo al ámbito de la actividad económica de la empresa en que se ha producido la infracción, no incluyendo los ingresos obtenidos en otros mercados o ramas de actividad por la compañía sancionada³⁵⁵.

El Tribunal General, que tiene por objeto una solicitud de anulación de la decisión (UE) 2015/1074 de la Comisión del 19 de enero de 2015 relativa con ayuda de Estado SA.35842 (2014/C) (ex 2012/NN) apuesta a ejecución por Italia — Compensación complementaria de servicio público en favor de CCTP (DO L 179, p. 112), El recurso se desestima como manifiestamente inadmisibile³⁵⁶.

La Comisión puede vía Reglamentos, decidir que habida cuenta del desarrollo y del funcionamiento del mercado interior, algunas ayudas no satisfacen a todos los criterios del art. 107, el TFUE, y que se eximen pues de notificación previsto del art. 108, apdo. 3 del TFUE, siempre que las ayudas concedidas a una misma empresa sobre un período dado no sobrepasen un importe fijo determinado. El Tribunal de Justicia, en los asuntos acumulados C-352/14 y C-353/14, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al art. 267 TFUE³⁵⁷, por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Terrassa (Barcelona), mediante autos de 8 de julio de 2014, recibidas en el Tribunal de Justicia el 22 de julio de 2014, El 28 de noviembre de 2012, la Comisión adoptó la Decisión C (2012) 8764 final, relativa a la ayuda concedida por las autoridades españolas para la reestructuración y recapitalización del Grupo BFA (en lo sucesivo, “Decisión sobre la reestructuración del Grupo BFA”). En los apartados 217 y 218 de esta Decisión, la Comisión declaró que las medidas notificadas constituían una ayuda en el sentido del art. 107 TFUE, apdo. 1, pero que, habida cuenta de los compromisos adquiridos por el Reino de España, dichas medidas debían considerarse compatibles con el mercado interior con arreglo al art. 107 TFUE, apdo. 3, letra b). Así, el Tribunal de Justicia declara que en dicha Decisión no se oponen a la aplicación, en el marco de un litigio relativo a un despido colectivo comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Decisión, de una normativa nacional que, en caso de despido improcedente del trabajador, fija un importe de indemnización superior al mínimo legal³⁵⁸. En un asunto alemán, que tiene por objeto un recurso basado en el art. 263

³⁵⁵ STJ, sala tercera, de 29/01/2015, AN 24/06/2013, Rec.2872/2013.

³⁵⁶ TG, Resolución del Tribunal (cuarta sala) de 10 de Noviembre de 2015, Asunto T-187/15 *Compagnia Trasporti Pubblici* y otros/Comisión Competencia, Ayudas otorgadas por los Estados.

³⁵⁷ El art. 267 del TFUE cita que: “El TJUE será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: Sobre la interpretación de los Tratados; Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión; Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la UE se pronunciará con la mayor brevedad”.

³⁵⁸ Asunto C-352/14 del TJ (sala sexta) de 15 de octubre de 2015, (Asuntos acumulados Iglesias Gutiérrez C-352/14, C-353/14. Procedimiento prejudicial — Arts. 107 TFUE y 108 TFUE — Crisis financiera —

TFUE y en el que se solicita la anulación de la Decisión (UE) 2015/1585 de la Comisión, de 25 de noviembre de 2014, relativa al régimen de ayudas SA. 33995 (2013/C) (ex 2013/NN) [ejecutado por Alemania en apoyo a la electricidad de fuentes renovables y para grandes consumidores de energía] (DO 2015, L 250, p. 122), la Decisión por la que se declaran las ayudas parcialmente incompatibles con el mercado interior³⁵⁹.

En el mismo sentido, en una sentencia del Tribunal de Justicia³⁶⁰, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art.267 TFUE, por el *Landgericht Münster* (Tribunal del *Land* en Münster, Alemania), mediante resolución de 17 de septiembre de 2014, recibida en el Tribunal de Justicia el 12 de noviembre de 2014, en el que declara que El Derecho de la Unión se opone a que, en circunstancias como las del litigio principal, la aplicación de una norma de Derecho nacional que tiene la finalidad de consagrar el principio de cosa juzgada impida al juez nacional que haya comprobado que los contratos objeto del litigio de que conoce constituyen una ayuda de Estado, en el sentido del art. 107 TFUE, apdo. 1, ejecutada infringiendo el art.108 TFUE, apdo. 3, tercera frase, extraer todas las consecuencias de esa infracción debido a la existencia de una resolución judicial nacional firme que, sin examinar si dichos contratos establecen una ayuda de Estado, declaró que éstos siguen en vigor.

Según una jurisprudencia³⁶¹, el procedimiento previsto en el art. 108, apdo. 2, del TFUE es una condición cuando la Comisión encuentra serias dificultades para apreciar si una ayuda es compatible con el mercado interior. La Comisión no puede pegarse a la etapa preliminar del art. 108, apdo. 3 del TFUE para adoptar una decisión favorable a una medida estatal a menos que sea capaz de satisfacer a sí mismo, después de un primer examen, que la medida no constituye una ayuda en el sentido del art. 107, apdo. 1, del TFUE o, si calificarse de ayuda, es compatible con el mercado interior. Sin embargo, el examen lleva a la Comisión a la conclusión contraria, o no lo permite superar todas las dificultades planteadas por la evaluación de la compatibilidad de la medida con el mercado interior, la Comisión tiene la deber de recabar todas las opiniones necesarias y abrir para este fin, el procedimiento previsto en el art. 108, apdo. 2, del TFUE (sentencias de 15 de junio de 1993 *Matra/Comisión*, C-225/91, Rec. , la UE: C: 1993: 239, párr. 33, de 2 de abril de 1998, *Comisión/Sytraval y Brink Francia*, C-367/95 P, Rec., la UE: C: 1998: 154, apdo. 39, y *BUPA ea/Comisión* el apdo. 22 anterior, la UE: T: 2008: 29, párrafo 329).

Cuando adopta los Reglamentos, la Comisión impone normas precisas a los países de la UE para ejercer la transparencia y el control de las ayudas eximidas de la

Ayudas al sector financiero — Compatibilidad de una ayuda con el mercado interior — Decisión de la Comisión — Entidad financiera sometida a un proceso de reestructuración — Despido de un trabajador — Normativa nacional relativa al importe de la indemnización en caso de despido. Competencia, Ayudas otorgadas por los Estados.

³⁵⁹ Asunto T-47/15 del TG de 10 de mayo de 2016. Ayudas de Estado. Energías renovables. Ayudas otorgadas por determinadas disposiciones de la Ley alemana modificada relativa a las fuentes de energía renovables (Ley EEG de 2012).

³⁶⁰ Asunto C-505/14 del TJ (sala segunda) de 11 de noviembre de 2015, Procedimiento prejudicial — Arts. 107 TFUE y 108 TFUE — Ayudas de Estado — Ayuda concedida infringiendo el art.108 TFUE, apdo. 3 — Resolución de un tribunal de un Estado miembro que declara la validez del contrato por el que se concede dicha ayuda — Fuerza de cosa juzgada — Interpretación conforme — Principio de efectividad. Principios, objetivos y misiones de los Tratados, Competencia, Ayudas otorgadas por los Estados.

³⁶¹ Asunto T-79/14 Tribunal de la UE, (Sala 1ª), 1 de marzo de 2016, *Secop GmbH c/Comisión*.

obligación de notificación. Estas normas consisten en particular en las siguientes obligaciones³⁶²:

Los países de la UE deben transmitir a la Comisión un resumen de la información relativa a regímenes de ayudas o caso de ayudas individuales a partir de la aplicación de estos regímenes;

Deben registrar y compilar toda la información relativa a la aplicación de las exenciones por categoría;

Deben comunicar una vez al año a la Comisión un informe sobre la aplicación de las exenciones por categoría.

Los Reglamentos adoptados son aplicables durante una duración determinada. Pueden derogarles o modificarles cuando todo elemento importante que justifica su adopción se encuentra modificado o cuando el desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado interior lo exigen.

Cuando la Comisión quiere adoptar un Reglamento, publica un proyecto con el fin de permitir a todas las personas y organizaciones interesadas darle a conocer sus observaciones en un plazo razonable³⁶³.

Antes de publicar un proyecto de Reglamento y antes de adoptar un Reglamento, la Comisión consulta al Comité Consultivo en cuanto a ayudas estatales, el representante de la Comisión preside a que está formado por representantes de los países de la UE y, cada cinco años, la Comisión presenta al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre la aplicación del Reglamento (UE) Núm. 651/2014³⁶⁴.

3.3. Disposiciones generales

El objetivo capital de los arts. 101 y 102 del TFUE es asegurar un mercado interior uniforme a los artículos del Tratado y poner fin a las posibles infracciones de dichos artículos; cuando la Comisión constate que se vulneran las disposiciones de los arts. 101 o 102 TFUE, podrá por medio de una decisión obligar las empresas y asociaciones de empresas concernidas a poner fin a la infracción comprobada o constatar que se ha hecho. También para pedir medidas provisionales: por los casos de urgencia justificada, la Comisión podrá, actuando de oficio y a raíz de una primera acta de infracción, pedir medidas provisionales; además, tiene un carácter obligatorio de los compromisos cuando prevea adoptar una decisión para poner fin a una infracción y las empresas concernidas ofrezcan compromisos al objeto de que responder a las objeciones, podrá hacer estos compromisos obligatorios durante un período determinado. La Comisión podrá abrir de nuevo el procedimiento cuando la situación de hecho cambie, cuando las empresas en cuestión contravengan sus compromisos o

³⁶² Aplicación de los arts. 107 y 108 del TFUE a determinadas categorías de ayudas estatales horizontales. La Comisión está facultada para adoptar reglamentos por los que se establece la compatibilidad de determinadas ayudas con el mercado común. Estas ayudas están exentas de la obligación de notificación que establece el art. 108 apdo. 3, del TFUE.
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A126043>. (Consultada el 12 de abril de 2018).

³⁶³ Disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/competition/state_aid/index_fr.htm, (consultada el 12 de abril de 2018).

³⁶⁴ Reglamento (UE) núm. 651/2014 de la Comisión de 17 de junio de 2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los arts. 107 y 108 del Tratado (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE núm. L 187/1.

cuando la decisión se base en información incompleta, inexacta o desvirtuada; Asimismo, establecer la inaplicabilidad de los arts. 101 y 102 del TFUE, así la Comisión podrá, por razones de interés público de la UE, constatar que en función de los elementos de los que tenga conocimiento, el art. 101 es inaplicable a un acuerdo, una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada, ya sea porque no se cumplen las condiciones del apartado 1 del art. 101, o porque se dan las condiciones de exención del apartado 3 del art. 101. Podrá hacer lo mismo en los casos de posiciones dominantes contemplados en el art. 102.

Una sentencia³⁶⁵ que tiene por objeto un recurso de anulación de la Decisión de la Comisión C (2013) 2727 final, de 3 de mayo de 2013, por la que se desestima la denuncia presentada por la demandante *Nederlandse Mededingingsautoriteit* (en adelante NMa) contra *Luchthaven Schiphol*, por un presunto comportamiento contrario a la competencia en el mercado de los servicios aeroportuarios (asunto COMP/39.869 - *easyJet/Schiphol*). La NMa estimó que los conceptos de no discriminación y de carácter razonable que figuran en el art. 8.25d, apdos. 2 y 3, de la *Wet Luchtvaart* (Ley de aviación; en adelante WL) eran análogos a los del Derecho de la competencia europeo (art.102 TFUE (LA LEY 6/1957)) y nacional (art. 24 de la *Mededingingswet* (Ley de la competencia; en adelante MW). Dedujo de ello que un examen de las tasas aplicadas en noviembre de 2008 a la luz del art.102 TFUE (LA LEY 6/1957) llevaría a los mismos resultados que el examen de la tercera denuncia y, en consecuencia, desestimó la segunda denuncia conforme a su política de fijación de prioridades. La demandante no interpuso recurso alguno contra esta decisión.

La Comisión procede a recordar que, la que el art. 105 TFUE (LA LEY 6/1957), apdo. 1, atribuye el cometido de velar por la aplicación de los arts. 101 TFUE (LA LEY 6/1957) y 102 TFUE- es competente para definir y para ejecutar la política de competencia de la Unión y dispone a tal fin de una facultad discrecional en la tramitación de las denuncias³⁶⁶.

En respuesta a la pregunta de si las autoridades nacionales de competencia podían adoptar una decisión por la que se declare que no se han infringido los arts.101 TFUE (LA LEY 6/1957) o 102 TFUE, el Tribunal de Justicia precisó que el artículo 5 del mismo Reglamento debía interpretarse en el sentido de que determina de forma exhaustiva las decisiones que aquéllas pueden adoptar³⁶⁷.

Así, la Comisión cumplió su obligación de motivación al exponer, de forma clara e inequívoca, los elementos de hecho y las consideraciones jurídicas que la llevaron a declarar que la probabilidad de demostrar la existencia de una infracción del art. 102 TFUE (LA LEY 6/1957) no era sino muy limitada. Dado que dichas precisiones permiten al Tribunal ejercer un control efectivo del ejercicio por la Comisión de su facultad discrecional en la Decisión impugnada, procede concluir que ésta está suficientemente motivada al respecto.

Para garantizar el buen desarrollo del derecho de defensa, antes de tomar una decisión, la Comisión ofrece a las empresas y asociaciones de empresas concernidas la ocasión de dar a conocer su opinión respecto a las objeciones formuladas en su contra.

³⁶⁵ TG, sala segunda, STS de 21 de enero de 2015, T-355/2013.

³⁶⁶ Ver la STS de 16 de octubre de 2013, *Vivendi*/Comisión, T-432/10, EU: T: 2013:538, apdo. 22 y jurisprudencia citada.

³⁶⁷ Ver la STS de 3 de mayo de 2011, *Tele2 Polska*, C-375/09 (La Ley 28877/2011), rec., EU:C:2011:270, apdos. 19 a 30.

Las partes interesadas disponen por otro lado del derecho de acceso al expediente de la Comisión a condición de que no se revelen los secretos de los asuntos.

Sin embargo, con el fin de garantizar el respeto del secreto profesional, cualquier información solo podrá utilizarse con el objetivo para el cual se obtuvo. La Comisión y las autoridades de competencia nacionales por otra parte no podrán revelar la información que obtuvieron o intercambiaron³⁶⁸.

En 2016, La CE envía un pliego de cargos a Google por abuso de posición dominante y abre una nueva investigación en relación con *Android*. La Comisión ha comunicado a Google su opinión preliminar de que la empresa, infringiendo las normas *antitrust* de la UE, ha abusado de su posición dominante al imponer restricciones a los fabricantes de dispositivos *Android* y a los operadores de redes móviles. La comisaria Margrethe Vestager, responsable de la Política de Competencia, ha declarado: “*Un sector de internet móvil competitivo es cada vez más importante para los consumidores y las empresas en Europa. Sobre la base de nuestra investigación hasta el momento, creemos que la conducta de Google priva a los consumidores de tener mayores opciones en las aplicaciones y servicios para móviles y obstaculiza la innovación de otros interesados, infringiendo las normas antitrust de la UE. Estas normas se aplican a todas las empresas activas en Europa. Google tiene ahora la oportunidad de responder a las dudas planteadas por la Comisión*”.

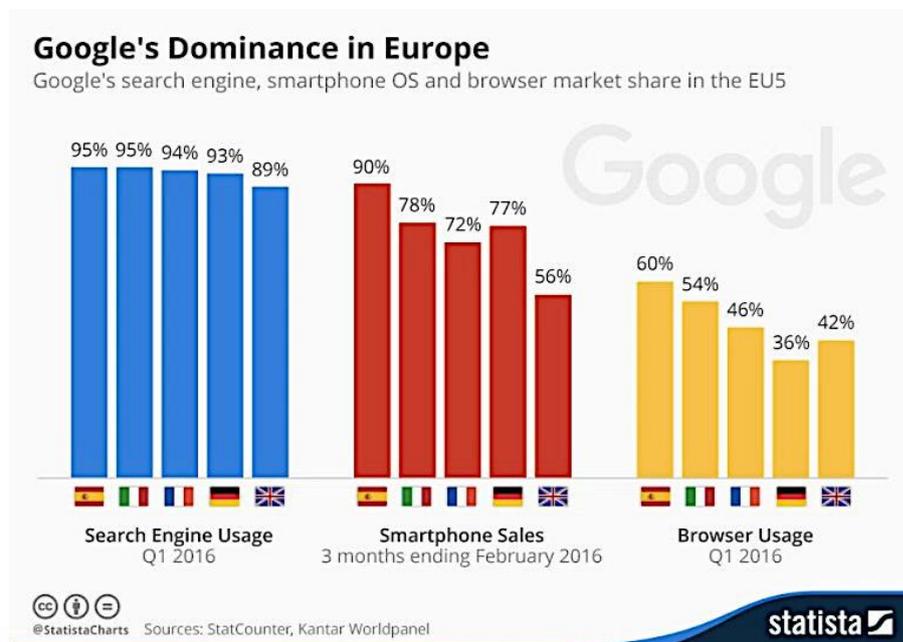
En abril de 2015, la Comisión incoó un procedimiento en relación con la conducta de Google con respecto a las aplicaciones y el sistema operativo *Android*. En esta fase, la Comisión considera que Google tiene una posición dominante en los mercados de servicios de búsqueda general en internet, sistemas operativos con licencia para móviles inteligentes y tiendas de aplicaciones para el sistema operativo móvil *Android*. Google posee por lo general una cuota de mercado superior al noventa por cien en cada uno de esos mercados en el Espacio Económico Europeo (EEE). El art. 102 del TFUE prohíbe la explotación abusiva de una posición dominante que pueda afectar al comercio e impedir o restringir la competencia. El cumplimiento de esta disposición se define en el Reglamento antitrust [Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo], que pueden aplicar la Comisión y las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros de la UE³⁶⁹.

³⁶⁸ Reglamento (UE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 101 y 102 del TFUE. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:l26092>. En las informes de jurisprudencia de la mayoría de los Estados miembros sigue siendo difícil encontrar decisiones de tribunales que apliquen el derecho europeo de competencia. Este simple hecho confirma una triste realidad: el *private enforcement* del derecho europeo *antitrust* no ha alcanzado en los Estados miembros un nivel de efectividad adecuado como para que se le pueda considerar un remedio judicial viable a disposición de las empresas y de los consumidores en el mercado interior. No existe, de hecho, una normativa comunitaria uniforme que discipline las acciones judiciales fundadas en una violación de las normas europeas de competencia, y aunque se perciba, desde ya un par de años, una clara voluntad política de las Instituciones europeas – en primer lugar de la Comisión– para poner en marcha un proceso legislativo, se desconocen, al momento, tanto los instrumentos que se utilizaran para regular la materia como los tiempos concretos de la intervención del legislador.

³⁶⁹ CE- Comunicado de prensa, *op. cit.*, nota 257.

Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40099.

Este gráfico muestra Google motor de búsqueda, el sistema operativo de teléfonos inteligentes y la cuota de mercado de los navegadores en el Reino Unido, España, Italia, Francia y Alemania³⁷⁰.



4. EL MARCO NORMATIVO Y EL ÁMBITO DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE LA COMPETENCIA EN LOS TIEMPOS DE INTERNET

La aplicación de la Ley de la competencia en el ámbito europeo, cuyo objetivo es conservar una competencia no falseada y proactiva para una Europa competitiva, ha sido una de las políticas europeas más activas desde la constitución de la UE. Las disposiciones del TFUE se hace depender principalmente de la implantación de un auténtico Derecho de la competencia de carácter europeo, cuyas bases esenciales se mantienen desde los años cincuenta del siglo pasado, sin perjuicio del importante desenvolvimiento que ha tenido tanto en la jurisprudencia como en la actividad normativa emprendida por el Consejo de la Comisión aparece inspirado del Derecho norteamericano, cuya fuente fundamental sigue siendo la célebre *Sherman Act* de 1890.

En el estado actual del proceso de integración europeo, el Derecho europeo de la competencia coexiste con los Derechos de la competencia de los estados miembros. La división teórica de los campos de actuación entre ambos Derechos – el europeo y el nacional del cual se trate –, depende de la trascendencia de las restricciones, de manera que sólo quedarían sometidas al europeo aquellas actuaciones que tuvieran relevancia transfronteriza, como revela la simple lectura del art. 101 y siguientes del TFUE³⁷¹.

³⁷⁰ Google's Dominance in Europe de 20 de abril de 2016.

Disponible en: <https://www.statista.com/chart/4694/googles-dominance-in-europe/>. (Consultada el 22 de abril de 2016).

³⁷¹ VELASCO SAN PEDRO, Luis A., et al. *Derecho Europeo De La Competencia : (Antitrust e Intervenciones Públicas)*. 1a ed. Valladolid: Lex Nova, 2005. pp. 39 y ss.

El título de la sección que contiene los arts. 101 a 106 del TFUE: “Disposiciones aplicables a las empresas” delimita los destinatarios de las normas, sobre todo de los arts. 101 y 106, por tanto, el ámbito de aplicación subjetivo o personal. En el caso del apdo. 1 del art. 106, es cierto que tiene como destinatario al Estado en la medida en que le importe la obligación de abstenerse de medidas en beneficio de ciertas empresas que pueden perturbar de efecto útil de la aplicación de las normas sobre la competencia a los comportamientos de las empresas. El mero hecho de crear una posición dominante mediante la concesión de derechos especiales o exclusivos, en el sentido del art.106 TFUE, apdo. 1, no es, como tal, incompatible con el art.102 TFUE. De hecho, un Estado miembro sólo infringirá las prohibiciones contenidas en estas dos disposiciones cuando la empresa de que se trate sea inducida, por el simple ejercicio de los derechos especiales o exclusivos que le han sido conferidos, a explotar su posición dominante de manera abusiva o cuando esos derechos puedan crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos (sentencia *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, EU:C:2006:208, apdo. 23 y jurisprudencia citada)³⁷².

En los últimos años, la política de competencia europea en el ámbito *online* ha observado el comportamiento de una empresa *online* que ejerce su dominio de forma agobiante: Google, cuya han presentado muchas demandas oficial y oficiosamente, tanto a escala nacional como europea. Aunque el dominio por sí solo no constituye un abuso, Google está siendo investigada hasta ahora para determinar si sus prácticas abusivas se oponen al art. 102 del TFUE que prohíbe el abuso de una posición dominante. En su formulación más simple, esto significa que una empresa con una posición tiene la responsabilidad especial de garantizar que su conducta no afecta a la competencia.

Google se enfrenta a muchas demandas al haber incumplido dicha responsabilidad especial y haber aumentado su tamaño, afianzado su dominio en los mercados de búsqueda, publicidad en buscadores y actividades relacionadas, apoyándose en todo lo anterior para introducirse en nuevos mercados, y en particular, en los de publicidad y motores de búsquedas en dispositivos móviles. Ha llevado a cabo todo esto a través de una combinación de adquisiciones agresivas y prácticas de exclusión y explotación. El objetivo de las autoridades de la competencia es valorar las investigaciones en marcha y las más recientes sobre la conducta de Google que se oponga a las normas de competencia. Dichas prácticas han tejido una red de exclusión y explotación de competidores, perjudicando el ecosistema *online* y colocándolo en las manos de un único gigante de Internet, a expensas en última instancia de los consumidores y los negocios de Europa. No se ha limitado su investigación a un sector en particular, sino que se ha examinado las prácticas de Google por todo el ecosistema *online*³⁷³.

La Ley española de la defensa de la competencia, siguiendo la legislación europea, reconoce dos tipos de conductas prohibidas que son las practicas colusorias o falseadas de la competencia en el mercado, y los abusos de posición de dominio.

³⁷² Asunto C-497/12. Procedimiento prejudicial — Arts. 49 TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE — Libertad de establecimiento — Principio de no discriminación — Abuso de posición dominante — Art. 15 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE — Inadmisibilidad. Libertad de establecimiento, Derechos fundamentales, Carta de los derechos fundamentales, Competencia, Prácticas colusorias.

³⁷³ Initiative for a Competitive Online Marketplace (ICOMP), “Google, bajo el microscopio del antimonopolio”. Disponible en: <http://i-comp.org/wp-content/uploads/2013/07/Google-Bajo-El-Microscopio.pdf>. (Consultada el 29 de abril de 2016).

Además, añade un nuevo tipo referido al falseamiento de la competencia por actos desleales. El art. 1 de la Ley prohíbe “todo *acuerdo, decisión o recomendación colectiva, practica concentrada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o puede producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del territorio nacional...*”. Subsidiariamente, el art. 1.2 establece la nulidad de pleno derecho de las citadas conductas prohibidas que no estén amparadas por las oportunas exenciones. Además, el art. 1.3 acordó que los órganos de defensa de la competencia no inicien o sobresean los procedimientos relacionados con conductas cuya escasa importancia los haga incapaces de afectar de forma sensible a la competencia. A aun así de las prohibiciones, la Ley prevé la posibilidad de que determinadas conductas prohibidas puedan ser autorizadas bajo determinados supuestos relacionados con la situación económica general o con el interés público. Específicamente, los órganos de defensa de la competencia pueden autorizar conductas prohibidas que contribuyan al fomento de las exportaciones cuando no alteren la competencia en el mercado interno, contribuyan a la elevación del nivel económico y social de determinados territorios, o que por su escasa importancia no puedan afectar a la competencia³⁷⁴.

A los efectos de la aplicación del art. 1 de la LDC se considera acuerdo cualquier pacto escrito o verbal en virtud del cual varias empresas se comprometen a llevar a cabo una práctica que tenga por objeto o efecto restringir la competencia. La Disposición Adicional Cuarta de la LDC define a las empresas como “cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”. De esta forma, la Ley no distingue entre empresas públicas o privadas. El elemento determinante es el ejercicio de una actividad económica. Asimismo, en aplicación de este concepto, se considera como una única empresa a todo el grupo de sociedades que esté controlado por una misma persona, de modo que los acuerdos entre sociedades de un mismo grupo no entran en el ámbito de aplicación de esta norma, puesto que no se produciría el requisito de bilateralidad exigido por este artículo³⁷⁵.

Más allá, se interpone por la sociedad mercantil "*Copisa, Constructora Pirenaica SA*" contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN de 25 de febrero de 2014, dictada en el recurso contencioso-administrativo 674/2011 (La Ley 36663/2014), que desestima el recurso contencioso-administrativo deducido contra el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011 (expediente sancionador S/0226/10, Licitaciones de Carreteras) en el que se impone a "*Copisa Constructora Pirenaica SA*" una sanción de multa por importe de 1.131.625 Euros como responsable de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el art. 1 de la LDC³⁷⁶. Se pretende de este modo aumentar la capacidad de disuasión del sistema de defensa de la competencia en su conjunto, de

³⁷⁴ AMADEO PETITBÒ, J., “La defensa de la competencia en el ámbito del sector servicios”, ICE, Septiembre - Octubre 2000, núm. 787. Disponible en: http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_787_153185__60A96D9EA716F5F94F371BD0CFFBAB68.pdf. (Consultada el 2 de mayo de 2016).

³⁷⁵ MENÉNDEZ, U. Y VV.AA., “Guía práctica de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia”, Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2696/documento/GuiaUM.pdf?id=2931>. (Consultada el 4 de mayo de 2016).

³⁷⁶ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS de 9 diciembre de 2015, rec. 1991/2014.

modo que las empresas infractoras -y sus directivos- no sólo "sufran" la sanción administrativa correspondiente, sino que, además, queden privadas de sus ilícitas ganancias indemnizando los daños y perjuicios causados con su conducta. Designio en cuya ejecución avanza de manera inequívoca (aunque la obligación de resarcimiento sea anterior y de hecho cuente ya con precedentes judiciales también en España, como el que ofrece la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 7 de noviembre de 2013, dictada en el recurso de casación 2472/2011) la Directiva 2014/104/UE (La Ley 18555/2014) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE."

Igualmente, en una Resolución³⁷⁷, se declara la existencia de una infracción del art. 1 de la Ley LDC, y del art. 101 del TFUE, en el que se ha sancionado por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por dichos artículos. Así, Cualquier persona o empresa que se considere afectada por las prácticas anticompetitivas descritas en esta Resolución puede presentar una demanda de daños y perjuicios derivada de las citadas conductas por infracción de la normativa de defensa de la competencia. También, la CNMC sanciona con 1,72 millones de euros a siete concesionarios de automóviles y una consultora por su participación en un cártel por una infracción del art. 1 de la LDC, constitutiva de un cártel³⁷⁸.

Por su parte, el art. 2 de la LDC prohíbe las explotaciones abusivas por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del territorio nacional. Tras la última reforma, ahora también resulta prohibida la explotación abusiva de la situación de dependencia económica de los clientes o proveedores de las empresas "cuando no depongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad".

La cuestión se clarifica estableciendo que - esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares -. Así mismo, el legislador ha añadido dos nuevos apartados referidos, primero es la prohibición de la ruptura de las relaciones comerciales sin preaviso con una antelación mínima de seis meses. Segundo es la prohibición de obtener o intentar obtener bajo amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, determinadas ventajas no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas. La finalidad de la prohibición es, especialmente, la protección de los clientes y los proveedores en sus relaciones con los grandes establecimientos comerciales. La CNMC multa a la SGAE con 3,1 millones de euros por considerar que ha cometido una infracción del art. 2 de la LDC, y del art. 102 del TFUE, consistente en un abuso de su posición de dominio. En concreto, la CNMC considera que la SGAE abusó de su posición de dominio en el mercado de gestión de derechos de comunicación pública de la propiedad intelectual de los autores de obras musicales que se explotaban en los conciertos musicales celebrados en España (ejecución pública de obras musicales). Para fijar la sanción, la CNMC ha atendido a la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado, el alcance y la duración de la infracción, los efectos sobre los consumidores y otros operadores y los beneficios ilícitos obtenidos³⁷⁹.

³⁷⁷ Resolución (Expte. S/DC/0517/14 BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ).

³⁷⁸ Resolución (Expte. S/DC/0505/14 Concesionarios CHEVROLET).

³⁷⁹ La CNMC multa a la SGAE con 3,1 millones de euros por la gestión de los derechos en los conciertos. viernes, 14 de noviembre de 2014. Disponible en:

4.1. Las normativas europeas aplicable en materia de la competencia

El Derecho europeo de la competencia, se refleja tanto en el Derecho originario, como de Derecho derivado. Las normas del Derecho originario están constituidas por los referidos arts. 101 y siguientes del TFUE que regulan el comportamiento de las empresas. Los de Derecho derivado se contienen en Directivas y, sobre todo, Reglamentos del Consejo y de la Comisión que se han requerido sus desarrollos a través de las normas. Por otro lado, el desarrollo del Derecho de la competencia ha sido muy relevante el Tribunal de Justicia, resolviendo cuestiones prejudiciales y, sobre todo, recursos contra las decisiones adoptadas por la Comisión, cuya actividad en esta materia está lógicamente sometida a control judicial³⁸⁰. Las normas sobre la competencia se configuran en el Tratado de la UE protegen y facilitan el desarrollo económico, garantizar la unidad del mercado, y proteger la fluidez de los cambios.

En general, en marco legislativo de la competencia europea se ha venido configurando por doctrina en torno a cinco ejes o ámbitos de actuación prominentes que vienen a unir el conjunto de disposiciones anteriormente reseñadas. De ese modo, la voluntad del articulador se orientará a la prohibición de los acuerdos y las prácticas empresariales anticompetitivas en el mercado interior.

Si bien resulta la importancia de la regulación básica de la competencia, de poco servirían si no hubiera una consciencia europea decidida a activar esta regulación. Es decir, a ponerla en práctica de modo que resulte efectiva para la realidad económica europea y mundial. En definitiva, esta vocación que reposa en las instituciones europeas, se vehiculizará a través de la política europea de la competencia, importantísima a la hora de perseguir y poner en práctica los objetivos que subyacen en la base del Derecho europeo de la competencia³⁸¹.

La Sociedad francesa *Air France* contra la CE³⁸² que tiene por objeto una petición, en primer lugar, la anulación de la Decisión de la Comisión C (2010) 7694 final, de 9 de noviembre de 2010 relativo a procedimiento de conformidad con el art. 101 TFUE procedimiento, el art.53 del Acuerdo sobre el EEE y el art. 8 del Acuerdo entre la UE y la Confederación Suiza sobre el transporte aéreo (asunto COMP/39258 - carga aérea), ya que afecta a la demandante y, con carácter subsidiario, la anulación del art. 5 b) de esa decisión, ya que impone a esta última una multa, o para reducirla. El Tribunal declara que La Decisión C (2010) 7694 final esta anulada, ya que tiene como objetivo la sociedad *Air France SA*. La CE cargará con sus propias costas y con las de *Air France* y el Consejo de la UE a cargar con sus propias costas.

De igual modo, *Air Canadá* contra la CE, que tiene por objeto una solicitud de anulación de la Decisión de la Comisión C (2010) 7694 final de la Comisión de 9 de noviembre de 2010 relativa a un procedimiento de aplicación del art. 101 TFUE procedimiento, el art. 53 de la Acuerdo sobre el EEE y el art. 8 del Acuerdo entre la UE y la Confederación Suiza sobre el transporte aéreo (asunto COMP/39258 - carga aérea), ya que afecta a la demandante y, con carácter subsidiario, reducción de la multa que se le impuso, el Tribunal proclama que Decisión C (2010) 7694 final esta anulada en que

<https://www.cnmc.es/CNMC/Prensa/TabId/254/ArtMID/6629/ArticleID/112/La-CNMC-multa-a-la-SGAE-con-31-millones-de-euros-por-la-gesti243n-de-los-derechos-en-los-conciertos.aspx>. (Consultada el 13 de mayo de 2016).

³⁸⁰ VELASCO SAN PEDRO, Luis A., et al., *op.cit.* nota 338, pp. 44 y ss.

³⁸¹ BENGOC TORTAJADA, J., “*Microsoft vs. Google*, ¿Vulneración del derecho europeo de la competencia?”, Trabajo de final de carrera, junio de 2011.

³⁸² Asunto T-63/11, Tribunal de la UE (1a sala) de 16 de diciembre de 2015 *Co Air France SA vs. CE*.

se trata de *Air Canadá*. El recurso está rechazado por excedente y la CE cargará con sus propias costas y con las de la compañía Canadiense³⁸³.

En una resolución³⁸⁴ en que el objeto es la regulación sobre restricciones verticales de la CE, por la que se dispone que por debajo de determinados umbrales las empresas gozan de la exención por categoría del Reglamento (UE) núm. 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del art. 101, apdo. 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (Reglamento de Exención por Categorías), al considerar que bajo esos umbrales las empresas no tienen poder de mercado suficiente como para que su actuación pueda distorsionar su correcto funcionamiento, al estar condicionadas por la actividad de sus competidores. Las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales (Directrices)³⁸⁵ establecen los principios para evaluar los acuerdos verticales y aclaran las condiciones de aplicación del Reglamento de Exención por Categorías. Recogen la prohibición de establecer precios que funcionen como precios de reventa fijos o mínimos, al impedir la realización de descuentos y, por tanto, bajadas de precios, pero no prohíbe el establecimiento de precios máximos recomendados, mientras no se conviertan en precios fijos de forma indirecta³⁸⁶.

4.2. El ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia

El Derecho de la UE constituye un ordenamiento jurídico propio, distinto del Derecho internacional e integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros. El ordenamiento jurídico de la Unión se basa en fuentes de Derecho autónomas. Dada la diversa naturaleza de estas fuentes, ha sido necesario establecer una jerarquía entre ellas. En la cima de dicha jerarquía se encuentra el Derecho primario, formado por los Tratados y los principios generales del Derecho, seguido de los acuerdos internacionales celebrados por la Unión y del Derecho derivado o secundario, que se fundamenta en los Tratados³⁸⁷.

Los Tratados, así como los principios generales, están en la parte superior de la jerarquía de las normas (Derecho primario); tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se atribuye el mismo valor a la Carta de los Derechos Fundamentales. Los acuerdos internacionales celebrados por la UE se sitúan por debajo de los anteriores. El Derecho derivado tiene un rango inferior: solo es válido en la medida que respeta las normas de rango superior. Así, el principal objetivo del Tratado, como en los tratados anteriores, es la integración progresiva de los estados miembros y el establecimiento de un mercado interior basado en las cuatro libertades de circulación (de bienes, personas, capitales y servicios) y en la gradual aproximación entre las políticas económicas³⁸⁸.

En el ordenamiento español, la introducción y el desarrollo del Derecho de la competencia es un fenómeno relativamente reciente, ligado en buena medida a la adhesión del país a la UE. Es cierto que, en la década de los sesenta, España adoptó al

³⁸³ Asunto T 9/11, Tribunal de la UE (1.ª sala), de 16 de diciembre de 2015 *Air Canadá/CE*.

³⁸⁴ Resolución (Expte. S/DC/0510/14 FOOD SERVICE PROJECT).

³⁸⁵ Directrices relativas a las restricciones verticales (2010/C 130/01), párr. (189) sobre acuerdos de franquicia.

³⁸⁶ Resolución S/DC/0510/14 de CNMC, 10-03-2016.

³⁸⁷ RAFFAELLI, R., "Las fuentes y el ámbito de aplicación del Derecho de la UE", 10/2015. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.2.1.html. (Consultada el 28 de mayo de 2016).

³⁸⁸ Fichas técnicas sobre la UE, "Las fuentes y el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea", 2019. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/home>.

igual que otros Estados europeos, normas destinadas a proteger la competencia en el mercado. No obstante, la aplicación de estas normas distó mucho de eficacia de hoy en día por lo que a la protección de la dicha competencia. La legislación española consagra la protección de libre competencia a nivel constitucional, en particular en el art. 38³⁸⁹ de la Constitución Española. Es en este precepto en donde encuentra apoyo constitucional la protección de la libre competencia, como tal, se integra como elemento singular de la Constitución económica³⁹⁰.

En el art. 3 del Reglamento núm. 1/2003 dispone en su apdo. 1 lo siguiente:

« [...] Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a una práctica abusiva prohibida por el art. 102 TFUE, aplicarán también a la misma el art. 102 TFUE».

Es preciso subrayar que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia debe inferirse, en la mayoría de los casos, de diversas coincidencias o de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia³⁹¹.

Como señala la sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012 caso *Compass-Datenbank*: "De la jurisprudencia se desprende que, a los efectos de aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de competencia, una empresa es cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (sentencias de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser*, C-41/90, Rec. p. I-1979, apdo. 21, y de 17 de febrero de 1993, *Poucet y Pistre*, C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637, apdo.17). Procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (sentencias de 24 de octubre de 2002 [TJCE 2002, 299], *Aéroport de Paris/Comisión*, C-82/01 P, Rec. p. I-9297, apdo. 79; de 1 de julio de 2008 [TJCE 2008, 148] , *MOTOE*, C-49/07 , Rec. p. I-4863, apdo. 22, y de 3 de marzo de 2011, *AG2R Prévoyance*, C-437/09 , Rec. p. I-0000, apdo. 42). Así pues, el propio Estado o un organismo estatal pueden actuar como empresa (Ver, en este sentido, la sentencia de 20 de marzo de 1985, *Italia/Comisión*, 41/83, Rec. p. 873, apartados 16 a 20).

No tienen en cambio carácter económico, que justifique la aplicación de las normas sobre competencia del TFUE, las actividades que se vinculan al ejercicio de prerrogativas de poder público (ver, en este sentido, las sentencias de 11 de julio de 1985, *Comisión/Alemania*, 107/84, Rec. p. 2655, apartados 14 y 15; de 19 de enero de 1994, *SAT Fluggesellschaft*, C-364/92 , Rec. p. I-43, apdo. 30, y *MOTOE*, antes citada, apdo.24)"³⁹².

En Derecho español, la Dirección de la Competencia (en adelante DC) formuló su Propuesta de Resolución (en adelante PR), el 29 de junio de 2016, de conformidad

³⁸⁹ Art. 38 de la Constitución estipula que: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".

³⁹⁰ VELASCO SAN PEDRO, Luis A., et al., *op.cit.* nota 338, pp. 44 y ss.

³⁹¹ TJUE, sala primera, STS de 26 de enero de 2017, C-626/2013.

³⁹² TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS 1833/2016 de 18 de julio de 2016, rec. 2946/2013.

con el art. 50.4 de la LDC y el 34 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (LA LEY 1644/2008) concluyendo:

"Primero. Que se declare la existencia de una conducta prohibida por el art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, desde el 11 de abril de 2011, hasta la actualidad, consistente en la recomendación colectiva de precios a través de la elaboración y difusión de los "Criterios Orientativos del Ilustre Colegio de Abogados de Guadalajara, elaborados a los exclusivos efectos de tasación de Costas y Jura de Cuentas.

Segundo. Que se declare responsable de dicha infracción al Ilustre Colegio de Abogados de Guadalajara.

Tercero. Que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del art. 62.4.a) de la LDC.

Cuarto. Que se imponga la sanción prevista en el art. 63 de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el art. 64 de la LDC"³⁹³.

4.3. Las normas de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas

La regulación de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónica está constituida por las Directivas adoptadas en el año 2002³⁹⁴, y sus disposiciones de desarrollo, especialmente las directrices y recomendaciones de la CE sobre definición de mercados y análisis de los mismos, conjunto normativo que descansa sobre una idea esencial que es garantizar que la naturaleza e intensidad de la intervención regulatoria resultan siempre proporcionadas a la índole de los problemas detectados y a la situación, de presente y prospectiva, de los mercados sobre lo que operan³⁹⁵. Se inserta un nuevo e importante apartado, el 3 Bis, en el art. 1 de la Directiva 2002/21/CE (LA LEY 4303/2002), que establece que:

«Las medidas adoptadas por los Estados miembros relativas al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas respetarán los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas, como queda garantizado en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en los principios generales del Derecho comunitario.

Cualquiera de esas medidas relativas al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones

³⁹³ CNMC, sala de Competencia, Resolución de 22 de diciembre de 2016, S/DC/0560/2015.

³⁹⁴ Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal). DOUE núm. L 108 de 24/04/2002 p. 0051 – 0077.

Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización). DOUE núm. L de 24/04/2002 p. 0021 – 0032.

Directiva 2002/21/CE modificada por Reglamento (CE) núm. 1211/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, por el que se establece el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y la Oficina. DOUE núm. L 337/1 de 18/12/2009.

³⁹⁵ GARCÍA BERNARDO DE QUIRÓS, J., et al. *Tratado De Derecho De La Competencia*, 1a ed. Cizur Menor Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 2013. P.630.

electrónicas, que sea susceptible de restringir esos derechos y libertades fundamentales sólo podrá imponerse si es adecuada, proporcionada y necesaria en una sociedad democrática, y su aplicación estará sujeta a las salvaguardias de procedimiento apropiadas de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y con los principios generales del Derecho comunitario, que incluyen una protección judicial efectiva y un procedimiento con las debidas garantías. Por lo tanto, dichas medidas sólo podrán ser adoptadas respetando debidamente el principio de presunción de inocencia y el derecho a la vida privada. Se garantizará un procedimiento previo, justo e imparcial, que incluirá el derecho de los interesados a ser oídos, sin perjuicio de que concurran las condiciones y los arreglos procesales adecuados en los casos de urgencia debidamente justificados, de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (LA LEY 16/1950). Se garantizará el derecho a la tutela judicial efectiva y en tiempo oportuno»³⁹⁶.

Como recuerda el considerando 4 de la Directiva 2009/140/CE (LA LEY 22503/2009), por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, que Internet es esencial para la educación y el ejercicio práctico de la libertad de expresión y el acceso a la información, por lo que toda restricción impuesta al ejercicio de esos derechos fundamentales deberá ajustarse al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (LA LEY 16/1950). Ese es, precisamente, el sentido que el art. 3 Bis pretende difundir en el marco de la nueva reglamentación con carácter transversal.

En la UE, el sector de las telecomunicaciones se caracteriza por haber sido intensamente regulado³⁹⁷.

El mercado de las telecomunicaciones en la UE se caracterizaba por su fragmentación —el ámbito geográfico se circunscribía, por lo general, al territorio de cada Estado Miembro—. El objetivo de liberalizar las telecomunicaciones, estableció un régimen que supuso un enorme avance en la transición del monopolio a la competencia y que permitía a las autoridades nacionales reguladoras proceder, a su propio ritmo, al cambio, pero dentro de un marco uniforme, necesario para la consecución del mercado único³⁹⁸.

En España, El principio elemental del derecho de la competencia es la protección del interés público consistente en que exista un grado de competencia suficiente y evitar aquellas acciones que tengan por objeto o efecto perjudicar ese interés. Esto se concreta en la prohibición de tales acciones anticompetitivas, ya revistan

³⁹⁶ Art. 5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. «BOE» núm. 114, de 10 de mayo de 2014 Referencia: BOE-A-2014-4950.

³⁹⁷ HAMPTON, S., «*The case for repealing the EU's telecommunications legislation*», en EMERALD INSIGHT, vol. 17, núm. 1, 2015, [pp. 3-8], p. 3.

³⁹⁸ CAVE, M., «*Economic aspects of the new regulatory regime for electronic communications services*», en BUIGUES, P.A. y REY, P., *The Economics of Antitrust and Regulation in Telecommunications - Perspectives for the New European Regulatory Framework*. Cheltenham, Edward Elgar, 2004, [pp. 27-41] pp. 27-28.

la forma de acuerdos o conductas concertadas, las actuaciones abusivas por las empresas con un poder de mercado muy significativo³⁹⁹.

El Servicio de Defensa de la Competencia es el órgano encargado de la instrucción e investigación de las conductas contrarias a los arts. 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), y la instrucción de los procedimientos de aplicación de los arts. 101 y 102 del Tratado CE. El Tribunal de Defensa de la Competencia es responsable de la resolución de los expedientes abiertos por el servicio en materia de conductas contrarias a los arts. 1, 6 y 7 de la LDC.

En España, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) es la responsable de establecer esas normas especiales destinadas a asegurar la competencia en el sector, lo que se concreta en la definición de los mercados relevantes, designación en su caso de los denominados operadores con presencia significativa e imposición a esos operadores de las obligaciones específicas para remediar los fallos competitivos.

5. LA RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO INTERIOR

La Ley 15/2007 en su art. 1 Conductas colusorias dispone en su apartado primero que "se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional...".

El art. 101.1 del Tratado establece que "serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en...".

Conforme al apdo. 3 del art. 101, las disposiciones del apdo. 1 pueden ser declaradas inaplicables a categorías de acuerdos entre empresas por virtud de los Reglamentos que establezcan una exención.

A los efectos de aplicar el art. 101 del Tratado, el TJUE ha establecido los criterios a seguir, en diversas sentencias⁴⁰⁰.

En la de 14 de diciembre de 2006 -C-217/05-, declaró (1) que los acuerdos verticales o entre operadores situados en distintas fases del proceso económico -como sucede con CEPSA Estaciones de Servicio, SA y don Bernardino- pueden constituir acuerdos en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado Constitutivo. (2) Que, para que resulte así, es preciso que el titular de la estación de servicio sea un operador económico independiente, para lo que el criterio decisivo ha de derivar de si existe o no una unidad de comportamiento en el mercado con la suministradora. (3) Que, no obstante, esa unidad puede concurrir en determinadas circunstancias, incluso entre una comitente y su intermediario. (4) Que, en tales casos, es determinante conocer si este último soporta los riesgos resultantes de los contratos negociados o celebrados por

³⁹⁹ ARPÓN DE MENDÍVIL, A., y DE ALDAMA, "Comunicaciones electrónicas y competencia", telecomunicaciones y audiovisual: regulación, competencia y tecnología ICE, septiembre-octubre 2006, núm. 832.

⁴⁰⁰ TS, sala primera, de lo Civil, STS 131/2010 de 24 de marzo de 2010, rec. 2562/2005.

cuenta del primero, de modo que haya que entender que opera como auxiliar integrado en la empresa del mismo, sin facultad de determinar de forma autónoma su comportamiento en el mercado, al depender completamente de su comitente, que es quien asume los riesgos financieros y comerciales de la actividad económica. (5) Que ello no es así, sin embargo, cuando el contrato atribuye al intermediario funciones que económicamente le asemejan a un operador económico independiente, por asumir los riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta o a la ejecución de los contratos celebrados con los terceros⁴⁰¹.

El Tribunal de Justicia⁴⁰², en aplicación de dichos preceptos normativos, viene señalando que "los conceptos de acuerdo, decisión y práctica concertada son términos que, desde el punto de vista subjetivo, recogen formas de colusión que comparten la misma naturaleza y que sólo se distinguen por su intensidad y por las formas en que se manifiestan", facilitando determinados criterios....y en concreto ha distinguido entre prácticas con un objeto contrario a la competencia y prácticas con un efecto contrario a la competencia, por cuanto en el texto del Art. 81.1 Constitución Española (LA LEY 2500/1978)"objeto y efecto no son condicionantes acumulativas sino alternativas".

Tal distinción se basa en el hecho que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el juego normal de la competencia (Sentencias 20 de noviembre de 2008 Asunto C-209/07 (LA LEY 184916/2008) apartados 15 a 17; y 4 de junio de 2009 Asunto C-8/2008 (LA LEY 91989/2009) apartados 28 a 30)⁴⁰³.

El Tribunal de Justicia⁴⁰⁴ también ha aclarado que un acuerdo que pueda afectar al comercio entre Estados miembros y que tenga por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior constituye, por su naturaleza e independientemente de los efectos concretos que pueda tener, una restricción de la competencia sensible⁴⁰⁵. Por tanto, la presente Comunicación no cubre los acuerdos que tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior⁴⁰⁶.

El TFUE prohíbe tanto las prácticas restrictivas de la competencia realizada por las empresas como las restricciones de la competencia generadas por las subvenciones de los poderes públicos estatales a las empresas que operan en el mercado europeo. Se trata, por una parte, del establecimiento de prohibiciones dirigidas a los operadores económicos que actúan en el mercado y, por otra, del establecimiento de una prohibición, dirigida a los poderes públicos estatales, de otorgar ayudas a las empresas⁴⁰⁷.

El TFUE prohíbe, en primer lugar, los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio

⁴⁰¹ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, STS, 22 de mayo de 2015, rec. 658/2013.

⁴⁰² CNMC, sala de Competencia, Resolución de 21 de marzo de 2014, SACAN/0018/2012.

⁴⁰³ TJUE, sala tercera, STS de 4 de junio de 2009, C-8/2008.

⁴⁰⁴ Comunicación 2014/C 291/01 de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del art. 101, apdo. 1, del TFUE (Comunicación de *minimis*).

⁴⁰⁵ Ver asunto C-226/11, Expedia, en particular los apdos. 35, 36 y 37.

⁴⁰⁶ Comunicación de la Comisión — Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del art. 101, apdo. 1, del TFUE (Comunicación de *minimis*).

⁴⁰⁷ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., "Comentari jurisprudencial, Mercado interior y directiva de servicios", *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, p. 257-293.

entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior (art. 101 TFUE)⁴⁰⁸. El Tratado prohíbe, igualmente, los abusos de posición dominante de las empresas en el mercado interior (art. 102 TFUE). También establece, asimismo, un principio de igualdad de trato entre empresas públicas y privadas (art. 106 TFUE). Finalmente, se declara incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los estados que falseen o amenacen con falsear la competencia (art. 107 TFUE), que según el sentencia de 2016⁴⁰⁹ procede recordar, con carácter preliminar, que el art.107 TFUE (la Ley 6/1957), apdo. 1, declara incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

Así, por ejemplo, será precisamente la ausencia de tales efectos diferenciados sobre los operadores foráneos lo que determinará que el Tribunal de Justicia considere en la sentencia confirma que las ayudas concedidas por la *SNCF* a *SeaFrance* son incompatibles con el mercado interior⁴¹⁰.

Para determinar si una infracción tiene por objeto restringir la competencia, es necesario un análisis del contexto económico y jurídico en el que se inscribe el acuerdo de que se trate (sentencias de 14 de marzo de 2013, *Allianz Hungaria Biztosító* y otros, C-32/11, EU: C: 2013:160, apartados 36 y 48, y de 26 de noviembre de 2015, *Maxima Latvija*, C-345/14, EU: C: 2015:784, apartado 16). El concepto de restricción de la competencia por el objeto debe ser interpretado restrictivamente, que el Tribunal General debe justificar las razones por las que esa restricción tiene un grado de nocividad suficiente y que dicho Tribunal no puede remitirse a comportamientos análogos calificados de infracción por el objeto en una jurisprudencia anterior salvo que sean suficientemente similares a los examinados (sentencia de 11 de septiembre de 2014, *CB/Comisión*, C-67/13 P, EU: C: 2014:2204)⁴¹¹.

5.1. El objetivo del TFUE (art.101)

El objetivo principal del TFUE es:

Según el art. 101.1: “*Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:*

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

⁴⁰⁸ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, STS 1375/2018, 17 de septiembre de 2018, rec. 2452/2017.

⁴⁰⁹ T-47/2015 del TG, sala tercera, STS de 10 mayo 2016.^[1]_[SEP]

⁴¹⁰ STS del TG de la UE (sala octava) de 15 de enero de 2015. T-1/12.

⁴¹¹ TJUE, sala primera, STS de 27 de abril de 2017, C-469/2015.

d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

El TJUE opina tanto el art. 101 como el art. 102 del TFUE pretenden el mismo objetivo⁴¹². Es importante saber si el art. 101 TFUE defendió el bienestar del consumidor. Así, en la sentencia de *GlaxoSmithKline*⁴¹³ considera que el bienestar del consumidor es un objetivo principal para el Derecho de la Competencia⁴¹⁴. Por lo tanto, el TJUE acepta que el bienestar del consumidor es uno de los objetivos perseguidos por el art. 101 TFUE⁴¹⁵.

La valoración de los efectos sobre el mercado es necesario realizarla desde el análisis de cada caso y, en este sentido, la doctrina del TJUE⁴¹⁶ en la que se establece una doctrina que puede servirnos para tener un criterio de alcance proyectivo y general según el cual "...procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, de cara a la aplicación del art. 101 del TFUE, apdo. 1, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia⁴¹⁷. Con referencia a esto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia⁴¹⁸.

Desde una perspectiva sustantiva, en el escrito de preparación se denuncia la infracción del art. 101 TFUE (LA LEY 6/1957) en relación con los apdos. 1 y 2 del art. 3 del Reglamento (CE) 1/2003 (LA LEY 14271/2002), de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 101 y 102 del Tratado en relación, así como la jurisprudencia comunitaria que se cita; en particular, la sentencia del TJUE de 19 de febrero de 2000 (asunto *Wouters*, C-309/99) y la dictada en fecha de 13 de diciembre de 2012 (asunto *Consiglio Nazionale dei Geologi*, C-136/12 que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el *Consiglio di Stato* (Italia), mediante resolución de 14 de febrero de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 13 de marzo de 2012, en el procedimiento entre *Consiglio nazionale dei geologi* y *Autorità garante della*

⁴¹² *Europemballage Corporation y Continental Can Company*/ Comisión, STJ de 21 de febrero de 1973 en el asunto 6/72.

⁴¹³ STS del TPI (sala cuarta ampliada) de 27 de septiembre de 2006. En el asunto T-168/01.

⁴¹⁴ Aunque no se acepta que sea el único objetivo de las normas de competencia, sino también debe considerarse la protección de la estructura del mercado como tal.

⁴¹⁵ RODILLA MARTÍ, C., "los precios excesivos por explotación como ilícito del Derecho de la Competencia", THOMSON REUTERS ARRANZADI, P 70. Primera Ed. 2018.

⁴¹⁶ STS del TJUE, sala segunda; Caso *Expedia Inc.* contra *Autorité de la concurrence* y otros. Sentencia de 13 diciembre 2012.

⁴¹⁷ En este sentido, ver las sentencias de 13 de julio de 1966, *Consten y Grundig*/Comisión, 56/64 y 58/64, rec. p. 429, y de 8 de diciembre de 2011, *KME Germany* y otros/Comisión, C-272/09 P, rec. p. I-0000, apdo. 65, y *KME Germany* y otros/Comisión, C-389/10 P, rec. p. I-0000, apdo. 75).

⁴¹⁸ Sentencias de 20 de noviembre de 2008, *Beef Industry Development Society y Barry Brothers*, C-209/07, rec. p. I-8637, apdo. 17, y de 4 de junio de 2009, *T-Mobile Netherlands* y otros, C-8/08, rec. p. I-4529, apdo. 29).

concorrenza e del mercato, y entre Autorità garante della concorrenza e del mercato y Consiglio nazionale dei geologi).

En un caso, como se ha reflejado en los antecedentes de la resolución⁴¹⁹, el Abogado del Estado, en nombre de la CNMC, solicitó autorización de entrada en domicilio, inaudita parte, para acceder a la sede social de la empresa SEMI, con arreglo a lo dispuesto en la pertinente Orden de investigación del Director de Competencia de la CNMC, con el objeto de determinar la participación de la mencionada empresa en acuerdos o prácticas anticompetitivas (con violación de los arts. 1.1. LDC y 101 TFUE (LA LEY 6/1957)) consistentes en la manipulación y reparto de licitaciones convocadas por clientes públicos y/o privados en el mercado definido. Se constata en la petición de autorización judicial que, de verificarse tal participación, constituiría una infracción muy grave del art. 64 LDC (LA LEY 7240/2007) que comporta una sanción del diez por cien del volumen total de negocios de la empresa.

La CE enviaba un pliego de cargos a Google acusándole de haber abusado de su posición de dominio en el mercado de los comparadores de compras (Google *Shopping*). Básicamente, la Comisión considera que discrimina a sus competidores debido a que favorece en las búsquedas a sus propios productos⁴²⁰. Este procedimiento era debido a varias quejas que ciertos prestadores de servicios de búsqueda habían presentado ante la Comisión por considerar que Google les daba un trato desfavorable en los resultados de búsqueda, además de favorecer a sus propios servicios⁴²¹. Así, la CE ha impuesto una multa a Google de dos mil cuatrocientos millones de euros (2.400€) por abuso de posición dominante. Según la sentencia, la compañía ha favorecido de manera sistemática a su servicio de comparación de precios, Google *Shopping*, frente a sus rivales. Es la sanción más alta en la historia de la UE a una empresa por violar las leyes antimonopolio o abuso de posición dominante de mercado, en torno al doble de las que se pusieron a Microsoft o Intel en el pasado⁴²².

La Comisión considera importante facilitar la cooperación entre las empresas en la medida en que ello sea económicamente deseable y no suscite objeciones desde el punto de vista de la política de la competencia. En esta perspectiva, la Comisión ha publicado la Comunicación relativa a los acuerdos decisiones y prácticas concentradas relativas a la cooperación entre empresas, en la que se incluye una lista de determinados acuerdos que, por su naturaleza, no pueden ser considerados restrictivos de la competencia. Además, en su Comunicación relativa a su valoración de los acuerdos de subcontratación, la Comisión consideró que a este tipo de acuerdo que ofrece oportunidades de desarrollo a todas las empresas no le afecta la prohibición del apartado 1 del art. 101. La Comunicación sobre el tratamiento de las empresas en participación

⁴¹⁹ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, auto de 29 de marzo de 2017, rec. 1062/2017.

⁴²⁰ Commission européenne - Communiqué de presse, “Abus de position dominante: la Commission adresse une communication des griefs à Google au sujet du service de comparaison de prix et ouvre une procédure formelle d'examen distincte concernant Android”, Bruxelles, 15 avril 2015.

⁴²¹ ANTÓN JUÁREZ, I., “Problemas de la venta online de productos de marca”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 16, Sección Estudios, Primer semestre de 2015, ed. Wolters Kluwer .

⁴²² SUANZES, P. R., “La UE impone a Google una multa récord de 2.420 millones por abuso de posición dominante”, Bruselas 27 de junio de 2017. Disponible en: <http://www.elmundo.es/economia/macroeconomia/2017/06/27/595229ff268e3e5a578b458b.html>. (Consultada el 30 de junio de 2017).

de carácter cooperativo describe detalladamente las condiciones que deben reunir los acuerdos para no quedar comprendidos en la prohibición.

En el apdo. 1 del art. 105 prohíbe los acuerdos que pueden afectar al comercio entre los Estados miembros ⁴²³y que tienen por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. El Tribunal de la Justicia de la UE ha puesto de manifiesto que esta norma no es aplicable si el efecto del acuerdo sobre el comercio entre los Estados o sobre la competencia no es sensible. Los acuerdos que no pueden afectar sensiblemente al comercio entre los Estados miembros no entran en el ámbito de la aplicación del art. 105⁴²⁴.

En el segundo apdo. del art. 101, apdo. 2, estipula que: “*Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente art. Serán nulos de pleno derecho*”.

Todos los acuerdos entre empresas que socaven o puedan socavar la competencia y que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros (apdo. 1). Pueden eximirse de dicha prohibición aquellos acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos, o a fomentar el progreso técnico o económico, siempre y cuando redunden en una proporción razonable en provecho de los usuarios con el beneficio resultante y no impongan restricciones que no sean indispensables ni ofrezcan la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate (apdo. 3)⁴²⁵.

El análisis de los acuerdos de cooperación horizontal tiene ciertos elementos comunes con el análisis de las concentraciones horizontales en cuanto a los efectos restrictivos potenciales, en especial por lo que se refiere a las empresas en participación. A menudo existe una separación muy tenue entre las empresas en participación con plenas funciones, que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones, y las que no tienen plenas funciones, que se evalúan de conformidad con el art. 101. Por consiguiente, los efectos de ambas pueden ser muy similares. El análisis de los acuerdos de cooperación horizontal tiene ciertos elementos comunes con el análisis de las concentraciones horizontales en cuanto a los efectos restrictivos potenciales, en especial por lo que se refiere a las empresas en participación. Usualmente existe una separación muy tenue entre las empresas en participación con plenas funciones, que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones, y las que no tienen plenas funciones, que se evalúan de conformidad con el art. 101. Por consiguiente, los efectos de ambas pueden ser muy similares⁴²⁶.

⁴²³ muchos de los acuerdos de licencia no entran dentro del ámbito de aplicación del art. 101, apdo. 1, del Tratado, porque no restringen la competencia en absoluto o porque la restricción es insignificante (Ver, a este respecto, la Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia, citada en la nota 34.). En la medida en que de todos modos estos acuerdos entran dentro del ámbito de aplicación del RECAT [Reglamento (UE) 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del art. 101, apdo.3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología], no es necesario determinar si están sujetos al art. 101, apdo. 1 (Con arreglo al apdo. 2 del art. 3 del Reglamento (CE) no 1/2003, los acuerdos que pueden afectar al comercio entre Estados miembros pero que no están prohibidos por el artículo 101 no pueden ser prohibidos por las legislaciones nacionales de competencia).

⁴²⁴ GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E., Código De Defensa De La Competencia: Normativa Española y Comunitaria. Madrid: BOE, 1999. Pp. 88 y ss.

⁴²⁵ Fichas temáticas sobre la UE, “La política de competencia”, 2019. Disponible en: www.europarl.europa.eu/factsheets/es.

⁴²⁶ Información Procedente de las Instituciones, Órganos y Organismos de la UE, CE Comunicación de la Comisión. Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (Texto pertinente a efectos del EEE) DOUE (2011/C 11/01).

La evaluación individual de los acuerdos con arreglo al art.101, apdo1, requiere la consideración de varios factores, especialmente la estructura y la dinámica de los mercados de tecnología y productos involucrados⁴²⁷.

En el tercero apartado del art. 101.3 menciona que: “*No obstante, las disposiciones del apdo. 1 podrán ser declaradas a:*

Cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;
Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;
Cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”.

La evaluación de las restricciones de la competencia por objeto y por efecto con arreglo al art. 101, apdo. 1, tan solo constituye uno de los aspectos del análisis. El otro, reflejado en el art. 101, apdo. 3, es la evaluación de los efectos positivos para la competencia que puedan tener los acuerdos restrictivos. Las Directrices Generales exponen el enfoque general utilizado a la hora de aplicar el art. 101, apdo. 3. Cuando, en un caso concreto, se haya demostrado la presencia de una restricción de la competencia a efectos del art. 101, apdo. 1⁴²⁸, puede invocarse la excepción contemplada en el apdo. 3 del mismo. Según el art. 2 del Reglamento (UE) núm. 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 101 y 102 del Tratado, la carga de la prueba de lo dispuesto en el art. 101, apdo. 3, recaerá en la empresa o empresas que invoquen esta disposición. Por lo tanto, los argumentos de hecho y las pruebas presentadas por la empresa o empresas deben permitir a la Comisión llegar a la convicción de que es suficientemente probable que el acuerdo en cuestión produzca efectos favorables a la competencia o de que no lo es⁴²⁹.

La CE sigue considerando determinados tipos de acuerdos como restrictivos de la competencia y, por tanto, prohibidos sin excepción. En particular, cabe citar la fijación de precios y las cláusulas de protección territorial absoluta⁴³⁰.

En España, Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en su art. 1, “*prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:*

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

⁴²⁷ Reglamento núm. 316/2014 de la Comisión el 21 de marzo 2014 sobre la aplicación del art. 101, apdo. 3, del TFUE a los acuerdos de transferencia de tecnología categorías. (DOUE L 93 de 28 de marzo de 2014).

⁴²⁸ Comunicación de la Comisión, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. DOUE C11/1, 14/1/2014.

⁴²⁹ Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal [DOUE núm. C 11 de 14.1.2001].

⁴³⁰ Fichas temáticas sobre la UE, *op. cit.*, nota 426.

b) *La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*

c) *El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*

d) *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

e) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos...*”

La prohibición de los acuerdos colusorios, cualquiera que sea la forma que éstos revistan, está en el núcleo y origen de las legislaciones de defensa de la competencia. En palabras del profesor *BORK*:

*“la norma más antigua y –correctamente entendidas- más valiosa de este derecho establece que es ilegal per se el que los competidores se pongan de acuerdo para limitar la competencia entre ellos”*⁴³¹.

No está extraño que el art. 1 de la LDC se dedique precisamente a la prohibición de lo que el concepto firma como “conductas colusorias” entre las que se engloba una tabla de conductas que se diferencian del resto de tipos prohibidos por la LDC por su carácter bilateral, es decir, exigen la concurrencia de voluntades de, al menos dos operadores, no necesariamente competidores⁴³². También, el art. contiene el régimen aplicable a las empresas susceptibles de restringir la competencia en todo o en parte del mercado nacional. Si las prácticas pueden, además, afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE, cabrá la aplicación simultánea del art. 101 del TFUE, de conformidad con lo previsto en el art. 3 del Reglamento 1/2003.

El art.1.1 de la LDC, prohíbe los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas y las prácticas concentradas o conscientemente paralelas entre todo o en parte del mercado nacional. La prohibición mencionada en el art.1 de la LDC cubre un amplio espectro de acuerdos, abarcando toda práctica entre empresas susceptible de obstaculizar la competencia. Igual que ocurre con el art. 101.2 del Tratado, el art. 1.2 de la LDC sanciona con la nulidad de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que incurran en la prohibición contenida en el art.1.1.

Así, el TS declara que en la sentencia de la sección sexta de la sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 10 de marzo de 2014 (LA LEY 35647/2014), estima el recurso seguido ante la misma bajo el núm. 427/2012, a instancia de la Asociación Española del Gas (SEDIGAS), contra la resolución dictada el 30 de julio de 2012 por la CNC (LA LEY 137874/2012) (CNMC) en el expediente sancionador S/0256/10 (INSPECCIONES PERIODICAS DE GAS) incoado contra la Asociación Española del Gas (SEDIGAS) y contra la Asociación Española de Operadoras de Gases Licuados del Petróleo (AOGLP) sobre prácticas restrictivas de la competencia, sancionando a la entidad ahora recurrente con la multa de 900.000 euros por las conductas infractoras que se reseñan en la resolución dictada -ha resultado

⁴³¹ BORK R. H., “The Antitrust Paradox A Policy at War with Itself”, ed. *Free Press*, New York, 1993. p. 263.

⁴³² MASSAGUER, J.; ARRIBAS, A., “Comentario a la Ley De Defensa De La Competencia”. 2a Ed. Madrid: Thomson/Civitas, 2012. Pp. 30 y ss.

acreditada una conducta colusoria prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio (LA LEY 7240/2007), de Defensa de la Competencia (LDC), de la que es responsable la Asociación Española del Gas (SEDIGAS)- y anula la resolución impugnada.

Como se recogió en el antecedente de hecho primero también sancionó, con multa de 500.000 euros, a la Asociación Española de Operadoras de Gases Licuados del Petróleo (AOGPL) por su conducta igualmente prohibida por el mismo artículo 1.1.a) de la LDC⁴³³.

Por su parte, el art.1.3 de la LDC permite realizar un análisis equilibrado de los efectos restrictivos para la competencia y de los beneficios para el interés general que pueda generar una determinada conducta.

Los apartados 4 y 5 del art.1 de la LDC regulan las exenciones por categoría. El primero exige de la prohibición contenida en el apartado 1 las categorías de acuerdos restrictivos que cumplan los requisitos previstos en los Reglamentos europeos, que se aplican a los acuerdos que entren en el ámbito de aplicación del art. 1.1 de la LDC, aunque no sean susceptibles de afectar de manera sensible al comercio europeo, es decir, aunque no sean contrarios al art. 101 del TFUE por limitarse sus efectos al ámbito nacional. Por su parte, el apdo. 5, prevé la posibilidad de que el Gobierno adopte Reglamentos específicos de exención para categorías de acuerdos que cumplan los requisitos previstos en el art. 1.3 de la LDC y cuyos efectos se imiten al ámbito nacional⁴³⁴.

5.2. Las formas de restricción de la competencia

Las restricciones a la libre competencia que se generan como resultado del acuerdo de colaboración entre competidores deben ser indispensables para alcanzar los objetivos de mejoras en eficiencias que se pretenden lograr con el acuerdo. Una restricción será indispensable cuando: i) sea necesaria para lograr las mejoras en eficiencia generadas por el acuerdo de colaboración; y ii) los integrantes no tengan disponibles otras alternativas, menos gravosas para la libre competencia, que les permita alcanzar el mismo fin pretendido con la restricción⁴³⁵.

La CE considera que un acuerdo no produce una restricción importante o apreciable de la competencia cuando la cuota de mercado conjunta de las empresas partícipes no sobrepase el diez por cien del mercado relevante si se trata de acuerdos entre empresas competidoras (acuerdos horizontales) o el quince por cien del mercado si se trata de empresas no competidoras (acuerdos verticales)⁴³⁶. De acuerdo con el art. 101, apdo. 3, del Tratado y con sujeción a las disposiciones del presente Reglamento, el art. 101, párr. 1, del Tratado no se aplicará a los acuerdos verticales. Esta exención se aplicará en la medida en que tales acuerdos contengan restricciones verticales⁴³⁷. La Comisión podrá retirar el beneficio del presente Reglamento, de conformidad con el

⁴³³ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS 108/2017 de 26 de enero de 2017, rec. 1981/2014.

⁴³⁴ BARRANTES, B.; ODRIOZOLA, M., IRISSARRY, B., Derecho Español De La Competencia: Comentarios a la Ley 152007, Real Decreto 2612008 y Ley 12002. 1a ed. Barcelona: Bosch, 2007. Pp. 11 y ss.

⁴³⁵ Resolución 4851 del 15 de febrero de 2013, los acuerdos de colaboración entre competidores.

⁴³⁶ ALONSO SOTO, R., “Cultura de competencia, límites sociales e institucionales y promoción de la competencia en España”, *Notas de Competencia*, núm. 9, noviembre 2014.

⁴³⁷ Auto del Tribunal de Justicia (sala octava), de 7 de febrero de 2013. Asunto C- 117/12.

párr. 1 del art. 29 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, de 16 de diciembre de 2002 sobre la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 101 y 102 del Tratado si se encuentra en un determinado caso, un acuerdo en el que la exención prevista en el presente Reglamento, sin embargo, efectos incompatibles con el art. 101, apdo. 3, del Tratado⁴³⁸. La distinción entre restricciones por objeto y restricciones por efecto es importante, pues una vez demostrado que un acuerdo tiene por objeto restringir el juego de la competencia, "huelga atender a sus efectos concretos", mientras que, si el acuerdo no es restrictivo de la competencia por su objeto, "debe examinarse si tiene efectos restrictivos en la competencia"⁴³⁹.

El papel principal consiste en determinar que aquellos acuerdos cuya finalidad es restringir la competencia (las denominadas restricciones por objeto) no pueden ser considerados de menor importancia y van a constituir una grave e importante restricción de la competencia, sea cual sea la cuota de mercado de los partícipes. Las restricciones de la competencia por objeto con la finalidad de definir qué tipo de acuerdos pueden beneficiarse de la comunicación sobre acuerdos de menor importancia⁴⁴⁰.

En el asunto T-491/07, *Groupement des cartes bancaires "CB"* contra CE, El TJUE aclara el concepto de restricción «por objeto». La Comisión consideró que las medidas en cuestión no escapaban del apdo. 1 del art. 101 (TFUE) al ámbito de aplicación. En particular, estas medidas no podían considerarse como restricciones accesorias. Consideró también que las medidas en cuestión creaban una restricción apreciable de la competencia, dado que las tarjetas CB representaban, en 2004, más de setenta y ocho por cien del mercado (en valor) de las tarjetas de pago en Francia. Por fin, indicó que el comercio entre Estados miembros sufría de manera apreciable, las medidas por las que en cuestión se produce, en particular, un efecto, al menos potencial, de compartimentación del mercado francés de las tarjetas de pago y que la agrupación no había impugnado eso en su notificación. La Comisión concluyó que las medidas en cuestión eran contrarias al apdo. 1 del art. 101.

Además, la Comisión consideró que las medidas en cuestión constituían restricciones que no eran indispensables, en particular para luchar contra el parasitismo, en la medida en que este fenómeno no existía en el sistema CB. Concluyó que la tercera de aplicación del apdo.3 del art. 101 no estaba tampoco satisfecha⁴⁴¹.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁴⁴², para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia «por el objeto» en el sentido del art. 101 TFUE, apdo. 1, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se

⁴³⁸ Apéndice - Reglamento (UE) núm. 1217/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010 sobre la aplicación del art. 101, apdo. 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos de investigación y el desarrollo.

⁴³⁹ TS, sala tercera, de 24/02/2016. AN, de 22/03/2013.

⁴⁴⁰ ALONSO SOTO, R., *op. cit.*, nota 437.

⁴⁴¹ STG (sala séptima) de 29 de noviembre de 2012. *Groupement des cartes bancaires "CB"* contra CE. Competencia - Decisión de asociaciones de empresas - Mercado de la emisión de tarjetas de pago en Francia - Decisión por la que se declara una infracción del art. 101 TFUE - Medidas de fijación de precios aplicables a los "nuevos miembros" - Derecho de adhesión y mecanismos conocidos como de "regulación de la función de adquisición" y de "miembros durmientes que se despiertan" - Mercado pertinente - Objeto de las medidas controvertidas - Restricción de la competencia por el objeto - Art.101 TFUE, apdo. 3 - Errores manifiestos de apreciación - Principio de buena administración - Proporcionalidad - Seguridad jurídica. Asunto T-491/07.

⁴⁴² Asunto T-180/15 Competencia del TG, STS de 10 de noviembre de 2017. Rec. T-180/15.

inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes (sentencias de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apdo. 53, y de 19 de marzo de 2015, *Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, apdo. 117; ver, asimismo, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, *Allianz Hungaria Biztosító* y otros, C-32/11, EU:C:2013:160, apdo. 36).

En conclusión, el Tribunal de Justicia entiende que el Tribunal General había estimado sin suficiente fundamento que las medidas tarifarias aprobadas por la asociación bancaria francesa CB tenían por objeto restringir la competencia. Dichas medidas consistieron en:

1) un derecho que debían pagar los miembros cuando su actividad de emisión de tarjetas superara un determinado umbral;

2) una modificación del derecho de adhesión que debían abonar los nuevos miembros, que incluía un derecho fijo y un derecho complementario de adhesión aplicable a los miembros cuyo número de tarjetas CB emitidas superara cierto umbral en un momento dado⁴⁴³, y;

3) un derecho por cada tarjeta emitida, que debían pagar los miembros poco activos antes de la fecha de entrada en vigor de las medidas. El Tribunal de Justicia ha considerado que el Tribunal General - que había confirmado la decisión de prohibir dichas medidas dictada por la Comisión en el 2007 - había expuesto los motivos por los que las medidas podían restringir la competencia atendiendo a su formulación, pero no había justificado en absoluto que esa restricción de la competencia tuviera un grado de nocividad suficiente como para poder ser calificada de restricción por objeto. Así, el Tribunal de Justicia ha señalado que el concepto de restricción de la competencia por objeto sólo puede aplicarse a ciertos tipos de restricciones que revelen per se un grado tal de nocividad para la competencia que permita a la autoridad prescindir del análisis de sus posibles efectos anticompetitivos. Asimismo, este tribunal ha recordado que para apreciar si un acuerdo tiene dicho grado de nocividad debe atenderse a la naturaleza de los productos o servicios afectados, así como a las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados afectados⁴⁴⁴.

A tenor del art. 101 TFUE, apdo. 1, son incompatibles con el mercado interior y quedan prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior⁴⁴⁵.

⁴⁴³ STJ, (sala tercera), de 11 de septiembre de 2014. Asunto C- 67/13P.

⁴⁴⁴ GÓMEZ-ACEBO y POMBO, el grupo de competencia, “Cultura de competencia, límites sociales e institucionales y promoción de la competencia en España”. *Notas de competencia*, de noviembre de 2014, núm. 9.

⁴⁴⁵ TJUE, sala primera, STS de 6 de diciembre de 2017, C-230/2016.

5.3. Caso de Google Search (Shopping)⁴⁴⁶

El 27 de junio de 2017, la Comisión adoptó una Decisión relativa a un procedimiento en virtud del art. 102 del TFUE y el art. 54 del Acuerdo EEE. Visto el Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, sobre la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 101 y 102 del Tratado y, en particular, en los arts. 7, apdo.1, 23, apdo. 2, y 24, apdo. 1.

La Comisión declaró que Google había abusado de su posición dominante al favorecer de forma sistemática su servicio de comparación de precios en sus páginas de resultados de búsquedas.

Esta decisión está dirigida a Google Inc. y a *Alphabet Inc.* En agosto de 2015, Google anunció su intención de crear un nuevo *holding*, Alfabeto. La reorganización se completó el 2 de octubre de 2015. Desde esa fecha, Google ha sido una filial de *Alphabet* en su totalidad, que ha seguido siendo la empresa paraguas para los intereses de Internet de *Alphabet*. Dicha Decisión establece que el posicionamiento y visualización más favorable por parte de Google, en sus páginas de resultados de búsqueda generales, de su propio servicio de comparación de compras en comparación con los servicios de comparación de compras (la "Conducta") infringe art. 102 del Tratado y art. 54 del Acuerdo EEE⁴⁴⁷.

Según los estados financieros consolidados de *Alphabet*, su volumen de negocios era USD 90 272 millones (aproximadamente EUR81 597 millones⁴⁴⁸) para el año comprendido entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2016⁴⁴⁹.

El modelo comercial de Google se basa en la interacción entre los productos en línea y servicios que ofrece de forma gratuita y sus servicios de publicidad en línea a partir de los cuales genera la principal fuente de sus ingresos⁴⁵⁰. Así, Google opera varios servicios de búsqueda que se pueden describir como "especializados" porque agrupan resultados para una categoría específica de productos, servicios o información

⁴⁴⁶ Asunto AT.39740 – Búsqueda de Google (Shopping) [notificada con el núm. C (2017) 4444] (2018/C 9/08). 6 Asunto AT.39740, Búsqueda de Google, ver IP/16/2532 de 14 de julio de 2016. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_es.htm. (Consultada el 3 de julio de 2017).

⁴⁴⁷ A lo largo de esta Decisión, cada vez que la Comisión hace referencia al posicionamiento y visualización más favorables en las páginas de resultados de búsqueda generales de Google del propio servicio de comparación de compras de Google en comparación con los servicios de comparación de compras competidoras, la Comisión significa el posicionamiento y visualización más favorable de: (i) enlaces a El propio servicio de compra de comparación de Google (ver la sección 2.2.5, considerando (29), y la sección 7.2.1.3, considerandos (408) a (411)); y/o (ii) partes o la totalidad del servicio de comparación de compras de Google (ver sección 2.2.5, considerando (32), y sección 7.2.1.3, considerandos (412) a (423)). COMMISSION DECISION of 27.6.2017 relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the Agreement on the European Economic Area (AT.39740 - Google Search (Shopping)). Brussels, 27.6.2017 C (2017) 4444 final.

⁴⁴⁸ Importe convertido de USD a EUR utilizando el tipo de cambio de referencia anual promedio publicado por el Banco Central Europeo para el año 2016, es decir, 1 USD = 0,9039 EUR. (https://www.ecb.europa.eu/stats/policy_and_exchange_rates/euro_reference_exchange_rates/html/euro_fxref-graph-usd.en.html). (Consultada el 14 de julio de 2017).

⁴⁴⁹ Informe anual del formulario 10-K de Alphabet para el año fiscal estadounidense que finaliza el 31 de diciembre de 2016. Disponible en: https://abc.xyz/investor/pdf/20161231_alphabet_10K.pdf. (Consultada el 14 de julio de 2017).

⁴⁵⁰ Informe anual 10-K de Google para el año fiscal estadounidense que finaliza el 31 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1288776/000165204416000012/goog10-k2015.htm>. (Consultada el 17 de julio de 2017).

(por ej.: "Google *Shopping*", "Google *Finanse*", "Google *Light*", "Google *Video*"). 19 Además de los resultados devueltos en "*Universal*" o "*Fonéboles*", también se puede acceder a los servicios de búsqueda especializados de Google a través de enlaces tipo menú que se muestran en la parte superior de las páginas de resultados de búsqueda de Google.

Google esencialmente se basa en cuatro argumentos para impugnar el hecho de que posiciona y muestra su servicio de comparación de compras de manera más favorable en sus páginas de resultados de búsqueda generales en comparación con los servicios de comparación de compras de la competencia. En primer lugar, Google afirma que el posicionamiento y la visualización del producto Universal no favorecer el servicio de compra de comparación de Google⁴⁵¹. La definición de la Comisión de un servicio de comparación de compras implica un "servicio independiente por separado [que] en respuesta a las consultas [...] devuelve ofertas de productos del sitio web de los comerciantes [y ofrece] herramientas de búsqueda que son específicas" para la búsqueda de productos. En segundo lugar, Google afirma que el posicionamiento y la visualización de la Unidad de compras no favorecen el servicio de comparación de compras de Google⁴⁵². En tercer lugar, Google afirma que, en cualquier caso, los servicios de comparación de compras de la competencia pueden beneficiarse del mismo posicionamiento y visualización que la Unidad de compras ya que son elegibles para participar en Google Shopping⁴⁵³. En cuarto lugar, Google afirma que tenía productos universales con la misma relevancia estándares que aplica a todos los resultados de búsqueda genéricos en su búsqueda en línea páginas de resultados y que mantiene a la Unidad de compras con los mismos estándares de relevancia que se aplica a todos sus anuncios de productos⁴⁵⁴.

Para justificar la jurisdicción de la Comisión, es suficiente que una conducta ya sea implementada en el EEE o puede tener efectos inmediatos, sustanciales y previsibles en el EEE⁴⁵⁵. Por lo tanto, la Comisión tiene jurisdicción para aplicar tanto el art. 102 del Tratado como el art. 54 del Acuerdo EEE sobre la conducta porque se aplica en el territorio de las Partes Contratantes en el Acuerdo EEE y también se encuentra en territorios que la Conducta pueda producir sustanciales, inmediatos y efectos previsibles⁴⁵⁶.

El art. 102 del Tratado prohíbe, por ser incompatible con el mercado interior, un abuso de una posición dominante "en la medida en que pueda afectar el comercio entre los Estados miembros". El art.54 del Acuerdo EEE contiene una prohibición similar con respecto al comercio entre las Partes Contratantes en el Acuerdo EEE. La conducta tiene un efecto apreciable en el comercio entre los Estados miembros (y Partes contratantes en el Acuerdo EEE) por los siguientes motivos:

En primer lugar, la conducta es, por su propia naturaleza, de alcance transfronterizo. En segundo lugar, Google y sus competidores están activos en varios

⁴⁵¹ Párrs. 223-229.

⁴⁵² Párrs. 230-239.

⁴⁵³ Párr. 96.

⁴⁵⁴ Párrs. 183-191.

⁴⁵⁵ Asuntos acumulados 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 y 125/85 a 129/85, *Ahlström Osakeyhtiö* y otros/Comisión, EU: C: 1988: 447, párrs. 11 a 18; Asunto T-102/96, *Gencor Ltd*/Comisión EU: T: 1999: 65, párrs. 89 a 101.

⁴⁵⁶ Asuntos acumulados 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 y 125/85 a 129/85, *Ahlström Osakeyhtiö* y otros (*Wood Pulp*) contra Comisión, EU: C: 1988: 447, párr. 17; Asunto T-286/09, *Intel*/Comisión, EU: T: 2014: 547, párrs. 231-258.

Estados miembros y la conducta ha tenido lugar en los territorios de 13 Partes Contratantes en el EEE. Por lo tanto, puede tener un efecto en el comercio entre los Estados miembros. En tercer lugar, Google tiene una posición dominante en los mercados relevantes y geográficos definidos por la presente Decisión⁴⁵⁷.

5.4. La afectación al mercado interior

El mercado interior es uno de los más grandes mercados del mundo formado por los Estados miembros de la UE. Según la Directiva 2005/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/UE, 98/27/UE y 2002/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, en los arts. 5 a 8, 11, 12 y 14 (LA LEY 6058/2005) declaran:

« (5) [...] los obstáculos a la libre circulación transfronteriza de bienes y servicios o a la libertad de establecimiento [...] Deben eliminarse, lo cual sólo puede conseguirse estableciendo normas uniformes a escala comunitaria que garanticen un alto nivel de protección del consumidor y aclarando ciertos conceptos jurídicos a escala comunitaria en la medida necesaria para el adecuado funcionamiento del mercado interior y para el cumplimiento del requisito de seguridad jurídica.

Tras constatar que las disposiciones de Derecho nacional aplicables están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29, el Tribunal de Casación⁴⁵⁸ decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Deben interpretarse los arts. 5 y 7 de la Directiva 2005/29 en el sentido de que constituye una práctica comercial desleal engañosa la oferta conjunta consistente en la venta de un ordenador equipado con programas preinstalados cuando el fabricante del ordenador facilita, por medio del revendedor, información sobre cada uno de los programas preinstalados, pero no especifica el coste de cada uno de estos elementos?

2) ¿Debe interpretarse el art. 5 de la Directiva 2005/29 en el sentido de que constituye una práctica comercial desleal la oferta conjunta consistente en la venta de un ordenador equipado con programas preinstalados cuando el fabricante no deja al consumidor otra opción que aceptar estos programas o solicitar la resolución de la venta?

3) ¿Debe interpretarse el art. 5 de la Directiva 2005/29 en el sentido de que constituye una práctica comercial desleal la oferta conjunta consistente en la venta de un ordenador equipado con programas preinstalados cuando el consumidor no tiene la opción de conseguir del mismo fabricante un ordenador sin tales programas?⁴⁵⁹»

(6) En vista de ello, la presente Directiva aproxima las leyes de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales, incluida la publicidad desleal, que

⁴⁵⁷ Ver sección 9.2, considerados 682 a 684.

⁴⁵⁸ TJUE, sala octava, STS de 7 de septiembre de 2016, C-310/2015.

⁴⁵⁹ MUÑOZ GONZALO, E., “¿La venta de ordenadores con programas preinstalados infringe la normativa de competencia?”, *Derecho de la competencia y consumidores*, 11/12/2016.

*son directamente perjudiciales para los intereses económicos de los consumidores y, por ende, indirectamente perjudiciales para los de los competidores legítimos*⁴⁶⁰. [...]

(7) *La presente Directiva aborda las prácticas comerciales que influyen directamente en las decisiones de los consumidores sobre transacciones relacionadas con productos.* [...]

(8) *La presente Directiva protege directamente los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. Por lo tanto, protege también indirectamente a las empresas que operan lícitamente de aquellos de sus competidores que no cumplen lo dispuesto en la Directiva, garantizando así una competencia leal en el ámbito coordinado por la Directiva.* [...]

(11) *El alto grado de convergencia conseguido con la aproximación de las disposiciones nacionales a través de esta Directiva crea un elevado nivel común de protección de los consumidores. La Directiva establece una única prohibición general de aquellas prácticas comerciales desleales que distorsionan el comportamiento económico de los consumidores.* [...]

(12) *La armonización reforzará considerablemente la seguridad jurídica tanto para los consumidores como para las empresas. Ambos podrán contar con un único marco normativo basado en conceptos jurídicos claramente definidos que regularán todos los aspectos de las prácticas comerciales desleales en toda la Unión Europea.* [...]

(14) *Es conveniente que se consideren prácticas comerciales engañosas aquellas prácticas, incluida la publicidad engañosa, que, al inducir a engaño al consumidor, le impiden elegir con el debido conocimiento de causa y, en consecuencia, de manera eficiente.* [...]

A tenor del art. 1 de dicha Directiva:

*«La presente Directiva tiene por objeto contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores»*⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales») DOUE L 11 Junio 2005.

⁴⁶¹ la Directiva 2005/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/UEE del Consejo, las Directivas 97/7/UE, 98/27/UE y 2002/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. DOUE núm. L 149/22. No existe en Derecho de la UE una normativa específica sobre promoción de ventas. No obstante, las prácticas promocionales se encuentran sometidas a la Directiva 2005/29, que tiene objetivo la plena armonización de las disposiciones de los Estados miembros en materia de prácticas comerciales desleales. En virtud de todo ello, el Derecho de la UE sólo permite que los Derechos nacionales impongan límites a las técnicas promocionales cuando que la regulación tenga como finalidad exclusiva proteger los intereses económicos de los competidores. El

El concepto de mercado interior tiene un significado más profundo que el de mercado común que elimina todo tipo de obstáculos físicos, legales, técnicos, fiscales o fácticos para la libre circulación de factores productivos.

La UE también en su fase de desarrollo actual, aspira a conseguir un grado de integración económica superior a la de un puro mercado interior.

El Tribunal de Justicia⁴⁶² ha declarado que la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida, sin que sea necesario determinar, teniendo en cuenta el contexto fáctico de cada caso, si la operación comercial en cuestión presenta carácter «desleal» a la luz de los criterios enunciados en los artículos 5 a 9 de la propia Directiva y sin reconocer a los tribunales competentes margen de apreciación al respecto, siempre y cuando la referida disposición persiga finalidades relacionadas con la protección de los consumidores (ver, en este sentido, el auto de 7 de marzo de 2013, *Euronics Belgium*, C-343/12, EU:C:2013:154, apartados 30 y 31 y jurisprudencia citada). el Tribunal de Justicia ha declarado que la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales lleva a cabo una armonización completa de las normas relativas a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores y que, por tanto, como prevé expresamente su artículo 4, los Estados miembros no pueden adoptar medidas más restrictivas que las definidas en la referida Directiva, ni siquiera para garantizar un grado más elevado de protección de los consumidores (ver, en este sentido, la sentencia de 14 de enero de 2010, (LA LEY 15/2010) *Plus Warenhandelsgesellschaft*, C-304/08, EU:C:2010:12, apdo. 41, y el auto de 30 de junio de 2011, *Wamo*, C-288/10, EU:C:2011:443, apdo. 33).

En conclusión, la estructura económica-jurídica europea apoya sobre tres elementos principales: a) Las libertades europeas que conforman el mercado interior; b) La defensa de la libre competencia; c) Políticas europeas en determinados sectores, en especial, la política comercial común.

5.4.1. El mercado interior

El mercado interior es un pilar de la UE. Ha convertido la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales en una realidad tangible que ofrece ventajas reales a los europeos. Ha creado puestos de trabajo y estimulado el crecimiento. Ha permitido a los europeos vivir, trabajar, estudiar y jubilarse en un país distinto del suyo. Millón y medio de estudiantes Erasmus, por ejemplo, han aprovechado la movilidad a escala europea. El mercado interior europeo ha aportado a los consumidores un abanico más amplio de bienes y servicios a unos precios más bajos, estimulando una mayor calidad y seguridad. Ha creado un conjunto de reglas comunes para las empresas, así

Tribunal de Justicia ha elaborado ya un cuerpo jurisprudencial reseñable sobre la admisibilidad o no de determinadas prácticas promocionales previstas en normas nacionales.

http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAE2QQU_DMAyFf81ymYTSbtPYIQe6cpsQgo6715jWliQQu93673EpByJ9SSQ_P7_ke8A8NXgTF2BdU8ZWaIR1aeluVb6XB93Oj4anmOL06Zo8oBG4sCusXe3bmULZKFtlp-yVeUw16yBVgYIdWpdMd9pxAYubmdS9piryVkjSSC8oHruDffp-gQjdSCUYgV5GUneu7qxukpblNuNGTGzCtwbdRgFTU9df1Jk0QMz8TEFdWeE3PbP0KE7EQvooCEI - MR3wF83E-KHhny9VS3NI

HVUjR4O0L2D9HP32OIzIHDM4T_2sW9GkQ0zEXiUjNt0LMGwSMEjP7vGT8_4zrHbAEAAA==W KE. (Consultada el 24 de julio de 2017).

⁴⁶² TJUE, sala quinta, STS de 19 de octubre de 2017, C-295/2016.

como el acceso a un mercado de quinientos millones de consumidores. También ha resultado esencial para el buen funcionamiento de las políticas económica y monetaria de Europa y servido como base sólida para la introducción del euro. Además, ha convertido Europa a continente más abierta, más diversa y competitiva generando nuevas oportunidades, respetando los derechos sociales y promoviendo un elevado nivel de salud, seguridad y medio ambiente.

A pesar de estos logros, el mercado interior aún tiene un potencial que no se ha aprovechado y que debe adaptarse a las nuevas realidades. La Comisión por este punto, estableció su visión para el mercado único del siglo XXI: un mercado fuerte, innovador y competitivo, que maximice el potencial de los servicios, beneficie directamente a consumidores y empresarios y sitúe a Europa en una posición desde la que pueda responder mejor a la globalización y adaptarse a ella⁴⁶³. Por eso, supone nuevos métodos de trabajo y la utilización de una serie de diversos instrumentos. Los esfuerzos se han centrado en suprimir las barreras transfronterizas, fundamentalmente a través de medidas legales. Ahora deben realizarse para desarrollar una serie de instrumentos más variada y un planteamiento más orientado a los efectos haciendo que los mercados den más resultados en las áreas que ofrezcan más beneficios para los consumidores, la creación de crecimiento y empleo. Siguiendo el objetivo de «Legislar mejor» de Europa, se prestará más atención a la aplicación y a la ejecución; se reforzarán las evaluaciones de impacto y la consulta a los interesados; a la simplificación de la legislación existente en la medida de lo posible, eliminando toda la burocracia que resulte innecesaria; y a la supeditación de las políticas y las leyes a una evaluación sistemática. Este esfuerzo exige un compromiso que va mucho más allá de «Bruselas»: en una UE más grande, más diversa, el éxito pasa por la colaboración con los Estados miembros y la implicación de una gama más amplia de interesados⁴⁶⁴.

5.4.2. El mercado de los Estados miembros

El mercado interior es el mejor activo de Europa para sacar provecho de la globalización. Permite a los europeos beneficiarse de la apertura de los mercados de todo el mundo por la reducción de los precios y el aumento de las posibilidades de elección. Incita a las empresas a mejorar la eficiencia e innovar y ayuda a que consoliden su competitividad con el fin de incorporarse a los mercados internacionales. Hace que Europa resulte más atractiva a inversores y empresas de todo el mundo. Permite también tomar la iniciativa en la fijación de referencias y en el logro de la convergencia de normas en todo el mundo, facilitando las exportaciones europeas y garantizando que las importaciones cumplen las normas necesarias, protegiendo también con ello a los ciudadanos europeos.

Para desarrollar su régimen regulador, La acción a nivel de la UE refleja los principios fundacionales de la Unión y se basa en la convicción de que el desarrollo económico debe dar lugar a un progreso social y a una cohesión mayores y de que la política social, al tiempo que garantiza redes de seguridad adecuadas en consonancia con los valores europeos, Los Estados miembros con mejor rendimiento en términos económicos han desarrollado políticas sociales más ambiciosas y eficientes, no solo como resultado del desarrollo económico, sino como parte central de su modelo de

⁴⁶³ COM(2007) 60 de 21 de febrero de 2007.

⁴⁶⁴ Comisión de la UE, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones: un mercado único para la Europa del siglo XXI”. Bruselas, 20.11.2007 COM (2007) 724 final (no está publicado).

crecimiento. Para ello es fundamental el diseño de sistemas de bienestar e instituciones del mercado de trabajo que cumplan su papel y respalden la creación de puestos de trabajo. En el art. 3 del TFUE se plasma este objetivo general, según el cual la Unión “obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente”⁴⁶⁵.

El derecho europeo regula las normas básicas de comportamiento en dicho mercado, acogiendo la perspectiva de una economía libre de mercado. En el plan económico tres importantes consecuencias:

- El mercado europeo necesita empresas competitivas, que pueden operar en varios países y en relación con un gran número de personas. El motor económico de dicho mercado son las empresas, principalmente las grandes, y los profesionales, no los Estados.
- El aumento de actividad internacional de las empresas implica beneficios económicos en distintos órdenes.

El derecho europeo debe liberalizar el mercado, acabando con las intervenciones excesivas del Estado en el mismo, reduciendo al mínimo los monopolios en manos públicas, y controlando la actividad de las empresas para garantizar la existencia de una verdadera competencia en todos los sectores, evitando la formación de monopolios y oligopolios privados, y asegurando la transparencia del mercado. Sólo la liberalización del mercado garantiza una afluencia suficiente de competidores en el mercado europeo⁴⁶⁶.

5.5. La competencia en el mercado europeo

5.5.1. La noción del mercado en la competencia perfecta (CPP)

Por competencia perfecta se comprende la existencia de un gran número de oferentes y demandantes (un número que se puede considerar infinito) en el cual ninguno ejerce un poder o control sobre el precio del producto. Tampoco existen barreras de entrada a los nuevos oferentes del mismo producto, de forma que ningún oferente o demandante tiene control sobre el mercado. La cantidad que cada productor aporta al mercado es muy pequeña, tal como la cantidad que adquieren los demandantes. En este caso, productores y consumidores son tomadores de precio, porque aceptan y negocian con los precios existentes en el mercado⁴⁶⁷.

Sin embargo, sólo hay CPP, cuando un mercado cumple cinco condiciones a saber:

- La atomicidad en que ofrece y los solicitantes deben ser del mismo tamaño para ningún de ellos pueden ejercer una influencia sobre las condiciones del mercado.
- Homogeneidad de los productos que son idénticos.

⁴⁶⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales. Estrasburgo, 8.3.2016 COM (2016) 127 final.

⁴⁶⁶ CALVO CARAVACA, A. L.; y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Mercado Único y Libre Competencia En La UE*. Madrid: Colex, 2003. Pp. 26 y 27.

⁴⁶⁷ ANTONIO MORENO, M., “¿Qué son los Monopolios y la "Competencia imperfecta"?", 14 de marzo de 2012. Disponible en: <https://www.elblogsalmon.com/conceptos-de-economia/que-es-la-competencia-imperfecta-monopolios-y-oligopolios>. (Consultada el 2 de febrero de 2015).

- Transparencia de los mercados en la transmisión de la información que debe ser perfecta y gratuita.
- Fluidez al entrar al mercado sin ningún obstáculo.
- Movilidad y la flexibilidad de los fondos de producciones que pueden desplazarse de un mercado a otro.

Por lo que es de las formas imperfectas del mercado se puede denotar los siguientes aspectos:

- El monopolio que es una situación de un mercado de la cual no existe más que un único que ofrece una multitud de compradores. Se encuentra el monopolio innovador, natural y rapaz.
- El oligopolio que es una situación de un mercado donde existe algunos que ofrecen para varios compradores. Se encuentran oligopolio de paz y de guerra.
- La competencia monopolística que es una situación de un mercado de la cual existe varios que ofrecen diferentes para un gran número de compradores.
- El monopsonio que es una situación de la cual un único solicitante tiene unas multitudes de que ofrece⁴⁶⁸.

5.5.2. El mercado de relevante o de referencia

a) El mercado de productos de referencia y el mercado geográfico de referencia

En caso de presunta infracción de las normas de la competencia, el primer elemento que debe tenerse en cuenta es el mercado de referencia. Definir ese mercado significa en efecto delimitar el marco dentro del cual se aplican las normas de la competencia relativas a los acuerdos y a los abusos de posición dominante (Reglamento (UE) núm. 1/2003) así como las normas relativas a las concentraciones (Reglamento (UE) núm. 139/2004).

Según el acto de comunicación de la Comisión, los Reglamentos basados en los arts. 101 y 102 del Tratado, especialmente la sección 6 del formulario A/B relativo al Reglamento núm. 17 y la sección 6 del formulario CO relativo al Reglamento (CEE) núm. 4064/89 sobre el control de los operaciones de concentración de dimensión europea, ofrecen las definiciones siguiente: “ *El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos*”⁴⁶⁹.

Por el mercado geográfico de referencia se define como sigue: “*El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas*”⁴⁷⁰. Así pues, el mercado de referencia en el marco del cual se examina una cuestión de competencia se determina combinando el mercado de producto y el mercado geográfico. Según el TS, Sanción a *UNIÓN FENOSA* por

⁴⁶⁸ CALVO CARAVACA, A. L.; y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 417, pp. 247 y ss.

⁴⁶⁹ STS TG, (sala octava), de 13 de mayo de 2015. Asunto T- 162/10.

⁴⁷⁰ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. DOUE núm. C 372 de 09/12/1997 pp. 0005 – 0013.

abusar en el mercado conexo de las instalaciones eléctricas no reservadas de la posición de dominio que ostenta en determinados mercados geográficos de redes de distribución⁴⁷¹. En relación con la definición del mercado, establecen las Directrices de la Comisión⁴⁷², la Comisión reconoció las dificultades inherentes a la definición del mercado pertinente en un ámbito inmerso en un rápido cambio tecnológico como el sector de las telecomunicaciones⁴⁷³.

Para la definición de los mercados de referencia la Comisión identificó varios servicios prestados a la vez por *Lufthansa* y por *Austrian*. Se trata de los servicios de transporte aéreo de pasajeros y de carga, de la venta de plazas de compañías aéreas a operadores de viajes, de los servicios de mantenimiento, reparación y revisión, de la restauración a bordo y de la asistencia en escalas. No obstante, en el presente litigio sólo son pertinentes los servicios de transporte aéreo de pasajeros y de venta de plazas de compañías aéreas a operadores de viajes. La Comisión definió los mercados de referencia con remisión al criterio «punto de origen - punto de destino», llamado criterio «O & D» (en lo sucesivo, «criterio O & D»), conforme al que cada ruta entre un punto de origen y un punto de destino se considera un mercado diferenciado. Para determinar si una ruta específica entre un punto de origen y un punto de destino formaba un mercado que se debía tomar en consideración la Comisión examinó las diversas posibilidades de las que disponían los consumidores para viajar entre ambos puntos⁴⁷⁴.

Así, la UE o el Espacio Económico Europeo (EEE) definen el llamado mercado de referencia, que tiene una influencia decisiva a la hora de valorar cada posible caso de restricción de la competencia. La delimitación del mercado de referencia a través del análisis de los productos y de la dimensión geográfica permite determinar cuáles son los competidores reales y el grado de competencia efectiva existente entre ellos⁴⁷⁵.

En una Audiencia Nacional (AN) española⁴⁷⁶, consistente en la constitución de un cártel a fin de intervenir en el sector del hormigón postensado y sistemas de geotecnia. Tras la doctrina sentada en la sentencia de 29 Ene. 2015, debe casarse la resolución judicial impugnada que estableció un coeficiente del cinco por cien para la cuantificación de la multa pecuniaria. Los porcentajes establecidos en el art. 63.1 LDC, deben considerarse el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala en la que ese porcentaje es el tope máximo. Se anula la sanción impuesta por la Comisión Nacional de la Competencia que debe modularse en función del criterio jurisprudencial expuesto, sin que, a estos efectos, pueda atenderse a las pautas establecidas en la Comunicación de la CNMC de 6 de febrero 2009. El mercado geográfico afectado es todo el territorio nacional, las empresas implicadas tienen una altísima cuota de mercado, la práctica fue duradera en el tiempo, la recurrente participó de forma activa en el cártel desde sus orígenes y hasta su finalización, y participó en los medios desarrollados para la

⁴⁷¹ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS 967/2016 de 3 de mayo de 2016, Rec. 872/2014.

⁴⁷² Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un Marco Regulador Común de las Redes y los Servicios de Comunicaciones Electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al Acceso a las Redes de Comunicaciones Electrónicas y Recursos Asociados, y a su Interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la Autorización de Redes y Servicios de Comunicaciones Electrónicas. L 337/37.

⁴⁷³ La doctrina de modificaciones de la directiva marco. GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M., "El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones en Europa", ed. núm. 1, ed. la Ley, Madrid, Marzo 2011.

⁴⁷⁴ TG, sala octava, STS de 13 de mayo de 2015, T-162/2010.

⁴⁷⁵ ALTZELAI ULIONDO, I., "Algunas cuestiones del análisis antitrust: delimitación del mercado de referencia y efectos sobre el comercio intracomunitario", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 9, Sección Estudios, Julio-Septiembre 2011, p. 51, ed. Wolters Kluwer .

⁴⁷⁶ AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS de 14 de julio de 2014, rec. 423/2012.

efectividad del mismo. Así que el volumen de negocio que debe considerarse lo es el correspondiente al mercado geográfico y de producto. El mercado geográfico es el español pues en tal área geográfica se realizaron las conductas sancionadas y el mercado de producto lo es los contratos de postensado, las barras de postensado y la actividad de geotecnia, lo cual resulta de la Resolución y de la certificación remitida por la CNMC en periodo de prueba.

Para ciertos sectores y productos, las definiciones, designaciones y denominaciones de venta son elementos importantes para la determinación de las condiciones de competencia. Así pues, procede establecer definiciones, designaciones y denominaciones de venta para esos sectores y/o productos, que deben utilizarse únicamente en la Unión para la comercialización de productos que reúnan los requisitos correspondientes»⁴⁷⁷.

En el mercado de producto, la Comisión Nacional de la Competencia (CNMC)⁴⁷⁸, que acordó imponerle una sanción de multa de 8.739.000 de euros, como responsable de la comisión de la infracción del art.1 de la LDC, por haber llevado a cabo una práctica concertada, durante el periodo que va desde el 8 de febrero de 1989 hasta el 29 de febrero de 2008, en el mercado español de productos de peluquería profesional. Por tanto, a la hora de calcular la sanción, el Consejo debe de tener en cuenta que nos encontramos ante una de las infracciones más graves contra la competencia y que la conducta incide de forma directa sobre todo el mercado español de productos para peluquería profesional, en el que se ha desarrollado, porque las empresas infractoras realizan un setenta por cien del negocio de este mercado. Además, la conducta que se ha mantenido de forma ininterrumpida durante un periodo de casi 20 años. Por lo cual, de acuerdo con los criterios de la LDC, estaríamos ante una conducta infractora que, por su gravedad, duración y por afectar a todo el mercado en el que ha tenido lugar, es acreedora de una sanción elevada dentro de las previstas para las infracciones muy graves por el art. 63.1 c) de la LDC⁴⁷⁹.

La Comisión ha definido durante mucho tiempo, algunos criterios que podían ayudar a analizar los comportamientos de las empresas en el mercado, así como las condiciones específicas del mercado de referencia. Sin embargo, la aplicación de este método puede dar resultados diferentes dependiendo de la naturaleza del problema de competencia en cuestión. Por lo tanto, el análisis estructurado deberá ajustarse a cada caso⁴⁸⁰.

En un análisis preliminar, la Comisión trata de delimitar el mercado de los productos comprobando si un producto A y un producto B pertenecen o no al mismo mercado de productos. Intenta también delimitar el mercado geográfico elaborando una visión global sobre la distribución de las cuotas de mercado que detentan las partes en cuestión y sus competidores, los precios y las divergencias de precio que se observan. Una vez el mercado de productos y el mercado geográfico delimitados, la Comisión empieza un análisis más en profundidad basado en el concepto del carácter sustituible. Las empresas sujetas a un sistema competitivo deben en efecto respetar dos grandes limitaciones: el carácter sustituible de la demanda y el de la oferta. Un mercado es

⁴⁷⁷ TJUE, sala séptima, STS de 14 de junio de 2017, C-422/2016.

⁴⁷⁸ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS de 8 de junio de 2015, rec. 3253/2014.

⁴⁸⁰ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, *op. cit.*, nota 471.

competitivo si el cliente tiene la posibilidad de elegir entre una gama más o menos extensa de productos con características similares y si el proveedor no encuentra obstáculos al suministro de productos o servicios en un determinado mercado⁴⁸¹.

Con la practica española y europea, la dimensión del mercado geográfico es nacional dada su regulación. Este carácter nacional se deriva del hecho de que las políticas de los Estados miembros que incluyen requisitos de registro, políticas de precios, políticas de compras y financiación por el Sistema Nacional de Salud (...) pueden derivar en importantes diferencias de precios, de cuotas de mercado, marcas y distribución de productos similares entre los varios mercados nacionales⁴⁸².

b) El mercado relevante

La delimitación del mercado relevante es una cuestión esencial en cualquier expediente antitrust, bien sea para establecer que una empresa detenta una posición dominante en los términos del art. 2 de la LDC, bien para determinar si una conducta colusoria es susceptible de tener efectos restrictivos de la competencia, según dispone el art. 1 LDC. Por este motivo, existe una amplísima base doctrinal para la delimitación de los mercados, entre la que cabe destacar la Comunicación de la CE sobre el mercado relevante que, a su vez, bebe sus fuentes en la jurisprudencia del TJUE⁴⁸³. Sin embargo, la sentencia, referencia alguna a esta doctrina pues discrepa de la delimitación del mercado de la resolución administrativa, sin apoyarse en los criterios que habitualmente se utilizan para delimitar un mercado — la sustituibilidad de la demanda o de la oferta—, limitándose a hacer observaciones que, a nuestro modo de ver, más tienen que ver con el carácter abusivo de la conducta denunciada, que con el concreto mercado que se está examinando⁴⁸⁴.

La definición de mercado relevante constituye un elemento central dentro del análisis de los casos *antitrust*. Es punto de partida de cualquier investigación que busque evaluar las condiciones de competencia en un mercado. Para analizar la estructura de dicho mercado, debe definir previamente el conjunto de productos que forman parte de dicho mercado. En general, los productos que intercambian pueden admitir según sus atributos como sus localizaciones, características físicas, forma en que son comercializados entre otros. Esta diferenciación y su relación con la satisfacción de ciertas necesidades del consumidor, determinan su grado de intercambiabilidad; estos son, en qué medida un consumidor puede sustituir el consumo de ciertos productos por el de otros o fin de dar satisfacción a una necesidad específica. En definitiva, la

⁴⁸¹ VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *op. cit.*, nota 338.

⁴⁸² Resolución (Expte. S/DC/0523/14, SAS) de 12 de enero del 2016. Disponible en: http://static.correofarmaceutico.com/docs/2016/03/02/cnmc_resolucion.pdf. (Consultada el 11 de septiembre de 2017).

⁴⁸³ Resolución R 1/2016 – Licitación pública seguridad Concello de Lugo, en Santiago de Compostela, a 6 de junio de 2016.

⁴⁸⁴ Definición del mercado relevante por el TS: a propósito de la STS Excursiones Puerto de Sóller. Disponible en:

http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAE2Qy07EMAxFv4ZsKqEWpvNYZDFt2Y0QgsLeTaw2IpNA7Hbav8elLlh0FEu-tq_9PWJaWpxZP_nsismAjZnFLKHHCQJjpmgJMSxX3aYRFUNHusjzu4NZKYRHYSUwke4Cqc1lys wPLJvotHFGrSjW-h0qWKymKpF54ojg39F0g-loiHenmFyPbCLOYK0jXTW6qbN5RWn_f64UxMmEoH-cD2KQzW4frgIvOmByFEdvXQnhGSGF-hRXxwxyKDRs6xI90Bfs_LhU8y9_aq24snhTbtgca4h2XOw622Uo_cg5gn8f-3WvRqZxUzHYcsp4-VvgLEGj8H-rfEDDIJbE2kBAAA=WKE#DT0000196684_NOTA1. (Consultada el 14 de septiembre de 2017).

definición del mercado relevante es un instrumento que se utiliza para comprender el contexto en el que se desarrolla la rivalidad competitiva entre las empresas⁴⁸⁵.

En el caso europeo, las autoridades suelen hacer públicos los criterios utilizados a la hora de definir mercados, se utiliza el denominación *test SSNIP* (de sus siglas en inglés "*Small but Significant Non-Transitory Increase in Price*", *test* del incremento pequeño pero significativo y no transitorio de los precios) o *test* del monopolista hipotético, que herramientas generalmente aceptadas y utilizadas en el ámbito del análisis competitivo y pueden encontrarse en las directrices para la definición de mercado de autoridades de competencia de diversas jurisdicciones. Según la CE⁴⁸⁶, en razonamiento en el cual la sustituibilidad necesaria para la definición del mercado de referencia debe materializarse a corto plazo. Según las recurrentes, el Tribunal de Justicia de la UE ignoró el hecho de que el *test SSNIP* debe aplicarse dentro de un marco temporal concreto.

En el derecho español, Para definir el mercado en su doble vertiente, la Comunicación sobre el mercado relevante propone la utilización del llamado "*SSNIP test*" o *test* del "hipotético monopolista". Se trataría así de determinar si los clientes de la empresa o empresas en cuestión "estarían dispuestos a pasar a productos sustitutivos fácilmente disponibles o a proveedores localizados en otro lugar en respuesta a un pequeño (cinco a diez por cien) y permanente incremento hipotético de los precios para los productos y zonas considerados". El *SSNIP test*, aunque aparentemente claro y sencillo, es aplicado rara vez por las autoridades de competencia (y no solo las españolas)⁴⁸⁷.

La aplicación rigurosa del *test* es laboriosa y costosa, de forma que con frecuencia se trata de evitar recurriendo a precedentes nacionales o europeos en búsqueda de las definiciones adoptadas en el pasado. El problema es que los mercados son dinámicos y cambian con el tiempo y las especificidades legales, estructurales o institucionales pueden perfectamente hacer que lo que se ha decidido en una jurisdicción o en un momento del tiempo no sea aplicable al resto de las jurisdicciones o a otros momentos del tiempo. Por tanto, en aquellos casos en los que se prevén problemas de competencia el ejercicio de definir el mercado relevante suele ser inevitable⁴⁸⁸.

En Europa, el concepto de mercado se ha ligado principalmente a la sustituibilidad de la demanda, mientras que esa sustituibilidad de la oferta se ha relacionado en mayor medida con la amenaza de entrada al mercado de nuevos competidores. La sustituibilidad de la oferta y competencia potencial. Desde una perspectiva económica, para la definición de mercado de referencia, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios⁴⁸⁹. Una empresa o un grupo de empresas no

⁴⁸⁵ GONZALO RUIZ D, "Definición de Mercado Relevante y Políticas de Competencia", *revista de PUCP*, THÉMIS 41, p. 297.

⁴⁸⁶ TJUE, sala quinta, STS de 10 de julio de 2014, C-295/2012.

⁴⁸⁷ ALLENDESALAZAR, R., "La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación", ed. núm.1, ed. la Ley, Madrid, noviembre 2010.

⁴⁸⁸ JIMÉNEZ LATORRE, F. y CAÑIZARES PACHECO. E., "Dificultades para la definición del mercado relevante", Preparado para el Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino. Madrid, 18 de octubre de 2005. Disponible en: <https://www.uv.es/~frequent/estructura/NERA.pdf>. (Consultada el 28 de septiembre de 2017).

⁴⁸⁹ STS TG, (sala octava), de 13 de mayo de 2015. Asunto T- 162/10.

puede influir de manera significativa en las condiciones de venta reinantes, especialmente en el nivel de precios, si sus clientes pueden adquirir fácilmente productos sustitutivos o recurrir a suministradores situados en otro lugar. Básicamente, para definir un mercado se han de identificar las fuentes alternativas reales de suministro a las que pueden recurrir los clientes de las empresas de que se trate, tanto por lo que se refiere a productos o servicios como a la situación geográfica de los suministradores⁴⁹⁰. Por lo general, las autoridades de competencia suelen considerar dos dimensiones dentro del mercado relevante: el mercado de producto, o conjunto de productos.

La jurisprudencia europea tanto como española como por las sucesivas Autoridades de Competencia Españolas, afirman que la delimitación concreta del mercado relevante no es un elemento del tipo de la infracción tipificada por el art. 1 de la LDC (LA LEY 7240/2007) en relación con acuerdos que, por su contenido y finalidad, resultan anticompetitivos por su objeto:

"(...) Esa doctrina también señala que la delimitación exacta del mercado relevante tampoco es un elemento del tipo de la infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC (LA LEY 7240/2007), cuando se trata de acuerdos que, por su contenido y finalidad, objetivamente se puede concluir sin mayor análisis que son anticompetitivos por su objeto. Tal es el caso de los cárteles de fijación de precios y reparto de mercados como el que es objeto de este expediente, pues los precedentes y la teoría económica revelan que son acuerdos que objetivamente tienen capacidad para restringir la competencia efectiva en detrimento del bienestar sin producir eficiencias de las que puedan beneficiarse terceros, cualquiera que sea el contexto jurídico y económico en el que se produzcan ⁴⁹¹(Asunto T44-00 *Mannesmannröhren-Werke AG v Commission*, párrs. 132.-133; As. T-61/99, *Adistrica di Navigazione Spa*, párr. 29; RTDC de 22 de julio de 2004, Expte. 565/03, *Manipuladores radiactivos*, FD 14; RCNC de 29 de julio de 2010, Expte. S/0091/08, *Vinos finos de Jerez*, FD 8; y RCNC de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/10, *Transitarios*)"⁴⁹².

En resumen, el mercado relevante comprende todos aquellos bienes o servicios considerados sustitutivos desde el punto de vista de la demanda, y bajo determinadas circunstancias, el mercado podría ampliarse atendiendo a consideraciones de sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta⁴⁹³.

6. LAS MODALIDADES DE ACUERDOS PROHÍBIDOS Y AFECTADAS A LA LIBRE COMPETENCIA

La Comisión de la UE ha sido frecuentemente acerca de la posición que tiene intención de adaptar, en el marco de la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado en relación con la cooperación entre las empresas. Por este motivo, la Comisión intenta dar a las empresas un cierto número de puntualizaciones que, no siendo exhaustivas, deberían no obstante proporcionar a las empresas indicaciones útiles

⁴⁹⁰ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. Diario Oficial núm. C 372 de 09/12/1997 p. 0005 – 0013.

⁴⁹¹ Resolución S/0455/12 de CNMC, 12-05-2016.

⁴⁹² Resolución (Expte. S/0380/11), en Madrid, a 30 de julio de 2013.

⁴⁹³ LOTORRE, F. J., “*Dificultades para la definición del mercado relevante*”, Preparado para el Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino, Madrid, 18 de octubre de 2005.

sobre la interpretación que ha de dar especialmente a las disposiciones del apdo.1 del art. 101 del Tratado.

6.1. Los acuerdos prohibidos a la libre Competencia

Los arts. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio (LA LEY 7240/2007), de Defensa de la Competencia (LDC) y 101 del TFUE (LA LEY 6/1957), consistente en la adopción de acuerdos entre empresas para el reparto de mercado, la fijación de precios y otras condiciones comerciales y el intercambio de información comercial sensible en relación con el procedimiento de presentación de ofertas o presupuestos en el mercado español de prestación de servicios de mudanzas internacionales. Dichos artículos consisten en acuerdos o prácticas concertadas entre las empresas para el reparto de mercado, la fijación de precios u otras condiciones comerciales⁴⁹⁴.

La sentencia del TJUE⁴⁹⁵, de 20 de enero de 2016 (asunto C-373/149 (sic)) (LA LEY 96/2016), recuerda que, de acuerdo con jurisprudencia reiterada:

(24) *En ese sentido hay que recordar que, para incurrir en la prohibición establecida en el art. 101 TFUE (LA LEY 6/1957), apdo.1, un acuerdo debe tener «por objeto o efecto» impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia a partir de la sentencia LTM (56/65, EU: C: 1966:38), el carácter alternativo de esa condición, como indica la conjunción «o», hace necesario considerar en primer lugar el objeto mismo del acuerdo⁴⁹⁶ (sentencia ING Pensii, C-172/14, EU: C: 2015:484, apdo. 30).*

(25) *Así pues, no es necesario examinar los efectos de un acuerdo en la competencia cuando esté acreditado su objeto contrario a ella (véanse en ese sentido las sentencias T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08 , EU:C:2009:343 , apartados 28 y 30, y GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros C-501/06 P, C- 513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610 , apdo. 55).*

(26) *En cuanto a la calificación de una práctica como restricción por el objeto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que algunos tipos de coordinación entre empresas revelan un grado de nocividad para la competencia suficiente para que pueda considerarse innecesario el examen de sus efectos (sentencia ING Pensii, C-172/14 , EU:C:2015:484 , apdo. 31). Esa jurisprudencia atiende a la circunstancia de que determinadas formas de coordinación entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia⁴⁹⁷ (sentencia CB/Comisión, C-67/13 P, EU: C: 2014:2204, apdo. 50).*

La incompatibilidad con el mercado interior y la prohibición de los acuerdos entre empresas, de las practicas concentradas y de las decisiones de asociaciones de empresas, establecidas en el apartado 1 del art. 101 del TFUE, exigen que aquéllos tengan “*por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado interior...*”. Es suficiente que los acuerdos tengan por objeto una práctica restrictiva, aun cuando no se haya generado efecto alguno, para apreciar la infracción. Por otra parte, y como refleja la misma Comisión en el acuerdo sancionador, la falta de intencionalidad en la comisión de la infracción no priva de antijuridicidad a

⁴⁹⁴ CNMC, sala de Competencia, resolución de 6 de septiembre de 2016, S/DC/0544/2014.

⁴⁹⁵ TJUE, sala segunda, STS de 20 de enero de 2016, C-373/2014.

⁴⁹⁶ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, STS 43/2019, 21 de enero de 2019, rec. 4323/2017.

⁴⁹⁷ STJ, sala segunda, de 20 de enero de 2016. Asunto C- 373/14P.

las conductas cuando son objetivamente susceptibles de producir el efecto anticompetitivo⁴⁹⁸. El TS⁴⁹⁹ declara Intimar a las empresas que son parte de los acuerdos que se declaran prohibidos en esta parte dispositiva a que cesen en las conductas prohibidas, y a que se abstengan de realizarlas en el futuro. Este Tribunal en sus sentencias de 7 de diciembre de 2015 (la Ley 184857/2015) (Rec. casación 1758/2013), de 24 de febrero de 2016 (la Ley 8488/2016) (Rec. 1702/2013) y de 22 de febrero de 2016 (la Ley 8499/2016) (Rec. 1419/2013) ya tuvo la ocasión de pronunciarse sobre la conformidad a derecho de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de abril de 2010 (la Ley 41051/2010). El recurso que nos ocupa difiere de los casos planteados en dichas sentencias, pues no se trata ahora de enjuiciar la legalidad de la resolución de 14 de abril de 2010 (la Ley 41051/2010), sino de determinar si los contratos posteriores a dicha resolución, firmados entre *Mediapro* y varios clubs de fútbol entre junio de 2010 y agosto de 2011- todos ellos posteriores a la entrada en vigor de la Ley 7/2010, de 31 de marzo (la Ley 6072/2010), General de la Comunicación Audiovisual, que entró en vigor el 1 de mayo de 2010, incumplieron las obligaciones impuestas en la primera resolución de la Comisión Nacional de la Competencia.

La intimación contenida en la primera resolución sancionadora de la Comisión contenía un mandato dirigido a las empresas afectadas para que cesasen en la conducta prohibida allí sancionada, lo cual como ya señalamos en las sentencias antes citadas "supone la mera y lógica consecuencia de la constatación de la realización de una práctica prohibida" que tenía como sustento la apreciación por la CNMC de que los acuerdos entonces suscritos por *Mediapro* con los equipos de fútbol constituían una conducta prohibida por los arts. 1 LDC y 101 TFUE (la Ley 6/1957).

La distinción entre objeto y efecto del comportamiento no es gratuita. Primero hay que analizar el objeto del acuerdo y solo si éste no reúne condiciones suficientemente perjudiciales, proceder al análisis de sus efectos. Así el Tribunal de Justicia afirma en la mencionada Sentencia LMT⁵⁰⁰ que "*para examinar si un acuerdo tiene por objeto alterar el juego de la competencia en el mercado interior, hay primero, que considerar el objeto del mismo del acuerdo, teniendo en cuenta el contexto económico en el que debe aplicarse, las alteraciones de la competencia deben resultar de todas o de algunas de las cláusulas del acuerdo mismo. En el caso el que el análisis de dichas cláusulas no mostrara un grado suficiente de nocividad con relación a la competencia, convendría entonces analizar los efectos del acuerdo...*".

La importancia del objeto del acuerdo es, decisiva, ya que si de su análisis se puede deducir claramente el carácter restrictivo no es ni siquiera necesario analizar los posibles efectos. La consideración restrictiva del objeto del acuerdo no sólo no requiere el análisis de los efectos, sino que elimina, también, la necesidad de que el acuerdo, restrictivo por su objeto sea efectivamente aplicable.

La cuestión es, determinar cuándo se puede considerar que un acuerdo, en sentido genérico, tiene por "objeto" impedir, restringir o falsear la competencia. Es difícil establecer, a priori, los criterios, así, el Tribunal y la Comisión valoran en primer lugar, el objeto del acuerdo tomando en consideración el contexto económico en el que

⁴⁹⁸ AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS 140/2016 de 8 Abril de 2016, rec. 203/2013.

⁴⁹⁹ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS 946/2016 de 28 de abril de 2016, rec. 3978/2013.

⁵⁰⁰ STJ de 30 de junio de 1966. Asunto 56/65, *Société Technique Minière* contra *Machinembau Ulm*.

se desarrolla o va a desarrollar. Esta valoración se completa con el análisis de los objetivos que pretenden conseguir las normas sobre la competencia en la UE, es decir, eliminar los obstáculos a los intercambios y garantizar su fluidez, evitar la compartimentación del mercado interior y potenciar la libertad de actuación de las empresas y la libertad de elección de los usuarios y consumidores.

Tal como afirma el Tribunal de Justicia en el asunto LTM, habrá que analizar el “efecto” de los acuerdos si no se ha podido determinar que tuvieran por objeto impedir, restringir o falsear la competencia. Así, puede ocurrir que un determinado comportamiento no sea por sí mismo restrictivo de la competencia, pero, sin embargo, sea un medio apto para influenciar el comportamiento de las empresas y que de ellos se deriven efectos restrictivos⁵⁰¹. Asimismo, El Tribunal de Justicia anula la sentencia del Tribunal de Primera Instancia y la Comisión abrió dos procedimientos, uno basado en el art. 101 TFUE (que prohíbe los acuerdos contrarios a la competencia), y otro en el art.102 TFUE (que prohíbe los abusos de posición dominante). El primer procedimiento se abrió contra las dos sociedades, el segundo sólo contra De Beers⁵⁰².

En España, los acuerdos que limitan la competencia en el mercado nacional, prohibiendo tanto el ejercicio abusivo del poder económico como aquellas conductas unilaterales que por medios desleales sean capaces de falsear la competencia. El art. 1.1 de la LDC ilustra las conductas recogidas en el art. 101 del Tratado de Lisboa, que ambas normas tienen una función común como es concretar por vía de ejemplo el objeto o efecto de los acuerdos, decisiones o prácticas que impiden, restringen o falsean el juego de la competencia. Es decir, otras conductas no mencionadas expresamente por la Ley podrán ser calificadas como prohibidas si implican un atentado a la libre competencia y, a la inversa, las concretas conductas tipificadas no podrán sancionadas como prohibidas si no producen el efecto descrito en la Ley⁵⁰³.

6.2. Las decisiones colectivas

La finalidad de las normas es asimilar a los acuerdos las decisiones colectivas a las que llegue cualquier agrupación de empresarios. Desde un punto de vista técnico, se plantea dos cuestiones. Primero, ¿qué debe entenderse por asociación de empresa? y, segundo término, ¿qué debe entenderse por decisión?

Respecto a la primera cuestión, se viene considerando asociación de empresa a las organizaciones que agrupan a empresas, sin que éstas pierdan su independencia y autonomía europea⁵⁰⁴. Según el art. 101 del TFUE, es indiferente la forma jurídica, denominación y finalidades adoptadas por la asociación de empresas. La CE ha avalado esta interpretación extensiva al señalar que puede tratarse de cualquier forma de agrupación voluntaria, investida o no de personalidad jurídica.

En cuanto a la caracterización de las decisiones, en principio se viene entendiendo de la voluntad de sus miembros. Por otro lado, la constitución de una asociación comercial es ella misma una decisión, así como las reglas que gobiernen el

⁵⁰¹ FERNÁNDEZ-LEGA GARRALDA, Carlos; y ALVAR EZQUERRA, Gonzalo. *Derecho De La Competencia: Comunidad Europea y España*. Pamplona: Aranzadi, 1994. Pp. 132 y ss.

⁵⁰² STS del TPI de 11 de julio de 2007 - *Alrosa*/Comisión (Asunto T-170/06). DOUE núm. C 199/37 de 25.8.2007.

⁵⁰³ GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E., *op. cit.*, nota 385.

⁵⁰⁴ VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *op.cit.* nota 378, p. 65

funcionamiento de una asociación. Un acuerdo que se adopte dentro de una asociación puede ser además una decisión⁵⁰⁵.

6.3. Las prácticas concentradas

Las practicas concentradas se trata de una cláusula de cierre del sistema, inspirada en las *concerted practices* del derecho *antitrust* norteamericano, que trata de englobar a todas aquellas ententes que , por no ser ni un acuerdo en sentido estricto, ni una decisión de asociación de empresas, son difícilmente encuadrables en dichas categorías. Desde un punto crucial para la efectividad práctica del derecho de la competencia, la mayoría de los cárteles ocultos, contra los que sólo se puede luchar con este instrumento. Para diferenciar estos supuestos, la jurisprudencia del TJUE ha venido exigiendo asistencia de dos elementos. En primer lugar, es necesario que exista una conducta anticompetitiva de dos o más empresas. Pero, en segundo lugar, esa conducta tiene que presente un elemento intencional de cooperación o coordinación prácticas entre las empresas implicadas. La constatación de una práctica concentrada, plantea especiales dificultades en cuanto a su prueba. Fundamentalmente por lo que se refiere al elemento intencional. Por esta circunstancia, el TJUE ha admitido con buen criterio la prueba por indicios y presunciones. La aplicación de la prohibición del art. 101.1 TFUE por las prácticas concentradas, requiere que se haya producido un efecto anticompetitivo real. Por los acuerdos y decisiones, basta con que su objeto sea competitivo, aunque todavía no se hayan producido realmente efectos de este tipo⁵⁰⁶.

Sobre una Resolución de la CNMC de fecha 6 de octubre de 2011 (la Ley 273551/2011) , relativa sanción siendo Codemandada la Junta de Andalucía, y la cuantía del presente recurso 24.000 euros, que es responsables de una infracción del art. 1 de la LDC y del art. 101 del TFUE (la Ley 6/1957) , por haber llevado a cabo una práctica concertada para fijar los precios de la uva y el mosto, contraria a dichos artículos, en el periodo que va desde abril del año 1991 hasta al menos, marzo de 2009. El art. 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio (la Ley 1856/1989) dispone: " Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, y en particular los que consistan en..."⁵⁰⁷.

En conclusión, se consideran "prácticas concertadas" aquellas actuaciones que, alterando o restringiendo la situación de competencia en un mercado, implican un paralelismo de conducta consciente entre agentes económicos, normalmente competidores, y suponen cierta cooperación y coordinación entre ellos. Las "prácticas conscientemente paralelas" no exigen el elemento consensual, aunque, evidentemente no podrán ser explicadas por las reacciones normales o previsibles de los agentes en el mercado. Las dificultades y dudas que plantea la aplicación de este último concepto sobre todo en casos de mercados con productos homogéneos y de estructura oligopolística no deben ser despreciadas⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ STS del TJUE de 29 de octubre de 1980, asunto *Heintz van Landewyck*.

⁵⁰⁶ VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *op.cit.* nota 338, pp. 66.

⁵⁰⁷ AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS de 21 de marzo de 2013, rec. 659/2011.

⁵⁰⁸ Resolución (Expte. 306/91), Madrid, a 6 de marzo de 1992.

7. LAS REGLAS PRINCIPALES DE LA COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

El Derecho de la Competencia se caracteriza por la utilización legislativa y jurisprudencial de numerosos conceptos de naturaleza económica junto con otros de naturaleza jurídica. A este respecto, el concepto de «empresa» que utiliza esta rama jurídica no se corresponde con el concepto de «sociedad» utilizado por el Derecho mercantil, sino que se trata de una unidad económica de decisión, incluyendo a todo el conglomerado de entidades sometidas a un mismo control. El concepto de «empresa» se asemeja más al de «grupo» sometido a unidad de decisión, pero nada que ver con el concepto de «grupo» a efectos fiscales⁵⁰⁹.

El objetivo del régimen de aplicación de la normativa antimonopolio, establecido por el Reglamento (UE) 1/2003 del Consejo⁵¹⁰, es garantizar un mayor respeto de las normas de competencia de la UE en interés de los consumidores y de las empresas, aligerando al mismo tiempo el peso burocrático que sufren las empresas con actividades en Europa. Este Reglamento, que se basa en la aplicación descentralizada de las normas de competencia y en un mayor control a posteriori, reducirá la carga administrativa de la Comisión, lo que le permitirá concentrar sus recursos en la persecución de infracciones más graves de las normas de competencia. Asimismo, aumentará el papel de las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales en la ejecución del derecho de competencia de la UE, garantizando al mismo tiempo su aplicación efectiva y uniforme.

A través la constitución de un mercado único y común que integra las economías nacionales establezca las bases para el reconocimiento en el propio Tratado, es decir, una ordenación constitucional de la economía bajo el príncipe de libre competencia, que esta mencionado en el art. 3, letra b), del TFUE: “el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior”. El art. 26.1 del TFUE dejando claro que la “Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento.” En el Tratado se establecen tres materias, una de ellas respecto al mercado interior: “serán competencia exclusiva de la UE, no pudiendo intervenir los Estados, las materias referentes a unión aduanera; establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior; política monetaria de la eurozona; y política comercial común”.

La política de la competencia constituye uno de los ejes organizadores la Unión para su constitución económica. La creación de un mercado interior europeo que funciona eficientemente a raíz de la conservación en este último de un nivel de competencia suficiente para garantizar y asegurar la adecuada distribución de bienes y servicios y el desarrollo tecnológico en el beneficio del consumidor europeo prestándole bienes y servicios en mejores condiciones y a precios más bajos, constituye uno de los objetivos constitutivos que juntaron en la UE, que ha incluido entre sus disposiciones normas relativas a la competencia: actualmente los arts. 101 a 109 TFUE.

⁵⁰⁹ COCA & ASOCIADOS, C., “La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales: la presunción iuris tantum”, *Diario la Ley*, núm. 8984, sección tribuna, 22 de mayo de 2017, ed. Wolters Kluwer..

⁵¹⁰ Reglamento (UE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 101y 102 del Tratado. Este Reglamento adoptado por el Consejo el 16 de diciembre de 2002 para la aplicación de las normas de competencia previstas en los arts. 101 y 102 del TFUE, sustituyó al Reglamento (CEE) núm. 17/62, a partir del 1 de mayo de 2004.

La disposición del TFUE sobre la competencia se han visto completadas y desarrolladas por numerosos textos jurídicos obligatorios como los reglamentos y directivas, de tal manera que en la actualidad puede considerarse que en Europa hay un nivel elevado de competencia, y lo que sea más valioso una importante concienciación sobre la necesidad de rechazar las prácticas anticompetitivas.

El Espacio Económico Europeo (en adelante EEE)⁵¹¹, es un acuerdo tiene por objetivo reforzar las relaciones económicas y comerciales de la UE con los países de la Asociación Europea de Libre Comercio (en adelante AELC).

Extiende parcialmente las cuatro libertades de circulación del mercado interior a estos Estados y establece un régimen de intercambios destinado a garantizar el cumplimiento de las normas de competencia. No constituye un mercado sin frontera ni en una unión aduanera.

El EEE cuenta también con normas de competencia. Estas normas vienen a contemplar las mismas clases de conductas restrictivas que el derecho de la UE, cuya regulación se realiza además en términos prácticamente idénticos. Concretamente, los arts. 53, 54 y 61 del Acuerdo del Espacio Económico Europeo (en adelante AEEE)⁵¹² reproducen respectivamente los contenidos de los arts. 101, 102 y 107 del TFUE, relativos sucesivamente a los acuerdos anticompetitivos, el abuso de posición dominante y las ayudas públicas. En cuanto a la concentración de empresas, el art. 57 del AEEE, establece la aplicabilidad a las mismas del sistema de control establecido en el Reglamento (UE) núm. 139/2004⁵¹³. Este sistema presenta también, para la aplicación de las normas sobre la competencia, una participación a los Estados del EEE que no son miembros de la UE. A esta razón, el art. 55.1 del AEEE, señala que tanto la CE como el Órgano de vigilancia de la AELC, establecido en virtud del art. 108.1 del AEEE velarán por la aplicación de los principios enunciados en los arts. 53 y 54. En una sentencia, que tiene por objeto una pretensión de anulación de la Decisión C (2012) 8839 final de la Comisión, de 5 de diciembre de 2012, relativa a un procedimiento de conformidad con el art. 101 TFUE y con el art. 53 del Acuerdo sobre el EEE (asunto COMP/39.437 — Tubos para pantallas de televisor y de ordenador), en la medida en que afecta a la demandante y, con carácter subsidiario, una pretensión de supresión o de reducción del importe de la multa que se le ha impuesto⁵¹⁴, la Comisión encontró que los productores globales principales de CRT habían infringido el art. 101 TFEU y el art. 53 del acuerdo del EEE participando en dos infracciones separadas, cada uno que constituía una infracción sola y continua. Esas infracciones relacionadas, primero al mercado de CDT y, en segundo lugar, al mercado de CPT y tomaron la forma de acuerdos y concertaron prácticas entre los precios de arreglo de los productores de la CRT para, a los mercados de acciones y a los clientes asignando volúmenes de ventas, a los clientes y a las cuotas de mercado, para restringir la producción, para intercambiar la información comercial sensible y para supervisar la puesta en práctica de acuerdos colusorios⁵¹⁵.

⁵¹¹ Decisión 94/1/UE, CECA del Consejo y de la Comisión de 13 de diciembre de 1993 relativa a la celebración del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Austria, la República de Finlandia, la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega, el Reino de Suecia y la Confederación Suiza, por otra parte [DOUE núm. L 1 de 3.1.1994].

⁵¹² Acuerdo sobre el espacio económico Europeo (AEEE), DOUE núm. L 1/3, de 3 de enero 1994.

⁵¹³ Reglamento (UE) núm. 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas DOUE núm. L 24/1, de 29 de enero 2004.

⁵¹⁴ STS TG, (sala tercera), de 9 de septiembre de 2015. Asunto T- 104/13.

⁵¹⁵ Asunto T-104/13, STS del TG, sala tercera, del 9 de septiembre de 2015.

Asimismo, en otra sentencia, el Tribunal General reduce las multas impuestas por la Comisión a Panasonic y a Toshiba por su participación en un cártel en el mercado europeo de los tubos catódicos para televisores. La Comisión impuso multas por un importe total de aproximadamente 1 470 millones de euros a siete empresas que habían participado en uno o dos cárteles distintos en el mercado de los tubos de rayos catódicos. Una Decisión C (2012) 8839 final de la Comisión, de 5 de diciembre de 2012, relativa a un procedimiento en virtud del art. 101 del TFUE y el art. 53 del Acuerdo EEE (asunto COMP/39.437 - Tubos catódicos para televisores y monitores de ordenador)⁵¹⁶.

Mediante la Decisión C (2012) 1959 de 28 de marzo 2012, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 101 [TFUE] y el art.53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/39462 - Tránsito) (en lo sucesivo, «resolución impugnada»), la CE concluyó que las empresas que operan en el sector internacional de servicios de tránsito aéreo, incluidos los solicitantes, *Kuehne + Nagel International AG* (en adelante "*KN Internacional*"), *Kühne + Nagel Management AG* (en lo sucesivo "*Gestión KN*"), *Kuehne + Nagel Ltd* (Reino Unido) [en adelante "*KN (Reino Unido)*"], *Kuehne + Nagel Ltd* (Shanghai) [en adelante "*KN (Shanghai)* "] y *Kuehne + Nagel Ltd.* (Hong Kong) [en adelante "*KN (Hong Kong)* "], tenido, durante los períodos entre 2002 y 2007, participó en diversos acuerdos y prácticas concertadas en el sector de los servicios de tránsito aéreo internacional, lo que resulta en cuatro infracciones distintas del art. 101, párrafo 1, del TFUE y el art. 53, párr. 1, del EEE. Los demandantes alegan que el requisito de que un acuerdo debe ser capaz de afectar al comercio entre Estados miembros es un elemento del art. 101, párr. 1 del TFUE, que la Comisión debe probar, lo haría no por consideraciones demasiado generales a este respecto en la decisión impugnada. Según ellos, en esencia, el análisis de la Comisión no es conforme con el art. 101, párr. 1, del TFUE o directrices sobre el concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. [101 TFUE] y [102 TFUE] (DO 2004, C 101, p. 81, 2004 en adelante las "directrices")⁵¹⁷.

El art. 56 del AEEE ordena las reglas para tener en cuenta, sin perjuicio de la obligada cooperación entre ellos que precisa el art. 58 del AEEE: “con miras a elaborar y aplicar una política de vigilancia uniforme en todo el Espacio Económico Europeo en el ámbito de la competencia y a promover a este fin una ejecución, aplicación e interpretación homogéneas de las disposiciones del presente Acuerdo”⁵¹⁸. Estas reglas consideran, en el caso de los acuerdos anticompetitivos, los Estados cuyo comercio se vea afectado por las mismas, atribuyendo la competencia sobre su decisión al Órgano de vigilancia de la AELC, cuando solamente afecten a los Estados de la AELC. Por el

⁵¹⁶ Asunto T-82/13. *Panasonic y MT Picture Display/Comisión*. Anulación parcial de la Decisión C (2012) 8839 final de la Comisión, de 5 de diciembre de 2012, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 101 TFUE y del art. 53 del Acuerdo EEE (asunto COMP/39.437 – Tubos catódicos para televisores y monitores de ordenador) sobre un cartel en el mercado mundial de tubos catódicos para televisores y monitores de ordenador respecto a acuerdos o prácticas concertadas en materia de precios, reparto de mercados y clientes y limitación de la producción, así como, con carácter subsidiario, la anulación o la reducción de la multa impuesta a las demandantes Competencia.

⁵¹⁷ Asunto T-254/12 Tribunal de la UE, (sala noveno) de 29 de febrero de 2016 *Kuehne + Nagel International AG y. c/CE*.

⁵¹⁸ 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. Diario Oficial L 001 de 03/01/1994 p. 0003 – 0036.

abuso de posición dominante, la competencia residirá en el órgano en cuyo territorio se dé la posición dominante (art. 56.2 del AEEE).

7.1. Las fuentes normativas en la Unión Europea

En las fuentes del derecho europeo de la competencia, se aparece los Tratados fundacionales de la UE, los Convenios internacionales, los Reglamentos de aplicación, las Directivas empleadas para la armonización de las legislaciones y la jurisprudencia del TJEU y del Tribunal de Primera Instancia (TPI).

El Derecho de la UE constituye un ordenamiento jurídico propio, distinto del Derecho internacional e integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros. El ordenamiento jurídico de la Unión se basa en fuentes de Derecho autónomas. Dada la diversa naturaleza de estas fuentes, ha sido necesario establecer una jerarquía entre ellas. En la cima de dicha jerarquía se encuentra el Derecho primario, formado por los Tratados y los principios generales del Derecho, seguido de los acuerdos internacionales celebrados por la Unión y del Derecho derivado o secundario, que se fundamenta en los Tratados⁵¹⁹.

7.1.1. Derecho Originario o Primario

En un sentido restrictivo, constituyen el Derecho originario o primario los Tratados fundacionales, modificativos, protocolos anexos, tratados complementarios y tratados de adhesión. Las disposiciones de los Tratados constituyen la máxima expresión en la jerarquía del ordenamiento jurídico europeo y predominan sin excepción ante otras fuentes de derecho europeo, así como ante cualquier acto unilateral o convencional de los Estados miembros respecto al ámbito de aplicación material de los Tratados. Por tanto, los Tratados tienen un valor jurídico superior, de la misma que lo tiene la Constitución de un Estado. Así, los Estados miembros se encuentran a él supeditados de una manera similar a la que la Constitución sujeta a los poderes públicos nacionales. Desde el punto de vista formal, ello supone que el establecimiento de una jerarquía normativa que fundamenta el ordenamiento jurídico de la UE, en la medida en que constituirán normas de la Unión todas aquellas que los nuevos Tratados establezcan que lo son, y su validez se deducirá por su conformidad con la norma superior, y en último término, con los Tratados⁵²⁰.

El ordenamiento jurídico comunitario es un verdadero ordenamiento ya que posee su propio sistema de fuentes que emanan de las instituciones de la Unión Europea y, asimismo, goza de mecanismos y procedimientos tanto de aplicación de las normas como de sanción por su incumplimiento en defensa de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos europeos. Estando compuesto, como ya sabemos, por los denominados Derecho originario y Derecho derivado⁵²¹.

Actualmente, el derecho de la competencia de la UE se encuentra fundamentalmente en los arts. 101 a 109 del Tratado de Lisboa.

⁵¹⁹ RAFFAELLI, R., “las fuentes y el ámbito de aplicación del derecho de la UE”, 10/2015. http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.2.1.pdf. (Consultada el 18 de diciembre de 2015).

⁵²⁰ ABELLÁN HONRUBIA, V.; VILÁ COSTA, B. and OLESTI, A. “*Lecciones De Derecho Comunitario Europeo*”, 6.ª Act. Ed. Barcelona: Ariel, 2011, p. 106.

⁵²¹ PINTOS SANTIAGO, J., “El constitucionalismo económico en la Unión Europea frente a la defensa de los derechos fundamentales en el Tratado de Lisboa”, *Actualidad Administrativa*, núm. 1, sección A Fondo, enero 2015, tomo 2, ed. Wolters Kluwer .

El Derecho primario constituye el Derecho supremo, es decir, prevalece sobre cualquier fuente de Derecho que no pueda contradecirla. Así el Tribunal de Justicia está encargado de hacer respetar esta prevalencia (art. 263 TFUE)⁵²². Dicho Derecho está formado por el conjunto de los Tratados fundacionales de la UE, modificados y adaptados por distintos Tratados y actos, se trata de:

- *Los Tratados «fundacionales», que constituyen la UE;*
- *Los grandes Tratados modificativos de la UE;*
- *Los protocolos anexos a los mencionados Tratados;*
- *Los Tratados complementarios, que aportan modificaciones sectoriales a los Tratados fundacionales;*
- *Los Tratados de adhesión de los distintos países a la UE.*

En el ámbito de aplicación territorial del Derecho primario, el art. 355 del TFUE establece que el Derecho de la UE se aplica a los territorios metropolitanos de los Estados miembros y a ciertas islas y territorios de ultramar (como Madeira, las Canarias y los departamentos franceses de ultramar). Se aplica también a los territorios cuyas relaciones exteriores corresponden a un Estado (como Gibraltar y las Islas Aland). El art. 355 del Tratado dispone que el Consejo pueda definir un régimen especial para determinados territorios como ocurre, por ejemplo, con Gibraltar y San Pedro y Miquelón en materia aduanera. Por último, ese artículo estipula expresamente que el Derecho europeo no se aplicará a determinados territorios, como las Islas Feroe.

Con respecto al ámbito de aplicación temporal, el Derecho primario es aplicable en el momento de la entrada en vigor del Tratado, con la excepción de un período transitorio. En lo que respecta a la duración de la aplicación, los textos dependientes de la esfera del Derecho primario tienen, en principio, una duración ilimitada (por ejemplo, el TFUE, de conformidad con lo dispuesto en el art. 356)⁵²³.

A estos efectos, el Derecho originario por respecto a los arts. 101 y 102 del Tratado, debe resaltar que, cuyos destinatarios son en principio los Estados miembros, actualmente están estudiando normas directamente aplicables, que también involucran a las empresas, según lo confirmado por la jurisprudencia del Tribunal de la Justicia⁵²⁴.

Por lo tanto, ese Derecho originario o primario tiene una función constitucional y de tales reglas básicas y fundamentales derivan de otras, incluidas en una estructura coherente y jerarquizada, que se proponen en el art. 189 del Tratado.

Los Tratados constituyen el Derecho primario de la UE y definen las cuestiones esenciales del sistema europeo, tales como las competencias, los procedimientos legislativos y los poderes conferidos a las instituciones y participantes en el sistema.

En el derecho primario, el efecto directo ha sido reconocido en a las disposiciones de los tratados que reconocen el derecho a los particulares, impidiendo la aplicación de normas internas contrarias a los tratados.

El reconocimiento formal en el ordenamiento de la UE al nivel del derecho primario de unos derechos sociales fundamentales debe generar límites internos a la

⁵²² ZÁRATE CONDE, A. (coord.), “Derecho Constitucional, Obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la Carrera Judicial y Fiscal”, ed. Universitaria Ramón Areces, 13-02-2018, ISBN 978-84-9961-274-4.

⁵²³ ABELLÁN HONRUBIA, V.; VILÁ COSTA, B. and OLESTI, A., *op. cit.*, nota 464, p 109 y ss.

⁵²⁴ STS del TJUE de 6 de abril de 1962, asunto *Bosh*.

expansión incontrolada de las libertades económicas y corregir el desequilibrio entre la dimensión económica y social de la Comunidad, contribuyendo de forma positiva al ejercicio de las competencias de la Unión para respetar y hacer efectivos los derechos sociales reconocidos en la Carta, que también han de ser respetados y hechos efectivos por los Estados cuando ponen en práctica el Derecho comunitario⁵²⁵.

7.1.2. Derecho Derivado

En un sentido amplio, el ejercicio de las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes⁵²⁶. Su enumeración se recoge en el art. 288 TFUE que dice “...*El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro...*”. Es decir que, se aplica de forma general en cada Estado miembro, de manera efectiva y uniforme, sin necesidad de ningún acto intermedio, genera directamente los derechos y obligaciones en el ámbito del ordenamiento jurídico interno de Estados. De otra parte, el mismo art. estipula que “... *La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios...*”. Se trata de un acto que solo vincula en la obtención del resultado prescrito por la directiva, pero ofrece a los Estados la libertad de elección de las medias conformidades con el ordenamiento jurídico interno. Asimismo, el art. cita que “... *La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios...*”. Se trata de un acto obligatorio en todos sus elementos. Sin embargo, a diferencia del reglamento y la decisión, sólo vincula a los destinatarios especificados en el acto, ya sean Estados miembros o particulares. Por consiguiente, la decisión constituye el acto de ejecución por antonomasia en el sistema jurídico de la UE. Por las recomendaciones y dictámenes, se distinguen del conjunto de los otros instrumentos anteriores en que “no vinculan”, así resulta del citado art. 288 TFUE “*no serán vinculados*”. Constituyen sin embargo instrumentos muy útiles de orientación de las recomendaciones y de las legislaciones. Si los dictámenes dirigidos por la Comisión a las empresas o a los Estados no expresan más que una opinión, las recomendaciones son invitaciones a adoptar una regla de conducta y se emparentan con una especie de directivas no obligatorias, jugando un papel de fuente indirecta de acercamiento de las directivas no obligatorias, jugando un papel de fuente indirecta de acercamiento de las legislaciones nacionales⁵²⁷.

De conformidad con el art. 288 del TFUE la Directiva es una disposición de Derecho europeo derivado, que obliga al Estado miembro al que se dirige a lograr el resultado, mientras que deja a las autoridades nacionales elegir la forma y los medios necesarios para lograr ese resultado. Por lo tanto, es un instrumento legal normativo para el cual los destinatarios son los Estados miembros, de modo que solo vincula a dichos destinatarios, que no tienen, en principio (con las salvedades que luego expondremos) efectos generales contra cualquier persona física o jurídica, no pudiendo ser válidamente alegada ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros; lo

⁵²⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “1 cuestionado efecto directo en los litigios laborales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, año 30, Octubre 2014, p. 1, tomo 1, ed. Wolters Kluwer..

⁵²⁶ MARTÍN ALONSO, N., “Las “diferentes” fuentes del derecho de la Unión Europea”, *noticias jurídicas*, 12/03/2015.

⁵²⁷ BERNAT, G. P., “El derecho comunitario europeo. Sus fuentes: derecho primario y derecho derivado. Examen especial del reglamento y de la directiva: proceso normativo”, 19 de enero de 2005.

que la distingue, por ejemplo, de los Reglamentos⁵²⁸. Así, la aplicación del derecho europeo en el derecho interno español provoca una serie de problemas ligados a las relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos.

En conclusión, el Reglamento es una fuente derivada directa del Derecho de la Unión Europea, de alcance general, obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro (art. 288 TFUE (LA LEY 6/1957)), que para su entrada en vigor requiere de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, de manera que entrarán en vigor en la fecha que en ellos se determine, o bien, en su defecto, desde el vigésimo día (natural) de su publicación⁵²⁹.

7.1.3. Derecho Complementario

La tercera fuente del Derecho europeo constituye dos grandes grupos de normas que se inscriben en el marco del Derecho Internacional, y las que ocupan la jurisprudencia, a saber, los principios del derecho y la costumbre. Los primeros constituyen los acuerdos concluidos entre los Estados miembros, también acuerdos celebrados por los representantes de los Gobiernos de los Estados reunidos en Consejo, además, las declaraciones, resoluciones y tomas de posición adoptadas de común acuerdo por los estados, y por fin los acuerdos concluidos por la Unión con terceros. Por lo que es de fuentes no escritas, se distingue los principios constitucionales del sistema, que son los principios reconocidos en los tratados constitutivos. Al contrario, a las costumbres que no están previstas en los Tratados y, hasta el momento no están referidas por el TJUE.

En rigor, el Derecho complementario no está subordinado al Derecho originario, ya que no tiene su fundamento en los Tratados constitutivos, pero su propia finalidad postula una relación de compatibilidad con éstos. Así, el art. 48 TFUE conduce a la misma conclusión. El TJUE carece de competencia sobre el Derecho complementario, los actos de dicho derecho no pueden ser objeto de un control de legalidad por el TJUE (circunscrito a los actos adoptados por las instituciones), tampoco podrán ser objeto de una cuestión prejudicial (porque ni son “Tratados” ni son actos de las instituciones), ni podrá iniciarse un procedimiento por incumplimiento contra un Estado miembro por no atenerse a un compromiso asumido en un acto de Derecho complementario. Ahora bien, en relación con los convenios del art. 293 TFUE, hay que señalar que, en algunos casos, los Estados miembros voluntariamente han atribuido al TJUE, en el propio convenio o a través de un protocolo adicional, competencia para conocer de las cuestiones prejudiciales de interpretación (no de validez) que les formulen los tribunales nacionales⁵³⁰.

⁵²⁸ Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. adoptado en su sesión del día 3 de diciembre de 2015 sobre Efectos de las Directivas de contratación pública en la regulación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, tras la conclusión del plazo de transposición.

⁵²⁹ PINTOS SANTIAGO, J., “Las fuentes formales en el derecho derivado de la Unión Europea: actos típicos y atípicos de la contratación pública, conclusiones a los distintos estadios de los principios generales. El principio general de vigencia tecnológica”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 147, sección reflexiones, enero 2017, ed. Wolters Kluwer.

⁵³⁰ DÍEZ-HOCHLEITNER, J., BLÁZQUEZ NAVARRO, I., MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., Y IZQUIERDO, C., “El derecho comunitario derivado, los acuerdos internacionales de las cc.ee. y el derecho complementario”, tema 11, 2009, p. 6.

7.2. Las fuentes normativas en España

En España, la primera norma que se ocupa de la Defensa de la Competencia fue la Ley 110/1963, de 20 de julio de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, influenciada por la legislación *Antitrust*. La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y se completa con el Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero, en relación con la STC 208/1999⁵³¹, que establece un conjunto de intervenciones de los poderes públicos para evitar aquellas prácticas y situaciones anticompetitivas.

La naturaleza del Derecho de la Defensa de la Competencia como derecho administrativo, pero también el marco geográfico donde la afectación de la libre competencia puede enmarcarse, o el desarrollo de funciones conexas como las directivas del art. 51 de la Constitución Española⁵³² al respecto del mercado interior, determinan el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas.

La actual Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, de 3 de julio, está guiada por cinco principios que enuncia en su exposición de motivos a saber la garantía de la seguridad jurídica de los operadores económicos, la independencia en la toma de decisiones, la transparencia y la responsabilidad frente a la sociedad de los órganos encargados de la aplicación de la Ley, y por fin, la eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia y la búsqueda de la cohesión del sistema.

En un Asunto C-117/12⁵³³ que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por la Audiencia Provincial (AP) de Burgos, mediante resolución de 15 de febrero de 2012⁵³⁴, recibida en el Tribunal de Justicia el 5 de marzo de 2012. La petición de decisión prejudicial se refiere El art. 1 del Reglamento (CEE) núm. 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del [art. 101 TFUE, apdo. 3⁵³⁵] a categorías de acuerdos de franquicia

⁵³¹ STC 208/1999, de 11 de noviembre. La sentencia que nos atañe se trata de una STC del TC en la cual se tramitan dos recursos de inconstitucionalidad acumulados promovidos, respectivamente, por el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁵³² El Art. 51 de la Constitución estipula que: “1) Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos; 2) Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca; 3) En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

⁵³³ Asunto C-117/12. Auto del TJ (sala octava) de 7 de febrero de 2013. La *Retoucherie de Manuela*, SL contra *La Retoucherie de Burgos*, SC. Petición de decisión prejudicial: AP de Burgos - España. Art. 99 del Reglamento de Procedimiento - Competencia - Acuerdos entre empresas – Art. 101 TFUE - Exención por categorías de acuerdos verticales - Reglamento (CE) núm. 2790/1999 – Art. 5, letra b) - Cláusula de no competencia impuesta al comprador al término de un contrato de franquicia - Local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el período contractual. Competencia, Prácticas colusorias.

⁵³⁴ Resolución de 15 de febrero de 2012, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación para la concesión de ayudas económicas de acompañamiento por la participación en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, establecidas en el Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero. BOE núm. 41.

⁵³⁵ El art.3, apdo. 1, de dicho Reglamento era del siguiente tenor: “El art. 1 se aplicará sin perjuicio de cualquiera de las obligaciones siguientes, impuestas al franquiciado, en la medida en que sean necesarias para la protección de los derechos de propiedad industrial o intelectual del franquiciador o para mantener la identidad común y la reputación de la red franquiciada: [...] c) No ejercer, ni directa ni indirectamente,

(DO L 359, p. 46), disponía respecto de determinados acuerdos de franquicia una exención de la prohibición prevista en el art. 101 TFUE, apdo. 1. En el Derecho español, A tenor del art. 1, apartado 4, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007, p. 28848): “La prohibición del apdo. 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del [art. 101 TFUE, apdo. 3,] a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la [Unión Europea].”

7.3. El objeto principal del derecho la competencia

La Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía⁵³⁶ ha trabajado para promover y preservar el funcionamiento competitivo de los mercados y ha contribuido a mejorar su regulación económica, promoviendo y velando por la existencia de una competencia efectiva en los mismos y protegiendo los intereses generales, especialmente de las personas consumidoras y usuarias. Asimismo, esta Agencia viene efectuando un control previo o ex ante de todos aquellos proyectos normativos de rango legal y reglamentario desde la óptica de su incidencia en la competencia efectiva en los mercados, mediante la emisión de informes por el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía.

La Comisión tiene la obligación de evaluar las concentraciones y adquisiciones en las que participen empresas con un volumen de negocios que supere determinados umbrales⁵³⁷ e impedir concentraciones que obstaculicen de forma significativa la competencia efectiva en el EEE o en una parte sustancial del mismo⁵³⁸.

En el mercado interior, el CESE aprueba las iniciativas de la Comisión para crear un verdadero espacio europeo de competencia, que supone la armonización de las normas básicas del derecho nacional, ya que esto garantiza la actividad económica en el dicho mercado⁵³⁹. Se aplica las normas europeas sobre competencia cuando se falsea dicha competencia, que se desprende claramente en el Tratado de Lisboa en su art. 101, que prohíbe las ententes que tienen por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. De otra parte, al art. 107.1 declara incompatible con el mercado interior las ayudas otorgadas por los Estados miembros o mediante fondos

un comercio similar en un territorio donde pudiera competir con un miembro de la red franquiciada, incluido el franquiciador; el franquiciado podrá ser mantenido bajo esta obligación después de la expiración del contrato, por un período razonable no superior a un año, en el territorio donde haya explotado la franquicia”.

⁵³⁶ Resolución de 19 de abril de 2016, de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, por la que se aprueban los criterios para determinar la incidencia de un proyecto normativo en la competencia efectiva, unidad de mercado y actividades económicas. Boletín Oficial de la Junta de Andalucía 13 de mayo 2016.

⁵³⁷ Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de concentraciones") (Texto pertinente a efectos del EEE).

⁵³⁸ CE, Concentraciones: La Comisión prohíbe la propuesta de adquisición de *Telefónica UK* por *Hutchison*. Bruselas, 11 de mayo de 2016.

⁵³⁹ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO ,Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Informe sobre la política de competencia 2014” [COM(2015) 247 final] (DOUE 2016/C 071/06).

estatales, que falsean o amenacen a falsear la competencia y de la interpretación del art. 102 del TFUE, que menos expresivo que los anteriores, alude, sin embargo, a un concepto jurídico a saber el abuso de posición dominante, con el que se designa a un tipo de agresión unilateral por parte de las empresas contra las condiciones en que, con anterioridad, se desenvolvía la competencia en un determinado mercado⁵⁴⁰.

7.4. Los fines del Derecho de la Competencia

El viento de modernización que sopla desde hace unos años sobre el derecho europeo de la competencia y, indirectamente sobre los derechos nacionales de los Estados miembros provocó una reflexión doctrinal sostenida sobre las normas que deben regir una Ley de competencia. Estos incluyen los objetivos y métodos de esa Ley que plantean interrogaciones⁵⁴¹.

El derecho de la competencia tiene por objeto, básicamente, suprimir el poder de mercado de las empresas cuando genera la ineficiencia en la asignación de los recursos, la producción y la innovación, en detrimento del excedente del consumidor y en finalmente, el bienestar general. La competencia efectiva debe más definirse como la posibilidad de una competencia corriente o potencial⁵⁴².

Tras mucho tiempo, (la Directiva 2014/104/UE (LA LEY 18555/2014)⁵⁴³, por la que se armonizan determinados aspectos del régimen nacional de las acciones de indemnización por daños y perjuicios derivadas de una infracción del Derecho de la competencia de la UE. Esta Directiva intenta remediar la actual situación de gran disparidad en el Derecho interno de los Estados miembros en lo relativo al régimen procesal y sustantivo de las acciones por daños derivadas de infracciones del Derecho de la competencia de la Unión. Para ello, regula esencialmente aspectos de carácter procedimental, junto con cuestiones de carácter sustantivo llamadas a incidir directamente en los regímenes de responsabilidad civil nacionales. Es decir, armoniza de manera fraccionada aspectos esenciales del régimen de las acciones indemnizatorias por infracción del Derecho de la competencia de la Unión, abordando aspectos tanto procesales como sustantivos. Asimismo, se ocupa de la coordinación entre la aplicación pública y privada, y también entre la aplicación privada clásica –la que recae en manos de los órganos jurisdiccionales nacionales– y la solución extrajudicial de controversias.

En el presente comentario nos limitaremos a efectuar unas breves observaciones sobre los aspectos principales de los que se ocupan los preceptos que conforman el cuerpo de la Directiva (arts. 5 a 19)⁵⁴⁴.

⁵⁴⁰ CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Antitrust Europeo*, tomo I. Parte general la competencia, COLEX 2009, p 107.

⁵⁴¹ RIEM, F., “Concurrence effective ou concurrence efficace? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil”, *Revue internationale de droit économique*, 2008/1 (t. XXII, 1), p. 67-91.

⁵⁴² PRIETO, C., “L'Europe et le droit de la concurrence: des malentendus aux mérites reconnus”, *JCP (G)*, 21 mars 2007, I, 132.

⁵⁴³ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 (La Ley 18555/2014), relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DOUE núm. L 349, de 5 de diciembre de 2014, pp. 1-19).

⁵⁴⁴ ORÓ MARTÍNEZ, C., “Las reclamaciones por daños derivados de una infracción del Derecho de la competencia de la UE: primeras observaciones sobre la Directiva 2014/14/UE”, la Ley Unión Europea, núm. 22 de enero de 2015, año III, ed. Wolters Kluwer.

En consecuencia, ese Derecho originario o primario actúa con una función constitucional y de tales normas fundamentales derivan a su vez otras, trabadas en una estructura coherente y jerarquizada, que se ofrecen en el art. 189 del Tratado.

Los Tratados constituyen el Derecho primario de la UE y definen las cuestiones esenciales del sistema comunitario, tales como las competencias, los procedimientos legislativos y los poderes conferidos a las instituciones y participantes en el sistema⁵⁴⁵.

En el derecho primario se ha reconocido efecto directo a las disposiciones de los tratados que reconocen el derecho a los particulares, impidiendo la aplicación de normas internas contrarias a los tratados.

El reconocimiento formal en el ordenamiento de la UE a nivel del derecho primario de unos derechos sociales fundamentales debe generar límites internos a la expansión incontrolada de las libertades económicas y corregir el desequilibrio entre la dimensión económica y social de la Comunidad, contribuyendo de forma positiva al ejercicio de las competencias de la Unión para respetar y hacer efectivos los derechos sociales reconocidos en la Carta, que también han de ser respetados y hechos efectivos por los Estados cuando ponen en práctica el Derecho europeo⁵⁴⁶.

La Ley se refiere a dos tipos de conductas que considera como prácticas restrictivas de la competencia: las prácticas colusorias y las abusivas.

En el ámbito español, la Ley 15/2007, el núcleo central de la regulación. Se trata de una norma, con un esquema institucional diferente, con un régimen material, ciertamente continuista y con una sistemática diferencial en lo que se refiere a la operatividad y el funcionamiento de los órganos que deben luchar contra las conductas contrarias a la competencia.

En el ámbito europeo, el TFUE regula y establece, en la actualidad, las determinaciones sobre la competencia. En concreto, el Capítulo I se refiere a las normas sobre la competencia, a las ayudas otorgadas por los Estados, a las disposiciones fiscales, la aproximación de las legislaciones para conseguir los objetivos comunitarios en materia de competencia.

En la sentencia *Continental Can*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) tuvo la oportunidad de aclarar que la intención del Tratado era “conservar al mercado las posibilidades de una competencia efectiva o potencial⁵⁴⁷”.

Con la aprobación, en el epílogo caso *Microsoft*, la posición de la Comisión de que una empresa no tenía derecho a “comprometer la competencia efectiva”, el TPI se limitó a referirse al principio planteado en 1973 por el Tribunal de Justicia⁵⁴⁸.

Entre la competencia efectiva y potencial, existe una diferencia significativa en el grado. La competencia potencial ejerce una restricción menos inmediata a las

⁵⁴⁵ ESCRIBUELA MORALES, J., “Los contratos del sector público”, Esta doctrina forma parte del libro “La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministros y de servicios, 4.ª ed.”, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, mayo 2012.

⁵⁴⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “¿I cuestionado efecto directo en los litigios laborales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea?”, relaciones laborales, núm. 10, año 30, octubre 2014, p.lk, k 1, tomo 1, ed. Wolters Kluwer.

⁵⁴⁷ Asunto 6/72, TJUE, 21 de febrero de 1973, *Europemballage y Continental Can Company/ Comisión*.

⁵⁴⁸ Asunto T-201/04, TPI de 17 de septiembre de 2007, *Microsoft Corporation c/ Comisión*.

empresas en su lugar, pero constituyen, sin embargo, una amenaza de moderar el uso de su poder de mercado⁵⁴⁹.

Tras el TFUE, los objetivos aparecen recogidos en el art. 2.1 cita que, cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión. Del mismo en su art. 3 dispone que, la Unión disponga de competencia exclusiva en los ámbitos siguientes:

- *La unión aduanera;*
- *El establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior;*
- *La política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro;*
- *La conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común;*
- *La política comercial común.*

En una sentencia del Tribunal de Justicia⁵⁵⁰, tiene por objeto la interpretación del art. 102 del TFUE, en el marco de un litigio entre *Post Danmark A/S* (en lo sucesivo, “*Post Danmark*”) y el *Konkurrencerådet* (Consejo de la Competencia), en relación con un sistema de descuentos retroactivo aplicado por dicha empresa en los años 2007 y 2008 para los envíos publicitarios con destinatario masivos. El Tribunal de Justicia declara que una empresa que se encuentra en posición dominante, puede tener un efecto de exclusión del mercado, infringiendo el art. 102 del TFUE, y que, la aplicación del criterio denominado “del competidor igualmente eficaz” no es un requisito indispensable para determinar el carácter abusivo de un sistema de descuentos, conforme al dicho art. 102 del TFUE.

⁵⁴⁹ COUSIN, M., “*La concurrence potentielle: réflexions sur le traitement juridique d’une variable économique*”, *Concurrences*, núm. 1/2007, p. 38.

⁵⁵⁰ Asunto C-23/14, STC del TJ (Sala Segunda) de 6 de octubre de 2015, Procedimiento prejudicial — Art. 102 TFUE — Abuso de posición dominante — Mercado de la distribución de envíos postales masivos — Publicidad por correo — Sistema de descuentos retroactivo — Efecto de exclusión — Criterio del competidor igualmente eficiente — Grado de probabilidad y seriedad de un efecto contrario a la competencia. Competencia, Posición dominante.

CAPÍTULO 3

PROBLEMAS PLANTEADOS POR GOOGLE EN EL ÁMBITO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. la Ley DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ERA DIGITAL. 3. EL MARCO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS. 4. LOS LÍMITES A LOS DERECHO DE AUTOR Y SUS APLICACIONES A LOS MOTORES DE BÚSQUEDA. 5. PROTECCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR EN LA SOCIEDAD DE INFORMACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La propiedad intelectual es el conjunto de derechos que pertenecen a los autores y a los artistas intérpretes o ejecutantes⁵⁵¹ respecto de las obras y prestaciones beneficio de su creación. Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria artística o científica⁵⁵².

En términos generales, la propiedad intelectual es la forma de integrar los derechos de autor y los derechos de propiedad industrial en el mismo concepto, este último tradicionalmente consiste en patentes, marcas comerciales y diseños, a los que se han agregado otros más tarde. La libre competencia es un principio que estructura y limita todo el sistema de propiedad intelectual en un sentido amplio, un principio que cumple con el mandato constitucional de la libertad de empresa del art. 38 EC. La propiedad intelectual en sentido estricto, es el derecho de autor. La propiedad intelectual y los derechos de autor estaban fuertemente influenciados por la Ley anglosajona, que tradicionalmente usaba el término "*intellectual property*" para referirse a ambos tipos de propiedad inmaterial⁵⁵³. En esta evolución hacia el concepto amplio de propiedad intelectual, cabe mencionar el Convenio de Estocolmo de 1967, que creó la OMPI, que en 1974 se convirtió en una organización especializada de las Naciones Unidas (en adelante ONU). Según este acuerdo, la propiedad intelectual comprende dos ramas básicas: propiedad industrial y derechos de autor.

En el ámbito europeo, la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, en su art. 1 declaró "*La presente Directiva se refiere a las medidas, procedimientos y recursos necesarios para garantizar el respeto de los derechos de*

⁵⁵¹ Art. 105 LPI.

⁵⁵² Art. 5.1 LPI.

⁵⁵³ RUIZ MUÑOZ, M., coord. LASTIRI SANTIAGO, M., RUIZ MUÑOZ, M., "Derecho de la propiedad intelectual. Derecho de autor y propiedad industrial", 11/2017. Ed. Tirant lo Blanch.

propiedad intelectual. A los fines de la presente Directiva, el término "derechos de propiedad intelectual" incluirá los derechos de propiedad industrial".

Más recientemente, la nueva Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014.

En derecho español, el derecho de autor se genera de modo automático desde el momento de la creación de la obra al no exigir ningún requisito formal para ser autor, tal como podría ser el depósito legal en el caso de los libros o la inscripción en el Registro de la propiedad intelectual⁵⁵⁴.

Según los arts. 428 y 429 CC, la propiedad intelectual se considera como una propiedad especial. Sin embargo, el CC hace poco más que reconocer la existencia de estas "propiedades especiales" porque no las regula. Así el arte. 428 CC Consagra que, bajo éste, El autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad. Por su parte, el art. 429, indica que si en casos no previstos ni resueltos por dicha ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad. En el CP, los arts. 270 a 272 regulan los delitos contra la propiedad intelectual.

La construcción del derecho de autor se articula en torno a la delimitación de su objeto: la obra. Según él, se establece quiénes son los autores y cuál es el alcance del uso exclusivo. La Ley de Propiedad Intelectual⁵⁵⁵ (en adelante LPI) define la obra protegida en su art. 10 como: "*Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro (...)*". Por su parte, el art. 1 del Reglamento para la ejecución de la Ley de Propiedad Intelectual, de 10 de enero de 1879 (Real Decreto de 3 de septiembre de 1880), sigue vigente, determina que: "*Se entenderá por obras, para los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, todas las que se producen y puedan publicarse por los procedimientos de la escritura, el dibujo, la imprenta, la pintura, el grabado, la litografía, la estampación, la autografía, la fotografía o cualquier otro de los sistemas impresores o reproductores conocidos o que se inventen en lo sucesivo*".

2. LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ERA DIGITAL

En el BOE de 2 de marzo se ha publicado la Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.

⁵⁵⁴ AMOYA, F. A., "Los derechos patrimoniales de autor y sus límites", en Fayos Gardó, A., *La propiedad intelectual en la era digital*, ed. Dykinson, Madrid, 2016. P. 51.

⁵⁵⁵ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

De la revolución digital ha surgido una extraordinaria oportunidad para la creación y difusión de contenidos culturales, pero también se ha desarrollado en paralelo, nuevas formas de fraude de los derechos de propiedad intelectual. La difusión en Internet de datos o información que puedan infringir dichos derechos⁵⁵⁶.

La propiedad intelectual ha sido un derecho sujeto a muchas transformaciones en su evolución. La existencia de nuevos canales de comunicación es esencial para la realización de las diferentes actividades. Esta nueva realidad planteada por Internet es una nueva forma de entender la información.

En España, las autoridades públicas, conscientes de la importancia estratégica de incorporar el comercio electrónico a nivel mundial, consideran la necesidad de integrar la Directiva de Comercio Electrónico a través de su transposición al orden español. Después de mucho tiempo, se aprobó la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante, SSICE)⁵⁵⁷.

2.1. Concepto y aplicación de la LSSICE

La LSSICE tiene como objeto la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Asimismo, incorpora parcialmente la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, al regular, de conformidad con lo establecido en ella, una acción de cesación contra las conductas que contravengan lo dispuesto en esta Ley. Lo que la Directiva 2000/31/CE denomina "sociedad de la información" viene determinado por la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información. Su incorporación a la vida económica y social ofrece innumerables ventajas, como la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo.

La sentencia del Juzgado⁵⁵⁸ concluye que «(...) la actividad organizada llevada a cabo por la actora, ya se entienda de mediación o intermediación [...], ya se entienda de organización de un servicio a prestar contratado vía electrónica, enfocado en la temática del transporte urbano de viajeros, no es una de las actividades excluidas del art. 5 de la LSSI y, sin embargo, sí se incardina dentro del ámbito de aplicación del art.1 de la LSSI, ley ésta que por lo demás, establece un catálogo propia de infracciones, e inclusive en su art. 6 postula la no autorización previa en relación a esta prestación de servicios *sui generis*».

En su art. 17 de la LSSI, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico señala: "1.- *Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios*

⁵⁵⁶ MONTESINOS GARCÍA, A., "La protección de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, a la luz de la inminente reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual", *Diario la Ley*, núm. 8361, sección tribuna, 24 de julio de 2014, Año XXXV, Ref. D-253, ed. la Ley.

⁵⁵⁷ 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.

⁵⁵⁸ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS 87/2018 de 25 de enero de 2018, rec. 313/2016.

o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos".

Tanto la UE ⁵⁵⁹ en la Directiva 2000/31 (LA LEY 7081/2000)/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, como España en la LSSI, han optado por no hacer responsables a los proveedores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos que albergan un sitio *Web* del control de los contenidos que transitan por sus sistemas informáticos, con determinadas excepciones; se recoge la norma general de que los prestadores de servicios, sólo serán responsables por contenido que ellos mismos elaboren o que se hayan elaborado por su cuenta, excluyendo así cualquier responsabilidad por contenido ajenos que en el ejercicio de sus actividades de intermediación, transmitan, copien, almacenen o localicen, siempre que respeten las limitaciones impuestas por la normas, a tenor de lo establecido en el art. 13 de la LSSI.

A los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, al igual que a los que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, sólo se les podrá hacer responsables en dos supuestos: cuando tengan conocimiento efectivo de que la información almacenada o que es objeto de enlace o búsqueda, es ilícita o de que puede lesionar bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización y cuando teniendo este conocimiento, no actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos; entendiéndose que el servidor conoce la ilicitud de esa información a la que presta un servicio determinado "cuando el órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse ", como dice el art. 16; el legislador español, con el fin de no menoscabar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y otros valores ha optado por la no obligación de fiscalizar los contenidos por parte de los prestadores de servicios, si bien les impone un deber de diligencia, concretado, aparte de lo establecido en el art. 16, en el art. 11, que establece una serie de

⁵⁵⁹ Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña, STC24/2017 de 1 de febrero de 2017, rec. 481/2015.

obligaciones en relación con los contenidos, y de colaboración con las autoridades públicas para localizar e imputar responsabilidad a los autores de actividades o contenido ilícitos que se difundan por la Red o para impedir que éstos se sigan divulgando⁵⁶⁰.

El TS ⁵⁶¹ en una sentencia no ha declarado que Google haya vulnerado la normativa sobre protección de datos cuando trató los datos personales del demandante al indexarlos y comunicar el vínculo de la página *web* que publicaba el indulto a los internautas que hicieran una búsqueda utilizando esos datos. Ha declarado que tal vulneración se produjo cuando, más de diez años después de la publicación del indulto (y más de veinte años después de que se cometiera el delito de cuya condena fue indultado), tras ser requerida por el afectado para que cancelara el tratamiento automatizado de esos datos personales con relación a la página *web* que publicaba el indulto, Google siguió realizando dicho tratamiento automatizado de los datos personales del demandante en relación al indulto durante varios meses.

Al abordar la reclamación formulada frente a Google *Spain*, la Audiencia, en primer lugar, rechazó la alegación de falta de legitimación pasiva de esta demandada, con base en las declaraciones de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (en lo sucesivo, STJUE) de 13 de mayo de 2014 (asunto C-131/12 (La Ley 51150/2014), Google *Spain S.L.* contra AEPD, en lo sucesivo, STJUE del caso Google), que entendió que fundamentaban la legitimación pasiva de Google *Spain* debido a la interdependencia entre la actividad publicitaria de esta y la del motor de búsqueda de Google *Inc.*, así como por la existencia de anteriores litigios en España, en los que se demandó a Google *Spain*, por la actividad del buscador Google, y en los que Google *Spain*, asumió la legitimación pasiva, lo que consideraba constitutivo de actos propios.

La AEPD⁵⁶² de fecha 27 de febrero de 2015, dictada en un procedimiento sancionador PS/00471/2014, que impone a *Synertec Group S.L.* una sanción de multa de 52.000 Euros, por una infracción del art. 21 de la LSSI , tipificada como grave en el art. 38.3.c) de la citada Ley. La infracción grave por la que ha sido sancionada *Synertec Group S.L.* es la tipificada en el art. 38.3.c) de la Ley 34/2002, (La Ley 1100/2002) , en la redacción dada por la Ley 9/2014 (LA LEY 7179/2014), General de Telecomunicaciones, aplicada con efectos retroactivos ex art. 128.2 de la de Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) (la Ley 3279/1992) por la resolución recurrida al considerarla más favorable, sin que se suscite cuestión sobre el particular, que conceptúa como tal " c) el envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, o su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario del servicio cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el art. 21"⁵⁶³.

⁵⁶⁰ CERRILLO, A., GARCÍA, J., Y VILASAU, M., "III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas", *revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, núm. 5 (2007) I ISSN 1699-8154.

⁵⁶¹ TS, sala primera, de lo Civil, STS 210/2016 de 5 de abril de 2016, rec. 3269/2014.

⁵⁶² AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS 178/2016 de 25 de marzo de 2016, rec. 847/2015.

⁵⁶³ Por su parte el art. 21 dispone:"1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia

Además, señala también la AEPD⁵⁶⁴, que, como intermediarios de la sociedad de información, según la LSSI, los buscadores están sometidos a la normativa de protección de datos, estando obligados a atender los requerimientos que al amparo de los arts. 8 y 17 de la LSSI les dirija el director de la AEPD para la adecuación del tratamiento de los datos a las disposiciones de la L.O 15/1999 (LOPD (LA LEY 4633/1999)).

A continuación, la Comisión de Propiedad Intelectual (CPI)⁵⁶⁵ carece de competencia para solicitar autorización para realizar un requerimiento a prestadores de servicios establecidos en otro estado miembro, tal y como se deduce del art. 4 de la Ley 34/2002, lo que el auto recurrido no apreció debidamente. El recurso de apelación se dirige contra el auto del Juzgado Central de lo Contencioso- administrativo número 10, por el que se concede la autorización judicial prevista en el art. 122 bis en relación con el art. 9.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), es decir, la contemplada en el art. 8.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. Dicha autorización tiene por objeto que la CPI pueda requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan la identificación del responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando una conducta presuntamente vulneradora de los derechos de propiedad intelectual para que pueda comparecer en correspondiente procedimiento para la salvaguarda de tales derechos.

Tras transcribir el contenido del art. 8, apdo. 1 y 2, de la Ley 34/2002, del art. 122 bis, apdo. 1, de la Ley 29/1998 y del art. 18.1 del Real Decreto 1889/2011, por el que se regula el funcionamiento de la CPI, se sustenta en los siguientes razonamientos jurídicos: "En atención a los preceptos indicados, resulta que se configura un procedimiento sumarísimo en el que, a tenor de las disposiciones legales citadas, la intervención del Juez de lo contencioso-administrativo debe limitarse a comprobar que no resultan afectados los derechos fundamentales consagrados en el 18 puntos 1 y 3 CE, es decir, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas.

empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente. En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija. Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección; Y ello en relación además con el art. 22.1"1. El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente. A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho (...)".

⁵⁶⁴ AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS 268/2015 de 11 junio de 2015, rec. 498/2012.

⁵⁶⁵ AN, sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1.ª, rec. 6/2016, resolución núm. 92/2016, de 26 de abril de 2016.

A estos efectos, el Anexo a la Ley 34/2002 define «Servicios de la sociedad de la información» o «servicios» como "todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario"⁵⁶⁶.

Por lo tanto, en la propia LSSI, hay una remisión a la LOPD y normativa de desarrollo en lo que se refiere al tratamiento de datos personales necesario para llevar a cabo la realización de comunicaciones comerciales por vía electrónica.

En particular, en la LSSI se regulan los siguientes aspectos a saber:

- *Información exigida sobre comunicaciones comerciales, ofertas promocionales y concursos.*
- *Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónicos equivalentes.*
- *Derechos de los destinatarios de servicios*⁵⁶⁷.

2.2. La nueva Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital

El 26 de marzo de 2019, después de casi tres años de intensos discusiones y debates a diferentes niveles, el Parlamento Europeo en sesión plenaria aprobó la nueva Directiva de Derecho de Autor y modificó la Directiva 96/9⁵⁶⁸ y la DDASI⁵⁶⁹.

Desde que se lanzó la primera versión en 2016, el espíritu y el propósito de la norma que se procesa fueron muy claro en su declaración de razones:

*“La evolución de las tecnologías digitales ha provocado la aparición de nuevos modelos de negocio y ha reforzado el papel de internet como mercado principal para la distribución y acceso a contenidos protegidos por derechos de autor. En este nuevo marco, los titulares de derechos se enfrentan a dificultades cuando intentan conceder bajo licencia sus derechos y obtener una remuneración por la distribución en línea de sus obras. Esas dificultades podrían poner en peligro el desarrollo de la creatividad europea y la producción de contenidos creativos. Es necesario, por tanto, garantizar que los autores y los titulares de derechos reciban una parte equitativa del valor que se obtiene por la utilización de sus obras y demás prestaciones”*⁵⁷⁰.

Esta parte del contenido de la nueva Directiva es la que tiene más éxito por razones que no le faltan a nadie. Los arts. 11 y 13 y siguientes es el ejemplo más claro.

Pero en esta misma declaración de motivos, se establece claramente que la directiva tiene un propósito que va más allá de lo que se acaba de indicar:

“Las excepciones y limitaciones a los derechos de autor y derechos afines están armonizadas en la UE. Algunas de esas excepciones tienen por objeto la consecución de objetivos de política pública, como la investigación o la educación. Habida cuenta,

⁵⁶⁶ PLATERO ALCÓN, A., “El derecho al olvido en internet. El fenómeno de los motores de búsqueda”, *Opinión Jurídica*, vol. 15, núm. 29, pp. 243-260 - ISSN 1692-2530. Enero-Junio de 2016.

⁵⁶⁷ BA FORNER; AND ECIJA, Abogados, *Protección De Datos Personales: Manual Práctico Para Cumplir la Ley y El Reglamento LOPD*, 2.ª ed. Pamplona, Aranzadi, 2008. p. 38.

⁵⁶⁸ Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (DO L 77 de 27.3.1996, pp. 20-28).

⁵⁶⁹ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO L 167 de 22.6.2001, pp. 10-19).

⁵⁷⁰ CE, “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital”, Bruselas, 14.9.2016. COM(2016) 593 final. 2016/0280(COD).

sin embargo, de que recientemente han surgido nuevos tipos de usos, cabe preguntarse si esas excepciones siguen siendo adecuadas para lograr un justo equilibrio entre los derechos e intereses de los autores y otros titulares de derechos, por una parte, y los usuarios, por otra. Además, esas excepciones siguen siendo de ámbito nacional, y la seguridad jurídica en relación con los usos transfronterizos no está garantizada”⁵⁷¹.

Las tecnologías digitales han transformado la forma en que producimos, distribuimos y accedemos al contenido creativo. Los creadores, los titulares de derechos y la prensa se benefician de estas oportunidades digitales, pero les resulta difícil negociar con las plataformas en línea los términos y condiciones para el uso de su trabajo. Europa necesita aprovechar la oportunidad y tomar la iniciativa en la actualización de las normas de derechos de autor para respaldar su cultura y ser competitiva⁵⁷².

2.3. La Directiva 2004/48/CE del Parlamento y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual

El objetivo de la presente Directiva es aproximar [las legislaciones de los Estados miembros] para garantizar un nivel de protección de la propiedad intelectual elevado, equivalente y homogéneo en el mercado interior⁵⁷³. La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos principalmente por la CDFUE. En particular, la presente Directiva tiene por objeto garantizar el pleno respeto de la propiedad intelectual de conformidad con el art. 17 apdo. 2 ⁵⁷⁴de dicha Carta⁵⁷⁵.

Las disposiciones de la presente Directiva deben interpretarse sin perjuicio de las disposiciones específicas establecidas para el respeto de los derechos y excepciones relativas a los derechos de autor y derechos afines previstos en los instrumentos comunitarios, en particular, la Directiva 91/250 / CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador⁵⁷⁶ o en la DDASI ⁵⁷⁷.

En el art. 5 (a) de la Directiva establece que el autor de una obra literaria o artística, mientras no se pruebe lo contrario, pueda considerarse como tal y tener por lo tanto derecho a incoar procedimientos de infracción, será suficiente que su nombre figure en la obra de la forma habitual.

El art. 8 de la Directiva 2004/48, titulado «Derecho de información», declara lo siguiente:

«1. Los Estados miembros garantizarán que, en el contexto de los procedimientos relativos a una infracción de un derecho de propiedad intelectual y en respuesta a una petición justificada y proporcionada del demandante, las autoridades

⁵⁷¹ CE, *op. cit.*, nota 273.

⁵⁷² European Commission, Digital Single Market, MODERN EU COPYRIGHT RULES FOR THE BENEFIT OF ALL EUROPEANS. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/factsheet-copyright>. (Consultada el 27 de octubre de 2017).

⁵⁷³ Considerado 10 de la Directiva.

⁵⁷⁴ Art. 17.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007 establece que: “ Se protege la propiedad intelectual”.

⁵⁷⁵ Considerado 32 de la Directiva.

⁵⁷⁶ DO L 122 de 17.5.1991, p. 42. Directiva modificada por la Directiva 93/98/CEE (DO L 290 de 24.11.1993, p. 9).

⁵⁷⁷ DO L 167 de 22.6.2001, p. 10.

judiciales competentes puedan ordenar que faciliten datos sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual el infractor o cualquier persona que:

a) haya sido hallada en posesión de las mercancías litigiosas a escala comercial;

b) haya sido hallada utilizando servicios litigiosos a escala comercial;

c) haya sido hallada prestando a escala comercial servicios utilizados en las actividades infractoras, o

d) haya sido designada por la persona a que se refieren las letras a), b) o c) como implicada en la producción, fabricación o distribución de dichas mercancías o en la prestación de dichos servicios.

2. Los datos a los que se refiere el apartado 1 incluirán, según proceda:

a) los nombres y direcciones de los productores, fabricantes, distribuidores, suministradores y otros poseedores anteriores de las mercancías o servicios, así como de los mayoristas y minoristas destinatarios;

b) información sobre las cantidades producidas, fabricadas, entregadas, recibidas o encargadas, así como sobre el precio obtenido por las mercancías o servicios de que se trate.

3. Los apartados 1 y 2 se aplicarán sin perjuicio de otras disposiciones legales que: [...]

d) Ofrezcan la posibilidad de negarse a facilitar datos que obliguen a la persona a la que se refiere el apartado 1 a admitir su propia participación o la de sus parientes cercanos en una infracción de un derecho de propiedad intelectual, [...].»

En un asunto⁵⁷⁸ en relación con una demanda de indemnización por infracción del derecho de autor mediante el intercambio de archivos, el Sr. A interpuso una demanda contra el Sr. B, en su condición de titular de la dirección IP de que se trata, ante el Amtsgericht München (Tribunal de lo Civil y Penal de Múnich, Alemania) con el fin de obtener una indemnización pecuniaria. El Sr. B niega haber infringido él mismo ningún derecho de autor y sostiene que su conexión a Internet era lo suficientemente segura. Además, afirma que sus padres, que viven bajo su mismo techo, también tuvieron acceso a esta conexión pero que, por lo que sabía, no tenían esta obra en su ordenador, desconocían su existencia y no utilizaban el programa informático de intercambio de archivos en línea. El Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) considera, por otra parte, que se presume que el titular de una conexión a Internet es el autor de dicha infracción siempre que ninguna otra persona hubiera podido utilizar esta conexión en el momento en que dicho perjuicio se produjo. Sin embargo, si la conexión a Internet no era suficientemente segura o se puso deliberadamente a disposición de otras personas en el momento en que se cometió dicha infracción, entonces no cabe presuponer que el titular de la conexión la hubiera cometido.

La presente petición de decisión prejudicial suscita la cuestión de la necesaria conciliación de las exigencias relacionadas con la protección de distintos derechos fundamentales, a saber, por una parte, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de propiedad intelectual y, por otra parte, el derecho al respeto de la vida

⁵⁷⁸ TJUE, sala tercera, STS de 18 de octubre de 2018, C-149/2017.

privada y familiar (ver, por analogía, la sentencia de 16 de julio de 2015, *Coty Germany*, C-580/13, EU: C: 2015:485, apdo. 33).

Así, el Tribunal de Justicia (sala tercera) declara que el art. 8, apartados 1 y 2⁵⁷⁹, de la DDASI, en relación con el art. 3, apdo. 1⁵⁸⁰, de esta, por una parte, y el art. 3, apdo. 2⁵⁸¹, de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, por otra, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, tal como la interpreta el Tribunal nacional competente, en virtud de la cual el titular de una conexión a Internet, a través de la que se han cometido infracciones de los derechos de autor mediante un intercambio de archivos, no puede incurrir en responsabilidad cuando designe al menos un miembro de su familia que tenía la posibilidad de acceder a dicha conexión, sin aportar mayores precisiones en cuanto al momento en que dicho miembro de su familia utilizó la conexión y a la naturaleza del uso que haya hecho de ella.

3. EL MARCO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS

La actividad de un motor de búsqueda es "buscar información publicada o colocada en Internet por terceros, indexarlos automáticamente, almacenarlos temporalmente y, finalmente, ponerlos a disposición de los usuarios en una secuencia de preferencia"⁵⁸².

Los prestadores de servicios en Internet (en adelante *Internet Service Providers-ISP*) como responsables de los delitos cometidos por los usuarios de sus servicios en Internet son fáciles de explicar. Por una parte, toda infracción (de cualquier tipo, ya sea civil, penal o administrativa) que tiene lugar en Internet, se materializa a través de sus servicios (piénsese en los servicios de acceso, de almacenaje, motores de búsqueda, y Reuters o direccionadores); Internet no existiría sin dichos ISP. Por otra parte, los ISP

⁵⁷⁹ Art.8 Sanciones y vías de recurso:1. Los Estados miembros establecerán las sanciones y vías de recurso adecuadas en relación con la violación de los derechos y las obligaciones previstos en la presente Directiva y adoptarán cuantas disposiciones resulten necesarias para garantizar que se apliquen tales sanciones y vías de recurso. Las sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

2. Cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para garantizar que los titulares de los derechos cuyos intereses se vean perjudicados por una actividad ilícita llevada a cabo en su territorio puedan interponer una acción de resarcimiento de daños y perjuicios y/o solicitar medidas cautelares y, en su caso, que se incaute el material ilícito y los dispositivos, productos o componentes a que se refiere el apdo. 2 del ar. 6.

⁵⁸⁰ Art.3 Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas: 1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

⁵⁸¹ Art. 3 Obligación general: 2. Dichas medidas, procedimientos y recursos serán asimismo efectivos, proporcionados y disuasorios, y se aplicarán de tal modo que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo y se ofrezcan salvaguardias contra su abuso.

⁵⁸² Moteur de recherche (Google) : responsabilité du traitement des données personnelles – Cour de Justice de l'Union Européenne 13 mai 2014 – D. 2014. 1476, núm. C-131/12.

son de fáciles de localizar y tienen una solvencia normalmente mayor para reparar el daño cometido, que el infractor⁵⁸³.

El 28 de septiembre de 2017, la Comisión adoptó una Comunicación que contiene directrices sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios en línea en relación con los contenidos ilícitos en línea⁵⁸⁴, en la que declaró que evaluaría si eran necesarias medidas complementarias, en particular, seguimiento de los avances logrados a través de acuerdos voluntarios. La presente Recomendación da continuación a dicha Comunicación y refleja el nivel de ambición que se establece en ella, materializándola y teniendo en cuenta al mismo tiempo los importantes progresos realizados mediante estos acuerdos voluntarios y basándose en ellos.

La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁵⁸⁵ establece, bajo ciertas condiciones, exenciones de responsabilidad para ciertos prestadores de servicios en línea, incluidos los prestadores de servicios de “alojamiento”, en el sentido de su art. 14 que se aplicará a todos los tipos de contenidos que no estén en conformidad con el Derecho de la Unión o con la legislación de los Estados miembros, independientemente de la naturaleza o el propósito preciso de dichas legislaciones. Para beneficiarse de la limitación de responsabilidad, los prestadores de servicios de alojamiento deben actuar con prontitud para eliminar o bloquear el acceso a la información ilegal almacenada tan pronto como la conozcan en cuanto tengan conocimiento efectivo de ello y, en el caso de una reclamación por daños y perjuicios, conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales la actividad o información ilegal es patente. Pueden obtener dicho conocimiento efectivo, entre otras cosas, a través de las notificaciones que se les envíen. Como tal, la Directiva 2000/31/CE constituye la base para el desarrollo de procedimientos destinados a eliminar y desactivar el acceso a información ilícita y también ofrece la posibilidad de que los Estados miembros exijan que los prestadores de servicios afectados apliquen la diligencia debida respecto de los contenidos ilícitos que pudieran almacenar⁵⁸⁶.

En el considerado dieciocho (18) de la Directiva, define los servicios de la sociedad de la información como:

“Los servicios de la sociedad de la información cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea; dichas actividades en particular consisten en la venta de mercancías en línea. Las actividades como la entrega de mercancías en sí misma o la prestación de servicios fuera de la línea no están cubiertas. Los servicios de la sociedad de la información no se limitan únicamente a servicios que dan lugar a la contratación en línea, sino también, en la medida en que representan una actividad económica, son extensivos a servicios no remunerados por sus destinatarios, como aquéllos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos. Los servicios de la sociedad de la información cubren también

⁵⁸³ XALABARDER PLANTADA, R., “La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, IDP, 2 (2006) I ISSN 1699-8154

⁵⁸⁴ COM(2017) 555 final, de 28 de septiembre de 2017.

⁵⁸⁵ 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 15.4.2010, p. 1) COM(2016) 287 final.

⁵⁸⁶ RECOMENDACIÓN (UE) 2018/334 DE LA COMISIÓN de 1 de marzo de 2018 sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea, DOUE L 63/50, de 6 de marzo de 2018.

servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, o albergar información facilitada por el destinatario del servicio. La radiodifusión televisiva según se define en la Directiva 89/552/CEE (LA LEY 4105/1989) y la radiodifusión radiofónica no son servicios de la sociedad de la información, ya que no se prestan a petición individual; por el contrario, los servicios que se transmiten entre dos puntos, como el vídeo a la carta o el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico son servicios de la sociedad de la información. El uso del correo electrónico o, por ejemplo, de sistemas equivalentes de comunicación entre individuos, por parte de personas físicas que actúan fuera de su profesión, negocio o actividad profesional, incluso cuando los usan para celebrar contratos entre sí, no constituyen un servicio de la sociedad de la información. La relación contractual entre un empleado y su empresario no es un servicio de la sociedad de la información; las actividades que por su propia naturaleza no pueden realizarse a distancia ni por medios electrónicos, tales como el control legal de la contabilidad de las empresas o el asesoramiento médico que requiere el reconocimiento físico de un paciente, no constituyen servicios de la sociedad de la información”.

En el asunto *Google France/Adwords*, en que plantea el problema de la responsabilidad del proveedor de servicios, la compañía Google France como prestador de servicios de almacenamiento de datos en Internet es objeto de revisión en la reciente Opinión del Abogado General Maduro Poiares en los asuntos C-236/08, C-237/08 y C-238/08 del TJUE. El Abogado General⁵⁸⁷ sostiene que Google (y por extensión otros operadores que establezcan un sistema análogo) no puede beneficiarse de la exención de responsabilidad prevista por el art. 14 Directiva 2000/31/CE para servicios de alojamiento (*hosting*). Él opina que el sistema *Adwords* a diferencia de las “búsquedas naturales”, no es un servicio de información neutral, pero se basa en la relación de Google con sus anunciantes y empañada por el interés económico de Google en que lo usuarios hagan *click* en los enlaces patrocinados. Este último interés apoyado por Abogado General, va en contra del objetivo de la Directiva que es “crear un dominio público, gratuito y abierto en Internet” (apdo. 142). En consecuencia, la responsabilidad de Google por los contenidos ofrecidos en *Adwords* debe ser determinada según el Abogado General Poiares a la luz de la legislación nacional. A esta última conclusión dedicaremos los siguientes apartados.

Por lo tanto, la explotación del motor de búsqueda no está exenta de ninguna responsabilidad y se hace responsable de cualquier error, descuido o negligencia cometidos por él en el ejercicio de su actividad. Sin embargo, dado que es un robot de indexación y no ha creado ni alojado la información en cuestión, no está sujeta a una obligación de vigilancia automática⁵⁸⁸.

En otro asunto⁵⁸⁹, Google fue demandado por los resultados de búsqueda acompañantes con las palabras "este sitio puede dañar su ordenador". Pero en este caso, el propio motor mismo eligió agregar esta advertencia, mientras que en este caso surge la pregunta de si un motor puede ser responsable del mecanismo de su actividad de

⁵⁸⁷ LOBATO, M., y PORCUNA, F., “La responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información. (Reflexiones sobre la Opinión del Abogado General de 22 de septiembre de 2009 en los asuntos C-236 a 238 /08 Google vs. Louis Vuitton y siguientes ante el TJCE)” *Diario la Ley*, núm. 7304, sección tribuna, 16 de diciembre de 2009, Año XXX, Ref. D-385, ed. la Ley.

⁵⁸⁸ Responsabilité des moteurs de recherche: le régime se construit – Cour d'appel de Paris 19 mars 2009 – D. 2009. 1275, núm. 08/05175.

⁵⁸⁹ Moteur de recherche: insertion d'un avertissement dans les résultats – Cour d'appel de Paris 25 janvier 2008 – D. 2008. 609, núm. 07/13334.

referencia. La referencia consiste, en primer lugar, en indexar las páginas disponibles en la red, luego a clasificarlos y, finalmente, a presentar resultados en función de las peticiones efectuadas sobre las herramientas de investigación. Sólo las dos últimas etapas son visibles para los usuarios.

Los ISP o intermediario gozan de la exclusión de responsabilidad “cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados”⁵⁹⁰. En la sentencia del Tribunal de Justicia de 2010 los asuntos acumulados C-236/08 y C-238/08 *Google France y Louis Vuitton*, se desprende del cuadragésimo segundo considerando de la Directiva 2000/31 que las exenciones de responsabilidad establecidas en dicha Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información tiene naturaleza «meramente técnica, automática y pasiva», lo que implica que el prestador «no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada»⁵⁹¹.

3.1. Ámbito de aplicación del art. 17 LSSICE

El objetivo de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSICE) es incorporar al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Por otra parte, en la Ley, su afán por proteger los intereses de los destinatarios de servicios, de forma que éstos puedan gozar y beneficiarse de garantías suficientes a la hora de contratar un servicio o bien por Internet. Con esta finalidad, la Ley requiere que los prestadores de servicios proporcionar y facilitar el acceso a sus datos de identificación a cuantos visiten su sitio en Internet⁵⁹².

No establece una regla de responsabilidad material, sino solo una exención de responsabilidad para ciertos proveedores de servicios de intermediación, como los motores de búsqueda, al vincular el contenido publicado por tercera. Por lo tanto, esto no permite que un proveedor de servicios de intermediación sea responsable, excepto en los casos previstos por la norma, que son inconsistentes en este caso.

El régimen de responsabilidad de los ISP se configura como un elemento esencial para el funcionamiento de internet y para el desarrollo de actividades económicas en la sociedad de la información⁵⁹³. Las excepciones de responsabilidad establecidas en la presente Directiva sólo se aplican en los casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotación y facilitación del acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de

⁵⁹⁰ COTINO HUESO, L., “Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de internet en Europa y estados unidos y su importancia para la libertad de expresión”, *Revista Derecho comunicaciones y nuevas tecnológicas*. Núm. 17 enero - junio de 2017. e-issn 1909-7786.

⁵⁹¹ STJ (Gran sala), de 23 de marzo de 2010, En los asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08, apdo. 113.

⁵⁹² Exposición de motivos (I) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

⁵⁹³ DELGADO MARTÍN, J., “Responsabilidad penal de los proveedores de servicios de la sociedad de la información. Especial referencia a las páginas web de enlaces”, *Diario la Ley*, núm. 8254, sección tribuna, 19 de febrero de 2014, año XXXV, Ref. D-54, ed. la Ley.

la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada. El art. 17 de LSSICE⁵⁹⁴ no establece una regla material de responsabilidad, sino únicamente una exención de responsabilidad a favor de determinados prestadores de servicios de intermediación, como son los motores de búsqueda, por enlazar a contenidos publicados por terceros. De modo que no permite atribuir a un prestador de servicios de intermediación responsabilidad, salvo en los supuestos previstos en la norma, que no concurren en el caso que nos ocupa.

Este art. 17 de la LSSI compromete la responsabilidad del prestador de servicios en labores de intermediación en relación con el contenido relacionado, y argumenta que quien que haga este trabajo no es siempre responsable del contenido de la página o de los datos que se ofrecen en otro Jugar de la red. El régimen de la responsabilidad se invierte y salvo se establezca que el prestador de servicios de intermediación tiene conocimiento efectivo de la Ilícitud y la ilegalidad de los contenidos, se libera de cualquier responsabilidad⁵⁹⁵.

Así, el ISP, conforme a lo previsto en el art.17 está sujeto a responsabilidad siempre que realice su actividad a sabiendas de que los contenidos que facilita son ilícitos y para ello se requiere una prueba indudable de tal hecho o una previa resolución que en este caso no se ha producido. Respecto del conocimiento de la ilicitud penal del hecho no se puede afirmar que exista al tratarse de una cuestión polémica y discutible hasta el punto de que la mayoría de los pronunciamientos judiciales habidos hasta ahora son contrarios a tal posibilidad⁵⁹⁶.

En un caso⁵⁹⁷, *Vlex Network S.L.* es proveedor de servicios de la sociedad de la información por cuanto que presta los servicios de base de datos de carácter jurídico (legislación, jurisprudencia, etc.) mediante una página web. Estos servicios encajan en la definición que de "servicios de la sociedad de la información" da el anexo de la LSSICE que, al desarrollar el art. 2.a 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 (en lo sucesivo, Directiva 2000/31), da la siguiente definición: ""Servicios de la sociedad de la información" o "servicios": todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.

"El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.

"Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes:

"1. La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.

"2. La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.

"3. La gestión de compras en la red por grupos de personas.

⁵⁹⁴ AN, sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS 44/2015 de 28 de enero de 2015, rec. 336/2013.

⁵⁹⁵ Juzgado de lo Penal núm. 3 de Valencia, STS 313/2013 de 24 de junio de 2013, rec. 15/2013.

⁵⁹⁶ AN, sala de lo Penal, sección 2.ª, STS 6/2015 de 5 de marzo de 2015, rec. 5/2014.

⁵⁹⁷ TS, sala primera, de lo Civil, sección 1.ª, STS 668/2018 de 23 de noviembre de 2018, rec. 1254/2018.

"4. El envío de comunicaciones comerciales.

"5. El suministro de información por vía telemática".

Sin embargo, los servicios de la sociedad de la información que presta *Vlex Network S.L.* no pueden ser considerados como "servicios de intermediación". El anexo de la LSSI contiene la siguiente definición: "'Servicio de intermediación": 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.

"Son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet".

Vlex Network S.L. es proveedor de contenidos en la red, sin perjuicio de que algunos o todos esos contenidos los obtenga a su vez de empresas u organismos que también sean proveedores de servicios en la red.

Pero *Vlex Network S.L.* no es operador o proveedor de acceso a una red de telecomunicaciones ("*mere conduit*", "*routing*"), no realiza el almacenamiento automático, provisional y temporal de la información facilitada por el destinatario del servicio, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos ("*caching*"), no presta servicios de alojamiento o almacenamiento de datos ("*hosting*") ni facilita enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda de contenidos ("*linking*"), puesto que, en concreto, al texto de la sentencia en cuestión no se accede a través de un enlace que se contenga en la plataforma *Vlex*, sino que su texto se encuentra disponible directamente en dicha plataforma, sin perjuicio de que haya sido obtenida por *Vlex Network S.L.* de otro proveedor de contenidos en la red.

3.2. Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y Transposición de la LSSICE

La Directiva sobre el comercio electrónico, fue un primer paso importantísimo para garantizar la integración jurídica y legal comunitaria y establecer un espacio sin fronteras en este ámbito. El desarrollo de esta normativa lleva a la creación en la UE de la Agenda Digital Europea y del Mercado Único Digital⁵⁹⁸. La divergencia de las normativas y jurisprudencias nacionales actuales o futuras en el ámbito de la responsabilidad de los prestadores de servicios que actúan como intermediarios impide el funcionamiento adecuado del mercado interior al obstaculizar, en especial, el desarrollo de servicios transfronterizos y producir distorsiones de la competencia⁵⁹⁹.

El considerando 18 de la Directiva enuncia: "*Los servicios de la sociedad de la información cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea; [...] Los servicios de la sociedad de la información no se limitan únicamente a servicios que dan lugar a la contratación en línea, sino también, en la medida en que*

⁵⁹⁸ LLOPIS BENLLOCH, J. C., "4 Congreso de los Notarios de Europa: la protección de los consumidores en el ámbito digital", *Diario la Ley*, núm. 9053, sección documento on-line, 3 de octubre de 2017, ed. Wolters Kluwer .

⁵⁹⁹ Considerado 40 de la Directiva 2000/31/CE.

representan una actividad económica, son extensivos a servicios no remunerados por sus destinatarios, como aquellos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales [...]. Las actividades que por su propia naturaleza no pueden realizarse a distancia ni por medios electrónicos, tales como el control legal de la contabilidad de las empresas o el asesoramiento médico que requiere el reconocimiento físico de un paciente, no constituyen servicios de la sociedad de la información”⁶⁰⁰.

Según el RGPD en su art. 1.1, establece que “establecer las normas relativas a la protección de personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos”. Del mismo modo, sólo se aplicará al tratamiento “total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero”⁶⁰¹ aún no se indique expresamente otra cosa en el segundo apartado del art. 2 RGPD y sin perjuicio de la aplicación de la Directiva 2000/31/CE (LA LEY 7081/2000) en relación la responsabilidad de prestadores de servicios intermediarios⁶⁰².

El art. 3, apdos. 2 y 4, de la Directiva 2000/31 (LA LEY 7081/2000) disponen:

“2. Los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado. [...]

4. Los Estados miembros podrán tomar medidas que constituyen excepciones al apdo. 2 respecto de un determinado servicio de la sociedad de la información si se cumplen las condiciones siguientes:

a) Las medidas deberán ser:

i) necesarias por uno de los motivos siguientes:

- orden público, en particular la prevención, investigación, descubrimiento y procesamiento del delito, incluidas la protección de menores y la lucha contra la instigación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad, así como las violaciones de la dignidad humana de personas individuales,

- protección de la salud pública,

- seguridad pública, incluidas la salvaguarda de la seguridad y la defensa nacionales,

- protección de los consumidores, incluidos los inversores;

ii) tomadas en contra de un servicio de la sociedad de la información que vaya en detrimento de los objetivos enunciados en el inciso i) o que presente un riesgo serio y grave de ir en detrimento de dichos objetivos;

iii) proporcionadas a dichos objetivos.

⁶⁰⁰ STJ, (sala tercera), de 4 de mayo de 2017. Asunto C- 339/15.

⁶⁰¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (Reglamento general de protección de datos) /COM/2012/011 final - 2012/0011 (COD).

⁶⁰² Art. 2,4 del RGPD: El presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de la Directiva 2000/31/CE, en particular sus normas relativas a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios establecidas en sus arts. 12 a 15.

b) *Antes de adoptar dichas medidas y sin perjuicio de los procesos judiciales, incluidas las actuaciones preliminares y los actos realizados en el marco de una investigación criminal, el Estado miembro deberá:*

- *haber pedido al Estado miembro que figura en el apdo. 1 que tome medidas y este último no haberlas tomado, o no haber resultado suficientes,*

- *haber notificado a la Comisión y al Estado miembro mencionado en el apdo. 1 su intención de adoptar dichas medidas».*

También, la Directiva dedica en sus arts. 12 a 15 un epígrafe bajo el nombre de “Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios”.

El art. 12 trata de la simple transmisión de datos, y que consista en la transmisión fácil de los datos por parte del destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, al prestador de servicios de este tipo no puede ser considerado responsable de datos transmitidos, a condición de que el prestador de servicios no haya originado él mismo la transmisión; no seleccione al destinatario de la transmisión; y no seleccione ni modifique los datos transmitidos.

El art. 13 trata sobre la memoria tampón o “*Caching*”, excluyendo de la responsabilidad al prestador de servicios que almacene automática y temporalmente la información con el único propósito de hacer que la posterior transmisión de información sea más efectiva.

El art. 14 examina el alojamiento de los datos sin considerar responsable de los datos almacenados en todo caso en que no tenga conocimiento efectivo de que la actividad relacionada con la información es ilícita. En cuanto tenga conocimiento de esta ilicitud que actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

Finalmente, el art. 15 que establece la ausencia de una obligación general de supervisión en que los Estados miembros no impondrán 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 un asunto⁶⁰³ que tiene por objeto la interpretación del art. 12, apdo. 1⁶⁰⁴, de la Directiva 2000/31/CE. Esta petición ha sido presentada en el marco de un litigio entre el Sr. TT y *Sony Music Entertainment Germany GmbH*. El Tribunal de Justicia declara que el art. 12, apdo. 1, de la Directiva 2000/31 (LA LEY 7081/2000) debe interpretarse en el sentido de que, para considerar que ha sido prestado el servicio contemplado en dicha disposición, que consiste en facilitar acceso a una red de comunicaciones, dicho acceso no debe ir más allá del marco del procedimiento técnico, automático y pasivo que garantice la ejecución de la transmisión de datos requerida, no siendo necesario el cumplimiento de requisitos adicionales⁶⁰⁵.

⁶⁰³ TJUE, sala tercera, STS de 15 de septiembre de 2016, C-484/2014.

⁶⁰⁴ Art. 12 Mera transmisión: 1. Los Estados miembros garantizarán que, en el caso de un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir en una red de comunicaciones, datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, no se pueda considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos, a condición de que el prestador de servicios: a) no haya originado él mismo la transmisión; b) no seleccione al destinatario de la transmisión; y c) no seleccione ni modifique los datos transmitidos.

⁶⁰⁵ STJ, (sala tercera), 15 de septiembre de 2016. Asunto C- 484/4.

Según la sentencia del TJUE (sala tercera) de 15 septiembre 2016 (C-484/14), el art. 12.1 debe interpretarse en el sentido de que un servicio proporcionado por el operador de una red de comunicaciones y que consiste en poner ésta gratuitamente a disposición del público constituye un «servicio de la sociedad de la información» cuando se proporciona por el prestador de que se trate con fines publicitarios respecto a los bienes vendidos o los servicios realizados por dicho prestador.

La citada disposición impide que la persona perjudicada por la violación de sus derechos sobre una obra pueda solicitar una indemnización al proveedor del acceso, así como el reembolso de los gastos relativos al requerimiento extrajudicial o las costas judiciales en relación con su pretensión de indemnización, debido a que uno de estos accesos ha sido utilizado por terceros para infringir y violar sus derechos. En cambio, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que no impide que esa persona solicite la cesación en la infracción, así como el pago de los gastos relativos al requerimiento extrajudicial y las costas judiciales, frente a un proveedor de acceso a una red de comunicaciones cuyos servicios hayan sido utilizados para cometer la infracción, cuando esas pretensiones tengan por objeto o resulten de la adopción de un requerimiento dictado por una autoridad o un tribunal nacional por el que se prohíba a dicho prestador permitir que continúe la infracción.

Los Estados miembros sometan a autorización previa (ni a ningún otro requisito con efectos equivalentes) el acceso a la actividad de prestador de servicios de la sociedad de la información, en ningún Estado miembro existe un régimen de autorización⁶⁰⁶. Mientras que el art. 5 garantiza que el prestador de servicios permita a los destinatarios del servicio y a las autoridades competentes acceder con facilidad y de forma directa y permanente.

En la sección IV de la Directiva, y en particular en los arts. 12 a 14 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 2000, L 178, p. 1) establecen con precisión los límites de la responsabilidad de los intermediarios que prestan servicios en Internet que consisten únicamente en la transmisión, la memoria tampón (*caching*) y el alojamiento de datos. Las limitaciones de la responsabilidad cubren la responsabilidad tanto civil como penal de todos los tipos de actividades ilícitas iniciadas por terceros. Dichas las limitaciones de la responsabilidad de los intermediarios en la Directiva se consideraron indispensables para garantizar, por un lado, la prestación de servicios básicos que protejan el flujo libre y continuado de información en la red y, por otro, la existencia de un marco que permita el desarrollo de Internet y el comercio electrónico⁶⁰⁷. Para beneficiarse de una limitación de responsabilidad, el prestador de un servicio de la sociedad de la información que consiste en el almacenamiento de datos debe retirar rápidamente los datos en cuestión o bloquear el acceso a ellos tan pronto como estén disponibles. La retirada de datos o la actuación encaminada a impedir el acceso a los mismos habrán de llevarse a cabo de conformidad con el principio de libertad de expresión y los procedimientos establecidos para este fin a nivel nacional. La presente Directiva no afecta a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan requisitos específicos que deberán cumplirse rápidamente antes de que retiren los datos de que se trate o se impida el acceso a los mismos⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ Art. 4.1 de la Directiva 2000/31/CE.

⁶⁰⁷ Comisión de las comunidades europeas, “Informe de la Comisión al parlamento europeo, al consejo y al comité económico y social europeo”, Bruselas, 21.11.2003 COM (2003) 702 final. P. 14.

⁶⁰⁸ Considerado 46 de la Directiva.

El TJUE⁶⁰⁹ pregunta si ¿Deben interpretarse los arts. 12, 13 y 14 de la Directiva [2000/31] en el sentido de que también se ha de considerar prestador de servicios conforme a lo establecido en ellos, al que son aplicables las excepciones a la responsabilidad que contemplan, a aquel que presta un servicio consistente en el registro de direcciones IP, que permite su asignación a un dominio de forma anónima, y en el arrendamiento de estas direcciones IP?

A este respecto, tanto de la denominación de la Directiva 2000/31 como, más específicamente, del tenor literal del art. 12, apdo. 1, del art. 13, apdo. 1, y del art. 14, apdo. 1, de la misma Directiva resulta que estas tres disposiciones son aplicables en caso de prestación de un servicio de la sociedad de la información. Así el legislador de la Unión engloba en el concepto de «servicio de la sociedad de la información» los servicios prestados a distancia, mediante equipos electrónicos de tratamiento y de almacenamiento de datos, a petición individual de un destinatario de servicios y normalmente a cambio de una remuneración⁶¹⁰.

Sin embargo, Las limitaciones de la responsabilidad de los intermediarios en la Directiva se consideraron indispensables para garantizar, por un lado, la prestación de servicios básicos que protejan el flujo libre y continuado de información en la red y, por otro lado, la existencia de un marco que permita el desarrollo de Internet y el comercio electrónico⁶¹¹.

4. LOS LÍMITES A LOS DERECHO DE AUTOR Y SUS APLICACIONES A LOS MOTORES DE BÚSQUEDA: SISTEMA SERRADO

4.1. Origen y significación de la regla de los tres pasos

La DDASI⁶¹², establece una lista exhaustiva de excepciones y limitaciones a los derechos de reproducción y de comunicación al público. Algunas de las excepciones o limitaciones sólo se aplican al derecho de reproducción cuando resulta pertinente. La lista toma oportunamente en consideración las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros, y está destinada al mismo tiempo a garantizar el funcionamiento del mercado interior. Los Estados miembros deben aplicar con coherencia dichas excepciones y limitaciones, lo que será comprobado en un futuro examen de las medidas de transposición.

El art. 5, apdo. 2, de la DDASI (la Ley 7336/2001) dispone: «Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el art. 2 en los siguientes casos:

a) en relación con reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa;

⁶⁰⁹ TJUE, sala tercera, STS de 7 de agosto de 2018, C-521/2017.

⁶¹⁰ Ver STS de 23 de marzo de 2010, Google France y Google, C-236/08 a C-238/08, EU:C:2010:159, apdo. 110).

⁶¹¹ Comisión de las comunidades europeas, *op. cit.* nota 523. P. 14

⁶¹² La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el art. 6; [...]».

En determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas. A la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos.

Hay que recordar que, en virtud del art. 5, apdo. 2, letra b), de la DDASI, los Estados miembros están facultados para establecer excepciones o limitaciones al derecho exclusivo de reproducción previsto en el art. 2 de esa Directiva, cuando se trate de reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta las medidas tecnológicas contempladas en el art. 6 de la misma Directiva.

El Tribunal de Justicia⁶¹³ ha recordado que las excepciones previstas en el art. 5 de la DDASI deben aplicarse con observancia del principio de igualdad de trato, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, consagrado en el art. 20 de la CDFUE y que, según una jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente (sentencia de 5 de marzo de 2015, *Copydan Bandkopi*, C-463/12, EU:C:2015:144, apdo. 31 y 32 y jurisprudencia citada).

En Europa, La regla de los tres pasos, como fue finalmente incorporada al texto del CB, reservó a las legislaciones de los miembros la facultad de permitir la reproducción “en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”. Ella fue inicialmente concebida para limitar sólo las excepciones al derecho de reproducción en el entorno analógico, bajo una fórmula que, aunque contenía elementos de los análisis de razonabilidad propios del sistema de *common law*, no estaba sustentada en elaboraciones jurisprudenciales o doctrinales anteriores, como sucedió con el *fair use*⁶¹⁴. Así se encontró la regla de los tres pasos en la Directiva del Consejo de 14 de mayo de 1991 sobre la Protección Jurídica de Programas de Ordenador (91 /250/CEE) en su art. 6.3 que indica que: “De acuerdo con las disposiciones del CB para la protección de obras literarias y artísticas, las disposiciones del presente artículo no podrán interpretarse de manera que permita que su aplicación perjudique de forma injustificada los legítimos intereses del titular de los derechos o sea contraria a una explotación normal del programa informático”.

⁶¹³ Asunto C-110/15, TJ, sala segunda, de 22 de septiembre de 2016. *Microsoft Mobile Sales International Oy*, anteriormente *Nokia Italia SpA* y otros contra *Ministero per i beni e le attività culturali (MiBAC)* y otros.

⁶¹⁴ FERNANDO CORTOBA, J., *Límites a la interpretación y aplicación de la regla de los tres pasos*, Universidad de Buenos Aires Facultad de Derecho 2010, p 6.

El CB fue el primer gran texto internacional que incluyó la prueba de los Tres Pasos que tiene su origen en la Conferencia de Estocolmo del año 1967. Tras un largo debate, el triple test se incorporó en el segundo apartado del artículo noveno, en las excepciones del derecho de reproducción. Así lo más parecido que tenemos es la prueba o regla de los tres pasos, que deriva del art. 9.2 del Convenio para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (ratificado por España) que dice así:

“Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

En España, El art. 18.1 de la Constitución reconoce, por primera vez agrupados, diversos bienes objeto de protección jurídica: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Adquieren así la categoría de derechos fundamentales los denominados tradicionalmente o “derechos de la personalidad”. La redacción de este precepto ha suscitado la discusión doctrinal en torno a saber se encuentra ante un único derecho con diversas manifestaciones, o si se trata de una pluralidad de derechos⁶¹⁵.

La regla fue recogida posteriormente en otros instrumentos internacionales⁶¹⁶, en donde se aplica a todos los derechos exclusivos de propiedad intelectual. El art. 13 del ADPC (los ADPIC, firmado por España el 1 de enero de 1995), Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por lo que establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) de 1994, dice lo siguiente:

“Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”⁶¹⁷.

Mientras que el CB habla de requisitos para adoptar límites a la reproducción, el Acuerdo ADPIC habla de requerimiento de “circunscripción”, en otras palabras, se restringe la adopción de cualquier límite a que concluyen las tres condiciones creadas en la regla. La ejecución de esa regla constituye una condición exigida por el Acuerdo ADPIC, que también, ya no significa solo al derecho de reproducción, sino se amplía a todos los derechos exclusivos.

Más adelante, la regla de los tres pasos parezca en el art. 10 Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (en adelante WCT), adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 dice así:

“Limitaciones y excepciones:

(1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

⁶¹⁵ Se afirma la existencia de un único derecho en el art. 18.1 CE, PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984, pp. 331-333.

⁶¹⁶ HUGENHOLT B. P. y OKEDIJI R. L., “Conceiving an International Instrumento on Limitations and Exceptions to Copyright”, final report, march 6, 2008, p 18.

⁶¹⁷ Art. 13, del Anexo 1C, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio.

(2) *Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor*".

El Tratado de la OMPI tiene unos efectos sobre la regla de los tres pasos que resulte en la ampliación de su aplicación a todos los derechos exclusivos. Además, se resulta otro efecto en la utilización de la palabra "restringir" que limita a lo dictado por la regla.

En Francia, en relación con los motores de búsqueda, durante el año 2011, las decisiones de la CA (*Cour d'appel*) de París fueron bastantes duras, en comparación con la aproximación de otros Estados miembros, se ha condenado a Google por servicios ofrecidos de almacenaje e indexación de vídeos, por la utilización de *thumbnails*⁶¹⁸ para sus búsquedas o la función *Google Suggest*⁶¹⁹.

En esa Sentencia comentada se refiere a la actividad de referencia de imágenes del motor de búsqueda, es decir, el servicio *Google Imágenes* que permite a los internautas, por la introducción de palabras clave, indicar en forma de etiquetas (*thumbnails*) de las series de imágenes relacionadas con su búsqueda, visible en formato reducido, y cada uno del cual puede aislarse para facilitar la legibilidad y aumentarlo. En el asunto, una sociedad de autores proseguía a Google, el *SAIF*, así para haberse reproducido y comunicado al público sin derecho de las obras de su directorio. Así, en la decisión declara la Ley francesa aplicable al litigio, invalidando el juicio de primera instancia que había admitido la aplicación de la Ley americana y había concluido a la legitimidad de *Google Imágenes* de conformidad con el *fair use*.

En segunda decisión, se refiere a la funcionalidad *Google Suggest* que permite indicar instantáneamente y al mismo tiempo que el internauta mecanografía su petición, de los términos de búsqueda suplementarios. La acción es traída por el Sindicato Nacional de la Edición Fonográfica, *SNEP*, que acusa a Google orientar a los internautas buscando de la música en línea hacia lugares de cobro a distancia eventualmente ilegal sugiriéndoles palabras clave como "*torrente*", "*megaupload*" y "*rapidshare*" que corresponde a tres métodos de división ilegal de ficheros. La solicitud de supresión de los términos incriminados está basada en el art. L. 336-2 del Código de propiedad intelectual consagrado por la Ley del 12 de junio de 2009 dicha ley *Hadopi*. Esta disposición creó una acción de cesación específica en cuanto a los derechos de autor que no existía antes como tal en derecho francés⁶²⁰.

En materia de motores de búsqueda, hace unos años que el Tribunal de Primera Instancia en Bruselas, dictó una sentencia que enfrentó a *Copiepresse SCRL*. Contra *Google Noticias*, este fue condenado por infracción de la propiedad intelectual, precisamente por entender que al reproducir el título y las tres primeras líneas de la noticia enlazada se está utilizando una parte importante de la misma, que transmite la información esencial de la obra.

⁶¹⁸ Cour d'Appel Paris 26.01.2011, SAIF vs. Google, RG núm. 08/13423. <http://juriscom.net/wp-content/documents/caparis20110126.pdf>. (Consultada el 27 de marzo de 2017).

⁶¹⁹ Cour d'Appel Paris 03.05.2011, SNEP vs. Google, RG núm. 10/19845. http://data.over-blog-kiwi.com/1/13/34/21/20140707/ob_0467d4_jugement-ca-paris-3-mai-2011-google-sn.pdf. (Consultada el 27 de marzo de 2017).

⁶²⁰ LUCAS-SCHLOETTER, A., "Google face à la justice française et belge Nouvelles décisions en matière de droit d'auteur", 2 (2011) JIPITEC, 2011, pp. 144 y ss.

Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia sostuvo que Google Noticias no cayó en la amplitud del derecho de difundir libremente la información. La Corte opina que el derecho fundamental del acceso a la información según lo descrito en el art. 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (ECHR) no es una excusa para no cumplir con ley de Derechos de Autor. Indicó que la libertad de expresión puede no obstaculizar la protección de la originalidad mostrada por un autor en la manera que él expresa sus ideas y conceptos. Hizo más lejos el punto que la Ley de Derechos de Autor está puesta a tierra en el interés del público y de la sociedad, en el otro. En ese sentido la libertad de expresión fue tomada en cuenta por el fabricante de la Ley cuando estos últimos previeron excepciones a los derechos reservados, tales como la excepción de la cita⁶²¹.

Por último, la redacción dada por la DDASI⁶²² a la regla de los tres pasos favorece una interpretación restrictiva de límites, en perjuicio de los beneficiarios de los mismos, ya que al lado de su consideración como un criterio impuesto a los Estados a la hora de insertar en sus legislaciones nacionales las limitaciones y excepciones recogidas en la propia Directiva, el art. 5.5⁶²³ de dicha DDASI (al igual que el considerado cuarenta y cuatro (44)⁶²⁴) convierte la regla de los tres pasos también en un correctivo dirigido al juez nacional a la hora de aplicar las excepciones previstas legalmente. Este nuevo enfoque permite que un determinado uso pueda considerarse ilícito, aunque se den todas las condiciones para la apreciación de una de las excepciones o limitaciones previstas en la Ley, con lo que la regla de los tres pasos se ha convertido de esta forma en un verdadero "límite de los límites"⁶²⁵. Así, por ejemplo, aunque el art. 5.2.b)⁶²⁶ DDASI no establezca como presupuesto del límite de copia privada que esta se haya hecho a partir de una fuente lícita, el Tribunal de Justicia ha entendido que admitir la licitud de las copias efectuadas a partir de obras puestas a disposición del público sin el consentimiento de los titulares, iría en contra de la normal explotación de la obra y

⁶²¹ *Copiepress SCRL vs. Google Inc.*, núm. 2007/AR/1730, The Court of Appeal of Brussels, 5 May 2011, 41-43.

⁶²² Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»). DOUEL núm. 149 de 11 de Junio de 2005. Vigencia desde 12 de Junio de 2005. Esta revisión vigente desde 12 de diciembre de 2007.

⁶²³ Art. 5.5: Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.

⁶²⁴ Cuarenta y cuatro (44): Al aplicar las excepciones y limitaciones previstas en la presente Directiva, éstas deben ejercerse de acuerdo con las obligaciones internacionales. Las citadas excepciones y limitaciones no deben aplicarse ni de tal forma que los intereses legítimos del titular del derecho se vean perjudicados ni de manera contraria a la explotación normal de su obra o prestación. El establecimiento de dichas excepciones o limitaciones por los Estados miembros debe, en particular, reflejar debidamente el creciente impacto económico que pueden tener las mismas a la luz de los avances logrados en la electrónica. Por consiguiente, puede resultar necesario limitar aún más el alcance de determinadas excepciones o limitaciones en lo tocante a ciertas nuevas utilidades de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas por derechos afines a los derechos de autor.

⁶²⁵ LLORCA, R. E., Y RICHART, J. L., "Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación", Valencia: Tirant lo Blanch, mayo 2016.

⁶²⁶ Art 5.2.b: en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el art. 6.

supondría un perjuicio injustificado para los titulares de derechos, por lo que no superaría el test de las tres etapas, afirmando expresamente que este está pensado para restringir, y no para ampliar, el alcance de determinadas excepciones o limitaciones en lo que atañe a nuevas utilidades de las obras protegidas por derechos de autor (STJUE 10 abril 2014, C-435/12, "ACI Adam", y 5 marzo 2015, C-463/12, "Copydan").

Asimismo, Google ha planteado la responsabilidad de los buscadores en relación con la reproducción parcial de contenidos en el motor de búsqueda, con la facilitación del acceso a descargas mediante el buscador y con la disposición del público de agregaciones de noticias y videos lesivos de derechos.

En la AP de Barcelona en la sentencia de 17 de septiembre de 2008, dictó a Google, al considerar que no infringió los derechos de autor del propietario de una *web* cuyos contenidos fueron reproducidos parcialmente para ser incluidos en el motor de búsqueda de la mencionada empresa⁶²⁷.

La regla de los tres pasos en España se introdujo con motivo en el estudio de los puntos de acuerdo y de desacuerdo con ella de la incorporación al derecho interno de la Directiva 96/9/CE sobre Bases de Datos, pero ampliando su alcance a todos los límites.

El art. 40 bis de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI) introduce en el ordenamiento interno la conocida como "regla de los tres pasos", que tiene su origen en el Acta de Estocolmo de 1967 de la CB. La "regla de los tres pasos" es un instrumento destinado a garantizar el equilibrio del sistema en la interpretación en cada momento de los límites y excepciones de los derechos de propiedad intelectual. Así, el art. 40 bis de la LPI no es un límite en sí mismo, sino que dota a los Juzgados y Tribunales de un criterio hermenéutico o "norma interpretativa" para evitar que los límites legales (principalmente, arts. 31 y ss. de la Ley de Propiedad Intelectual) puedan llegar a quebrar el derecho exclusivo del autor y vaciar de contenido el monopolio sobre la explotación⁶²⁸.

Así incorporada en el art. 40 bis LPI, se convirtió en la regla de los dos pasos al señalar que los artículos sobre límites "no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran"⁶²⁹. También, en esta dirección, otra sentencia española de la AP (SAP) de Barcelona de 31 de octubre de 2002, que se trataba de la reproducción no autorizada de obras plásticas en los libros editados por la demandada. La Audiencia entendió que, aunque "la inclusión puede causar un perjuicio, el mismo no puede considerarse injustificado y por su ámbito no impide una explotación normal de las obras reproducidas".

⁶²⁷ SOLANA, D., "El asunto Google y la "regla de los tres pasos" en nuestra Ley de Propiedad Intelectual", de 30 de diciembre de 2008. Disponible en: http://www.cremadescalvosotelo.com/media/despachoenlosmedios/pdf/20081230_El%20asunto%20Google.pdf. (Consultada el 30 de marzo de 2017).

⁶²⁸ SOLANA, D., "La Sentencia del Tribunal Supremo sobre "Google", *Legal Today*, 3 de septiembre de 2012.

⁶²⁹ LUCAS, A., y CÁMARA ÁGUILA, M. P., "Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos, o porqué hay que evitar la imprecisión: un estudio sobre la «declaración por una interpretación equilibrada de la regla de los tres pasos en derecho de autor»", Pe. i.: *Revista de propiedad intelectual*, núm. 33, 2009, pp. 17.

En esta dirección, se pronunció en legislador español en la sentencia de *Megakini vs. Google Spain S.L.*⁶³⁰, el demandante, titular de una página *web* de apuestas, denuncia por vulneración de sus derechos de propiedad intelectual sobre dicha *web* por la realización por la demandada de una copia de la página en la ubicación denominada caché para incorporar la *web* a sus archivos mediante sistemas de búsqueda, así como por la reproducción parcial del texto de la *web* llevada a cabo al presentar los resultados de la búsqueda, y solicita al cese del funcionamiento del motor de búsquedas de páginas *web* accesible a través de la dirección de Internet *www.google.es*, por medio de su suspensión y de su prohibición de reanudación, y a pagar al demandante la cantidad de dos mil euros (2.000) en concepto de indemnización por daño moral y a la íntegra publicación de la sentencia en el diario La Vanguardia.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la AP desestimaron estas pretensiones.

Es cierto que según el art. 31.1 LPI interpretada según el art. 5.1 de la DDASI, la puesta a disposición de la copia "caché" requeriría en principio la autorización del autor de la página *web*; Sin embargo no es menos cierto que el art. 40 bis LPI, como una disposición común a todas aquellos del primer capítulo del título III, en el que el art. 31, tiene un valor interpretativo no solo y exclusivamente negativo ("Los artículos de este capítulo no pueden ser interpretados ..."), sino también positivo, en la medida en que establecen los principios que justifican la excepcionalidad de los límites o, si lo desea, la necesidad de una licencia de derechos de autor como regla general ("perjuicio indebido de intereses legítimos" o "en detrimento de la explotación normal de las obras"). Esto permite la prueba de regla, prueba o test "de los tres pasos" contenida en el art. 40 bis pueda considerarse como manifestación especial en la LPI de la doctrina del *ius usus inoqui* (derecho al uso inocuo del derecho ajeno), del principio general del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena (art. 7.1 CC), del principio asimismo general de la prohibición del abuso del derecho o del ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC) y de la configuración constitucional del derecho de propiedad como derecho delimitado⁶³¹.

No obstante, la sentencia recurrida no aplica la norma norteamericana, sino que la utiliza para interpretar el art. 40 bis LPI aunque las excepciones al derecho de autor "no podrán interpretarse de manera tal que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieren"; por lo tanto, para entender a los fines de la sentencia recurrida, que los límites a los derechos de reproducción y puesta a disposición (comunicación) pueden interpretarse "más allá de la literalidad de los preceptos que los regulan", está haciendo una interpretación incompatible con el sentido del art. 40 bis LPI, que incluye la "prueba de los tres pasos, de las tres etapas o de las tres fases" cuya formulación original puede encontrarse en el art. 9.2 del CB para la protección de las obras literarias y artísticas; esta prueba o test "requiere una descripción típica de los límites al derecho de autor, y prohíbe las interpretaciones extensivas o analógicas de excepciones al derecho de autor"⁶³².

La doctrina también ha examinado la necesidad de adoptar la doctrina del *fair use* en el Derecho continental europeo, para dar mayor flexibilidad y dinamismo a las listas cerradas de límites contenidas en las legislaciones que siguen esta tradición

⁶³⁰ TS, sala de lo Civil, STS 172/2012 del 03 de abril de 2012, rec. núm. 2037/2008.

⁶³¹ TS, sala de lo civil, STS núm. 172/2012, de 03 de abril de 2012, casación rec. núm.2037/2008

⁶³² TS, sala de lo civil, STS núm. 172/2012, *op. cit* nota 547.

jurídica, al tiempo que aplica la doctrina del *fair use* en la forma en que lo hace la sentencia, implicaría aceptar todo lo bueno, pero también todo lo malo que acompaña a dicha doctrina.

Así, El CB en su art. 2 apdo. 8, deja fuera de su ámbito de protección a "las noticias del día" y también a "los sucesos que tengan el carácter de ciertas informaciones de prensa", y, aun así, a los meros efectos dialecticos habría que distinguir hallarse bajo la protección de la propiedad intelectual, el contenido de la noticia o información, de la forma de la noticia, que según y cómo, también ingresaría en el ámbito de protección de la LPI. En definitiva, la obra periodística, en nuestro caso las revistas y periódicos de mayor difusión en España, son mucho más que el mero suministro de datos o noticias, y por ello la obra periodística referida en esta sentencia como cualquier obra intelectual, entraría de lleno en el concepto amplio de "obra literaria" protegible del art. 10 LPI, y siendo como son notoriamente conocidos los periódicos y revistas, nos exime de entrar a analizar caso por caso para averiguar la concurrencia o no de la creatividad y originalidad exigible a efectos de afirmar la existencia de obra intelectual protegible⁶³³.

En otro caso de *Google Inc. contra SCRL COPIEPRESSE*⁶³⁴, en que el reclamo original transformado por la empresa *COPIEPRESSE* e introducido por convocatoria de 3 de agosto de 2006 de acuerdo con los formularios resumidos a través de la solicitud de los arts. 587 apdo. 5, del Código Judicial y 87 del Acta de 30 de junio de 1994 declaró que las actividades de Google Noticias y el uso de la "*copia caché*" de Google, es una violación de las leyes relativas al derecho de autor.

De su parte, Google, declaró que este servicio forma parte de sus actividades de indexación, que permiten a los usuarios de encontrar y localizar la información buscada, y que el servicio está legitimado por el derecho de libertad de expresión respecto a los contenidos extractados.

Así, el Tribunal estimó que Google realizaba una reproducción parcial de los artículos, y declaró que:

“El art. 5 apdo. 5 de la DDASI dispone que el uso de excepciones a la propiedad intelectual debe ser realizado en conformidad con las obligaciones impuestas a nivel internacional y que las excepciones y limitaciones solamente son aplicables en determinados casos especiales que no entre en conflicto con la normal explotación de la obra, ni cause un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de los titulares del derecho (“regla de los tres pasos”), lo que parece confirmar la naturaleza restrictiva de las excepciones; (...)”⁶³⁵.

En 2011, la CA de Bruselas confirmó la decisión de primera instancia, reafirmando que Google estaría realizando actos no autorizados de reproducción y

⁶³³ AN, sala de lo Penal, sección 2ª, STS 2/2016 de 5 de febrero de 2016, rec. 5/2014.

⁶³⁴ Court of First Instance of Brussels, 13 de febrero de 2007, caso núm. 06/10.928/C. Disponible en: https://www.copiepresse.be/images/file/Google/Jugement_Google_130207_EN.pdf. (Consultada el 10 de abril de 2017).

⁶³⁵ “The article 5.5 of the Directive 2001/29/CE stipulates that the use of exceptions to copyright must be realised in conformity with the obligations in force at an international level and that exceptions and limitation are only applicable in certain special case that do not damage the normal operation of the work, nor cause unjustified damage to the legitimate interests of the holder of the right (three stage test), which appears to be such as to confirm the restrictive nature of exceptions;(…)”. Court of First Instance of Brussels, 13 de febrero de 2007, caso núm. 06/10.928/C, *op. cit.* nota 327.

comunicación al público a través del almacenamiento de contenidos en la memoria “caché” y del servicio Google Noticias⁶³⁶.

En conclusión, se presente un gráfico que muestra el funcionamiento de la regla de los tres pasos a través de una tabla apropiada para el contexto del Acuerdo de la ADPIC:

Regla general	Libre competencia o mercado libre
Excepción a la regla general	Derecho de propiedad intelectual
Limitación a dicha excepción	Actos permitidos (Los límites y excepciones al derecho de autor)
Restricción a dicha limitación	Regla de los tres pasos (Art. 13 del ADPIC)
Implementación de la restricción a la limitación	Actos permitidos consagrados en la legislación nacional por el legislador

4.2. La Regla de los tres pasos en el Convenio de Berna (CB), en los Tratados Internacionales y en la legislación española

En Europa, según el CB, la regla de los tres pasos consiste en la facultad reservada a las legislaciones de los países de la Unión de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que sea reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor⁶³⁷.

Una disputa entre los Estados miembros de la EU y los Estados Unidos provocó una resolución (DS 160 de la OMC)⁶³⁸, El 26 de enero de 1999, los Estados miembros de la UE pidieron consultas con los Estados Unidos por lo que se refiere a la sección 110 (5) de la Ley de derechos de autor de los Estados Unidos, según la enmienda prevista por la imparcialidad en el acto del *Fairness in Music Licensing Act*, que fue decretado el 27 de octubre de 1998. Los Estados miembros afirmaron que la sección 110 (5) de la Ley de derechos de autor de los Estados Unidos permite, bajo ciertas condiciones, jugar de la radio y música de la televisión en los lugares públicos (barras, tiendas, restaurantes, etc.) sin el pago de una tarifa de derechos. Los Estados miembros consideraban que este estatuto es contrario con obligaciones de los Estados Unidos bajo el art. 9 (1) del acuerdo de los viajes, que requiere a miembros cumplir con los arts. 1 y 21 del CB.

El conflicto centrado en la compatibilidad de dos exenciones proporcionadas para en la sección 110 (5) de la Ley de derechos de autor de los Estados Unidos en el art. 13 del acuerdo de los viajes, que permite ciertas limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos de los tenedores de los derechos reservados, sujeto a la condición

⁶³⁶ Court of Appeal of Brussels, en 5 de mayo de 2011, caso núm. 2007/AR/1730. Disponible en: https://www.copiepresse.be/images/file/Google/Copiepresse_%20ruling_appeal_Google_%205_May_2011.pdf. (Consultada el 26 de mayo de 2017).

⁶³⁷ Art. 9.2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, Acta de París del 24 de julio de 1971, y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

⁶³⁸ United States - Section 110 (5) of US Copyright Act. La disputa DS160. Disponible en: http://wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm (Recuperado el 15/08/2013). (Consultada 26 de mayo de 2017).

que tales limitaciones estén confinadas a ciertos casos especiales, no está en conflicto con una explotación normal del trabajo en la pregunta e irrazonable no perjudica los intereses legítimos del tenedor derecho:

- *La supuesta exención del “business exemption”, con tal que para en el subpárrafo (b) de la sección 110 (5), esencialmente permita la amplificación de las difusiones de la música, sin una autorización y un pago de una tarifa, por la alimentación y establecimientos de consumición y por los establecimientos al por menor, a condición de que su tamaño no excede cierto límite de los pies cuadrados. También permite tal amplificación de las difusiones de la música por los establecimientos sobre este límite de los pies cuadrados, a condición de que se resuelvan ciertas limitaciones del equipo.*
- *La supuesta exención del home style, con tal que para en el subpárrafo (a) de la sección 110 (5), permite que los pequeños restaurantes y los distribuidores al por menor amplifiquen difusiones de la música sin una autorización de los tenedores derechos y sin el pago de una tarifa, a condición de que utiliza solamente el equipo del home style (es decir, equipo de los hogares privados de uso general bueno).*

El establecimiento de un panel por la OMC finalizó que la “*business exemption*”, no cumplía con la regla de los tres pasos, pero lo más importante es en donde se define el alcance en la aplicación del art.13 del Acuerdo de la ADPIC y la forma en que debe de interpretarse la regla de los tres pasos.

El campo específico del *copyright*, que no quedaba incluido en la inmunidad del párrafo 230 *Protection for private blocking and screening of offensive material* (CDA), se dictó en Estados Unidos en 1998 la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA). En esta norma se establecieron una serie de limitaciones de responsabilidad aplicables a determinados servicios, concretamente a los servicios de transmisión, *caching*, alojamiento y enlaces o instrumentos de localización de información. Los prestadores de estos servicios, si se ajustan a los requisitos establecidos para cada caso, no pueden ser declarados responsables de la infracción de *copyright* por razón de los contenidos intermediados⁶³⁹.

Mientras que el CB habla de requisitos para adoptar límites a la reproducción de la obra, el Acuerdo ADPIC habla de un requerimiento de “circunscripción”, que se condiciona la adopción de cualquier límite a que se cumplan las tres condiciones establecidas en la regla. Ahora cumplir la regla de los tres pasos es una condición impuesta por el Acuerdo ADPIC que, además, ya no se refiere solo al derecho de reproducción, se extiende a todos los derechos exclusivos⁶⁴⁰. En el CB, se establecía que el límite no debe afectar los intereses legítimos del autor. En cambio, en ADPIC, la redacción requiere que no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos, concepto que incluye a más personas que no son necesariamente los autores.

⁶³⁹ PEGUERA POCH, M., “Los prestadores de servicios de internet y la normativa sobre responsabilidad”, en: AGUSTINOY GUILAYN, A., “Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación”, ed. Tirant Lo Blanch, Colección: Manuales de Derecho Civil y Mercantil, 1ª ed. , pp.423. Rústica, 2016.

⁶⁴⁰ PEGUERA POCH, M., “Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación”, ed. Tirant lo Blanch, 2016.

A continuación, la regla de los tres pasos se manifiesta también en el Tratado de OMPI sobre el derecho de autor en su art. 10, en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 que determina que:

“1) *Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.*

2) *Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”*⁶⁴¹.

Así, la Comisión Permanente del Consejo de Estado⁶⁴², en sesión celebrada el día 18 de marzo de 2015, emitió por unanimidad, el siguiente dictamen: "En cumplimiento de la Orden de V. E. de 26 de enero de 2015, con registro de entrada el día siguiente, el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo al Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, hecho en Marrakech el 27 de junio de 2013.

Refiere la necesidad de mantener un equilibrio entre la protección eficaz de los derechos de los autores y el interés público en general, en particular en cuanto a la educación, la investigación y el acceso a la información, y que tal equilibrio debe facilitar a las personas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, llegar a conocerlo. Reafirma las obligaciones contraídas por las Partes contratantes en virtud de los tratados internacionales vigentes en materia de protección del derecho de autor, así como la importancia y la flexibilidad de la regla de los tres pasos relativa a las limitaciones y excepciones, estipulada en el art. 9.2) del CB para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas y en otros instrumentos internacionales. Reconoce la importancia de las recomendaciones de la Agenda para el Desarrollo, adoptadas en 2007 por la Asamblea General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y del sistema internacional del derecho de autor, y el deseo de armonizar las limitaciones y excepciones con el propósito de facilitar el acceso y el uso de las obras por las personas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso.

La interpretación restrictiva de las excepciones o límites consagra en el Derecho interno la denominada prueba de tres fases (*three steps*), que tiene su origen en el art. 9.2 del Convenio de la Unión de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (CUB)⁶⁴³. El límite únicamente se aplicará en casos especiales señalados por

⁶⁴¹ Tratado OMPI de 20 de diciembre de 1996, BOE núm. 148.

⁶⁴² Consejo de Estado, Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, hecho en Marrakech el 27 de junio de 2013. Jurisdicción: Resoluciones Administrativas. De 18 de marzo de 2015. Disponible en:

<http://www.tirantonline.com/tol/documento/show/5003523?general=la+Regla+de+los+tres+pasos+en+el+Convenio+de+Berna+&searchtype=substring&index=0>. (Consultada el 5 de enero de 2018).

⁶⁴³ Ver el art. 5.5 de la Directiva 2001/29/CE (La Ley 7336/2001). El test de las tres fases es una adaptación continental a la doctrina del *Fair Use* estadounidense. El derecho de cita, según queda recogido en la Directiva, puede ser interpretado en términos más restrictivos que en el Convenio de

la Ley; siempre que no atente a la explotación normal de la obra; y que no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o del titular del derecho conexo. Así sucede con las limitaciones o excepciones reconocidas en los distintos regímenes jurídicos de los Estados, que atienden a las directrices de la Directiva de 2001/29/CE⁶⁴⁴.

En el Tratado de Marrakech⁶⁴⁵, ha establecido la necesidad de mantener un equilibrio entre la protección eficaz de los derechos de los autores y el interés público en general, en particular en cuanto a la educación, la investigación y el acceso a la información, y que tal equilibrio debe facilitar a las personas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, llegar a conocerlo. Reafirma las obligaciones contraídas por las Partes contratantes en virtud de los tratados internacionales vigentes en materia de protección del derecho de autor, así como la importancia y la flexibilidad de la regla de los tres pasos relativa a las limitaciones y excepciones, estipulada en el art. 9.2) del CB para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas y en otros instrumentos internacionales.

En los arts. 11 y 12 se enumeran ciertas obligaciones generales a observar en relación con las limitaciones y excepciones que se adopten como medidas para garantizar la aplicación del Tratado. Se dice así que las Partes contratantes podrán ejercer los derechos y deberán cumplir las obligaciones que tengan de conformidad con el CB, el ADPC y el WCT, incluidos los acuerdos interpretativos de los mismos, de manera que:

a) de conformidad con el art. 9.2) del Convenio de Berna podrá permitir la reproducción de obras en determinados casos especiales,

b) conforme con el art. 13 del ADPC, circunscribirá las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales,

c) de conformidad con el art. 10.1) del WCT, podrá prever limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores en dichos casos especiales y;

d) de conformidad con el art. 10.2) del WCT, una Parte contratante restringirá, al aplicar el Convenio de Berna, cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos a ciertos casos especiales de modo que ninguna de las excepciones mencionadas en los cuatro apartados atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor⁶⁴⁶.

Berna, según la opinión de Martín Salamanca (2007, 253), mientras que la norma española resulta más restrictiva que la Directiva ídem (254).

⁶⁴⁴ DE COUTO GÁLVEZ, R. M., “¿La Ley 21/2014 mantiene un cambio sustantivo en la configuración de la remuneración compensatoria por el límite de copia privada?”, *Actualidad Civil*, núm. 4, sección A Fondo, abril 2015, ed. la Ley.

⁶⁴⁵ Fue adoptado el 27 de junio de 2013 en Marrakech, forma parte de un cuerpo de tratados internacionales sobre derecho de autor administrados por la OMPI. Posee una clara dimensión de desarrollo humanitaria y social, y su principal objetivo es crear un conjunto de limitaciones y excepciones obligatorias en beneficio de las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso.

⁶⁴⁶ Informe y dictamen sobre el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, hecho en Marrakech el 27 de junio de 2013. 18/03/2015. Disponible en:

<http://www.tirantonline.com/tol/documento/show/5003523?general=convenio+de+berna+y+tratados+internacionales&searchtype=substring&index=2>. (Consultada el 10 de enero de 2018).

A nivel nacional, España está entre los países de la Unión que ha considerado que la regla de los tres pasos es una regla directamente aplicable dentro de la legislación local del derecho de autor. La “regla de los tres pasos” al derecho interno español ha sido resultado del proceso de armonización europeo. Dicha regla esta introducida en el art. 40 bis de la LPI en el capítulo II⁶⁴⁷ (art. 31 al 40), que dice:

“Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran”.

La regla de los tres pasos (contenida en el art. 9 del CB) obliga el actuar de todo legislador nacional, incluido el legislador español.

Así, El TS ⁶⁴⁸lo reconoce y considera que en España:

“Esta regla no es sino una pauta que indica a los estados firmantes que podrán introducir límites al derecho de reproducción siempre y cuando: primer paso: se trate de determinados casos especiales; segundo paso: esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra; tercer paso: esa reproducción no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”. Adema, “obliga a los Estados a limitar las excepciones a «casos especiales», evitando aplicarlas en daño de «intereses legítimos» de los titulares de derechos o de la explotación normal de las obras y prestaciones (arts. 10 y 16 respectivamente, de los tratados OMPI sobre derechos de autor y sobre interpretación o ejecución y fonogramas; también el art. 13 del ADPC)”⁶⁴⁹.

El art. 5 apdo. 5 de la DDASI, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, de próxima incorporación a nuestro ordenamiento, también acoge la “Regla de los Tres Pasos” al establecer que: “Las excepciones y limitaciones (...) únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal”⁶⁵⁰. También, en el Considerando cuarenta y cuatro (44) de la DDASI recuerda explícitamente que: “Al aplicar las excepciones y limitaciones previstas en la presente Directiva, éstas deben ejercerse de acuerdo con las obligaciones internacionales. Las citadas excepciones y limitaciones no deben aplicarse ni de tal forma que los intereses legítimos del titular del derecho se vean perjudicados ni de manera contraria a la explotación normal de su obra o prestación. El establecimiento de dichas excepciones o limitaciones por los Estados miembros debe, en particular, reflejar debidamente el creciente impacto económico que pueden tener las mismas a la luz de los avances logrados en la electrónica. Por consiguiente, puede resultar necesario limitar aún más el alcance de determinadas excepciones o limitaciones en lo tocante a ciertas nuevas utilidades de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas

⁶⁴⁷ RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Publicado en BOE de 22 de abril de 1996.

⁶⁴⁸ TS, sala de lo Civil, STS 4505/2007 - ECLI: ES: TS: 2007:4505.

⁶⁴⁹ Acuerdo de la OMC (Organización Mundial del Comercio) de 1994 sobre los ADPIC (Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994.

⁶⁵⁰ Art. 5.5 de la DDASI 2001/29/relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

por derechos afines a los derechos de autor⁶⁵¹.” La “regla de los tres pasos” prevista en el art. 5.apdo. 5 de la DDASI tiene como principal objetivo garantizar que se respeten las obligaciones internacionales □ incluyendo las “reglas de los tres pasos” previstas en los ya analizados arts. 9.2 del CB, 13 del Acuerdo sobre los ADPIC⁶⁵² y 2⁶⁵³ y 10.1⁶⁵⁴ del TODA⁶⁵⁵ □ por parte de los países miembros.

El art. 13 de ADPIC se aplica a todos derechos exclusivos al contrario del art. 9.2 del CB que tiene su campo de aplicación limitado al derecho de reproducción.

La mayoría de las doctrinas, los pasos de la regla deben aplicarse de forma sucesiva y en el orden en que vienen establecidos⁶⁵⁶, como está establecido en el art. 5.5 de la DDASI que expone:” Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados. 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho”.

A nivel europeo ciertos países, entre ellos España, han adoptado la regla de los tres pasos en sus ordenamientos internos, y la utilizan también como un criterio a la hora de aplicar los límites al derecho de autor.

En el caso citado de *Megakini*⁶⁵⁷, la AP de Barcelona, concluyó que no existe infracción de los derechos de autor en este caso en particular, basándose en:

⁶⁵¹ Ver también lo dispuesto en el Considerando 15 de la DDASI. De acuerdo con el Considerando 15, “La Conferencia Diplomática celebrada en diciembre de 1996 bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) llevó a la adopción de dos nuevos Tratados, el "Tratado de la OMPI sobre derechos de autor" y el "Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas", que versan respectivamente sobre la protección de los autores y sobre la protección de los intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas. Estos Tratados actualizan de forma significativa la protección internacional de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor, incluso en relación con la denominada "agenda digital", y mejoran los medios para combatir la piratería a nivel mundial. La Comunidad y la mayoría de los Estados miembros han firmado ya dichos Tratados y se están tomando las oportunas disposiciones para la ratificación de los mismos por la Comunidad y los Estados miembros. La presente Directiva está destinada también a dar cumplimiento a algunas de las nuevas obligaciones internacionales”.

⁶⁵² Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio Art.13 Limitaciones y excepciones: Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

⁶⁵³ Art. 2 Ámbito de la protección del derecho de autor: La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.

⁶⁵⁴ Art. 10 Limitaciones y excepciones: 1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

⁶⁵⁵ El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) es un arreglo particular adoptado en virtud del Convenio de Berna que trata de la protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno digital. Además de los derechos reconocidos en el Convenio de Berna, se conceden determinados derechos económicos. El Tratado también se ocupa de dos objetos de protección por derecho de autor: i) los programas de computadora, con independencia de su modo o forma de expresión, y ii) las compilaciones de datos u otros materiales ("bases de datos").

⁶⁵⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., “La regulación legal de los límites en las legislaciones comunitaria y española”, en O’CALLAGHAN, Xavier (coord.), *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, DYKINSON, 2011, p. 340.

⁶⁵⁷ M.ª RODRÍGUEZ QUIRÓS, E., “Límites de los derechos de autores de páginas web ante la puesta a disposición de «snippets» y de enlaces de acceso a la «copia caché». Comentario a la STS de 3 de abril de 2012, *Megakini vs. Google Spain, S.L.*”, Propiedad Intelectual, Derechos de autor, límites, buscadores de Internet, *snippets*, copia caché. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 13, sección Comentarios de jurisprudencia, segundo semestre de 2013, ed. la Ley. la Ley 4931/2013.

— La existencia de una autorización tácita del demandante,
— la posibilidad de interpretar el art. 40 bis LPI, tanto en sentido positivo como negativo más allá de su tenor literal, poniendo dicho precepto en relación con:

- La doctrina anglosajona del *fair use* o “uso legítimo o justo” como guía para la interpretación del alcance de la protección de los derechos de autor,
- La doctrina del *ius usus inocui*, que estima aplicable al caso por no derivarse perjuicios para la demandante,
- El sentido común, para evitar abuso del derecho y un ejercicio antisocial del mismo en aquellos supuestos en que la actividad del buscador no perjudica al autor, sino que le beneficia.

4.3. La Regla de los tres pasos y Derecho de Propiedad Intelectual: Derecho de autor

La regla de los tres pasos, de proveniencia anglosajona, introdujo criterios amplios cuya correcta aplicación podría adecuar la disciplina del derecho de autor al actual desarrollo tecnológico. Esta regla tiene sus raíces en la tradición del *copyright* anglosajón y que su interpretación amplia podría adecuar la regla a la actual realidad tecnológica. Con los criterios abiertos que se utilizan en la regla de los tres pasos se podrían flexibilizar las limitaciones y excepciones al derecho de autor. Sin embargo, el obstáculo persiste en la medida en que la regla de los tres pasos exige que la limitación solo opere en casos especiales⁶⁵⁸.

Tras a “la declaración por una interpretación equilibrada de la Regla de los tres pasos en el derecho de autor”, auspiciada por el *Max Planck Institut* para la propiedad intelectual, derecho de la competencia y derecho tributario de Múnich y el *Queen Mary College* de Londres. Esta declaración establece que la regla de los tres pasos no exige que las limitaciones y excepciones sean interpretadas de forma restrictiva sino de acuerdo con sus objetivos y finalidades⁶⁵⁹. La incorporación de la regla en el orden jurídico comunitario a través del art. 5.5 de la Directiva de 2001/29/CE sobre derecho de autor y derechos a fines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DDASI), ha ampliado su alcance y modificado su naturaleza. A este respecto, se ha planteado si los Estados miembros venían obligados a transponer este precepto, o se trataba de una norma exclusivamente dirigida a sus legisladores a la hora de elaborar las normas sobre límites, sin que alcanzara a los jueces nacionales⁶⁶⁰. Una Sentencia de la AP de Barcelona, de 17 de septiembre de 2008 (AC 2008, 1773), ha utilizado esa regla de los tres pasos, recogida en el art. 40 bis, para ampliar el número de excepciones a la propiedad intelectual reconocidas en los arts. 31 y ss. LPI⁶⁶¹.

La regla de los tres pasos, constituye una norma esencial de tratar los límites a los derechos de propiedad intelectual, se ha usado por varias sentencias del TJUE como una condición más a cumplir para aplicar un definido límite a un caso preciso (caso

⁶⁵⁸ RENGIFO GARCÍA, E., “Derechos de autor de las obras reproducidas y publicadas en línea por los motores de búsqueda”, *Revista la propiedad inmaterial*, núm. 22, julio – diciembre de 2016, pp. 33 – 56.

⁶⁵⁹ PALAU RAMÍREZ, F., “Reflexiones sobre los conflictos relativos a la explotación de derechos de propiedad intelectual y la responsabilidad de los motores de búsqueda en internet”, en *Orientaciones actuales del derecho mercantil*, Madrid 2013, p.63.

⁶⁶⁰ LUCAS, A., y CÁMARA ÁGUILA, M. P., *op. cit.*, nota 545, pp. 16.

⁶⁶¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Google y la regla de los tres pasos”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2009. Pp. 2 y ss.

Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening, asunto C- 5/08, de 16 de julio de 2009, caso *Technische Universität Darmstadt*, asunto C- 117/2013, de 11 de septiembre de 2014 , caso *Newspaper Licensing*, asunto C- 360/13, de 5 de junio de 2014, y, caso *Painer*, asunto 145/10, de 1 de diciembre de 2011).

Según la STS del TS de 3 de abril de 2012, del caso “*Megakini vs. Google*”⁶⁶², en el que el titular solicitó al cese del funcionamiento del motor de búsquedas de páginas *web* accesible a través de la dirección de Internet *www.google.es*, por medio de su suspensión y de su prohibición de reanudación, y pagar una indemnización por el daño moral causado.

El primero consistía en que "a sentencia recurrida infringe el sistema de fuentes" establecido en el art. 1 de nuestro CC , al aplicar en realidad, mediante su referencia a la doctrina anglosajona del "*fair use*" , la sección 107, capítulo 1, título 17 del Código de los Estados Unidos, reguladora de la excepción del "*fair use*" a los derechos de autor, para interpretar una norma española, como es el art. 40 bis de la Ley de Propiedad Intelectual , que incorpora la llamada "prueba de los tres pasos, de las tres etapas o de las tres fases" , introduciendo así una nueva excepción ad hoc , extraña al ordenamiento vigente. A su vez, el segundo fundamento del recurso se enunciaba así: "el art. 31.1 TRLPI como norma infringida" , centrándose su alegato en el significado económico independiente o aprovechamiento por Google de la obra ajena mediante conductas que "no constituyen meros actos de transmisión de la información, sino que son propiamente usos del código *html* de los sitios ajenos" , todo ello desde la consideración de que Google había reconocido "la obtención de ingresos a partir de los enlaces patrocinados que son presentados en las páginas de resultados de las búsquedas efectuadas por los usuarios".

Sin embargo, el propio Tribunal es plenamente consciente de que la actividad de Google en este caso “requeriría en principio la autorización del autor de la página *web*”. También reconoce la especialidad de la propiedad intelectual en el sentido de que se trata de “un sistema de protección de derechos fundado en la necesidad de autorización del titular salvo que concurra alguna de las excepciones establecidas por la ley, siguiendo el método del catálogo o lista exhaustiva, es un sistema cerrado, en el sentido de no admitir más excepciones a la necesidad de autorización que las expresamente establecidas”. Es decir, que, siguiendo la literalidad de la Ley de Propiedad Intelectual, para que la actividad de Google fuera lícita necesitaría contar con el permiso de todos los titulares de derechos de todas las páginas *web* que reprodujese⁶⁶³.

En la sentencia de la AN⁶⁶⁴ ha condenado a los dos administradores de la página *web* *www.youkioske.com* a seis años de cárcel por un delito agravado contra la propiedad intelectual y otro de promoción y constitución de una organización criminal, mientras que absuelve al tercero de los acusados. Los magistrados ordenan, asimismo, el comiso de los efectos informáticos intervenidos, así como de las ganancias acreditadas hasta un importe de 196.280,71 euros y les imponen también la pena de

⁶⁶² TS, sala primera, de lo Civil, STS de 3 de abril de 2012, STS núm. 172/2012.

⁶⁶³ DE AGUIRRE, J. M., “Propiedad Intelectual Hoy”, *Propiedad intelectual, industrial y nuevas tecnologías*, de 18/6, 2012.

⁶⁶⁴ STS de la AN por la que se condena a dos administradores de la página *web* *www.youkioske.com* a seis años de cárcel por un delito agravado contra la propiedad intelectual y otro de promoción y constitución de organización criminal. Arts. 270, 271 y 570 del CP. Propiedad intelectual: asunto Google. Pantallazo. Decomiso, del 05 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.tirantonline.com/tol/documento/show/5636852?general=convenio+de+berna+y+tratados+internacionales&searchtype=substring&index=5>. (Consultada el 30 de enero de 2018).

inhabilitación especial para el ejercicio de las profesiones de administrador de servidores y páginas *web* y gestor de contenidos en dichas páginas durante cinco años. En el Rollo de sala núm. 5/2014 seguido por los trámites del Procedimiento Abreviado, procedente de las Diligencias Previa núm. 180/2011 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, seguido por un delito contra la propiedad intelectual del art. 270 y 271 b) del CP y un delito de promoción y constitución de organización criminal del art. 570 bis apdo. 2-c (medios tecnológicos avanzados de comunicación) del mismo texto legal, y otro de blanqueo de capitales del art. 303 del CP.

Por lo que respecta a la explotación económica de la página a través de publicidad, se realizaba, por sistemas, a través de "*banners*" o de "*videos pre roll*". Los "*banners*" son o espacios publicitarios de los que la *web* dispone para cederlos a anunciantes que alojan publicidad de sus productos o servicios a cambio de una contraprestación económica. Los "*videos pre roll*" contenían un anuncio publicitario que mediante un reproductor flash ocupaba la pantalla antes de la visualización de la publicación elegida. Los *banners* eran gestionados por Google Inc. y los videos publicitarios por Eyewonder. En *Youkioske* existían banners publicitarios localizados permanentemente en los laterales y parte superior de la página *web*. Además, mediante el sistema de "*videos pre roll*" se proyectan anuncios en el centro de la página *web* momentos antes de la exhibición del contenido seleccionado por el usuario. En ambos casos "pinchando" en el *banner* publicitario o el video el usuario era redirigido a la página *web* del anunciante⁶⁶⁵.

Por fin, para un caso⁶⁶⁶ de incumplimiento por parte del responsable del servicio de la sociedad de la información *www.exvagos.com* de la orden de retirada dentro del plazo de 24 horas, se considera necesario que el servicio de publicidad ofrecido respectivamente por las entidades *COST PER MILLE ROCKET SOCIEDAD LIMITADA* y Google (Google Inc., Google Spain S.L. y Google Ireland LTD) procedan, a la suspensión del servicio de publicidad que prestan a la página *www.exvagos.com* y que esta medida se extienda, en su caso, a cualquier dominio específico *web* que el responsable pudiera utilizar en iguales términos, o que redireccione a dicha página *www.exvagos.com* así como a todas aquellas *webs proxy* que sirvan únicamente como intermediarias para acceder a la anterior.

Así, se considera necesario que los servicios de *Google Inc.* y *google Spain S.L.* (*Google*); *Yahoo Iberia sl* y *Yahoo Emea LTD (Yahoo)*; *Microsoft Luxembourg SARL.*, *Microsoft Iberica SRL* y *Microsoft Corporation (Bing)*, procedan a eliminar de sus resultados de búsqueda, aquellos que contengan la ubicación de las obras señaladas en los antecedentes de hecho 4 y 5, en el Anexo I de la presente y en el documento adjunto a la misma, ofrecidas todas ellas en la página de internet del servicio de la sociedad de información *www.exvagos.com* y, en concreto, los resultados que localicen las *URLs*

⁶⁶⁵ Diario del Derecho," La AN condena a los responsables de la página web *youkioske.com* por alojar diarios y revistas de diversos grupos editoriales que podían visionarse vía streaming", *Iustel*, ed. de 12/09/2019. ISSN 2254-1438.

⁶⁶⁶ Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo núm. 4, auto 19/2016 de 19 de abril de 2016, proc. 1/2016. Disponible en:

http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAE2QwW7CMAyGn4ZcKk1hUGCHHFbYDtM0TQwm7eimXhstJBA7jL79XMphkT7F8m5t33KmPodXtj4SMUhckxIRYNFPclafwOdMjZQ9AV6ySa0XRxUD4WNhyMyButAUR9i6A9mlzIqhprMVOvJ0g5MhZkwF0phKayEh0HTCixn8JtoT TnE7ow7qI1WMyld1UvEkcFvkcyNVPUxd83OLsW2MVQQRo9XdOYl73WuiyXi7KcqTmMkgLz6VoMjKpzbfq8FgPRI7W0Uv7NsV8fHaeMW2AwXw9PW4n9_Pi-u7IdKEIIdnuHV0VR4Pcgd0vCgffmTwj6t8m4P2QVYg8P-zY4MqM8tENYdRU9bLL564Bo-hue3yB2YEI-aSAQAAWKE. (Consultada el 30 de enero de 2018).

contenidas en el Acuerdo de inicio del presente procedimiento, en su anexo y en el documento adjunto al mismo.

Sin embargo, En un asunto⁶⁶⁷, el TJUE ha hecho pública la sentencia en la que establece que el sistema de compensación por copia privada de España es contrario a la normativa europea. Luxemburgo contesta con este fallo al TS español que, a finales de septiembre de 2014, le planteó dos cuestiones sobre este sistema. La primera de las preguntas es si se ajusta a la normativa europea que esta compensación sea abonada a través de Presupuestos Generales del Estado (PGE), y la segunda, si es adecuado vincular esta remuneración a la capacidad presupuestaria del momento.

Tras esta sentencia del Tribunal de Luxemburgo corresponde a los tribunales españoles resolver los abundantes recursos presentados por los titulares de derechos, a través de sus entidades de gestión, contra todas las normas dictadas sobre esta materia desde 2012. En concreto CEDRO cada año ha impugnado las diferentes órdenes ministeriales y resoluciones de ejecución que el Gobierno ha promulgado para desarrollar este sistema, que ahora el TJUE ha declarado que no se ajusta a la normativa europea.

Asimismo, el Tribunal de apelación de Bruselas⁶⁶⁸, confirme que Debe garantizarse un justo equilibrio entre los derechos e intereses de las diferentes categorías de titulares de derechos, así como entre las distintas categorías de titulares de derechos y usuarios de prestaciones protegidas. Las actuales excepciones y limitaciones a los derechos previstas en los Estados miembros deben reevaluarse a la luz de los avances logrados en la electrónica. Las diferencias existentes en las excepciones y limitaciones a determinados actos restringidos inciden directa y negativamente en el funcionamiento del mercado interior de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor. Tales diferencias podrían perfectamente acentuarse a medida que se desarrollen la explotación transfronteriza de las obras y las actividades transfronterizas. Para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, resulta oportuno definir de manera más armonizada tales excepciones y limitaciones. El grado de armonización de las mismas debe estar en función de sus efectos sobre el correcto funcionamiento del mercado interior.

La DDASI⁶⁶⁹, establece una lista exhaustiva de excepciones y limitaciones a los derechos de reproducción y de comunicación al público. Algunas de las excepciones o limitaciones sólo se aplican al derecho de reproducción cuando resulta pertinente. La lista toma oportunamente en consideración las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros, y está destinada al mismo tiempo a garantizar el funcionamiento del mercado interior. Los Estados miembros deben aplicar con coherencia dichas excepciones y limitaciones, lo que será comprobado en un futuro examen de las medidas de transposición.

El art. 5, apdo. 2, de la DDASI (la Ley 7336/2001) dispone: «Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el art. 2 en los siguientes casos:

⁶⁶⁷ Asunto C-470/14, del TJ, sala cuarta, rec. C-470/14, del de 9 de junio de 2016, [Texto rectificado mediante auto de 7 de septiembre de 2016].

⁶⁶⁸ Asunto C-572/13, *Hewlett-Packard Belgium SPRL y Reprobel SCRL*, en el que participa: *Epson Europe BV*, TJUE, sala Cuarta, STS de 12 de noviembre de 2015.

⁶⁶⁹ La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

a) en relación con reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa;

b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el art. 6; [...]».

En determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas. A la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos.

Hay que recordar que, en virtud del art. 5, apdo. 2, letra b), de la DDASI, los Estados miembros están facultados para establecer excepciones o limitaciones al derecho exclusivo de reproducción previsto en el art. 2 de esa Directiva, cuando se trate de reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta las medidas tecnológicas contempladas en el art. 6 de la misma Directiva.

El Tribunal de Justicia⁶⁷⁰ ha recordado que las excepciones previstas en el art. 5 de la DDASI deben aplicarse con observancia del principio de igualdad de trato, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, consagrado en el art. 20 de la CDFUE y que, según una jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente (sentencia de 5 de marzo de 2015, *Copydan Bandkopi*, C-463/12, EU:C:2015:144, apdo. 31 y 32 y jurisprudencia citada).

5. SISTEMA ABIERTO DE LÍMITES: DOCTRINA DE *FAIR USE*

5.1. Origen y factores de la doctrina de *fair use* en los Estados Unidos.

El uso creciente de las nuevas tecnologías y la cobertura global de Internet han reabierto el debate sobre la necesidad de conciliar los intereses que convergen en las obras con derechos de autor: autores, propietarios y usuarios.

Los orígenes del *fair use* se remontan a las primeras décadas del siglo XVIII, en plena génesis de la primera legislación del *copyright*: el Estatuto de Ana de Inglaterra,

⁶⁷⁰ Asunto C-110/15, TJ, sala segunda, de 22 de septiembre de 2016. *Microsoft Mobile Sales International Oy*, anteriormente *Nokia Italia SpA* y otros contra *Ministero per i beni e le attività culturali (MiBAC)* y otros.

promulgado en 1710. Este tiempo llamado por el autor SAG como “la prehistoria del *fair use*”⁶⁷¹.

El modelo norteamericano del “*fair use*”, que actúa como excepción al “*copyright*” permitiendo, en ciertos supuestos, un uso limitado de obras protegidas sin necesidad de tener la autorización de los titulares de los derechos. En otros países existen figuras similares. En Inglaterra, Canadá, Australia y Nueva Zelanda se conoce como “*fair dealing*”.

El *fair dealing* del Reino Unido es similar al *fair use* norteamericano. La diferencia radica en el hecho de que el *fair use* está establecido art. 107 de la *Copyright Act.*, el *fair dealing* siempre ha sido una jurisprudencia. En uno de los casos más emblemáticos de la jurisprudencia británica, *Hubbard and Another v. Vosper and Another* (1972), la idea es que es el juez quien finalmente decide qué es el *fair dealing*. Lo curioso es que en el *Hyde Park Residence v. Yelland* (2001) sostiene que el trato justo debe ser juzgado de acuerdo con el estándar de “persona imparcial y honesta”. La verdad es que los dos criterios, el de *fair dealing*, representan categorías legales indeterminadas que deben especificarse por el juez⁶⁷².

Se recoge la idea de que es el juez quien en últimas determina qué es *fair dealing*. Lo curioso es que en el juicio *Hyde Park Residence v. Yelland* (2001) se indica que el trato justo se debe juzgar de conformidad con el estándar del “*fair minded and honest person.*” Lo cierto es que ambos criterios, este y el del *fair dealing*, representan categorías jurídicas indeterminadas que tienen que ser precisadas por el juez⁶⁷³.

En el derecho estadounidense se suele considerar que la doctrina del *fair use* tiene su origen en la sentencia del asunto *Folsom v. Marsh* (1841), pues en dicha resolución se establecen los cuatro factores que la conforman y que más adelante se codificarían en el *Copyright Act* norteamericano de 1976.

El *fair use* es una doctrina en la Ley de los Estados Unidos que permite el uso limitado de material con derechos de autor sin tener que obtener primero el permiso del titular de los derechos de autor. El *fair use* es una de las limitaciones de los derechos de autor destinados a equilibrar los intereses de los titulares de derechos de autor con el interés público en la distribución y el uso más amplio de obras creativas, al permitir como defensa a las violaciones de derechos de autor ciertos usos limitados que de otro modo podrían considerarse infracción⁶⁷⁴. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha caracterizado tradicionalmente el *fair use* como una defensa afirmativa, pero en *Lenz v. Universal Music Corp*⁶⁷⁵ (asunto *the "dancing baby"*). El Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos para el Noveno Circuito concluyó que el *fair use* no era simplemente una defensa contra una reclamación por infracción, sino un derecho expresamente

⁶⁷¹ SAG, M., “The Prehistory of Fair Use”, *Brooklyn Law Review*, vol. 76, núm. 4. 2011. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1663366>. (Consultada el 5 de marzo 2018).

⁶⁷² ZAPATA LÓPEZ, F., “¿Quo vadis, derecho de autor?”, *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, año 8, núm. 15 - enero/junio de 2015.

⁶⁷³ RENGIFO, N., “El papel del juez frente a las limitaciones y excepciones al derecho de autor en los países de tradición continental”, GUILD, INC. AND BETTY MILES, JOSEPH GOULDEN, and JIM BOUTON vs. Google Inc. 12-3200 (2d Cir. 2013).

⁶⁷⁴ AUFDERHEIDE, P.; JASZI, P., “Reclaiming Fair Use: How to Put Balance Back in Copyright”. University of Chicago Press. pp. 10–11. 2011. ISBN 978-0-226-03228-3.

⁶⁷⁵ *Lenz vs. Universal Music Corp.*, 801 F.3d 1126, 1133 (9th Cir. 2015). Stephanie LENZ, Plaintiff-Appellee/Cross-Appellant, vs. UNIVERSAL MUSIC CORP.; Universal Music Publishing Inc.; Universal Music Publishing Group Inc., Defendants-Appellants/Cross-Appellees. Nos. 13-16106, 13-16107. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. Argued and Submitted July 7, 2015.

autorizado y una excepción a los derechos exclusivos otorgados al autor de una obra creativa por ley de derechos de autor: “Por lo tanto, el uso justo es distinto de las defensas afirmativas cuando un uso infringe un derecho de autor, pero no existe ninguna responsabilidad debido a una excusa válida, por ejemplo, el uso indebido de un derecho de autor”.

En la legislación vigente, el *fair use* aparece en la §107 del *Copyright Act* estadounidense de 19 de octubre de 1976: «... el *fair use* de una obra protegida... para fines tales como la crítica, el comentario, la información sobre temas de actualidad, la enseñanza (...), la formación o la investigación, no constituye una infracción del derecho de autor». Sobre la base de este artículo, se ha argumentado que el *fair use*, o "uso legal", es una limitación del derecho del autor a reproducir su obra, o incluso un principio general que inspira una serie de limitaciones específicas⁶⁷⁶.

5.2. La legislación del *fair use*

Para determinar si el uso que se hace de un trabajo en un caso particular es un *fair use*, por desgracia, la única forma de obtener una respuesta es resolverlo en un tribunal federal. Los jueces utilizan cuatro factores para resolver las disputas sobre el *fair use*. Es importante entender que estos factores son solo pautas que los tribunales pueden adaptar libremente a situaciones particulares caso por caso. En otras palabras, un juez tiene mucha libertad al hacer una determinación de *fair use*, por lo que el resultado en cualquier caso puede ser difícil de predecir⁶⁷⁷. Por eso debe incluir los siguientes factores⁶⁷⁸:

- 1 El propósito y carácter del uso, incluyendo si se trata de un uso de naturaleza comercial o para fines educativos sin fines de lucro;
2. La naturaleza de la obra protegida;
3. La cantidad e importancia de la parte usada en relación con la obra protegida como un todo; y
4. El efecto del uso sobre el mercado potencial o valor de la obra protegida. (17U.S.C. § 107 (1976).

Es una regla dinámica que otorga a los tribunales el poder de determinar caso por caso, con el mérito del fondo, ya sea un uso legítimo o infractor del *copyright*. En esta prueba, varios factores adicionales pueden influir⁶⁷⁹.

Sin embargo, Los cuatro factores están claramente establecidos, pero evitando definir con detalle cada una de ellas, lo que da lugar a la flexibilidad admirada. De esta manera, se ha permitido que los factores doctrinales sigan siendo interpretados a lo largo de los años a través de decisiones judiciales⁶⁸⁰.

⁶⁷⁶ ROGEL VIDE. C., “De los límites a las infracciones del derecho de autor en España”, Diario la Ley, 1989, p. 943, tomo 1, ed. la Ley.

⁶⁷⁷ RICHARD STIM, A., “*Getting Permission Using & Licensing Copyright-Protected Materials Online & Off*”, 6th Ed., october 2016.

⁶⁷⁸ LARSON, A., "Fair Use Doctrine and Copyright Law". (February 11, 2018). Expert Law.com.

⁶⁷⁹ HEINS, M., BECKLES, T., “Will fair use survive? Free Expresión in the Age of Copyright Control”. *Brennan Center for Justice, NYU School of Law*. 2003. p. 3. Disponible en [<http://www.fepproject.org>].

⁶⁸⁰ CETINA PRESUEL, R., “¿De la sartén al fuego? La cuestión de la adopción del fair use como solución al sistema de límites al derecho de autor en México”, *Revista de cultura digital*, vol. 5, núm. 10 (2014).

La doctrina del *fair use* proporciona un sistema según las cuales los investigadores, educadores, académicos y otros pueden usar obras con derechos de autor sin pedir permiso al titular de los derechos de autor ni pagar derechos de autor.

En resumen, La forma más segura siempre será obtener el permiso del titular de los derechos de autor antes de utilizar una obra. La Oficina de Derechos de Autor de los Estados Unidos no puede otorgar este permiso. Cuando obtener una autorización es impracticable, se debe evitar el uso de un trabajo a menos que la doctrina del "*fair use*" se aplique claramente a la situación. La Oficina de derechos de autor no puede determinar si un determinado uso puede considerarse "justo" o aconsejar sobre posibles violaciones⁶⁸¹.

5.3. Los cuatro factores del *fair use* norteamericano

5.3.1. Propósito y carácter del uso

El *fair use* se refiere principalmente a la función para la cual se está utilizando el material copiado. Dado que la Ley de derechos de autor favorece el fomento de estudios académicos, investigación, educación y comentarios, es más probable que un juez tome una determinación de uso justo si el uso del acusado no es comercial, educativo, científico o histórico. Sin embargo, un uso educativo o científico con fines comerciales no puede ser justificado por la doctrina del *fair use*⁶⁸², como lo indica la sentencia de *Campbell v. Acuff-Rose Music*, de 1994⁶⁸³, que declara "*Mientras más transformativo es el nuevo trabajo, menos peso tendrán los otros factores, tales como el carácter comercial, el que puede determinar que un uso sea declarado injusto*".

Por ejemplo, el uso de una imagen de una pintura encontrada en un libro de texto de historia del arte probablemente se considere justo si el autor hace un comentario académico sobre el trabajo. Por el contrario, el uso de esa misma pintura con derechos de autor en un anuncio de un producto no relacionado no se consideraría uso justo.

5.3.2. Naturaleza de la obra protegida

El segundo factor en la determinación del *fair use* es la naturaleza del trabajo que se está copiando. Por ejemplo, un tribunal generalmente considerará si el trabajo copiado es de naturaleza informativa o de entretenimiento. Es más probable que un juez encuentre una determinación de uso justo si el material se copió de un trabajo fáctico, como una biografía, que, de un trabajo de ficción, como una novela romántica o una película de terror⁶⁸⁴.

Así, la Corte Suprema en *Sony Corp. of America c. Universal City Studios, Inc.*⁶⁸⁵, señala que "*copiar una transmisión de noticias puede tener un reclamo más fuerte al uso justo que copiar una película*". ¿Por qué? Porque la copia de trabajos

⁶⁸¹ In answer to your query, *Library of Congress · U. S. Copyright Office*, fl-102 rev: 07/2006. Disponible en: <https://www.copyright.gov/fls/espanol/fl102e.pdf>. (Consultada el 16 de abril de 2018).

⁶⁸² RICHARD STIM, A., "Fair Use: The Four Factors Courts Consider in a Copyright Infringement Case. A determination of fair use generally occurs during a copyright infringement lawsuit", legal encyclopedia nolo. Disponible en: <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/fair-use-the-four-factors.html>. (Consultada el 16 de abril de 2018).

⁶⁸³ *Campbell vs. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994) Supreme Court 1994.

⁶⁸⁴ RICHARD STIM, A., *op. cit.* nota 596.

⁶⁸⁵ *Sony Corp. of Amer. vs. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

informativos como revistas académicas, científicas o de noticias fomenta la libre difusión de ideas y fomenta la creación de nuevas obras científicas o educativas, todas las cuales benefician al público.

5.3.3. Cantidad e importancia de la parte usada en relación con la obra protegida como un todo

El tercer factor, los tribunales analizarán la cantidad y la sostenibilidad del trabajo de derechos de autor que se ha utilizado. Si usa un pequeño clip de un programa de televisión, una canción o una película en un anuncio, es más probable que se considere *fair use* que si usa todo el trabajo.

Sin embargo, incluso el uso de un pequeño clip puede ser suficiente para constituir una infracción total, dependiendo de qué parte del trabajo esté utilizando, si se trata de "el corazón y el alma" del trabajo en cuestión⁶⁸⁶.

En casos raros, la copia de un trabajo completo puede considerarse como un uso justo. Por ejemplo, la Corte Suprema en el caso de *Sony* justificó la copia de programas completos de televisión.

5.3.4. Efecto del uso en el mercado de la obra original

El cuarto factor en una determinación de *fair use* es el efecto del uso en el mercado potencial para el trabajo que se copió. La consideración de este factor tiene como objetivo lograr un equilibrio entre el beneficio que el público obtendrá si se permite el uso y la ganancia personal que el propietario de los derechos de autor recibirá si se deniega el uso⁶⁸⁷.

Un factor adicional que los tribunales suelen considerar es si el trabajo se atribuye adecuadamente al autor.

No existe una fórmula específica que los tribunales utilicen para determinar si el acusado en un caso de infracción de derechos de autor está cubierto por la defensa de *fair use*⁶⁸⁸.

5.4. Efecto en el mercado (*market effect*)

Impresionante en el debate de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, el efecto sustitutivo que podría generar un resumen en el mercado era ampliamente conocido por la doctrina de la época. En sus escritos de 1828, Robert MAUGHAM dijo: “*De acuerdo con algunas autoridades, [los extractos de buena fe] no deben ser tan extensos como para perjudicar la venta del trabajo original, aun cuando se haya hecho sin intención de invadir al autor previo*” (citado en SAG, 2011: 31)⁶⁸⁹.

Para Richard GODSON, el *abridgment* es injusto cuando “*inhibe al autor de su justa retribución de mercado, al dar su trabajo al público en un formato más*

⁶⁸⁶ ANDERSON DUFF, “Fair Use: Four Factors To Consider”, *Revision legal*, february 6, 2019.

⁶⁸⁷ RICHARD STIM, A., “Fair Use: The Four Factors Courts Consider in a Copyright Infringement Case. A determination of fair use generally occurs during a copyright infringement lawsuit”, *op. cit.* nota 596.

⁶⁸⁸ ANDERSON DUFF, “*op. cit.* nota 600.

⁶⁸⁹ MAUGHAM, R., “*Treatise on the Laws of Literary Property*”. 1828. Citado en SAG, Matthew.

económico” (GODSON, 1823: 217; citado en SAG, 2011: 31)⁶⁹⁰. La prehistoria del fair use está marcada por una serie de casos de *fair abridgment*⁶⁹¹ (resúmenes justos) litigados en las cortes de Inglaterra entre 1710 y 1841. Daniel DEFOE señalaba: “*el abridgment sin el consentimiento del autor equivale a una especie de robo que ahora está en plena práctica en Inglaterra*”⁶⁹².

SAG indica en este sentido que: “*Aunque el efecto en el mercado suena a una investigación objetiva y fáctica, es de hecho una investigación muy subjetiva. En la mayoría de los casos, el criterio para determinar si la conducta del acusado infringe en conformidad al cuarto factor, es un tanto elástico, ya que, para determinar la extensión de los efectos en el mercado potencial, los tribunales deben primero determinar si cierto uso se encuentra dentro del mercado potencial. [...] A la luz de esta imprecisión, la aparente simetría entre la forma en que los jueces describen el cuarto factor y los resultados de los casos de fair use, plantea la sospecha de que el efecto en el mercado no es un factor en absoluto*”.

Continúa:

“*La pregunta es: ¿hay algún contenido empírico en el cuarto factor legal o es simplemente una conclusión legal? La forma más sencilla de entender el cuarto factor es como un seguimiento de los daños por competitividad o pérdidas en ventas. Concebido como tal, la cuestión empírica sólo se sujeta a determinar ese daño o pérdida en ventas. Este seguimiento es fácil de concebir, pero difícil de implementar debido a la magnitud de las pérdidas del pasado y el grado probable de pérdidas a futuro, que son elementos muy controvertidos en la mayoría de los juicios de fair use*”⁶⁹³.

En este sentido, como indiqué por SAG, el surgimiento de un *fair use* fue motivado principalmente por el interés de ampliar el alcance de la protección de los derechos de autor. Sin embargo, desde su creación, el aspecto de la seguridad se ha manifestado fuertemente antes de la expansión constante de los derechos de autor. En este sentido también, sigue siendo muy similar a sus comienzos.

En el ámbito internacional, un área de la doctrina sugiere que una de las maneras de resolver el dilema de la regla en tres pasos es interpretarla de manera más realista. En el contexto de los Estados miembros de la UE, los tribunales han sugerido que el *fair use* se aplique como límite más que la lista cerrada existente⁶⁹⁴.

5.5. Aplicación de la doctrina *fair use* a los motores de búsqueda

Una estrategia asumida por Google en los Estados Unidos, estas prácticas han dado como resultado lógicamente una disputa entre Google medios de comunicación para muchos autores y editores literarios agrupados en una acción de clase, según la

⁶⁹⁰ GODSON, R., “A Practical Treatise on the Law of Patents for Inventions and of Copyright: With an Introductory Book on Monopolies”. p. 219-20 (1823).

⁶⁹¹ SAMUEL JOHNSON, el más destacado defensor del derecho al abridgment, en su artículo “Considerations on the case of Dr. Trapp’s sermons, abridged by Mr. Cave”, Editor: General Books LLC; Ed. : abridged edition (14 de agosto de 2009). Citado en Sag (2011: 15). Llama la atención que Johnson participara en la revista que más polémica ocasionó en torno al uso de resúmenes y extractos sin autorización de obras publicadas.

⁶⁹² DEFOE, D., “An Essay on the Regulation of the Press.” 1704. (Blackwell 1958) p. 25.

⁶⁹³ SAG, M., *op. cit.* nota 586.

⁶⁹⁴ STS de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15B, rec.749/2007, de 17 de septiembre de 2008.

cual no autorizadas por la digitalización de libros Google violó sus derechos de autor. En su defensa, Google reivindica principalmente la excepción del *fair use* justo bajo la Ley estadounidense al insistir en muchos nuevos beneficios para el público por Google Books. Excepción del derecho de autor, el *fair use* puede permitir la comunicación libre de una obra al público sin el permiso de dependientes cuando hay un equilibrio entre el interés público y la de los propietarios del *copyright*.

Si la excepción del *fair use* se considera lo más flexible ya que permite que el juez de equilibrar el interés público con los de los titulares de derechos de autor, sino que también es criticado por su falta de previsibilidad. Esta es la razón por Google, no es absolutamente seguro de beneficiarse de *fair use*, ha favorecido mucho la búsqueda de una solución amistosa para evitar un juez que se pronuncie sobre la aplicación de un *fair use* acorde a Google Books. A pesar de la firma de un acuerdo con cinco editoriales es estadounidenses (*McGraw-Hill, Pearson Education, Penguin, John Wiley & Sons, Simon & Schuster*), Google finalmente tuvo que resolver una determinación judicial falta solución amablemente de todas las disputas⁶⁹⁵.

El 16 de octubre de 2015 la Corte de Apelación del Segundo Circuito de Estados Unidos dictó la sentencia en el caso *Authors Guild v. Google, Inc.*, relativo al *Library Project*⁶⁹⁶ de Google. Se trata de un motor de búsqueda para la localización de términos aislados aparecidos en libros, basado a su vez en el previo escaneo y conversión en archivo de texto de cada volumen. Con el fallo del Segundo Circuito en el asunto Google Books debe ser visto en sus justos términos: la sentencia no da por buena la digitalización y puesta a disposición del público masiva de textos íntegros de obras literarias, lo que obviamente no habría pasado el filtro de la cláusula de *fair use*. Lo enjuiciado era un tipo muy concreto de servicio, basado en un motor de búsqueda de términos y el ofrecimiento en pantalla de pequeños fragmentos que permiten contextualizar los términos encontrados. En rigor, la sentencia lo que hace es delimitar los márgenes dentro de los cuales Google puede moverse con amparo en la cláusula de *fair use*, y esos márgenes no son tan holgados. Cualquier acción que vaya más allá de la conversión a texto informáticamente legible de los libros y del ofrecimiento de esos breves y aleatorios *snippets* no estaría cubierta por el *fair use*, o al menos ningún tribunal ha dicho que lo esté. La sentencia recalca en varios pasajes que su dictamen se refiere de manera estricta al modo en el que actualmente Google tiene articulado su servicio, lo cual parece dejar poco espacio para que el servicio evolucione y agregue nuevas funcionalidades, manteniéndolo dentro de los contornos del *fair use*⁶⁹⁷.

La CA confirmando el fallo dictado en primera instancia, ha resuelto que el *Library Project* puede acogerse a la cláusula de *fair use*. Por otra parte, el último día de 2015 el *Authors Guild* anunció la interposición de un recurso contra la sentencia. Sin duda, este asunto marca un hito en la pugna que los autores y editores americanos vienen manteniendo con el gigante tecnológico. Tal y como está actualmente diseñado,

⁶⁹⁵ BEAUGRAND, T., y BELIN, J. B., “Nouvelle victoire de Google face aux auteurs américains dans l’affaire Google Books”, Cour fédérale de district pour le district sud de l’État de New York, 14 de noviembre de 2013, *RLDI*, núm. 100 janvier 2014.

⁶⁹⁶ El *Library Project* es, en realidad, una parte del servicio de Google Books. La otra pata de ese servicio es el *Google Partner Program*, en el que el usuario recibe una prestación de mayor alcance, ya que Google pone a su disposición un número limitado de páginas de los libros, bajo acuerdo con los editores interesados en dar esta clase de uso a las obras de su catálogo. Disponible en: La STS de apelación en el caso *Google Books* y los límites del *fair use*: una oportunidad para los autores y editores europeos”.

⁶⁹⁷ SÁNCHEZ ARISTI, R., “La sentencia de apelación en el caso *Google Books* y los límites del *fair use*: una oportunidad para los autores y editores europeos”, *Diario la Ley*, núm. 8654, sección tribuna, 26 de noviembre de 2015, Ref. D-444, ed. la Ley.

puede ampararse en la cláusula de *fair use*, y dicha apreciación sólo tiene virtualidad en el entorno americano, no en Europa. La Corte⁶⁹⁸ entiende que determinados usos realizados por Google en el marco de su servicio Library Project, tal y como éste está actualmente diseñado, son usos no infractores amparables en la cláusula de *fair use*, prevista en el art. 107 de la Ley americana de derecho de autor (*Copyright Act*).

En esa sentencia, que se trata de un servicio consistente en un motor de búsqueda para la localización de palabras o términos aislados aparecidos en libros. El proyecto, puesto en marcha en 2004, se basa en la digitalización de millones de libros, que Google ha desarrollado en colaboración con grandes bibliotecas públicas y universitarias. Las bibliotecas participantes seleccionan libros de sus catálogos, tanto de obras protegidas como de obras en el dominio público, que envían a Google para su inclusión en el proyecto. Google realiza el escaneo de cada libro y extrae un archivo de texto listo para realizar búsquedas automáticas de palabras. Una copia escaneada de cada ítem es retenida por Google de cara a implementar mejoras a medida que los sistemas de conversión de imagen a texto se perfeccionen. Esas copias se conservan en los mismos servidores, con las mismas medidas de seguridad, en los que Google guarda su propia información confidencial. Google permite a las bibliotecas colaboradoras descargarse una copia digitalizada de cada libro que hayan aportado al proyecto, tanto del archivo de imagen como del archivo de texto. Las bibliotecas que reciben estas copias se comprometen a utilizarlas de un modo respetuoso con los derechos de autor.

En 2005, cuando un grupo de escritores interpusieron la demanda los autores, los editores y Google fraguaron un acuerdo transaccional que sometieron a aprobación de la *District Court* para el Distrito Sur de Nueva York. Este acuerdo⁶⁹⁹ conoció dos versiones. La primera, que se llegó a sellar entre las partes el 28 de octubre de 2008, hubo de ser revisada a causa de las objeciones puestas por autores y editores extranjeros. En la versión posterior enmendada, de 13 de noviembre de 2009, sólo se contemplaban obras publicadas en Estados Unidos, Reino Unido, Canadá y Australia.

La solución dado por la Corte a los países que inspiran de las Directivas europeas y los Tratados internacionales sobre la materia, no existe nada parecido a la cláusula de *fair use*. Por el contrario, gobernó un sistema valorado de límites o excepciones.

Otro asunto conocido como *Blake A. Field v. Google, Inc.* (2006)⁷⁰⁰, también fue que el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Nevada dictaminó que las copias caché de Google de las páginas *web* con derechos de autor de los demandantes no eran infractoras. Además, el Tribunal sostuvo que incluso si el caché infringía, la licencia implícita de Google y las defensas de *fair use* lo protegían de la responsabilidad.

Blake Field, un autor y abogado de Nevada, presentó una demanda contra Google por infracción de derechos de autor. Como parte de su procedimiento operativo estándar, Google había automáticamente copiado y almacenado en el sitio *web* de *Field*, que incluía numerosos trabajos escritos por el demandante.

⁶⁹⁸ ARISTI, R. S., “La sentencia de apelación en el caso Google *Books* y los límites del *fair use*: una oportunidad para los autores y editores europeos”, *Diario la Ley*, núm. 8654, sección tribuna, 26 de Noviembre de 2015, Ref. D-444, ed. la Ley.

⁶⁹⁹ ESPÍN ALBA, I., *Obras huérfanas y derecho de autor*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 37.

⁷⁰⁰ FIELD vs. Google Inc., *Berkeley Technology Law Journal*, 21 Berkeley Tech. L.J. 361 (2006).

Field alegó que Google infringió directamente sus derechos de autor cuando entregó copias en caché de sus trabajos a sus usuarios. *Field* solicitó \$ 2, 550,000 en daños legales por la supuesta infracción de Google. Tanto Google como *Field* buscaron juicio sumario. Este asunto determinó que las actividades de *caching* realizadas por Google estaban amparadas por el *fair use*, y se afirma que son los factores primero y cuarto los que tienen mayor peso.

Así, el Tribunal sostuvo que debido a que la transmisión pasiva de Google de su copia caché de las páginas *web* del demandante a los usuarios que no implicaban un acto voluntario de Google, no podía constituir una infracción. Además, sostuvo que la falta de *Field* de incluir un *metatag* "sin archivo" en su sitio estableció una licencia implícita para almacenar en caché su contenido y detuvo las reclamaciones de infracción de *Field*, dadas las normas de publicación en Internet y la indexación de los motores de búsqueda. Finalmente, el Tribunal concluyó que el almacenamiento en caché de Google del sitio *web* de *Field* en su archivo de búsqueda era un uso transformador que merecía la protección ofrecida por la defensa de *fair use*.

6. PROTECCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR EN LA SOCIEDAD DE INFORMACIÓN

Internet es un lugar de la libertad y de expresión, un espacio sin intervenciones, una red pública mundial, la "red de redes", que ha dado luz gracias a la convergencia de la informática, el audiovisual y las telecomunicaciones. No obstante, esta tecnología que ha servido tanto para el desarrollo de la sociedad se transforma en un enigma.

Dado que los derechos de autor han existido desde la creación de una obra y no requieren un registro oficial, es aconsejable incorporar la norma establecida en el art. 15 del CB, que establece la presunción de que El autor de una obra literaria o artística es considerado como tal cuando su nombre aparece estampado en él. Se debe aplicar una presunción similar a los titulares de los derechos, ya que generalmente es el titular de un derecho relacionado, por ejemplo, un productor de fonogramas, que trata de defender los derechos y combatir los actos de piratería⁷⁰¹.

Puesto que los derechos de autor existen desde la creación de una obra y no exigen un registro oficial, conviene incorporar la norma establecida en el art. 15 del Convenio de Berna, que establece la presunción de que el autor de una obra literaria o artística se considera tal cuando su nombre aparece estampado en la misma. Conviene aplicar una presunción similar a los propietarios de los derechos afines, puesto que suele ser el titular de un derecho afín, por ejemplo, un productor de fonogramas, quien trata de defender los derechos y lucha contra los actos de piratería⁷⁰².

En una resolución⁷⁰³, se ordenó al Sr. X, como responsable del servicio de la sociedad de la información *www.descargadelibrosgratis.biz* (ahora *www.pdfyepub.com*) que inhabilitara el acceso a los contenidos que vulneren derechos de propiedad intelectual objeto del procedimiento. Por incumplimiento de lo ordenado la resolución, se ha suspendido el l servicio de publicidad que la entidad *Doubleclick* (Google, Inc.)

⁷⁰¹ Considerado 19 de DOUE L 157, 30.4.2004

⁷⁰² Corrección de errores de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (DO L 157 de 30.4.2004). DO L 195 de 2.6.2004, p. 16/25.

⁷⁰³ Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo núm. 12, auto 32/2018 de 2 de octubre de 2018, proc. 1/2018.

presta a esta página. También se ha eliminado por parte de los servicios de motores de búsqueda Google Inc., Google Ireland LTD y Google Spain S.L. (Google); Yahoo Iberia, S.L.U. y Oath Emea LTD (Yahoo); Microsoft Luxembourg, S.A.R.L.; Microsoft Ibérica, S.R.L.; y Microsoft Corporation (Bing) en sus resultados de búsqueda de aquellos que contengan la ubicación de las obras señaladas en los antecedentes.

En este caso, la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual ejercerá las funciones de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información a través de un procedimiento cuyo objeto será el restablecimiento de la legalidad⁷⁰⁴, y así ordenar al Sr. X como responsable del servicio de la sociedad de la información *www.descargadelibrosgratis.biz* (ahora *www.pdfyepub.com*) que inhabilitara el acceso a los contenidos que vulneren derechos de propiedad intelectual objeto del procedimiento. Se ha solicitado también autorización para ordenar a los operadores relevantes del servicio de acceso a Internet que lo suspendan en relación con el nombre de dominio *www.descargadelibrosgratis.biz* (ahora *www.pdfyepub.com*) y, consecuentemente, que bloqueen el acceso ha dicho nombre desde territorio español.

⁷⁰⁴ Art. 195.1 de LPI.

CAPÍTULO 4

PROBLEMAS DE GOOGLE EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. NOCIÓN Y CONCEPTO DE LA LLAMADA PROPIEDAD INDUSTRIAL. 3. TIPOS DE MARCA. 4. FUNCIONES DE LA MARCA

1. INTRODUCCIÓN

La doctrina ha tenido en cuenta que la propiedad industrial integra una categoría de derechos relacionados con la empresa, el empresario y su actividad. Esta categoría está integrada por un lado de los signos distintivos: marcas, nombres comerciales y rótulos de establecimiento; por otro lado, las invenciones técnicas: patentes y modelos de utilidad; también por las creaciones de forma: dibujos y modelos industriales; y por fin por las denominaciones de origen y por la represión de la competencia desleal⁷⁰⁵.

Según la única definición que puede encontrar en el art. 1.2⁷⁰⁶ de la Unión de París⁷⁰⁷ (en adelante CUP), que fue el primer texto internacional para proteger la propiedad industrial, que se aprobó el 20 de marzo de 1883. Otras formas de propiedad industrial se han agregado a lo largo del tiempo, cuyo surgimiento posterior (y protección legal) se debe al desarrollo de la tecnología.

Los derechos de propiedad industrial pueden ser objeto de varios contratos, que se dividen en dos categorías amplias: por un lado, los contratos de transposición, que sea permanente o temporal, por otra parte, de contratos que constituyan, modifiquen o extingan derechos reales. Todos estos contratos pueden ser para una patente o marca registrada ya otorgada, o la simple solicitud aún en proceso de emisión⁷⁰⁸.

Sin embargo, históricamente, la protección contra la competencia desleal surge como un crecimiento de la protección a las distintas formas de la propiedad industrial, principalmente las marcas. De ahí, el estrecho vínculo que ha sido siempre existido

⁷⁰⁵LLOBREGAT HURTADO, M^a. L., “*Temas propiedad industrial*”, 2^a Ed. 2007, p.25.

⁷⁰⁶ Art. 1.2: La protección de la propiedad industrial tiene por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal.

⁷⁰⁷ Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

⁷⁰⁸ MASSAGUER, J., “Los requisitos de forma en la contratación de derechos de propiedad industrial e intelectual”, *Diario la Ley*, 1995, p. 1166, tomo 4, ed. la Ley. la Ley 12247/2001

entre competencia desleal y propiedad industrial⁷⁰⁹. Ese vínculo aparezca confirmado en el Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial que regula, junto a los derechos exclusivos de la propiedad industrial, la protección contra la competencia desleal, a la que dedica el art. 10 bis⁷¹⁰.

En el ordenamiento jurídico español, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP dedica en sus arts. 273 a 277 a los llamados delitos contra la propiedad industrial. De los preceptos mencionados anteriormente, los que nos interesan en este artículo son el 273⁷¹¹, relativo a patentes, modelos de utilidad —apdos. 1 y 2—, diseños industriales y topografías —apdo. 3— y el 274⁷¹² sobre marcas —apdos. 1 a

⁷⁰⁹ BERCOVITZ, A., “Apuntes de Derecho Mercantil : derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial”, Cizur Menor (Navarra) : *Aranzadi*, 2015. P. 397.

⁷¹⁰ Art. 10 bis Competencia desleal: 1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.

2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.

3) En particular deberán prohibirse:

i) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

ii) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

iii) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

⁷¹¹ «Art. 273: 1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de una patente o modelo de utilidad y con conocimiento de su registro, fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio objetos amparados por tales derechos. 2. Las mismas penas se impondrán al que, de igual manera, y para los citados fines, utilice u ofrezca la utilización de un procedimiento objeto de una patente, o posea, ofrezca, introduzca en el comercio, o utilice el producto directamente obtenido por el procedimiento patentado. 3. Será castigado con las mismas penas el que realice cualquiera de los actos tipificados en el párrafo primero de este artículo concurriendo iguales circunstancias en relación con objetos amparados en favor de tercero por un modelo o dibujo industrial o artístico o topografía de un producto semiconductor».

⁷¹² «Art. 274: 1. Será castigado con las penas de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, a) fabrique, produzca o importe productos que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, u b) ofrezca, distribuya, o comercialice al por mayor productos que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, o los almacene con esa finalidad, cuando se trate de los mismos o similares productos, servicios o actividades para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado. 2. Será castigado con las penas de seis meses a tres años de prisión el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, ofrezca, distribuya o comercialice al por menor, o preste servicios o desarrolle actividades, que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, cuando se trate de los mismos o similares productos, servicios o actividades para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado.

La misma pena se impondrá a quien reproduzca o imite un signo distintivo idéntico o confundible con aquél para su utilización para la comisión de las conductas sancionadas en este artículo. 3. La venta ambulante u ocasional de los productos a que se refieren los apartados anteriores será castigada con la pena de prisión de seis meses a dos años.

No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 276, el juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. 4. Será castigado con las penas de uno a tres años de prisión el que, con fines agrarios o comerciales, sin consentimiento del titular de un título de obtención vegetal y con conocimiento de su registro, produzca o reproduzca, acondicione con vistas a la producción o reproducción, ofrezca en venta, venda o comercialice de otra forma, exporte o importe, o posea para

3— y obtenciones vegetales —apdo. 4—. Los artículos mencionados anteriormente establecen los elementos que una violación de un derecho de propiedad industrial debe cumplir para ser objeto de una sanción penal.

En el ámbito de delitos contra la propiedad industrial, el engaño directo implicaría que el delincuente que está dispuesto a cometer el hecho ilícito es plenamente consciente de que el derecho violado está registrado. Por otro lado, el posible engaño se manifestaría por el comportamiento del delincuente que, dadas sus circunstancias fácticas o personales, sabe que es más probable que su comportamiento resulte en la violación de un derecho de propiedad industrial registrado⁷¹³.

Los títulos de Propiedad Industrial se refieren a las invenciones, los diseños industriales, los signos distintivos y las topografías de productos semiconductores. Todos los derechos de propiedad industrial concedidos por la Oficina Española de Patentes y Marcas (en adelante OEPM) son aplicables en todo el territorio nacional.

No obstante, Existen derechos de propiedad industrial concedidos por organizaciones supranacionales con efectos a nivel comunitario o internacional⁷¹⁴. La OEPM es el Organismo de la Administración Pública responsable del registro y la concesión de las distintas modalidades de Propiedad Industrial. Por tanto, es el encargado del mantenimiento en sus archivos de toda la documentación relativa a dicha actividad. También en el campo de las competencias propias de la OEPM, la Base de Datos de Jurisprudencia de Propiedad Industrial e Intelectual se dirige a posibilitar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la OEPM con organizaciones internacionales y de la Unión Europea con competencias en materia de Propiedad Industrial e Intelectual (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, y Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, EUIPO) relacionadas con la compilación, tratamiento y análisis de la jurisprudencia en Propiedad Industrial e Intelectual y en las actividades que fomenten la observancia de estos derechos⁷¹⁵.

2. NOCIÓN Y CONCEPTO DE LA LLAMADA PROPIEDAD INDUSTRIAL

El llamado CUP, auténtica Carta magna en la regulación internacional de la materia, desde su firma en 1883, establezca en la actual redacción de su art. 1, párr. 2. que *“la protección de la propiedad industrial tiene por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos y modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicios, el nombre comercial y las indicaciones de procedencia o denominación de origen, así como la represión de la competencia desleal”*. Las empresas logran y mantienen su ventaja competitiva ofreciendo los mejores productos y servicios. Para alcanzar esta posición, más o menos privilegiada

cualquiera de los fines mencionados, material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida conforme a la legislación nacional o de la Unión Europea sobre protección de obtenciones vegetales.

Será castigado con la misma pena quien realice cualesquiera de los actos descritos en el párrafo anterior utilizando, bajo la denominación de una variedad vegetal protegida, material vegetal de reproducción o multiplicación que no pertenezca a tal variedad».

⁷¹³ AMÉRIGO SÁNCHEZ, J. L., “El conocimiento del registro en los delitos contra la propiedad industrial”, *Diario la Ley*, núm. 8678, Sección Tribuna, 11 de Enero de 2016, Ref. D-11, ed. la Ley.

⁷¹⁴ La información acerca de la OEPM puede consultarse en su página web: www.oepm.es

⁷¹⁵ Resolución de 29 de marzo de 2019, de la Oficina Española de Patentes y Marcas, O.A., por la que se publica el Convenio con el Consejo General del Poder Judicial.

según las características y oportunidades de cada emprendedor, debe demostrar una constante adaptación e innovación. La protección de estas innovaciones está incluida en los derechos de propiedad industrial, entre los que se destaca, por su carácter especial, la protección por el secreto industrial y comercial. Esta protección es una parte integral del sistema para la protección de la propiedad intelectual en sentido amplio⁷¹⁶.

La OEPM define la propiedad industrial como el conjunto de derechos exclusivos que protegen tanto la actividad innovadora manifestada en nuevos productos, nuevos procedimientos o diseños, como la actividad mercantil, mediante la identificación en exclusiva de productos y servicios ofrecidos en el mercado.

La propiedad industrial como su denominación lo indica, confiere a su titular una situación de dominio y de poder. La propiedad se entiende como una situación activa, una situación de poder, es decir un derecho subjetivo por excelencia como está indicado en el art. 348 del CC. Que dispone que sea un derecho de gozar y disponer sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

Ahora bien, la propiedad industrial no es propiedad de una “cosa”, sino un “bien inmaterial”, que no tiene por finalidad solamente obtener a su titular el goce y disfrute de la cosa, sino, sobre todo, la explotación del bien inmaterial⁷¹⁷.

2.1. Régimen jurídico de marca

2.2.1. La Ley de marcas Ley 17/2001

La protección de la propiedad industrial, y en particular los signos distintivos (marcas y nombres comerciales), es esencial para promover la confianza y proteger las preferencias de los agentes económicos: empresas, consumidores y la sociedad en general. En general, en la medida en que promueven una dinámica de transparencia del tráfico comercial, esencial para el desarrollo de la actividad económica, basada en numerosas decisiones de inversión y el consumo⁷¹⁸.

El 14 de enero de 2019 ha entrado en vigor la nueva ley que modificará parcialmente a la actual Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. Está motivado por la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2015/2436, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas,

Según el art. 4. de la Ley de marcas⁷¹⁹ (en adelante LM) dispone que son marcas: "*todos los signos, especialmente las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, los colores, la forma del producto o de su embalaje, o los sonidos*". A nivel europeo, respecto a este concepto legal, las últimas disposiciones europeas concretamente el art. 4 del Reglamento 2017/1001⁷²⁰, y el art. 3

⁷¹⁶ GIRONA DOMINGO. R. M., “Hacia una nueva protección de los secretos industriales y comerciales: la directiva 2016/943 del parlamento europeo y del consejo”, Derecho Mercantil "Manuel Broseta Pont", 04/2018.

⁷¹⁷ OTERO LASTRES, J. M. “*manual de la propiedad industrial*” segunda ed. , marcial Pons, 2014, p 56.

⁷¹⁸ Dictamen 4 2018 sesión ordinaria del pleno 19 de septiembre de 2018 Sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

⁷¹⁹ Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas

⁷²⁰ Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre la marca de la UE. DOUE L 154/1, 16/6/2017.

de la Directiva 2015/2436⁷²¹, introducen un nuevo concepto de marca que parece que está llamado a producir una "pequeña revolución" en el derecho de marcas. Según el mismo: *“Podrán constituir marcas todos los signos, especialmente las palabras, incluidos los nombres propios, o los dibujos, las letras s), las cifras, los colores, la forma del producto o de su embalaje, o los sonidos, a condición de que tales signos sean apropiados para:*

a) distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas;

b) ser representados en el registro de manera tal que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a sus titulares”.

Por el momento, nos limitamos a subrayar las dos novedades más relevantes de este concepto. Lo más seguro es que elimina la necesidad de una representación gráfica, de modo que cualquier tipo de representación que pueda incorporarse en el registro sea suficiente y permita verificar el objeto claro y preciso de la protección. es decir, el signo, tanto por el organismo de control la OEPM u Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (en adelante EUIPO) como por el público consumidor. El objeto es que la representación hace posible determinar el objeto exacto de la protección, que hasta ahora se ha entendido que se realizó solo a través de la representación gráfica, pero que, desde hace algún tiempo, la posibilidad real de materializar el objeto de protección por medios distintos de las nuevas tecnologías pone a disposición de todos. El legislador europeo intentará dar acceso a una serie de señales a las que se ha denegado el acceso al registro de marcas de propiedad hasta ahora. En particular, las denominadas marcas inmateriales (olfativas, gustativas y táctiles)⁷²².

Pero, además, otra novedad importante es que la condición de la fuerza distintiva del signo se impone como un criterio esencial para la concesión del registro de la marca, que ya podría deducirse del concepto legal anterior, que sigue siendo importante. Ahora mucho más claro y potente. Recuerde que la función que indica el origen comercial fue reconocida como la función principal de la marca ya en el STJCE de 23.5.1978 (A.C-102/77, *"Caso Hoffmann-La Roche v. Centrafarm"*), sin perjuicio de reconocimiento de otras funciones ya mencionadas, como la garantía de la calidad del bien o servicio, la función de comunicación, inversión y publicidad (entre otras, SSTJCE, 12.11.2002, A. C-206/01, Caso *"Arsenal"* 18.6.2009, A. C-487/07, caso *"L'Oreal v. Bellure"*, 22.9.2011, A. C-323/09, caso *"Interflora"*).

En un caso⁷²³, la sociedad *FOTOPRIX, S.A.* contra *Google Spain S.L.*, *Google Ireland LTD* y *Google Inc.*, ejercita acciones basadas en la Ley de Marcas (en adelante LM) y en la LCD, para obtener la declaración de que la comercialización que han efectuado las demandadas en Internet del término *Fotolibro*, como palabra clave de búsqueda de anuncios en las páginas de Google, infringe los derechos de propiedad industrial de la actora, derivada de la propiedad de sus marcas, y en consecuencia se ha realizado en competencia desleal, solicitando la condena a una indemnización por ello.

⁷²¹ Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, DOUE L 336/1, 23/12/2015.

⁷²² RUIZ MUÑOZ, M., y BLAS. G., *“Derecho de la propiedad intelectual. Derecho de autor y propiedad industrial”*, Tirant lo Blanch, 1ª Ed., 11/2017.

⁷²³ Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, STS 94/2015 de 23 de marzo de 2015, rec. 273/2013.

La demandante señala que Google ha establecido un proceso automatizado para elegir palabras clave y crear anuncios, los anunciantes escriben las palabras clave, redacten el mensaje comercial e insertan el enlace a su sitio *web*. Como parte del proceso de contratación de anuncios, Google proporciona a los clientes información sobre el número de búsquedas realizadas por los usuarios con una palabra específica, así como palabras clave relacionadas y una serie de consejos para Cliente para obtener mejor rendimiento de tus anuncios. Con dicha información, los anunciantes obtienen un criterio que les permite a sus anuncios y sus sitios *web* alcanzar una posición prioritaria y un mayor número de visitas. Que el uso de dichas palabras se realiza en fraude de los derechos de propiedad industrial de los titulares de marcas registradas coincidentes o semejantes con las palabras clave, como en el caso de *Fotolibro*, porque contiene enlaces a anuncios y sitios web de la empresa donde se proponen productos y servicios protegidos por la marca en cuestión. Que el solicitante paga a Google por el servicio, para que publique el anuncio en sus páginas, pero Google ofrece el mismo servicio a terceros, que compiten directamente con el negocio del solicitante mediante la publicación de sus anuncios con una palabra clave correspondiente.

La representación de Google contesta la demanda que no es cierto que Google utilice la información confidencial de *Fotoprix* para hacer sugerencias de palabras clave que coincidan con su marca. La información utilizada por Google como parte de la herramienta no fue información obtenida de las cuentas de los anunciantes, ni información privada o reservada, sino que se obtuvo de los rastros generados por Google con su tecnología semántica. Palabras web avanzadas de terceros que forman parte del programa *AdSense* o *Google Display Network*. La herramienta era un software auto gestionable que permitía saber qué palabras clave podían elegir para que sus anuncios aparecieran en páginas de terceros relacionadas con anuncios.

2.2.2. Reglamento de la marca de la UE 2017/1001

El Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la UE el que regula el sistema marcario europeo. La marca de la UE es un elemento de propiedad industrial, creado dentro del sistema marcario europeo, y que sirve para distinguir productos o servicios de una empresa que opera en el espacio europeo, mediante su inclusión en el Registro de Marcas de la UE.

La marca de la UE tendrá carácter unitario. Producirá los mismos efectos en el conjunto de la Unión: sólo podrá ser registrada, cedida, ser objeto de renuncia, de resolución de caducidad o de nulidad, y sólo podrá prohibirse su uso, para el conjunto de la Unión. Este principio se aplicará salvo disposición contraria del presente Reglamento⁷²⁴. El art. 7.2 del Reglamento establece la existencia de un motivo de denegación o de nulidad en tan solo uno de los Estados miembros para denegar el registro o para anular la marca para toda la Unión. El art. 5 del Reglamento que establecía los titulares legítimos para solicitar la marca de UE en las siguientes palabras: “*Podrán ser titulares de marcas de la Unión las personas físicas o jurídicas, incluidas las entidades de Derecho público*”. El derecho se confió por diez años renovable⁷²⁵.

En un asunto⁷²⁶, relativa a una solicitud de registro del signo denominativo *upgrade your personality* como marca de la UE. El Sr. X solicitó el registro de marca de

⁷²⁴ Ver art 1.2 del Reglamento.

⁷²⁵ Ver art. 52 del Reglamento

⁷²⁶ TG, sala primera, STS de 13 de diciembre de 2018, T-102/2018.

la UE ante la EUIPO con arreglo al Reglamento (UE) 2017/1001. Sin embargo, el examinador desestimó la solicitud de marca porque no era conforme con el art. 7.1 (b). la EUIPO desestimó también el recurso en su totalidad, basándose en el dicho art. 7.1 (b), consideraba en esencia que el signo denominativo *upgrade your personality* tenía una función puramente laudatoria y promocional y no podía asumir la función básica de la marca, que es aportar información sobre el origen comercial, y que ello se predicaba de todos los productos respecto de los que se había denegado el registro. Por eso, el Tribunal denegó la solicitud por motivo que la marca solicitada carece de carácter distintivo, a los efectos del art. 7.1 (b).

En otro caso⁷²⁷, la empresa *C3 Systems S.L.*, formula demanda contra la empresa *Vejuma Cerramientos SLU*, deduciendo como acción principal la de infracción de marca UE y marca nacional y, de manera subsidiaria, acción de declaración y de cesación de actos de competencia desleal.

La sentencia concluye que no existe infracción de marca o competencia desleal por el uso de las marcas comerciales del solicitante en el sistema de búsqueda de Google *Adword*. Pero llega a la conclusión de que existe un comportamiento injusto, que es típico del art. 12 LCD para usar en la *web* de una foto del demandado. Dicho art. 12 LCD que sanciona la explotación de la reputación ajena -interdicción de los actos de expoliación de la posición ganada por un competidor con su esfuerzo para dotar de reputación, prestigio o buena fe a los productos o servicios con los que participa en el mercado.

El argumento del demandante es que *Vejuma* adopta un comportamiento injusto caracterizado por el precepto indicado y que literalmente transcribirese "*mediante la compra de la palabra clave "SEEGGLASS y C3 SYSTEMS" en el servicio de referenciación Google Adwords, atrayendo de forma desleal a su sitio web a los clientes que buscan los productos de mi representada en internet*".

2.2.3. La marca internacional

En materia de marcas rige el principio de territorialidad, de tal forma que, para poder disfrutar del uso exclusivo de una marca, es necesario proceder a su registro en la Oficina correspondiente. La protección se limita al territorio para el para el cual fue otorgada.

Para la protección de una marca a nivel internacional, es necesario solicitar la protección en todas las Oficinas de marcas nacionales, las cuales aplicarían la legislación correspondiente a cada país donde se ha solicitado la marca⁷²⁸.

Pero para facilitar el registro internacional de una marca, el titular puede solicitarlo efectuado al amparo del Acta vigente en España del Arreglo de Madrid de 14 de abril de 1891 (en adelante Arreglo de Madrid), relativo al Registro Internacional de Marcas, del Protocolo⁷²⁹ concerniente al Arreglo de Madrid de 27 de junio de 1989 o de

⁷²⁷ AP de Alicante, sección 8.ª, STS 44/2018 de 1 de febrero de 2018, rec. 521/2017.

⁷²⁸ LLOBREGAT HUTADO, M.ª L., "*Temas de propiedad industrial*", 2.ª Ed., la Ley, p. 45.

⁷²⁹ El Arreglo de Madrid, adoptado en 1891, revisado en Bruselas (1900), en Washington (1911), en La Haya (1925), en Londres (1934), en Niza (1957) y en Estocolmo (1967), y enmendado en 1979; y el Protocolo concerniente a ese Arreglo, adoptado en 1989 con la finalidad de que el sistema de Madrid fuese más flexible y más compatible con la legislación nacional de determinados países y organizaciones intergubernamentales que no habían podido adherirse al Arreglo. El Protocolo fue ratificado por España el 8 de abril de 1991.

ambos, extenderá sus efectos en España⁷³⁰. El sistema internacional de marcas permite proteger una marca en gran número de países mediante la obtención de un registro internacional que surte efecto en cada una de las Partes Contratantes⁷³¹ que se hayan designado.

Toda organización intergubernamental también podrá ser parte en el presente Protocolo cuando se cumplan las siguientes condiciones⁷³²:

- i) *que al menos uno de los Estados miembros de dicha organización sea parte en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial;*
- ii) *que dicha organización tenga una Oficina regional para el registro de marcas con efecto en el territorio de la organización, siempre que dicha Oficina no sea objeto de una notificación en virtud del Art. 9 quater⁷³³.*

El registro internacional tiene una validez de diez años. Es renovable por períodos adicionales de diez años previo pago de las tasas estipuladas.

El sistema de Madrid de registro internacional de marcas ofrece muchas ventajas a sus propietarios. En lugar de presentar solicitudes separadas en cada uno de los países de interés, en diferentes idiomas, de acuerdo con diferentes procedimientos nacionales o regionales, y pagar varias tasas diferentes (que generalmente son más altos), el usuario puede obtener un registro internacional, presentando una única solicitud a la oficina internacional (a través de la oficina de su país) en un idioma (español, francés o inglés) y pague un solo conjunto de impuestos⁷³⁴.

En la legislación española, entre los cambios que llevaron a la recepción de la LM se destaca la implementación de la marca multiclase (sistema que ya era aplicable a las marcas internacionales que entran en la fase nacional española); la consiguiente creación de tasas por clase; la supresión del deber de declaración de uso de la marca; la admisión de la división de la solicitud o registro de la marca; la supresión de la exigencia de titulación pública como requisito de inscripción del cambio de titularidad de una marca, si bien se mantiene el sistema tradicional con carácter optativo; y, por último, la desaparición de las tasas quinquenales.

En un asunto⁷³⁵, la empresa *Conorzio Italia del Gusto* se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la OEPMA de denegación de la marca internacional. La denegación fue basada en la concurrencia de la prohibición del art. 6.1.b) de la LM. El art. 6.1 (a) y (b) de la LM establece que no podrán registrarse como marcas los signos que sean idénticos a una marca anterior que designe productos

⁷³⁰ Ver art. 79 de LM.

⁷³¹ Los Estados y organizaciones que son parte en el sistema de Madrid se denominan en su conjunto Partes Contratantes.

⁷³² Ver art. 14. 1 (b) del Protocolo.

⁷³³ Art. 9 quater “Oficina común de varios Estados contratantes”: 1) Si varios Estados contratantes acuerdan realizar la unificación de sus leyes nacionales en materia de marcas, podrían notificar al Director General

i) que una Oficina común reemplazará a la Oficina nacional de cada uno de ellos, y

ii) que el conjunto de sus territorios respectivos deberá ser considerado como un solo Estado para la aplicación de la totalidad o parte de las disposiciones que preceden al presente artículo así como de las disposiciones de los Arts. 9quinquies y 9sexies.

2) Esta notificación no surtirá efecto sino tres meses después de la fecha de la comunicación que será hecha por el Director General a las demás Partes Contratantes.

⁷³⁴ Visitar la *web* de OMPI.

⁷³⁵ TSJ de Madrid, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 2.ª, STS 36/2019 de 23 de enero de 2019, rec. 276/2018.

o servicios idénticos o que por ser idénticos o semejantes a una marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que designan, exista un riesgo de confusión en el público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con la marca anterior.

Así, lo tiene señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2014, rec. 3415/2012 , que "(...) como se refiere en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004 (RC 5288/2001) "exige, para que se produzca la prohibición general de acceso al Registro de una marca, la concurrencia de las siguientes circunstancias: a) que exista identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual con una marca o nombre comercial anteriormente solicitado o registrado, y b) que tenga por finalidad designar productos o servicios idénticos o similares a los que ampara la marca precedente, o que guarden relación con la actividad amparada por el rótulo de establecimiento ya registrado o solicitado", puesto que el grado de identidad aplicativa entre las marcas confrontadas, que distinguen productos coincidentes, no se encuentra compensada dada la cuasi identidad de los signos distintivos, que provoca que se pueda defraudar la elección del consumidor". Sin embargo, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Resolución de la OEPM de denegación de la marca internacional *CIAO GUSTO* (fig) clases 30 y 32 (las clases 30 "hielo", y Clase 32 "Bebidas carbónicas no alcohólicas ni terapéuticas, bebidas gaseosas, granulados efervescentes no terapéuticos, jugos y zumos de frutas sin fermentar (excepto mostos), limonadas, naranjadas, refrescos (excepto horchatas), seltz y soda") como consecuencia del acuerdo de denegación de fecha 20 de junio de 2017 publicada en el BOPI de fecha 26 de junio de 2017 y del acuerdo de desestimación del recurso de alzada de fecha 25 de julio de 2017 según publica el BOPI de fecha 25 de enero de 2018, Resolución que se anula, concediendo la marca para todos los productos solicitados.

3. CONCEPTO Y TIPOS DE MARCAS

La LM tiene por objeto el régimen jurídico de los signos distintivos, categoría jurídica que configura uno de los grandes campos de la propiedad industrial.

El antiguo Reglamento exigía que el signo distintivo solicitado fuera capaz de una representación gráfica, lo que conlleva varias limitaciones. Con el nuevo Reglamento, solo se requiere que el signo esté representado en el Registro de Marcas de manera que las autoridades competentes y el público en general puedan determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su propietario, que no podrá dudoso sujeto a la interpretación del organismo de registro, por una parte, y del solicitante, por otra⁷³⁶. Este precepto muestra que la marca unitaria puede solicitarse y otorgarse solo para todo el territorio de la UE.

El nuevo el Real Decreto-ley (en adelante RDL) ha suprimido la distinción entre marca o nombre comercial notorio y renombrado. De esta manera, solo se establece una única categoría, a saber: la marca renombrada. Del mismo modo, el RDL distingue dos tipos de marca renombrada: la marca de renombre en España, en el caso de una marca española; y la marca de renombre en la UE, si se trata de una marca de la Unión.

⁷³⁶ LLUNA, A. P., "Principales novedades de 2019 en materia de marcas", *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 948/2019 parte Comentario Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2019.

En la Resolución de 9 de enero de 2019 de la OEPM⁷³⁷ ha especificado condiciones generales, requisitos, especificaciones y formatos para la presentación electrónica de los distintivos solicitados, mediante la introducción de una mención expresa de las marcas que consisten exclusivamente en un sonido o una combinación de sonidos (marca sonora), con referencia a presentación de un archivo de audio que reproduce el sonido, que anteriormente no era aceptado ni viable, ya que solo los sonidos que podrían representarse gráficamente se podían grabar, como es el caso de un miembro del personal.

a) En el caso de una marca constituida exclusivamente por palabras o letras, números u otros caracteres tipográficos estándar o una combinación de ambos (marca denominativa), la marca estará representada por la presentación de una reproducción del signo en escritura y disposición estándar, sin características gráficas o color.

b) En el caso de una marca con caracteres, estilización o disposición especiales o con una característica gráfica o un color (marca figurativa), incluidas las marcas que estén compuestas exclusivamente por elementos⁷³⁸ figurativos o por una combinación de elementos denominativos y figurativos, la marca estará representada por la presentación de una reproducción del signo con todos sus elementos y, en su caso, sus colores.

c) En el caso de que la marca consista en, o incluya, una forma tridimensional, incluidos los recipientes, el embalaje, el producto mismo o su apariencia (marca tridimensional), la marca estará representada por la presentación o bien de una reproducción gráfica de dicha forma, incluidas las imágenes generadas por ordenador, o bien de una reproducción fotográfica. La reproducción gráfica o fotográfica podrá contener distintas vistas. Cuando la representación no se facilite electrónicamente, podrá contener hasta seis vistas diferentes.

d) En el caso de una marca consistente en la manera específica en que la marca se coloca o figura en el producto (marca de posición), la marca se representará mediante la presentación de una reproducción que identifique adecuadamente la posición de la marca y su tamaño o proporción en relación con los productos de que se trate. Los elementos que no formen parte del objeto del registro deberán ser ignorados visualmente, preferentemente por líneas discontinuas o punteadas.

e) En el caso de una marca constituida exclusivamente por un conjunto de elementos que se repiten periódicamente (marca de patrón), la marca estará representada por la presentación de una reproducción que muestre el patrón de repetición.

f) En el caso de una marca de color, cuando la marca esté compuesta exclusivamente de un solo color sin contornos, estará representada por la presentación de una reproducción del color y una indicación de dicho color por referencia a un código de color generalmente reconocido. Cuando la marca de color esté constituida exclusivamente por una combinación de colores sin contornos, estará representada por la presentación de una reproducción que muestre la disposición sistemática de la combinación de los colores de manera uniforme y predeterminada y una indicación de esos colores por referencia a un código de color generalmente reconocido.

⁷³⁷ OEPM: Resolución de 9 de enero de 2019 del director de la Oficina Española de Patentes y Marcas por la que se especifican las condiciones generales, requisitos, características técnicas y formatos para la presentación electrónica de los distintivos tipos de marcas.

⁷³⁸ Reglamento de ejecución (UE) 2018/626 de la Comisión, de 5 de marzo de 2018, por el que se establecen normas de desarrollo de determinadas disposiciones del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la marca de la Unión Europea, y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1431. DOUE L 104/37.

g) En el caso de una marca constituida exclusivamente por un sonido o combinación de sonidos (marca sonora), la marca estará representada por la presentación de un archivo de audio que reproduzca el sonido o por una representación exacta del sonido en notación musical.

h) En el caso de una marca compuesta de un movimiento o un cambio en la posición de los elementos de la marca, o que los incluya, (marca de movimiento), la marca estará representada por la presentación de un archivo de vídeo o una serie de imágenes que muestre el movimiento o cambio de posición o de una serie de imágenes secuenciales fijas que muestren el movimiento o el cambio de posición; en aquellos casos en los se utilicen imágenes fijas, éstas podrán ir numeradas o acompañadas de una descripción explicativa de la secuencia.

i) En el caso de una marca constituida por la combinación de imagen y sonido, o que los incluya, (marca multimedia), la marca estará representada por la presentación de un archivo audiovisual que contenga la combinación de la imagen y del sonido.

j) En el caso de una marca compuesta por elementos con característica holográficas (marca holograma), la marca estará representada por la presentación de un archivo de vídeo o una reproducción gráfica o fotográfica que contengan las vistas necesarias para identificar suficientemente el efecto holográfico en su totalidad.

k) Cuando la marca no esté cubierta por ninguno de los tipos anteriormente enumerados, deberá reproducirse en el registro de manera clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva, de un modo que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar con claridad y exactitud el objeto preciso de la protección otorgada a su titular⁷³⁹.

⁷³⁹ Art. 2 del Real Decreto 306/2019, de 26 de abril, por el que se modifica el Reglamento para la ejecución de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, aprobado por Real Decreto 687/2002, de 12 de julio.

Estos tipos de marcas pueden presentarse en los siguientes formatos:

TIPO DE MARCA	FORMATO DE ARCHIVO ELECTRÓNICO
Marca denominativa	Texto
Marca figurativa Marca tridimensional Marca de posición Marca patrón Marca color	JPEG GIF, BMP, PNG, TIFF, TIF, JPG (máximo 945 × 1417 píxeles. 300 ppp y 24 bpp)
Marca sonora	JPEG GIF, BMP, PNG, TIFF, TIF, JPG (máximo 945 × 1417 píxeles. 300 ppp y 24 bpp) MP3 (máximo 2MB)
Marca de movimiento	JPEG GIF, BMP, PNG, TIFF, TIF, JPG (máximo 945 × 1417 píxeles. 300 ppp y 24 bpp) MP4 (máximo 8000 Kbps Y 20 MB)
Marca multimedia	MP4 (máximo 8000 Kbps Y 20 MB)
Marca holograma	JPEG GIF, BMP, PNG, TIFF, TIF, JPG (máximo 945 × 1417 píxeles. 300 ppp y 24 bpp) MP4 (máximo 8000 Kbps Y 20 MB)

A continuación, la siguiente tabla expone las categorías y ejemplos de cada una de ellas⁷⁴⁰:

Marca denominativa M4000241(1) MASABLAR	Marca figurativa M4000247(0) 	Marca tridimensional M1746811(6) 
Marca de posición EUTM 008586489 	Marca patrón EUTM 017421827 	Marca color EUTM 000655019 
Marca sonora M2936023(4) 	Marca de movimiento M4000242 http://consultas2.oepm.es/ce/o/jsp/busqueda/busqRapida.html	Marca multimedia EUTM 017451816
Marca holográfica EUTM 017579491		

⁷⁴⁰ MARCHAMOS, Revista de comunicación interna de la oficina española de patentes y marcas,” Principales cambios introducidos por la reforma de la Ley de marcas”, núm. 64, abril 2019.

En una petición ⁷⁴¹ planteada por *Oy Hartwall Ab*, por el *Patentti- ja rekisterihallitus* (Oficina Nacional de Patentes y Registro, Finlandia), de una solicitud de registro de una marca presentada por *Hartwall*. Dicha marca *Hartwall* solicitó a la Oficina Nacional de Patentes y Registro el registro, como marca de color, del signo representado a continuación y descrito como sigue: «Los colores del signo son el azul (PMS 2748, PMS CYAN) y el gris (PMS 877)». Al origen de una decisión previa de la Oficina Nacional de Patentes y Registro, *Hartwall* precisó que solicitaba el registro de la marca en cuestión como “marca de color”, y no como marca figurativa.

La petición tiene por objeto la interpretación del art. 2 y del art.3, apdo. 1, letra b), de la Directiva 2008/95CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (DO 2008, L 299, p. 25).

El considerando 6 de la Directiva 2008/95 establece que “*Los Estados miembros deben reservarse igualmente total libertad para establecer las disposiciones de procedimiento relativas al registro, la caducidad o la nulidad de las marcas adquiridas por el registro. Les compete, por ejemplo, determinar la forma de los procedimientos de registro y de nulidad, decidir si los derechos anteriores deben invocarse en el procedimiento de registro o en el procedimiento de nulidad o en ambos, o bien, en el caso en el que se puedan invocar derechos anteriores en el procedimiento de registro, prever un procedimiento de oposición o un procedimiento de examen de oficio o ambos. Los Estados miembros deben conservar la facultad de determinar los efectos de la caducidad o de la nulidad de las marcas*”.

El art. 2 de dicha Directiva, titulado «Signos que pueden constituir una marca», establece que “*podrán constituir marcas todos los signos que puedan ser objeto de una representación gráfica, especialmente las palabras -incluidos los nombres de personas, los dibujos y modelos, las letras, las cifras, la forma del producto o de su presentación, a condición de que tales signos sean apropiados para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras*”.

La resolución de la Oficina Nacional de Patentes y Registro declaró que la investigación de mercado de *Hartwall* demostró que el renombre de la marca en cuestión había sido probado, no con respecto a los colores como tales, pero en lo que se refiere al signo figurativo que tiene contornos definidos y determinados. Por lo tanto, la resolución consideró que, contrariamente a la exigencia resultante de una práctica reiterada de dicha Oficina, no se había demostrado que la combinación de colores⁷⁴² solicitada para la protección se hubiera utilizado para identificar los productos que *Hartwall* propone. por tanto, tiempo y lo suficientemente extenso como para haber adquirido en Finlandia, en la fecha de la solicitud de registro, carácter distintivo como consecuencia de dicho uso.

El Tribunal de Justicia todavía no se ha pronunciado sobre si un signo representado en forma de una imagen en color puede registrarse como “marca de color” o no, tampoco se ha pronunciado sobre la incidencia que tiene la calificación de una marca como marca de color en la apreciación del carácter distintivo de dicha marca⁷⁴³.

⁷⁴¹ TJUE, sala cuarta, STS de 27 de marzo de 2019, C-578/2017.

⁷⁴² STJ, (sala cuarta), de 27 de marzo de 2019. Asunto C- 578/17.

⁷⁴³ STJ, (sala cuarta), de 27 de marzo de 2019. Asunto C- 578/17.

Sin embargo, la Directiva 2008/95 no establece tipos de marcas y ni el art. 2 ni el art. 3, apdos. 1, letra b), y 3, de dicha Directiva distinguen entre los tipos de marcas.

Según el considerando 6 de la Directiva 2008/95, los Estados miembros podrán determinar la forma de los procedimientos de registro y de nulidad de las marcas y conservan total libertad en ese ámbito para adoptar las normas que regulan esos procedimientos.

Por eso, el Tribunal de Justicia (sala cuarta) declara que el art. 2 y el art. 3, apartado 1, letra b), de la Directiva 2008/95/CE deben interpretarse en el sentido de que la calificación como «marca de color» o como «marca figurativa» que un solicitante da a un signo en el momento de su registro constituye un elemento pertinente para determinar si ese signo puede constituir una marca y si, en su caso, esta tiene carácter distintivo en el sentido del art. 3, apdo. 1, letra b), de dicha Directiva. Además, el art. 2 de la Directiva 2008/95 debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, al registro de un signo como marca por existir una contradicción en la solicitud de registro, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

4. FUNCIONES DE LA MARCA

El estudio de las funciones de la marca ha mantenido un interés particular advertido tradicionalmente por la doctrina industrial europea, que ha construido una arquitectura argumentativa que ignora y supera, las críticas a la llamada doctrina “doctrina de la teoría de las funciones de la marca» como uno de los instrumentos en los que se basa el TJUE, “para hacer que la existencia y el ejercicio del derecho exclusivo inherente a la marca sea compatible con el principio la libre circulación de productos”⁷⁴⁴.

En el caso *Google AdWords*, declara que la función esencial de la marca consiste, en el contexto del comercio electrónico, en permitir a los usuarios de internet que recorren los anuncios mostrados como respuesta a una búsqueda sobre una marca concreta, para distinguir entre los productos o servicios del propietario de la marca y aquellos que tienen una otra fuente (productos o servicios de competidores, copias e imitaciones), de modo que el propietario de la marca tenga el derecho de prohibir, con base en su derecho exclusivo, que se muestren anuncios de terceros que los usuarios de la red pueden atribuirle erróneamente, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional apreciar, caso por caso, si de los hechos que dan lugar al litigio, se desprende un menoscabo efectivo o posible de la función de indicación del origen empresarial (apdos. 87-88)⁷⁴⁵.

Así pues, la función esencial de la marca consiste en identificar y distinguir los productos o servicios a los que se aplica. pero también es posible examinar cuál es el propósito de esta identificación por medio de marcas de productos o servicios en el mercado.

⁷⁴⁴ CORBERÁ MARTÍNEZ, J. M., “*Los Conflictos Entre las Marcas y las Denominaciones Sociales*”, 1ª Ed., Tirant lo Blanch, 03/2017.

⁷⁴⁵ CARBAJO CASCÓN, F., “El caso Google AdWords: sobre la infracción de marcas y la responsabilidad de intermediarios de la sociedad de la información en la comercialización de palabras clave y puesta a disposición de enlaces patrocinados. Comentario a la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010 (As. acumulados c-236/08 a c-238/08)”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, Julio-Diciembre 2010, p. 321, ed. Wolters Kluwer .

La jurisprudencia reiteró constantemente que las marcas sirven también a la protección de los consumidores, en la medida en que les permiten identificar y distinguir los diversos productos o servicios que se ofrecen en el mercado.

La marca debe asumir una cierta homogeneidad de los productos o servicios a los que se aplica. Este enfoque es preferible a la consideración de la marca como un indicador de cierta calidad, ya que esta consideración puede sugerir que un producto de marca es un producto de buena calidad en todos los casos y que la referencia es equívoca⁷⁴⁶.

5. EL CONTENIDO DEL DERECHO SOBRE MARCAS

El Real Decreto-Ley 23/2018 (en adelante RDL) se ha aprobado, en reunión de 21 de diciembre de 2018 por el Consejo de Ministros, de transposición de la directiva en materia de marcas.

La Directiva (UE) 2015/2436, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, que mediante el RDL 23/2018 se ha incorporado en el ordenamiento jurídico español, señala en su considerando 8 que *«resulta necesario superar la aproximación limitada alcanzada por la Directiva 2008/95/CE, y ampliarla a otros aspectos del Derecho material de marcas»*.

El derecho español de marcas ya incorporó en sus disposiciones de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, gran parte de las normas que ahora impone la nueva Directiva, en concreto en los ámbitos de la marca como objeto de derecho de propiedad, marcas colectivas o ciertas normas procedimentales, sin embargo, en otros campos normativos la citada ley española debe ser adaptada ya sea porque se trata de nuevas normas, ya porque dicha ley adoptó una solución distinta a la ahora propugnada por la nueva Directiva⁷⁴⁷.

El RDL 23/2018, de acuerdo con los requisitos de la comunidad, ha reformado el contenido del derecho de marcas en varios aspectos, algunos de los cuales ya habían sido previstos por la jurisprudencia del TJUE, y la gran mayoría tiene como objetivo fortalecer, robustecer, en definitiva, ampliar ese derecho.

En la sentencia del Tribunal de Justicia⁷⁴⁸, en el que, en virtud del art. 16.1 del Acuerdo sobre los ADPIC, establece que *“El titular de una marca de fábrica o de comercio registrada gozará del derecho exclusivo de impedir que cualesquiera terceros, sin su consentimiento, utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión. En el caso de que se use un signo idéntico para bienes o servicios idénticos, se presumirá que existe probabilidad de confusión. Los derechos antes mencionados se entenderán sin perjuicio de ninguno de los derechos existentes con anterioridad y no afectarán a la posibilidad de los miembros de reconocer derechos basados en el uso”*. El texto actual de la LM reconoce expresamente que el derecho de exclusiva conferido

⁷⁴⁶ BERCOVITZ, A., *op. cit.* nota 622, p. 558.

⁷⁴⁷ El Consejo de Ministros aprueba el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de la directiva en materia de marcas. 03 de enero de 2019. Para más información ver: BOE de jueves 27 de diciembre de 2018.

⁷⁴⁸ STS del tribunal de justicia (gran sala) de 16 de noviembre de 2004, asunto C-245/02.

al titular de la marca se entiende sin perjuicio de los derechos anteriormente adquiridos por sus titulares⁷⁴⁹.

En general, la doctrina, indica que el contenido del derecho sobre la marca, otorga a su titular un derecho de exclusiva en el tráfico económico que tiene un aspecto positivo en el sentido de que otorga el derecho del uso a su titular (*ius utendi*), y un aspecto negativo consiste en el derecho a impedir que ningún tercero sin la autorización del titular puede utilizar el tráfico económico una marca confundible (*ius prohibendi*)⁷⁵⁰.

En efecto, el *ius utendi* tiende a garantizar que la marca desarrolle su aptitud distintiva en el mercado, y, por tanto, deje de ser una realidad formal existente únicamente en los asientos registrales. Una de las facultades integrantes del *ius utendi* reconocido a titular de la marca registrada viene indicada, según la letra d) del párrafo tercero el art. 34 LM.

En un caso⁷⁵¹, se ha introducido como parte del *ius prohibendi* del titular de la marca el uso en el tráfico económico por tercero sin consentimiento de su titular, del uso del signo "como nombre comercial o denominación social o parte de un nombre comercial o una denominación social"⁷⁵², excluyendo lo que hasta ahora era un límite en el uso *inconsentido* -pero de forma leal- de la marca ajena tal cual venía siendo interpretado por el TJUE que en sus Sentencias de 16 de noviembre de 2004 (C-245/2002), y 916/2011 , de 21 de diciembre había señalado que la referencia al empleo de "su nombre", no quedaba limitado al de la persona física, alcanzando también al de la persona jurídica, interpretación que había sido además asumida por el Tribunal Supremo al interpretar el art. 37.a) LM - Sentencias 916/2011, de 21 de diciembre , y 97/2012, de 6 de marzo -.

A la diferencia existente entre el art. 9.1 del Reglamento sobre la marca de la UE y el art. 34.1 LM. Mientras el art. 9.1 del Reglamento señala únicamente que la marca comunitaria confiere a su titular un derecho exclusivo, el art. 34.1 LM especifica que el registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico. Es decir: el art. 9.1 del Reglamento se limita a reconocer al titular de la marca comunitaria un derecho exclusivo, pero sin especificar qué tipo de derecho exclusivo, por lo que puede ser efectivamente interpretado en el sentido de que dicho derecho exclusivo se refiere únicamente al aspecto negativo de la marca, al *ius prohibendi*. Sin embargo, el art. 34.1 Ley de Marcas reconoce expresamente al titular de una marca registrada un derecho a utilizarla en el tráfico económico, con carácter exclusivo. Reconoce expresamente el aspecto positivo del derecho de marca, el *ius utendi*⁷⁵³.

⁷⁴⁹ ÁUREA SUÑOL, "La reforma de la Ley de Marcas: aspectos sustantivos", *Derecho Mercantil, Legislación*, febrero 8, 2019 |

⁷⁵⁰ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., "Ley de marcas", Consejo general del poder judicial, 2004, p. 32.

⁷⁵¹ AP de Alicante, sección 8.ª, STS 189/2019 de 20 de febrero de 2019, rec. 848/2018.

⁷⁵² Art. 10. 2 (d) de Directiva (ue) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, 23/12/2015. DOUE L336/1.

⁷⁵³ OTERO IGLESIAS, A., "El ámbito del «ius prohibendi» frente a marcas nacionales registradas con posterioridad", la Ley 4941/2013.

6. OBLIGACIÓN DE USO DE LA MARCA, SUS CONSECUENCIAS Y SANCIONES

El pasado 14 de enero de 2019 entró en vigor la reforma de la Ley de Marcas en España, a través del RDL 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados, aprobado por el Consejo de Ministros el día 21 de diciembre de 2018.

La transposición ha supuesto una importante reforma de la Ley española sobre marcas que, como se indica en la mencionada directiva en su considerando 9, para facilitar el registro y la gestión de marcas en Europa, no solo ha afectado las disposiciones legales. Material, sino también de carácter procesal.

En este sentido, la Directiva (UE) 2015/2436 impuso el ordenamiento jurídico nuevos procedimientos españoles y registro de marcas y procedimientos de mantenimiento. En particular, se ha hecho necesario establecer un procedimiento importante en el procedimiento de registro de marca, de modo que cualquier persona que se oponga al registro de una marca está obligada a probar el uso de la marca en el mercado. , llegado el caso. por el solicitante. Esto abre un período de prueba y acusaciones dentro del proceso de registro de marca⁷⁵⁴.

Entre los cambios introducidos, principalmente los relacionados con las cuestiones de fondo, que son los más relevantes, y los relacionados únicamente con cuestiones de procedimiento, relacionados con el procedimiento de registro⁷⁵⁵.

La obligación de usar la marca ha sufrido uno de los principales cambios en la ley, no tanto en la forma de una evaluación del uso real como en las sanciones que afectan a los propietarios de marcas que no tienen utilizado en el mercado. Estas modificaciones se refieren no solo al procedimiento de oposición, uno de los desarrollos más importantes, sino también a la invocación de la marca en un procedimiento de nulidad o infracción contra terceros.⁷⁵⁶

Mediante el apartado Veinte se modifica el art. 39 LM, sobre la obligación de uso de la marca registrada, añadiendo a las sanciones por su omisión los límites que establece la Ley, y precisándose los preceptos en que se recogen estos, por un lado; por otro, también se precisa el diez a quo a partir del cual comienza a correr el plazo de cinco años en que debe materializarse la obligación de uso, que será a partir del día en que el registro de la marca sea firme.

Más importante es el cambio en el cálculo del período de gracia para el uso de una marca registrada: aunque antes de la reforma, el período de gracia de cinco años comenzó después de la publicación del registro de la marca española en el BOPI. , el nuevo art. 39 LM establece que *«la fecha de cinco años (...) se iniciará a partir del día en que el registro de la marca sea firme»*.

⁷⁵⁴ Oficina Española de Patentes de Marcas, ORDEN/XXX/2019, por la que se establecen los plazos máximos de resolución en los procedimientos regulados en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. Disponible en:

https://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/Noticias/2019/2019_02_06_TrámiteInfoPubliProyetoOrdenMarcas.pdf. (Consultada el 15 de marzo de 2019).

⁷⁵⁵ Ver ECIJA, “Report: la reforma de la Ley de marcas”, Madrid, 24 de enero de 2019.

⁷⁵⁶ ESTEVE SANZ, M., “Principales aspectos de la reforma del sistema marcario español como consecuencia de la transposición de la Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de los Estados miembros en materia de marcas”, la Ley *mercantil*, núm. 55, p. 4, 10 de junio de 2019.

Con respecto al uso efectivo de una marca registrada, se han realizado dos cambios en los requisitos de uso: uno en términos de naturaleza y el otro en términos de tiempo. A través del apartado diez, el contenido del art. 21 de ML ("Suspensión de la aplicación") se amplía con cuatro secciones nuevas (3, 4, 5 y 6), que ahora se llama "Suspensión de la solicitud y examen de la oposición". Esto introduce una serie de previsiones que básicamente permiten al solicitante de la marca demandar al posible propietario de la marca. Una marca anterior demuestra el uso real de la misma o la existencia de causas que justifican su ausencia. Estas previsiones se aplican también cuando la marca anterior es una marca de la Unión⁷⁵⁷.

Así, la Ley española de Marcas (Ley 17/2001) establece la carga del uso de la marca registrada disponiendo que debe ser objeto «*de un uso efectivo y real en España para los productos o servicios para los cuales esté registrada*»⁷⁵⁸.

La marca se usa no solo cuando se utiliza como registrada, sino también de una manera que difiere en los elementos que no alteran significativamente su carácter distintivo en la forma en que se registra. De esta manera, como en el artículo 5.C del Convenio de la Unión de París, la obligación de utilizar la marca puede adaptarse a las nuevas directivas y métodos vigentes.

⁷⁵⁷ Dictamen 4 2018 sesión ordinaria del pleno 19 de septiembre de 2018 Sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

⁷⁵⁸ Art. 39 de la Ley de marcas.

CAPÍTULO 5

GOOGLE Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: LITIGION DE GOOGLE CONTRA AEPD Y CONTRA EUROPA

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL EJÉRCITO DEL DERECHO AL OLVIDO ANTE GOOGLE. 3. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES POR PARTE DE LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA. 4. EL DERECHO AL OLVIDO EN ESPAÑA: EL LITIGIO DE GOOGLE VS APED. 5. EL DERECHO AL OLVIDO EN EUROPA. 6. CONCLUSION SOBRE DERECHOAL OLVIDO

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho, como sistema de normas, principios e instituciones, pretende regular la sociedad y la conducta externa de los ciudadanos que la integran; es la regla primordial al individuo y al Estado.

Internet --como ha ilustrado espléndidamente Víctor Mayer-Schönberger en su precursora e indispensable obra *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*⁷⁵⁹-- ha operado una auténtica mutación en el sentido que tradicionalmente otorgábamos a la memoria o al olvido y en el impacto que la difusión de la información personal podía provocar en la dignidad humana.

Después de tanto tiempo, finalmente, Google hace extensiva la eliminación de enlaces vinculados al llamado derecho al olvido a su dominio punto como cuando la búsqueda se realice desde la UE.

De conformidad con el Reglamento general de protección de datos (UE) 2016/679 (destinado a reemplazar la Directiva 95/46/CE (LA LEY 5793/1995)) y la Directiva sobre protección de datos en el ámbito policial (destinada a sustituir la Decisión marco sobre protección de datos de 2008). La redacción del derecho a la supresión («derecho al olvido») se ha modificado, ya que ahora comienza con el derecho del interesado a obtener del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernen sin dilaciones indebidas, habiéndose eliminado la referencia a los niños y, en segundo lugar, aparece que el responsable del tratamiento tendrá la obligación de borrar los datos personales sin demora injustificada.

⁷⁵⁹ VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER PRINCETON, *University Press Princeton*, NJ2009237 ISBN: 978-0-691-13861-9.

El derecho al olvido digital no fue, por tanto, una creación del TJUE, ni lo fueron las normas en las que este se sustenta. El derecho al olvido digital es, pues, una concreción en el ámbito de Internet de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, y más concretamente del art. 17 del Reglamento, así como el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar, convenio cuya trascendencia en el Derecho de la Unión resulta de los arts. 52 y 53 de la CDFUE, que se encontraban en vigor cuando sucedieron los hechos que han motivado el pronunciamiento condenatorio de *Google Spain* que aquí se recurre⁷⁶⁰.

El llamado derecho al olvido o derecho al deshonor puede ser visto como su nombre lo indica al derecho que podemos tener todos, a que nuestro pasado sea enterrado, que no sea reabierto y que hechos que sucedieron en el pasado, y que habían sido olvidados, se vuelvan a divulgar⁷⁶¹.

La Guía repasa los tradicionales derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (derechos ARCO), la forma de ejercerlos y los plazos legales en los que el ciudadano debe obtenerse una respuesta, incluyendo también aspectos relacionados con el nuevo derecho a la portabilidad, en qué consiste y cómo ejercer el derecho al olvido, o cómo solicitar la eliminación de fotos y vídeos de internet⁷⁶².

El derecho al olvido consiste en derecho del titular de los datos a ser borrados o bloqueados, cuando ocurren ciertas circunstancias y, en particular, que no sea accesible a través de la red Internet.

Es así como el interesado tendrá derecho a que el responsable del tratamiento suprima los datos personales que le conciernen y se abstenga de darles más difusión, especialmente con respecto a los datos personales proporcionados por el interesado siendo niño, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes⁷⁶³:

a) Los datos ya no son necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados

b) el interesado retira el consentimiento en que se basa el tratamiento o ha expirado el plazo de conservación autorizado y no existe otro fundamento jurídico para el tratamiento de los datos o

c) el interesado se opone al tratamiento de sus datos personales ejerciendo su derecho de oposición⁷⁶⁴.

La Comisión pretende que los países europeos tengan un modelo de protección

⁷⁶⁰ TS, sala primera, STS núm. 210/2016, rec. núm. 3269/2014, del 5 de abril de 2016.

⁷⁶¹ COBAS COBIELLA, M. E., “Derecho al olvido: de la STJUE de 2014 al Reglamento europeo de Protección de Datos”, *Actualidad Civil*, núm. 1, sección Derecho digital/A fondo, enero 2017, ed. Wolters Kluwer .

⁷⁶² DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., “Debe Conocer: La AEPD publica una guía práctica para difundir el derecho a la protección de datos entre los ciudadanos”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 13, sección Zona Local/Nuevas tecnologías, Quincena del 15 al 29 de julio de 2017, Ref. 1748/2017, p. 1748, ed. Wolters Kluwer .

⁷⁶³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (Reglamento general de protección de datos) / COM/2012/011 final - 2012/0011 (COD).

⁷⁶⁴ DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., “El Derecho al Olvido en Internet”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 13, Sección Nuevas tecnologías, Quincena del 15 al 29 de julio de 2014, Ref. 1500/2014, p. 1500, tomo 1, ed. Wolters Kluwer .

de datos personales homogéneo que permita el intercambio de datos e información. Es así, que la Comisión plantea como objetivo reforzar el derecho de las personas a la protección de datos de carácter personal, saliendo al paso del cambio tecnológico y dando a las personas más instrumentos para el control sobre su información y, para ello, señala como necesario:

a. Modificar el concepto de datos de carácter personal adecuándolo a las repercusiones que sobre el mismo tienen las nuevas tecnologías.

b. Aumentar la transparencia para los interesados, señalando que las disposiciones aplicables relativas a la información que debe comunicarse al interesado son insuficientes.

c. Reforzar el control sobre sus propios datos destacando el denominado principio de minimización de los datos y garantizando con mayor seguridad el ejercicio de los derechos del interesado.

d. Sensibilización mediante la creación de una cultura general en protección de datos en dos aspectos: 1. Los riesgos derivados y vinculados al tratamiento de datos personales y 2. Los derechos que ofrece el ordenamiento jurídico.

e. Garantizar un consentimiento informado y libre, estudiando e impulsando los medios de clarificar y reforzar las normas en materia de consentimiento.

f. Proteger los datos sensibles, redefiniendo el concepto y ampliando el listado que actualmente lo configuran (p.e. datos biométricos y datos genéticos).

g. Reforzar la eficacia de las vías de recursos y las sanciones⁷⁶⁵.

Así, el derecho al olvido digital⁷⁶⁶, entendido como una concreción del derecho a la protección de datos de carácter personal que protege, instrumentalmente, los derechos de la personalidad (ver en este sentido las sentencias de Pleno 545/2015, de 15 de octubre, y 210/2016, de 5 de abril).

Aunque el Reglamento 2016/679 regula el llamado derecho de supresión o derecho al olvido en su art. 17, expresamente excepciona, en su apdo. 3 este nuevo derecho de supresión en los casos en que el tratamiento sea necesario: a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información;

Todo esto porque, como también dice la STS (1.ª) 545/2015, de 15 de octubre, el llamado "derecho al olvido digital" que es una realización en este campo de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, no garantiza que cada uno construya un pasado a su medida, lo que obliga a los editores de páginas *web* o a los administradores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian con eventos que no se consideran positivos⁷⁶⁷.

⁷⁶⁵ DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., "El Delegado de Protección de Datos en los ficheros y/o tratamientos de la Administración en consonancia con el Reglamento Europeo de Protección de Datos", *Actualidad Administrativa*, núm. 1, sección Administración del siglo XXI, enero 2017, ed. Wolters Kluwer .

⁷⁶⁶ TS, sala primera, de lo Civil, STS 446/2017 de 13 de julio de 2017, rec. 1042/2016.

⁷⁶⁷ AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS de 2 de enero de 2018, rec. 46/2016.

2. EL EJÉRCITO DEL DERECHO AL OLVIDO ANTE GOOGLE

2.1. El origen del derecho al olvido digital

Las nuevas tecnologías generan amenazas y retos asociados a los derechos fundamentales, especialmente aquellos relativos a la vida privada. Una de estas amenazas, propia de la naturaleza del mundo digital. Entre los elementos principales y originarios de la era digital, cabe destacar la desaparición de la distancia espaciotemporal en la creación y difusión de los contenidos en la Red Internet, como consecuencia de los avances tecnológicos, tanto en la esfera del *hardware* como en la del software, del desarrollo y proliferación de los motores de búsqueda⁷⁶⁸.

El derecho al olvido (denominado en inglés *the right to be forgotten* o *the right to oblivion*) es inflexiblemente combinado al derecho a la protección de datos y al derecho a la intimidad. Se debe al escritor *Milan Kundera* esta reflexión genial que dice: «*La persona que pierde su intimidad, lo pierde todo*».

En derecho de la protección de la libertad de los ciudadanos en la red, debería entenderse como el derecho de las personas a impedir que datos personales propios circulen por internet sin su consentimiento. Las razones pueden ser muy variadas, pero en lo que se refiere a datos cuyo conocimiento pueda perjudicar a las personas, de lo que se trata, como ha señalado Pere Simón recientemente, es de tener la posibilidad de "equivocarse y volver a empezar"⁷⁶⁹.

En la era de Internet también nos preocupa la facilidad con la que se puede garantizar la persistencia del pasado. Cualquier información sobre personas que se haya publicado en internet puede estar accesible sin muchas dificultades técnicas, para cualquier otra que, utilizando alguno de los buscadores, desee acceder a esa información. Como ya hemos mencionado, la necesidad de garantizar algún mecanismo para la efectividad del "derecho al olvido" ha sido abordada por las autoridades reguladoras nacionales con diverso éxito, aunque estos intentos van a tener un considerable impulso con la también reciente STJUE de 13 de mayo de 2014⁷⁷⁰.

En los últimos años, está establecido la afirmación que “quien no está en Internet no existe”⁷⁷¹. Según Artemi Rallo el ex director de AEPD, está claro “*cómo superado este espejismo de notoriedad otorgado por la presencia de Internet, son cada vez más*

⁷⁶⁸ LÓPEZ-SÁEZ, M. M., “Nuevos perfiles del derecho al olvido en Europa y España”, *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá X* (2017) 231-266.

⁷⁶⁹ SIMÓN CASTELLANO, P.: “El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos”. Ponencia presentada en el Congreso Libertad, transparencia y política en Internet: ejercicio, amenazas y garantías. Madrid, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 19 y 20 de octubre de 2012. Pendiente de publicación. Su monografía *El Régimen Constitucional del Derecho al Olvido Digital* (Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012) es imprescindible para el conocimiento actual de esta materia. También COTINO HUESO, L. “Entre el derecho al olvido y el olvido de la libertad de información y la transparencia”. Ponencia presentada en el Congreso Libertad, transparencia y política en Internet: ejercicio, amenazas y garantías. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 19 y 20 de octubre de 2012. Pendiente de publicación. Vid. también, desde un punto de vista más general, COTINO HUESO, L. (editor), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia, 2011.

⁷⁷⁰ ORZA LINARES, R. M., “Nuevos enfoques sobre nuevos derechos de la sociedad de la información y comunicación. A propósito de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 16, 17 y 18/2017.

⁷⁷¹ RALLO, A., “El derecho al olvido y su protección”, *Revista Telos Cuadernos de Comunicación e Innovación*, núm. 85, Fundación Telefónica, octubre-diciembre 2010, pp. 1 a 5.

*las voces que reclaman la necesidad de unos límites y de dotar al ciudadano de mecanismos de garantía de sus derechos, principalmente cuando se tratan de informaciones no difundidas ni reveladas por ellos*⁷⁷².

El uso de las nuevas tecnologías y de las redes sociales está provocando una creciente sensación de inseguridad en la privacidad de las personas. Así las cosas, la sociedad debe plantearse exigir a los poderes públicos una regulación más proteccionista y garantista del derecho a la intimidad⁷⁷³.

En la UE, la rapidez de la evolución tecnológica y la globalización plantean inmensos retos especialmente vinculados a los riesgos para la protección de la intimidad y los datos personales provocados por las actividades *online*.

En 2009, la CE inició un examen del marco jurídico constatando que el impacto de las nuevas tecnológicas obligaba a clarificar y precisar la aplicación de los principios de la protección de datos a fin de garantizar el derecho a la protección real y efectiva de los datos a carácter personales que, no en vano, había adquirido rango constitucional al otorgar el Tratado de Lisboa valor jurídico a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) cuyo su art. 8⁷⁷⁴ reconoce, proclama y garantiza el derecho a la protección de datos personales.

El TFUE (La Ley 6/1957), señala, en el art. 288, como Actos Jurídicos de la Unión los reglamentos, las directivas, las decisiones, las recomendaciones y los dictámenes. La modificación de la Directiva sobre protección de datos, se va a estructurar bajo la figura jurídica de un Reglamento europeo. En la información al ciudadano en la utilización de las redes sociales, los accesos a Internet y el *cloud computing*⁷⁷⁵, se convierten en manifestación primordial y base para la actualización de la Directiva europea sobre protección de datos.

⁷⁷² RALLO, A., *op. cit.*, nota 678, pp. 1 a 5.

⁷⁷³ ZALDÍVAR ROBLES, J., “*La protección penal del derecho a la intimidad (19/2016)*”, de 06 junio de 2016. Disponible en: <http://www.tirantonline.com/tol/documento/show/5781656>. (Consultada el 14 mayo de 2018).

⁷⁷⁴ 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. [Ver 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) («DOUE L.» 4 mayo). Ir a Norma]; [Ver Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo («DOUE L.» 4 mayo). Ir a Norma]. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la Ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación. Ver jurisprudencia. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

⁷⁷⁵ *Cloud computing* (computación en la nube) Se entiende por aplicaciones informáticas, de acuerdo con la definición dada en la Ley 11/2007 (La Ley 6870/2007), de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, «el programa o conjunto de programas cuyo objeto es la resolución de un problema mediante el uso de informática», la característica principal de estas aplicaciones en la nube, o de estos programas o conjunto de programas, es que trabajan *online* con un software que podemos llamar común y que está instalado en servidores ajenos a los que se accede en forma remota. De esta forma, podemos trabajar con un software experimentado y con aplicaciones específicas desarrolladas para grandes o pequeños sistemas, así como para complejas o sencillas utilidades, accediendo a ellas en forma remota y con el único requisito de estar conectado a Internet. DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., *La computación en*

¿Qué es el derecho al olvido? En la Ley española sobre protección de datos el consentimiento está definido como toda manifestación de voluntad libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen⁷⁷⁶. En este lugar una novedad que presenta la propuesta de Reglamento europeo sobre el denominado derecho al olvido.

El Diccionario de la Real Academia Española define el término olvido como la “cesación de la memoria que se tenía”. El ser humano es olvidadizo y, a veces, se enfrenta a terribles enfermedades que atacan directamente la capacidad de recordar las cosas, como es el temible Alzheimer. Para poder definir correctamente a esta importante figura en el mundo del derecho actual, es necesario ante todo subrayar la realidad de la sociedad, la realidad de la sociedad de la información. La Ley española 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en acrónimo LSSI) define los Servicios de la Sociedad de la información, como "todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario"⁷⁷⁷.

Se puede definir el derecho al olvido como aquel derecho que tiene el titular de un dato a que sea borrado o bloqueado, cuando se produzcan determinadas circunstancias, y, en particular, que no sea accesible a través de la red Internet. Este derecho al olvido, en la práctica, tiene determinadas características que le hacen difícil de controlar: De una parte, la imposibilidad de borrar todo rastro y, en particular, que los datos no sean accesibles indirectamente por buscadores en red que se alejan del control del titular del dato y del responsable del fichero o tratamiento que lo acogía. De otra parte, también, puede chocar con el derecho a la libertad de expresión o información⁷⁷⁸.

La sala de lo civil del TS⁷⁷⁹ ha confirmado la condena a Google *Spain* a pagar una indemnización de ocho mil euros a un hombre por vulnerar su derecho a la protección de datos personales al no retirar del buscador la información sobre el indulto que se le concedió en 1999, a pesar de que el afectado lo había solicitado.

El pleno de la sala primera ha decidido que el tratamiento, en el año 2010, de los datos personales del afectado sobre el indulto, concedido en 1999 por un delito cometido en 1981, en un motor de búsqueda en Internet como es Google, una vez que solicitó su cancelación, debe considerarse ilícito por inadecuado y desproporcionado a la finalidad del tratamiento de los datos, a causa del plazo transcurrido desde que sucedieron los hechos.

La sala se pronunció sobre el llamado "derecho al olvido" en su sentencia 545/2015, de 15 de octubre, y lo hizo siguiendo la doctrina sentada por la STJUE de 13 de mayo de 2014 (caso Google *Spain S.L* contra AEPD, asunto C-131/12), en la que el TJUE analizó la responsabilidad de los gestores de motores de búsqueda en Internet por el tratamiento de datos personales en informaciones contenidas en páginas *web* cuyos enlaces aparecían en la lista de resultados de tales buscadores cuando los datos

la nube, El Consultor de los Ayuntamientos, núm. 10, Sección Nuevas tecnologías, Quincena del 30 de mayo al 14 de junio de 2010, Ref. 1603/2010, p. 1603, tomo 2, ed. la Ley.

⁷⁷⁶ Consentimiento que se define en la letra h) del art. 3 LOPD.

⁷⁷⁷ PLATERO ALCÓN, A., “El derecho al olvido en internet. El fenómeno de los motores de búsqueda”, *Opinión Jurídica*, vol. 15, núm. 29, 2016. Universidad de Medellín.

⁷⁷⁸ DAVARA RODRÍGUEZ, M., A., *Necesidad de un Reglamento Europeo Sobre Protección de Datos*, El Consultor de los Ayuntamientos, núm. 1, sección zona local/Nuevas tecnologías, quincena del 15 al 29 de enero de 2016, ref. 85/2016, p. 85, ed. Wolters Kluwer.

⁷⁷⁹ TS, sala primera, STS 210/2016, rec. 3269/2014, del 5 de abril de 2016.

personales (en concreto el nombre y apellidos) eran utilizados como palabras clave para la búsqueda.

Por ende, la sala desestima la alegación de Google *Spain* de considerar a la sociedad matriz Google *Inc.* única responsable del tratamiento de los datos y considera que la filial española puede ser demandada en un proceso civil de protección de derechos fundamentales pues tiene, a estos efectos, la consideración de responsable en España del tratamiento de datos realizado por el buscador Google. Para ello, parte de la finalidad de la Directiva europea de protección de datos de garantizar una tutela eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas y aplica la jurisprudencia del TJUE, como máximo intérprete del Derecho de la Unión.

Más adelante, la sentencia de la sala de lo contencioso administrativo de la AN⁷⁸⁰ señala que ninguna duda cabe que la actividad de un motor de búsqueda como proveedor de contenidos debe calificarse de tratamiento de datos personales, que es el gestor del motor de búsqueda el responsable de dicho tratamiento, que corresponde al gestor del motor de búsqueda adoptar, en su caso, las medidas en aplicación de la LOPD (LA LEY 4633/1999) para hacer efectivo el derecho de oposición del afectado, que la normativa europea en materia de protección de datos y, por ende, la legislación del país de la UE donde se encuentra el establecimiento, en este caso en España, es de aplicación cuando "el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el mencionado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de este Estado miembro". Se rechaza la alegación de falta de motivación de la resolución dictada por la AEPD. Frente a la alegación de falta de legitimación pasiva de Google *Spain S.L.*, en el procedimiento administrativo, entiende la Sala de instancia que la responsabilidad de Google *Spain S.L.*, en el tratamiento de datos personales llevado a cabo en el marco del servicio de búsqueda en internet ofrecido por Google Inc.-gestor del motor de búsqueda- deriva de la unidad de negocio que conforman ambas sociedades, en la que la actividad desempeñada por Google *Spain, S.L.* resulta indispensable para el funcionamiento del motor de búsqueda, pues de aquella depende su rentabilidad. Invoca al efecto, igualmente, la doctrina de los actos propios debido a la actuación llevada a cabo por Google *Spain S.L.*, tanto en procedimientos ante la AEPD como en procesos ante los Tribunales. Por todo lo cual considera la Sala de instancia que Google *Spain, S.L.* también es responsable del tratamiento de datos, constituyendo ésta y Google Inc. una unidad material. Desestima igualmente las alegaciones sobre vulneración del derecho a la libertad de empresa. Examina el objeto y contenido de los derechos fundamentales en conflicto, toma en consideración la doctrina del Tribunal de Justicia al respecto y concluye que en este caso resultan preferentes los derechos del interesado que solicita la cancelación de sus datos con relación al interés de Google por mantener el resultado de la búsqueda que relaciona con el nombre del denunciante.

En conclusión, en esta perspectiva, el objetivo de la CE es fortalecer el derecho de las personas a la protección de datos de carácter personal, tomando el paso del cambio tecnológico y dando a las partes interesadas más herramientas para el control sobre su información.

⁷⁸⁰ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS 1919/2016 de 21 de julio de 2016, rec. 3275/2015.

2.2. El derecho al olvido en internet y de la Agencia Español de Protección de Datos (AEPD): Caso Microsoft Corp.

Las nuevas orientaciones de la jurisprudencia europea reconocen el derecho al olvido como una parte más de los derechos de la personalidad, lo que debe valorarse por cuanto que las publicaciones en medios digitales constituyen un estigma como si se tratara de unos antecedentes penales, impidiendo su dignidad como persona⁷⁸¹.

Con fecha 28 de octubre de 2016⁷⁸², se dictó resolución por la directora de la AEPD en el expediente, TD/01927/2016, en la que se acordó inadmitir la reclamación de Tutela de Derechos formulada por don A.A.A. contra la entidad *Microsoft corp*. En el que el reclamante ejerció el derecho de cancelación de sus datos personales ante la entidad *Microsoft Ibérica, SRL*. En concreto, solicitaba que sus datos personales no se vincularan por el buscador Bing, de Microsoft, al realizar una búsqueda por su nombre, a la siguiente URL: 1. <http://.....1> 2. <http://.....2> 3. <http://.....3> 4. <http://.....4> 5. <http://.....5> 6. <http://.....6> 7. <http://.....7> 8. <http://.....8> 9. <http://.....9>.

Con fecha 26 de octubre de 2016, la entidad *Microsoft*, contestó a la solicitud del reclamante, informándole de que *Microsoft Ibérica* no es la entidad prestadora del servicio *Bing* y que *Bing* tiene habilitado un formulario para la tramitación de este tipo de solicitudes en el enlace <https://www.bing.com/>.

En fecha 6 de octubre de 2016, don A.A.A. formuló reclamación de Tutela de Derechos, ante esta Agencia, contra la entidad *Microsoft* por no haber sido debidamente atendido su derecho de cancelación.

Considera que “la sociedad mercantil *Microsoft Ibérica, S.L.*, forma parte del grupo de sociedades cuya matriz es la compañía norteamericana, *Microsoft Corporation*”. En consecuencia, para el ejercicio del derecho al olvido es el medio alternativo válido para que los afectados soliciten la cancelación de sus datos sin necesidad de dirigirse al domicilio de la compañía en Estados Unidos. Así, al no haber utilizado el formulario *online* habilitado para el ejercicio de los derechos ni haberse dirigido a la entidad responsable de la prestación del servicio de búsqueda, se inadmitió la reclamación de tutela de derechos.

Para el caso⁷⁸³ de incumplimiento por parte del responsable del servicio de la sociedad de la información, la entidad *GOEAR B.V.* como titular del servicio www.goear.com de la orden de retirada dentro del plazo de 24 horas, se considera necesario que los servicios de Google *INC.* y Google *Spain S.L* (Google); *Yahoo Iberia SLU* y *Yahoo Emea LTD (Yahoo)*; *Microsoft Luxembourg SARL*, *Microsoft Ibérica SRL* y *Microsoft Corporation (Bing)*, identificados en los antecedentes de hecho precedentes, procedan a eliminar de sus resultados de búsqueda, aquellos que contengan la ubicación de las obras ofrecidas en la páginas de Internet del servicio de la sociedad de la información www.goear.com, y que esta medida se extienda, en su caso, a cualquier dominio específico web que el responsable pudiera utilizar en iguales términos, o que re

⁷⁸¹ TS, sala primera, de lo Civil, STS 426/2017 de 6 de julio de 2017, rec. 3440/2015.

⁷⁸² Resoluciones Administrativas, STS RR/00835/2016, rec. Reposición/TD/01927/2016. Disponible en: <http://www.tirantonline.com/tol/documento/show/5930533?general=El+Derecho+al+olvido+en+Internet+en+los+%C3%A1mbitos+judicial&searchtype=substring&index=1#principi>. (Consultada el 30 de mayo de 2018).

⁷⁸³ AN, Juzgado Central, Contencioso Administrativo núm. 3, JDO. CENTRAL CONT/ADMVO. Núm. 3. Del 20 de mayo de 2016, STS 20/2016, rec. 1/2015.

direcciona a dicha página *www.goeear.com*, así como a todas aquellas *webs proxy* que sirvan únicamente como intermediarias para acceder a la anterior.

Así, el derecho al olvido no se encuentra expresamente regulado, surge a raíz de los perjuicios que causa el rastro de la información en Internet, tratándose por tanto de una cuestión que solo afecta a los buscadores de Internet y a la AEPD, terceros ajenos al pleito⁷⁸⁴.

2.3. Derecho fundamental a la protección de datos a carácter personal

Miles de personas utilizan Internet a diario en Europa y, a medida que los datos personales se vuelven cada vez más accesibles, la UE propone una serie de reformas para regular el uso y la protección de dichos datos. Así, la protección de datos personales y el respeto a la privacidad son los principales derechos fundamentales. El Parlamento Europeo siempre ha insistido en la necesidad de mantener un enfoque equilibrado entre el refuerzo de la seguridad y la protección de los derechos humanos. La reforma de la protección de datos emprendida por la Unión reforzará los derechos de los ciudadanos al darles un mayor control sobre sus datos y al garantizar la protección de su privacidad en la era digital⁷⁸⁵.

Internet es un elemento clave de la llamada sociedad de la información, ya que facilita los servicios electrónicos interactivos más decadentes y la comunicación de todo tipo de informaciones ya sea texto, sonido, imágenes, vídeos... etc. Técnicamente, Internet es una red global de redes conectadas entre sí para permitir la comunicación instantánea o casi instantánea desde cualquier ordenador conectado a una de esas redes con otros ubicadas en otras redes del conjunto, por lo que se trata de un medio de comunicación global.

Por su carácter descentralizado, no es posible técnicamente que un organismo dirija y gestione Internet. Su funcionamiento es consecuencia del empleo, por una gran cantidad de operadores de sistemas informáticos y de redes, de protocolos comunes, es decir, un mismo conjunto de convenciones relativas a la transmisión de datos entre ordenadores que permite el intercambio con total exactitud de información digital.

Internet se utiliza en relación con una gran variedad de servicios con características muy diversas, que hacen posible la difusión de información, facilitan múltiples vías de comunicación o permiten la transferencia de grandes cantidades de datos⁷⁸⁶.

Consiste en:

El Reglamento (CE) núm. 45/2001 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de esos datos. Asimismo, la UE ha emitido directivas y normas específicas para ciertos sectores en los que se han identificado necesidades particulares⁷⁸⁷. Por otra parte, cabe señalar que el

⁷⁸⁴ TS, sala primera, de lo Civil, STS 446/2017 de 13 de julio de 2017, rec. 1042/2016.

⁷⁸⁵ MILT KRISTIINA, “La protection des données à caractère personnel”, fiches techniques sur l'Union européenne, 01/2018.

⁷⁸⁶ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A., *Derecho Privado De Internet*, 4a ed. Cizur Menor Navarra: Civitas, 2011.

⁷⁸⁷ Respecto a ámbitos específicos, se han establecido: (i) la Directiva 2002/58/CE (LCEur 2002, 2070) relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

27 abril de 2016 se publicó el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo 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 ⁷⁸⁸ («Reglamento 2016/679») que sustituirá definitivamente el contenido de la Directiva 95/46/CE y tendrá aplicación directa en los Estados miembro dos años después de su publicación.

En efecto, como explicó la CE durante la vista, el legislador de la UE decidió que era útil recordar esta circunstancia en el marco de las modificaciones legislativas introducidas por la Directiva 2012/17 (LA LEY 10774/2012) y que tienen por objeto garantizar la interoperabilidad de los registros de los Estados miembros, ya que estas modificaciones hacían presagiar el incremento de la intensidad del tratamiento de datos personales⁷⁸⁹.

Mediante una decisión prejudicial⁷⁹⁰ tienen por objeto la interpretación del art. 15, apdo. 1, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002 (LA LEY 9590/2002), relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) (DO 2002, L 201, p. 37), en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (LA LEY 22502/2009) (DO 2009, L 337, p. 11) (en lo sucesivo, «Directiva 2002/58 (LA LEY 9590/2002)»), en relación con los arts. 7, 8 y 52, apdo. 1, de la CDFUE.

El Tribunal de Justicia⁷⁹¹ declara que los arts. 6, apdo. 1, letra e)⁷⁹², 12, letra b)⁷⁹³, y 14, párr. primero, letra a)⁷⁹⁴, de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 (LA LEY 5793/1995), relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en relación con el art. 3 de la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968 (LA LEY 323/1968), Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a

⁷⁸⁸ Entre otras novedades, el Reglamento 2016/679 plantea: (i) la regulación del derecho al «olvido», mediante la rectificación o supresión de datos personales; (ii) los requisitos del «consentimiento claro y afirmativo» de la persona titular de los datos; (iii) la «portabilidad» de los datos, consistente en el derecho a trasladar los datos a otro proveedor de servicios; (iv) el derecho a ser informado si los datos personales han sido robados o alterados de forma ilegítima; (v) la necesidad de emplear un lenguaje claro y comprensible en cláusulas de privacidad; y (vi) un régimen sancionador con multas de hasta el 4% de la facturación global de las empresas en caso de infracción.

⁷⁸⁹ TJUE, sala segunda, STS de 9 de marzo de 2017, C-398/2015.

⁷⁹⁰ TJUE, sala gran sala, STS de 21 de diciembre de 2016, C-203/2015.

⁷⁹¹ TJUE, sala segunda, STS de 9 de marzo de 2017, C-398/2015.

⁷⁹² Art. 6: 1. Los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean: [...]e) conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente. Los Estados miembros establecerán las garantías apropiadas para los datos personales archivados por un período más largo del mencionado, con fines históricos, estadísticos o científicos.

⁷⁹³ Art. 12: Los Estados miembros garantizarán a todos los interesados el derecho de obtener del responsable del tratamiento: [...]b) en su caso, la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la presente Directiva, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos; [...]

⁷⁹⁴ Art. 14: Los Estados miembros reconocerán al interesado el derecho a: a) oponerse, al menos en los casos contemplados en las letras e) y f) del artículo 7, en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular, a que los datos que le conciernen sean objeto de tratamiento, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa. En caso de oposición justificada, el tratamiento que efectúe el responsable no podrá referirse ya a esos datos; [...]

las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, en su versión modificada por la Directiva 2003/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2003 (LA LEY), deben interpretarse en el sentido de que, en el estado actual del Derecho de la Unión, incumbe a los Estados miembros determinar si las personas físicas a las que se refiere el art.2, apdo. 1, letras d) y j), de esta Directiva pueden solicitar a la autoridad responsable de la llevanza del registro central, del registro mercantil o del registro de sociedades, respectivamente, que compruebe, sobre la base de una apreciación caso por caso, si está excepcionalmente justificado, por razones preponderantes y legítimas relacionadas con su situación particular, limitar, al expirar un plazo suficientemente largo tras la disolución de la empresa de que se trate, el acceso a los datos personales que les conciernen, inscritos en dicho registro, a los terceros que justifiquen un interés específico en la consulta de dichos datos.

En otra sentencia del Tribunal de Justicia declara que:

1) El art. 25, apdo. 2, de la Directiva 2002/22/CE⁷⁹⁵ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 (LA LEY 4302/2002), relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal), en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (LA LEY 22502/2009), debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «solicitudes» que figura en este artículo incluye también la solicitud hecha por una empresa que está establecida en un Estado miembro distinto de aquél en el que están establecidas las empresas que asignan números de teléfono a los abonados y que solicita la información pertinente de la que disponen estas empresas para prestar servicios de información sobre números de abonados y suministrar guías de abonados accesibles al público en ese Estado miembro y/o en otros Estados miembros.

2) El art. 25, apdo. 2, de la Directiva 2002/22 (LA LEY 4302/2002), en su versión modificada por la Directiva 2009/136 (LA LEY 22502/2009), debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una empresa que asigna números de teléfono a los abonados y que tiene la obligación, con arreglo a la normativa nacional, de obtener el consentimiento de esos abonados para utilizar datos que les afectan, con el fin de prestar servicios de información sobre números de abonados y suministrar guías de abonados, formule dicha solicitud de modo que tales abonados expresen su consentimiento de forma diferenciada respecto a esa utilización en función del Estado miembro en el que presten sus servicios las empresas que pueden solicitar la información a la que se refiere esa disposición.

El Reglamento Europeo de Protección de Datos (en adelante RGPD) tendrá aplicabilidad directa en todos los Estados miembros el día 25 de mayo de 2018, es decir, dos años después de su publicación. Además, el 10 de noviembre de 2017 el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos, que tiene por objeto adaptar la legislación española a las

⁷⁹⁵ Art. 25 Servicios de información sobre números de abonados: [...] 2. Los Estados miembros velarán por que todas las empresas que asignan números de teléfono a los abonados den curso a todas las solicitudes razonables de suministro de información pertinente para la prestación de los servicios de información sobre números de abonados y guías accesibles al público, en un formato aprobado y en unas condiciones equitativas, objetivas, orientadas en función de los costes y no discriminatorias.

disposiciones del RGPD. Las novedades introducidas por el Reglamento respecto a LOPD⁷⁹⁶ se pueden resumir en este siguiente cuadro:

Por lo tanto, se puede observar que el Reglamento propone un modelo de protección de datos basado en criterios como la responsabilidad activa, la flexibilidad, la importancia del contexto y la cooperación. Además, esto implica una aplicación directa, sin necesidad de transposición, y un cambio de normas nacionales. Puede ser desarrollado por los Estados Miembros en caso de aclaración de conceptos, determinación de las condiciones del tratamiento para cumplir una ley o en interés público (art 6.2) o tratamiento de datos sensibles (art. 9.2); limitar los derechos de los interesados (art. 23.1); multas sí o no a autoridades y organismos públicos (83.7); otras sanciones que no sean multas (84.1);...

En esta tabla, se presenta las principales novedades del RGPD comparativa con LOPD y RLOPD⁷⁹⁷:

Normativa anterior (LOPD y RLOPD)	RGPD
<p>Inscripción y actualización de ficheros (art. 25)</p> <p>Se permite a las empresas la creación de ficheros de titularidad privada que contengan datos de carácter personal. Han de ser notificados previamente a la AEPD.</p>	<p>Registro de las actividades del tratamiento (art. 30)</p> <p>Se elimina la obligación de elaborar y notificar ficheros a la autoridad de control. Aunque la empresa deberá contar con un registro de actividades de tratamiento por escrito.</p>

⁷⁹⁶ ORTEGA GIMÉNEZ, A., “El Reglamento General de Protección de Datos de la UE en la empresa: novedades prácticas”, *Diario la Ley*, núm. 15, sección Ciberderecho, 7 de marzo de 2018, ed. Wolters Kluwer .

⁷⁹⁷ ORTEGA GIMÉNEZ, A., “El Reglamento General de Protección de Datos de la UE en la empresa: novedades prácticas”, *Diario La Ley*, núm. 15, sección ciberderecho, 7 de marzo de 2018. Ed. Wolters Kluwer.

<p>Calidad de los datos (art. 4)</p> <p>La empresa debe velar porque los datos que trata sean:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Transparentes; • Proporcionales; • Pertinentes; • Reales; • Temporales. 	<p>Información al interesado (art. 12)</p> <p>La empresa deberá proporcionar al interesado información si lo solicita. Así como debe informarle con carácter previo a la recogida de sus datos de:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La identificación y datos de contacto del responsable de tratamiento, y del Delegado de Protección de Datos; • Los fines del tratamiento y su base de legitimación; • La identificación de los destinatarios o categorías de destinatarios; • La intención del responsable de transferir los datos internacionalmente; • El plazo durante el cual se conservarán sus datos; • La posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, supresión, limitación del tratamiento, portabilidad y oposición; • El derecho a interponer reclamación ante la autoridad de control; • La obligación del interesado de proporcionar los datos solicitados en el formulario de recogida, y las consecuencias de no aportarlos; • La existencia de decisiones automatizadas y elaboración de perfiles; • Si no fueron proporcionados por el interesado, el origen de los datos y la categoría de datos con los que cuenta.
---	--

<p>Información al interesado (art. 5)</p> <p>La empresa debe informar sobre:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La existencia del fichero, la finalidad y los destinatarios de la información; • La identidad y dirección del responsable de tratamiento; • La posibilidad de ejercitar los derechos ARCO; • El carácter obligatorio o facultativo de las preguntas planteadas en el formulario; • El origen de los datos. 	<p>Principios relativos al tratamiento (art. 5)</p> <p>La empresa debe cumplir una serie de obligaciones en relación con el tratamiento que realice de los datos personales.</p> <p>→Se introducen los principios de licitud y de seguridad.</p>
<p>Consentimiento del afectado (art. 6)</p> <p>La empresa debe contar con el consentimiento libre, inequívoco, específico e informado del afectado.</p>	<p>Licitud del tratamiento (art. 6)</p> <p>La empresa debe tratar los datos en virtud de una base jurídica que le legitime. Las bases de legitimación se formulan de manera positiva.</p>
<p>Medios para el ejercicio de los derechos ARCO (Los arts. 22 y ss.)</p> <p>La empresa debe contar con mecanismos que permitan el ejercicio de los derechos de control de sus afectados:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Derecho de Acceso (art. 15). • Derecho de Rectificación (art. 16). <p>Comunicación de datos a terceros (art. 12)</p> <p>Se permite a la empresa contar con la colaboración de otras personas, físicas o jurídicas que, en ocasiones, deberán acceder y tratar datos personales incorporados a los ficheros de la empresa, asumiendo la posición de encargado de tratamiento.</p>	<p>Los derechos del interesado (Los arts. 15 y ss.)</p> <p>Se amplía el catálogo de derechos de los interesados en relación con sus datos personales, e introduce nuevas medidas de canalizar las solicitudes de ejercicio que se presenten.</p> <p>El encargo de tratamiento (art. 28)</p> <p>La empresa debe ser diligente en la elección de los encargados de tratamiento. Además, se amplía los requisitos mínimos de contrato de encargo.</p>
	<p>Medidas de responsabilidad activa: seguridad de los datos personales (art. 33 y 34)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Medidas de seguridad.

	<ul style="list-style-type: none"> • Quiebras de seguridad. • Evaluaciones de Impacto sobre la Protección de datos. • Delegado de Protección de datos.
--	---

2.4. Marco jurídico de la Protección de datos de carácter personales

En la Directiva europea como en la LOPD, el consentimiento está definido en términos semejantes, y que deba ser libre, inequívoco, específico e informado. En un sentido similar, es importante una declaración clara que el consentimiento sea “informado”⁷⁹⁸.

El nuevo Reglamento europeo, establece en su considerado treinta y dos (32) que el consentimiento debe otorgarse mediante un acto afirmativo claro que refleje una demostración de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca de la parte del interesado de aceptar el tratamiento de sus datos personales, como una declaración por escrito, incluido por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio *web* en internet, elegir parámetros técnicos para el uso de los servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o comportamiento que indique claramente en este contexto que la parte interesada acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento.

Se debe dar el consentimiento para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos propósitos. Cuando el tratamiento tenga varios objetivos, se debe dar el consentimiento para cada uno de ellos. Si el consentimiento de la parte interesada solicitó una solicitud de medios electrónicos, la solicitud debe ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta. Es decir que deberá otorgarse mediante un «acto afirmativo claro» que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado, y ha de constar en una «declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal». Del mismo modo, el art. 7 y siguientes del Reglamento establecen medidas diferentes para hacer más estricto el proceso de otorgar el consentimiento.

En el primer caso, un ciudadano austriaco, Sr. *Schrems* ha presentado una denuncia ante la autoridad de protección de datos personales en Irlanda (el Comisionado de Protección de Datos), sede de Facebook en Europa, para prohibir la transferencia de información sobre a los Estados Unidos. Él creía que las regulaciones de los Estados Unidos no proporcionaban una protección adecuada contra la supervisión estatal de américa. En este caso, la autoridad se atrincheró detrás de la decisión *Safe Harbor*⁷⁹⁹(o

⁷⁹⁸ GIL GONZÁLEZ.E., “Big data y datos personales: ¿es el consentimiento la mejor manera de proteger nuestros datos?”, *Diario la Ley*, núm. 9050, sección tribuna, 27 de septiembre de 2017, ed. Wolters Kluwer .

⁷⁹⁹ En octubre de 2015 el TJUE anula dicha resolución a partir de denuncias sobre los datos personales de europeos en servidores de Facebook en Estados Unidos. A raíz de una denuncia ante la autoridad

puerto seguro) de la CE de considerar que no hubo violación de sus derechos. Esta decisión negativa llevó al Sr. *Schrems* a recurrir a los tribunales, el TS de Irlanda, que a su vez ha pedido al TJUE. El Sr. *Schrems* cuestionó el cumplimiento de este sistema con la legislación europea y la cuestión de si la autoridad nacional de supervisión podría estar libre de la norma europea ya que no se planteó la suficiente. La autoridad irlandesa respondió negativamente. El Tribunal de Justicia lo ha aprobado y afirma que la decisión de *Safe Harbor* es "vinculante para todos los Estados miembros a los que se dirige y, por lo tanto, es vinculante para todos sus órganos"⁸⁰⁰, y que solo tiene el poder de invalidar la decisión⁸⁰¹, lo que él hizo en este caso. El Sr. *Schrems* también organizó una acción de clase contra Facebook en los tribunales austriacos. La cuestión de su admisibilidad está pendiente ante el Tribunal de Casación de Austria (*Oberster Gerichtshof*) después de que el Tribunal de Apelación de Viena respondiera de manera negativa al aceptar estudiar la queja del Sr. *Schrems* individualmente⁸⁰².

En el segundo caso⁸⁰³ se refiere a la cuestión de determinar el alcance de las normas de protección de datos, en este caso las normas estadounidenses. En un caso de narcóticos, un primer juez, a pedido del gobierno de Estados Unidos, ordenó a *Microsoft* que proporcionara los correos electrónicos de uno de sus usuarios. *Microsoft* se ejecuta para los datos almacenados en los servidores de Estados Unidos, pero se negó a proporcionar los datos almacenados en un servidor ubicado en Irlanda considerando que el juez del Estado de América no tiene autoridad para emitir una orden a los datos almacenados en el extranjero. Sin embargo, el juez federal confirmó el mandato: la ubicación de los datos en el extranjero no privó a *Microsoft* de su control. Este control de los datos por parte de la compañía estadounidense justificó la aplicabilidad de las reglas estadounidenses. El Tribunal Federal de Apelaciones ha encontrado lo contrario al negarles cualquier posibilidad de extraterritorialidad.

La adopción del RGPD permite volver a estos tres aspectos: determinación del ámbito de aplicación de las normas de protección de datos, normas aplicables a las transferencias internacionales de datos y normas internacionales de litigio.

Para garantizar la eficacia del mecanismo europeo de protección de datos requiere que la persona en cuestión reciba remedios efectivos. El derecho al recurso se deriva del art. 6 del CEDH, pero también del art. 10 del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automático de

irlandesa de protección de datos sobre el tratamiento de datos de usuarios de Facebook en EEUU, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha decidido declarar nula la Decisión 2000/520/CE, de 26 de julio, de la Comisión Europea, por la que se aprueban los principios internacionales Safe Harbor. Dicha Decisión permitía que las empresas sitas en EEUU pudieran adherirse al Safe Harbor, mediante la certificación de cumplimiento de ciertos requisitos orientados a proteger el derecho a la protección de datos y la intimidad de ciudadanos europeos. Asimismo, ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), las empresas americanas adscritas a Safe Harbor eran consideradas como entidades que ofrecían garantías adecuadas, pudiéndose transferir datos a dichas entidades sin más requisitos que la notificación a la Agencia. Formar parte de Safe Harbor por tanto permitía mayor agilidad para realizar dichas transferencias de datos, sobre todo teniendo en cuenta que las transferencias a EE.UU requieren, por norma general, la autorización del Director de la AEPD. RIUS, M., "El Tribunal de Justicia de la UE anula el Safe Harbor", de 6 de octubre de 2015.

Disponible en: <http://www.expansion.com/blogs/ribas/2015/10/06/el-tribunal-de-justicia-de-la-ue-anula.html>. (Consultada el 10 de julio de 2018).

⁸⁰⁰ TJUE, Grand sala, 6 de octubre de 2015, asunto C-362/14, *Schrems c/ Data Protection Commissioner*, D. 2016. 111.

⁸⁰¹ Arrêt *Schrems*, pt 61.

⁸⁰² OLG Wien, 21 oct. 2015, núm. 11 R 146/15v.

⁸⁰³ US Court of appeals, 2nd district, 14 juill. 2016, núm. 14-2985.

Documentos, datos personales del 28 de enero de 1981. Mientras que la Directiva 95/46/ CE guarda silencio sobre los recursos, el RGPD les otorga varias disposiciones que el interesado puede dirigirse tanto a los tribunales de justicia (art. 79) como a la autoridad de protección (art. 77).

El recurso, tramitado con el núm. 1568/2015, fue estimado por la sección primera de la AN en sentencia de 18 de julio de 2017. La sala de instancia centra la cuestión litigiosa en determinar «si dada la naturaleza y trascendencia pública de la información que la AEPD ordena bloquear a Google *Inc.*, debe prevalecer el derecho a la protección de datos personales [del recurrente] frente al derecho de información, a la libertad de expresión y el interés general del público en acceder a la información». En este sentido, concluye la Sala «no cabe negar el carácter sensible [que para] el recurrente tiene la difusión a través de internet por el buscador de Google de diversa información que le relaciona sin justificación suficiente con la comisión de una infracción como cazador furtivo, por lo que la ausencia de exactitud de la información facilitada en los enlaces ofrecidos por el buscador de Google y su carácter lesivo para la privacidad, consideración social y profesional del reclamante» determinan la prevalencia del derecho a la protección de datos de carácter personal del reclamante. El tratamiento de los datos personales del denunciante realizado por Google sin su consentimiento no encuentra amparo en el legítimo derecho a la libertad de información, al no tener constancia de su veracidad⁸⁰⁴.

2.5. Ámbito jurídico del derecho al olvido en la UE: Reglamento de Protección de Datos ^[17]_{SEP}

El TFUE (LA LEY 6/1957), señala, en el art. 288, como Actos Jurídicos de la Unión los reglamentos, las directivas, las decisiones, las recomendaciones y los dictámenes.

En particular, el referido art. 288 del TFUE (LA LEY 6/1957) establece que:

“Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.

El Reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos.

Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes”.

El Reglamento como «obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro».

La importancia del tema de la protección de datos personales ha trascendido en la actual política legislativa actual. El DOUE ha publicado el RGPD. Conjuntamente con esa norma, se ha publicado también la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (LA LEY 6638/2016), relativa a la

⁸⁰⁴ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, auto de 7 de febrero de 2018, rec. 5579/2017.

protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI (LA LEY 19814/2008) del Consejo (DOUE L 04-05-2016 119 C).

El RGPD unifica, moderniza y sistematiza la normativa en la materia ofreciendo una cobertura legal a la protección de datos, adaptándola a las necesidades actuales, partiendo de que la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental. El art. 8, apdo. 1, de la CDFUE⁸⁰⁵ (la Ley 12415/2007) («la Carta») y el art. 16, apdo. 1, del TFUE⁸⁰⁶ establecen que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan, en consecuencia el Reglamento pretende contribuir a la plena realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia y de una unión económica, al progreso económico y social, al refuerzo y la convergencia de las economías dentro del mercado interior, así como al bienestar de las personas físicas. De ahí que la protección otorgada por el presente Reglamento debe aplicarse a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o de su lugar de residencia, en relación con el tratamiento de sus datos personales. El presente Reglamento no regula el tratamiento de datos personales relativos a personas jurídicas y en particular a empresas constituidas como personas jurídicas, incluido el nombre y la forma de la persona jurídica y sus datos de contacto.

El art. 4.1) RGPD define con datos personales: toda información sobre una persona física identificada o identificable (el interesado) y el art. 3.a) de la LOPD (LA LEY 4633/1999) conceptúa como tales datos de carácter personal " cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables"⁸⁰⁷.

De acuerdo con ello, la SAN 8/05/2009⁸⁰⁸ resalta dos aspectos relevantes de dicha definición:

El ámbito de protección de la LOPD se circunscribe a las personas físicas, como se desprende de dicho precepto en correlación con el art. 1, con exclusión de las personas jurídicas. El precepto alude a cualquier "información" concerniente a dichas personas físicas, no a cualquier "opinión" referente a dichas personas, pues las meras opiniones quedan al margen del ámbito protector de la LOPD.

En su considerando sesenta y cinco (65) que los interesados deben tener derecho a que se rectifiquen los datos personales que le conciernen y un «derecho al olvido» si la retención de tales datos infringe el presente Reglamento o el Derecho de la Unión o de los Estados miembros aplicable al responsable del tratamiento. En particular, los interesados deben tener derecho a que sus datos personales se supriman y dejen de tratarse si ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, si los interesados han retirado su consentimiento para el tratamiento o se oponen al tratamiento de datos personales que les conciernen, o si el tratamiento de sus datos personales incumple de otro modo el presente Reglamento. Este derecho es pertinente en particular si el interesado dio su consentimiento siendo niño y no se es plenamente consciente de los riesgos que implica

⁸⁰⁵ Art.8 Protección de datos de carácter personal: 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.

⁸⁰⁶ Art. 16: 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.

⁸⁰⁷ AN, sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS de 11 de mayo de 2017, rec. 30/2016.

⁸⁰⁸ AN, sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS de 8 de mayo de 2009, rec. 514/2007.

el tratamiento, y más tarde quiere suprimir tales datos personales, especialmente en internet. El interesado debe poder ejercer este derecho, aunque ya no sea un niño. Sin embargo, la retención ulterior de los datos personales debe ser lícita cuando sea necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión e información, para el cumplimiento de una obligación legal, para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

El TS⁸⁰⁹ introduce una novedad en la evolución jurisprudencial del denominado derecho al olvido, considera que Google *Spain, S.L.* (en adelante, Google *Spain*), entidad dedicada a la comercialización en España de la publicidad del buscador Google *Search*, carece de legitimación pasiva para atender las solicitudes de ejercicio de este nuevo derecho por no ser responsable del tratamiento. Esta resolución, relevante desde una perspectiva procesal no afectará a la perspectiva material del derecho, dado que los usuarios podrán continuar ejercitando su derecho al olvido del mismo modo en que venían haciéndolo en la actualidad.

Así, el Reglamento regula el denominado derecho de supresión o derecho al olvido en su art. 17, expresamente excepciona, en su apdo. 3 tal (nuevo) derecho de supresión en aquellos supuestos en que el tratamiento sea necesario: a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información.

Todo ello porque como asimismo razona la STS (1.ª) 545/2015, de 15 de octubre, el llamado "derecho al olvido digital" que es una concreción en este campo de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos⁸¹⁰.

Mediante un asunto⁸¹¹ en que la representante de la mercantil Google *Inc.* interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo (sección primera) de la AN contra la resolución de la Directora de la AEPD, de 14 de abril de 2015, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la previa resolución que, estimando la reclamación formulada por Sr. D., insta a la citada mercantil a adoptar las medidas necesarias para evitar que su nombre se vincule en los resultados de las búsquedas a los dos enlaces (*links*) que cita - enlaces en los que se refiere información relativa a las sanciones impuestas a unos cazadores furtivos (entre ellos, el demandante que es guardia forestal)-.

La representación procesal de la mercantil Google *Inc.* ha preparado contra la misma recurso de casación, exponiendo en su escrito - elaborado con arreglo a lo dispuesto en el art. 89 LJCA⁸¹² (LA LEY 2689/1998) en su redacción aplicable dada por

⁸⁰⁹ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS 574/2016 de 14 de marzo de 2016, rec. 1380/2015.

⁸¹⁰ AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS de 2 de enero de 2018, rec. 46/2016.

⁸¹¹ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, auto de 7 de febrero de 2018, rec. 5579/2017.

⁸¹² Art 89: 1. El recurso de casación se preparará ante la sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido. 2. El escrito de preparación deberá, en apartados separados que se encabezarán con un epígrafe expresivo de aquello de lo que tratan: a) Acreditar el cumplimiento de los requisitos reglados en orden al plazo, la legitimación y la recurribilidad

la L.O. 7/2015⁸¹³ (LA LEY 12048/2015) de 21 de julio- que la sentencia impugnada infringe el art. 20.1 a) y d)⁸¹⁴ Constitución Española (LA LEY 2500/1978) en relación con el art. 10 CEDH⁸¹⁵, el art. 11 CDFUE⁸¹⁶ (LA LEY 12415/2007), el art. 19 DUDH⁸¹⁷ (LA LEY 22/1948) , el art. 19.2 PIDCP⁸¹⁸ (LA LEY 129/1966) , así como el art. 9.2 del

de la resolución que se impugna. b) Identificar con precisión las normas o la jurisprudencia que se consideran infringidas, justificando que fueron alegadas en el proceso, o tomadas en consideración por la sala de instancia, o que ésta hubiera debido observarlas aun sin ser alegadas. c) Acreditar, si la infracción imputada lo es de normas o de jurisprudencia relativas a los actos o garantías procesales que produjo indefensión, que se pidió la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello. d) Justificar que la o las infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución que se pretende recurrir. e) Justificar, en el caso de que ésta hubiera sido dictada por la sala de lo Contencioso-administrativo de un TSJ, que la norma supuestamente infringida forma parte del Derecho estatal o del de la UE. f) Especialmente, fundamentar con singular referencia al caso, que concurren alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo anterior, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la sala de lo Contencioso-administrativo del TS. 3. Si el escrito de preparación no se presentara en el plazo de treinta días, la sentencia o auto quedará firme, declarándolo así el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto. Contra esta decisión sólo cabrá el recurso directo de revisión regulado en el art. 102 bis de esta Ley. 4. Si, aun presentado en plazo, no cumpliera los requisitos que impone el apdo. 2 de este artículo, la sala de instancia, mediante auto motivado, tendrá por no preparado el recurso de casación, denegando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones al TS. Contra este auto únicamente podrá interponerse recurso de queja, que se sustanciará en la forma establecida por la LEC. 5. Si se cumplieran los requisitos exigidos por el apdo. 2, dicha Sala, mediante auto en el que se motivará suficientemente su concurrencia, tendrá por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante la sala de lo Contencioso-administrativo del TS, así como la remisión a ésta de los autos originales y del expediente administrativo y, si lo entiende oportuno, emitirá opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia, que unirá al oficio de remisión. 6. Contra el auto en que se tenga por preparado el recurso de casación, la parte recurrida no podrá interponer recurso alguno, pero podrá oponerse a su admisión al tiempo de comparecer ante el TS, si lo hiciera dentro del término del emplazamiento.

⁸¹³ Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁸¹⁴ Art. 20.1. a y d, 1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. la Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

⁸¹⁵ Art. 10.- Libertad de expresión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

⁸¹⁶ Art. 11 Libertad de expresión y de información: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

⁸¹⁷ Art. 19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

⁸¹⁸ Art. 19.2: Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas respecto del tratamiento automatizado de datos⁸¹⁹ y el Reglamento 2016/679 en su art. 17.3 a) que establece que el derecho de supresión (derecho al olvido) no se aplicará cuando el tratamiento sea necesario para ejercer el derecho a la libertad de información y de expresión.

La sentencia recurrida, en lo que aquí interesa, rechaza la acción iniciada por Google *Inc.* contra la resolución de la AEPD que le ordena bloquear la información que, en relación con el denunciante, se contienen en los enlaces a los que remite el motor de búsqueda. La Sala declara la prevalencia del derecho a la protección de los datos de carácter personal (derecho al olvido) del reclamante ante la AEPD. En su conclusión, el hecho de que la información contenida en los enlaces mencionados anteriormente no cumple con el requisito de la veracidad, pues se trata una información inexacta.

El asunto Google *Spain S.L.*, el TJUE dio carta de naturaleza al emergente derecho al olvido, estableciendo al tiempo una serie de límites para su ejercicio, la adopción del nuevo Reglamento Europeo General de Protección de Datos y de la sentencia *Manni*⁸²⁰ hace necesario actualizar ese listado de límites. El asunto *Manni* constituye el núcleo del ensayo y se enfrenta a la conciliación de dos intereses en conflicto: el ejercicio del derecho al olvido digital y el derecho de información/ acceso por parte de terceros, para el correcto y armonizado ejercicio de las actividades mercantiles dentro del mercado interior europeo⁸²¹.

Se encuentra la regulación en el art. 17 del llamado derecho de supresión (el derecho al olvido), que ofrece al interesado el derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales. Este artículo precisa que⁸²²:

1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;

b) El interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el art. 6, apdo. 1, letra a), o el art. 9, apdo. 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico;

⁸¹⁹ Art. 9.2 Excepción y restricciones: Será posible una excepción en las disposiciones de los arts. 5, 6 y 8 del presente Convenio cuando tal excepción, prevista por la Ley de la Parte, constituya una medida necesaria en una sociedad democrática: a) Para la protección de la seguridad del Estado, de la seguridad pública, para los intereses monetarios del Estado o para la represión de infracciones penales; b) para la protección de la persona concernida y de los derechos y libertades de otras personas.

⁸²⁰ STJ, sala segunda, asunto C-398/15, de 9 de marzo de 2017

⁸²¹ MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M., “Los nuevos límites al derecho al olvido en el sistema. jurídico de la UE: la difícil conciliación entre las libertades económicas y la protección de datos personales”, Estudios de Deusto, Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, vol. 65/2, julio-diciembre 2017, pp. 139-176

⁸²² TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, STS 1916/2016, 21 de julio de 2016, rec. 2798/2015.

c) El interesado se oponga al tratamiento con arreglo al art. 21, apdo. 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al art.21, apdo. 2;

d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente;

e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento;

f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el art. 8, apdo. 1.

2. Cuando haya hecho públicos los datos personales y esté obligado, en virtud de lo dispuesto en el apdo. 1, a suprimir dichos datos, el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos.

3. Los apartados. 1 y 2 no se aplicarán cuando el tratamiento sea necesario:

a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información;

b) para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable;

c) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con el art. 9, apdo. 2, letras h) e i), y apdo. 3;

d) con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el art. 89, apdo. 1, en la medida en que el derecho indicado en el apdo. 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento, o

e) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

Más adelante, el art.5 del Reglamento, establece los principios básicos relativos a la protección de los datos, porque es la fórmula legal la que permite a la jurisprudencia para rastrear el contorno al olvido, muchos de los cuales siguen los textos anteriores en la materia, y que luego han servido a los jueces para dictar resoluciones recientes sobre el tema. Estos principios son la licitud, lealtad y transparencia; limitación de la finalidad, la minimización de datos, la exactitud, la limitación del plazo de conservación, la integridad y confidencialidad y la responsabilidad proactiva por el cual el responsable debe ser capaz de cumplir lo dispuesto en la norma y, además, demostrar dicho cumplimiento. Además, la norma refuerza la importancia del consentimiento como base para tratar los datos de las personas de manera legal ⁸²³. Dicha responsabilidad proactiva se constituye como uno de los pilares fundamentales del RGPD tal y como se describe claramente en su Considerando setenta y cuatro (74). Se trata de que los responsables del tratamiento estén obligados a aplicar las medidas oportunas y eficaces para mantener la integridad y el adecuado tratamiento. Pero,

⁸²³ GIL GONZÁLEZ, E., “Big data y datos personales: ¿es el consentimiento la mejor manera de proteger nuestros datos?”, *Diario la Ley*, núm. 9050, sección tribuna, 27 de septiembre de 2017, ed. Wolters Kluwer .

adicionalmente, la responsabilidad proactiva exige que el responsable pueda demostrar, en cualquier momento, que ha adoptado las medidas necesarias para ello frente a las autoridades competentes. Así, en su art. 5.1, (LA LEY 6637/2016) el RGPD señala que el responsable del tratamiento deberá tratar los datos de manera «responsable» y deberá ser capaz de demostrarlo⁸²⁴.

Así, el artículo indica que:

1. Los datos personales serán:

a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»);

b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el art. 89, apdo. 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»);

c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»);

d) exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan («exactitud»);

e) mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el art. 89, apdo. 1, sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el presente Reglamento a fin de proteger los derechos y libertades del interesado («limitación del plazo de conservación»);

f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»).

2. El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apdo. 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»).

Como declara el apdo. 80 de la STJUE del caso Google , el tratamiento de datos personales que realizan estos motores de búsqueda «permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate. Además, el efecto de la injerencia en dichos derechos del interesado se multiplica debido al importante papel

⁸²⁴ MARTOS, N., “Se acerca el 25 de mayo de 2018. ¿Está su empresa adaptada al nuevo Reglamento de Protección de Datos?”, *Diario la Ley*, núm. 9081, sección tribuna, 15 de noviembre de 2017, ed. Wolters Kluwer .

que desempeñan Internet y los motores de búsqueda en la sociedad moderna, que confieren a la información contenida en tal lista de resultados carácter ubicuo»⁸²⁵.

Asimismo, la STJUE del caso Google declaró que era objetivo de la Directiva garantizar, mediante una definición amplia del concepto de «responsable del tratamiento», una protección eficaz y completa de los interesados (apdo. 34), y que no se puede aceptar que el tratamiento de datos personales llevado a cabo para el funcionamiento del mencionado motor de búsqueda se sustraiga a las obligaciones y a las garantías previstas por la Directiva, lo que menoscabaría su efecto útil y la protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas que tiene por objeto garantizar, en particular, el respeto de su vida privada en lo que respecta al tratamiento de datos personales, al que la Directiva concede una importancia especial⁸²⁶.

En efecto, Aplicando a los motores de búsqueda la doctrina contenida en la sentencia 545/2015, de 15 de marzo, que es pertinente en este extremo, no puede exigirse al gestor de un motor de búsqueda que por su propia iniciativa depure estos datos, porque ello supondría un sacrificio desproporcionado para la libertad de información, a la vista de las múltiples variables que debería tomar en consideración y de la ingente cantidad de información objeto de procesamiento y tratamiento por esos motores de búsqueda. Pero sí puede exigírsele que dé una respuesta adecuada a los afectados que ejerciten sus derechos de cancelación y oposición al tratamiento de datos, y que cancele el tratamiento de sus datos personales cuando haya transcurrido un periodo de tiempo que haga inadecuado el tratamiento, por carecer las personas afectadas de relevancia pública, y no tener interés histórico la vinculación de la información con sus datos personales⁸²⁷.

En una demanda en que se declara que los demandados (*Google Spain, S.L*, *Yahoo, Iberia, S.L* y *Telefónica de España, S.A.U.*), han cometido una intromisión sobre mi mandante en su derecho a la intimidad personal y familiar, a la imagen y al honor. Que se retire la información personal de las indexaciones y cachés, en el cual consta publicado el Real Decreto 1396/1999, de 27 de agosto de 1999, por el que se indulta a Don Alfonso por un delito cometido en 1981; y que, en adelante, se prohíban y cesen las citadas indexaciones.

En el BOE de 18 de septiembre de 1999 publicó el RD de 27 de agosto de 1999 por el que se indultó al demandante la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento, a la que había sido condenado en sentencia de la sala segunda del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1990 (LA LEY 1109-2/1990)⁸²⁸. El demandante, que se dedica profesionalmente al sector de las telecomunicaciones, informática y multimedia, se dirigió al BOE, mediante un breve mensaje de correo electrónico en el que, tras identificarse, afirmaba que, desde hacía años, a través de la búsqueda en Google por su nombre y apellidos, salía una página del BOE que informaba sobre su indulto, de 1999, por un delito ocurrido en 1981. Pedía que retiraran sus datos. Decía que habían hundido su vida y le gustaría rehacerla.

Según en el art. 17 de la Ley 34/2002 de 11 de julio LSSI 34 (LA LEY 1100/2002)), en concordancia con el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo (LA

⁸²⁵ También puede ver en este sentido, la sentencia *eDate Advertising* y otros, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685, apdo. 45).

⁸²⁶ TS, sala de lo Civil, STS 210/2016, del 5 de abril de 2016, rec. 3269/2014, párr. 10.

⁸²⁷ TS, sala primera, de lo Civil, STS 210/2016 de 5 de abril de 2016, rec. 3269/2014.

⁸²⁸ TS, sala segunda, de lo Penal, STS de 18 de enero de 1990.

LEY 1139/1982), sobre Protección Civil del Derecho al Honor , a la intimidad Personal y a la Propia Imagen y el art. 19 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre (LA LEY 4633/1999), de Protección de datos de carácter personal (LOPD) que requiere solamente un incumplimiento del responsable o encargado del tratamiento de datos personales y un daño indemnizable causado por aquel incumplimiento, estando en desacuerdo sobre cómo se utilizaron los criterios para evaluar la cuantía de indemnización por la incumplimiento del derecho al honor, a la intimidad y a la protección de datos, como, por ejemplo, la extensión del periodo de tiempo en que se limita el perjuicio causado. Con respecto a la vulneración alegada del derecho a la protección de datos, la sentencia invocaba el art, 19 LOPD y el art. 17 de la LSSI. Afirmaba que las demandadas no serían responsables por los daños y pérdidas que se deriven del acceso d al contenido del BOE en el que se publicó el indulto del demandante a través de sus motores de búsqueda hasta la notificación y firmeza de las resoluciones de la AEPD y, por lo tanto, al no ser firmes, tampoco procedería fijar indemnización alguna por vulneración del derecho a la protección de datos.

La Audiencia consideró que la aparición de un indulto concedido en 1999 en la lista de resultados de un buscador de Internet en el año 2010 no se ajustaba a los principios que rigen el tratamiento automatizado de datos personales. Declaró que Google, a partir de la decisión de la AEPD de 19 de enero de 2010, que estimó la reclamación del demandante contra Google *Spain* y que instó a esta entidad a que adoptara las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilitar el acceso en el futuro, debía conocer la antijurídica de su conducta, y sin embargo continuó presentando el enlace a la página web del BOE donde aparecía el real decreto del indulto durante varios meses⁸²⁹.

El TJUE consideró que el tratamiento de datos personales realizado en orden al funcionamiento de un motor de búsqueda como Google *Search*, administrado por una empresa que tiene su domicilio social en un Estado tercero pero que dispone de un establecimiento en un Estado miembro, se efectúa «en el marco de las actividades» de dicho establecimiento si este está destinado a la promoción y venta en dicho Estado miembro de los espacios publicitarios del motor de búsqueda, que sirven para rentabilizar el servicio propuesto por el motor (apdo55).

Cabe señalar, sin embargo, que en plazos breves los tribunales han brindado una respuesta importante, en relación a la protección de datos personales frente al desbocado desarrollo de las tecnologías, el derecho al olvido y la protección por consiguiente de los derechos de la personalidad, abriendo un nuevo camino hacia los estudios jurídicos, corroborando la tesis de que la vida siempre es más rápida que la ley, y que cada día se abre un nuevo campo para desarrollar y adaptar las normas a un mundo cambiante, acelerado y altamente tecnológico.

La proyección de las tecnologías, las redes y la vida privada de la persona se han vuelto a poner en el centro de atención de la norma, con la aprobación del Reglamento General de Protección de Datos de la UE (Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016) donde se regula por vez primera el derecho a la supresión de datos, y las excepciones para su no aplicación, permitiendo un nuevo marco regulador de la materia, que aunque no perfecto, porque diversas siguen siendo las cuestiones que quedan por

⁸²⁹ TS, sala primera, de lo Civil, STS 210/2016 de 5 de abril de 2016, rec. 3269/2014.

precisar, si ofrece cobijo legal a este nuevo derecho de las personas físicas. Sobre todo, en relación con el olvido digital⁸³⁰.

3. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES POR PARTE DE LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA.

3.1. Aplicación de la normativa de protección de datos española

Hoy en día, con los avances tecnológicos, no sólo ventajas, pero peligros que son unidos al volumen de información personal que se maneja en la actualidad que provoca nuestra vida personal. Los buscadores online como Google, facilitan esta información, y lo más peligroso, almacenan y conservan esa dicha información.

El RGPD, por su naturaleza de Reglamento europeo, tiene aplicabilidad directa en todos los Estados miembro sin necesidad de ser traspuesto en una ley nacional, de modo que nuestro análisis jurídico tomará como referencia este Reglamento. En términos generales, el citado Reglamento mantiene los principios de protección de datos que ya contenía la Directiva.

Ante estos problemas, los conceptos jurídicos de privacidad o vida privada y sus mecanismos de protección se han vuelto obsoletos y han dejado de ser efectivos. Por lo tanto, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y cuando a la decisión del TJUE ha concluido en su sentencia de 13 de mayo de 2014, caso Google contra AEPD, que existe un derecho al borrado de nuestra información en Internet.

En el concepto de «datos personales», definida como “toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”⁸³¹.

Así, el art. 3.a de LOPD define “datos de carácter personal” como “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. En otro concepto es del “limitación del tratamiento” que reconoce el Reglamento al interesado en su art. 18, definido como “el marcado de los datos de carácter personal con el fin de limitar su tratamiento en el futuro”.

La primera cuestión es la relativa a la aplicabilidad territorial de la legislación europea y española de protección de datos. El art. 2.a LOPD establece que la legislación española se aplicará a “todo tratamiento de datos de carácter personal cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento”. En cuanto a los buscadores, y en particular a Google, tanto la STJUE como el Abogado General entendieron que quedan

⁸³⁰ COBAS COBIELLA, M. E., “Derecho al olvido: de la STJUE de 2014 al Reglamento europeo de Protección de Datos”, *Actualidad Civil*, núm. 1, sección Derecho digital/A fondo. Enero 2017, ed. Wolters Kluwer .

⁸³¹ CAMBERO, R. P., “Análisis de las últimas e importantes novedades en protección de datos: Reglamento Europeo de Protección de Datos y Escudo de Privacidad UE-EE.UU”, *Actualidad Administrativa*, núm. 11, sección administración del siglo XXI, noviembre 2016, ed. Wolters Kluwer .

sujetos a la legislación de un Estado cuando tienen en su territorio oficinas que colaboran de forma sustancial a la prestación del servicio, como pueden ser aquellas destinadas a vender espacios publicitarios. En este caso de Google, él argumentó que su servicio de buscador no está situado en España, y que por ello la legislación española no le resultaba de aplicación. No obstante, ni el Tribunal ni el Abogado General Jääskinen aceptaron esa distinción entre gestor de búsqueda (*Google Inc.*) y gestor de publicidad (*Google Spain*), valorando la indisoluble ligazón entre las actividades de ambas empresas⁸³². Por lo tanto, cuando un buscador tenga su sede en España, o bien mantenga en nuestro país una oficina o sucursal con una actividad vinculada indisolublemente al buscador –como es el caso de *Google Spain*, que gestiona los espacios publicitarios en el motor de búsqueda–, quedará vinculado a la normativa nacional de protección de datos.

La segunda cuestión consiste en explicar es quién tiene responsabilidad respecto del tratamiento de los datos. El Título IV del nuevo Anteproyecto de LOPD se refiere al responsable y al encargado del tratamiento. Hay que tener en cuenta que la novedad más importante introducida por el Reglamento (UE) 2016/679 es la evolución de un modelo basado, fundamentalmente, en el control del cumplimiento a otro que descansa en el principio de responsabilidad activa, lo que exige una previa valoración por el responsable o por el encargado del tratamiento del riesgo que pudiera generar el tratamiento de los datos de carácter personal para, a partir de dicha valoración, adoptar las medidas que procedan. Con el fin de aclarar estas novedades, la Ley orgánica mantiene la misma denominación del Capítulo IV del Reglamento, dividiendo el articulado en cuatro capítulos dedicados, respectivamente, a las medidas generales de responsabilidad activa, al régimen del encargado del tratamiento, a la figura del delegado de protección de datos y a los mecanismos de autorregulación y certificación⁸³³.

El art.3.d LOPD⁸³⁴ define al responsable del fichero como la “persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”.

El RGPD⁸³⁵ define «responsable del tratamiento» o «responsable» como la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros; mientras que define los «fichero» le como todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o

⁸³² El párr. 57 STJUE: “Pues bien, toda vez que dicha presentación de resultados está acompañada, en la misma página, de la presentación de publicidad vinculada a los términos de búsqueda, es obligado declarar que el tratamiento de datos personales controvertido se lleva a cabo en el marco de la actividad publicitaria y comercial del establecimiento del responsable del tratamiento en territorio de un Estado miembro (...)”.

⁸³³ RAMOS, F., “Principales Novedades del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos”, *Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos LOPD*. Ministerio de Justicia. 08 de junio de 2017. Disponible en: <http://www.dpoitlaw.com/category/proteccion-de-datos/>. (Consultada el 15 de noviembre de 2015).

⁸³⁴ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Art. 3.d: Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

⁸³⁵ Art. 4 del RGPD.

geográfica;

Según el artículo, cabe concluir sin mayores discusiones que el editor de la página *web* es responsable del tratamiento, toda vez que es quien publica el contenido. Lo que no resulta tan evidente es si el buscador de Internet realiza un tratamiento sujeto a la normativa⁸³⁶.

Es cierto que entre las funciones de la AEPD está la de velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos. Pero ni en la LOPD, ni en la normativa sobre competencias de la AEPD (Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo (LA LEY 1635/1993)⁸³⁷, por el que se aprueba el Estatuto de AEPD, ni en el Real Decreto 1720/2007 (LA LEY 13934/2007)⁸³⁸ por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (LA LEY 4633/1999)⁸³⁹, de Protección de Datos de Carácter Personal, la interpretación de las normas no es una de sus competencias.

Aprovechando el caso Google para inducir un cambio en los criterios establecidos en el texto de la Ley Orgánica y asentados jurisprudencialmente a partir de la fusión de criterios interpretativos dictados por el propio TC y de la regulación de la Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda establecida en el art. 17 de la LSSI⁸⁴⁰.

El recurso de Google ha permitido a la Institución Europea evidenciar un cambio en la coyuntura política europea. Ese cambio ha logrado un nuevo aspecto de resolver el problema del conflicto entre el derecho a la intimidad, honor y propia imagen y el derecho a la información, distinta de la aplicada hasta ahora de conformidad con los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y por la regulación nacional y europea sobre comercio electrónico (LSSI 34/2002 (LA LEY 1100/2002) y Directiva 2000/31 (LA LEY 7081/2000)⁸⁴¹.

⁸³⁶ MARTÍNEZ OTERO, J. M., “La aplicación del derecho al olvido en España tras la STJUE Google contra AEPD y MARIO COSTEJA”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, enero de 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 112-133.

⁸³⁷ RD 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos. Entrada en vigor: 24 mayo 1993. Versión consolidada vigente desde: 6 noviembre 2008; Última modificación legislativa: RD 1665/2008 de 17 Octubre (modificación del Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos aprobado por RD 428/1993 de 26 Mar.) (La Ley 15182/2008).

⁸³⁸ RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Entrada en vigor: 19 de abril 2008. Versión consolidada vigente desde: 30 enero 2010; Última modificación legislativa: RD 3/2010 de 8 Enero (Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica) (La Ley 630/2010).

⁸³⁹ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, entrada en vigor: 14 enero 2000. Versión consolidada vigente desde: 6 marzo 2011; Última modificación legislativa: L 2/2011 de 4 Marzo (Economía Sostenible) (La Ley 3603/2011).

⁸⁴⁰ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Entrada en vigor: 12 octubre 2002. Versión consolidada vigente desde: 11 de mayo de 2014; Última modificación legislativa: L 9/2014 de 9 Mayo (General de Telecomunicaciones) (La Ley 7179/2014).

⁸⁴¹ 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). Entrada en vigor: 17 julio 2000.

En otro caso, la Audiencia Nacional⁸⁴² afirma que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de Telefónica Móviles España, S.A.U., contra la resolución de 12 de diciembre de 2014 del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, recaída en el procedimiento PS/00288/2014, que confirma en reposición la resolución de 21 de octubre de 2014, por la que se le impone una sanción de 50.000 euros por una infracción del art. 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (LA LEY 4633/1999), y otra de 50.000 euros por una infracción del art. 4.3 de la reseñada Ley, tipificadas como graves en los arts. 44.3.b) y 44.3.c) de dicha norma, declaramos la citadas resoluciones conformes a derecho; con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

3.2. El derecho al olvido en la Ley orgánica de protección de datos

El derecho al olvido digital podría definirse como el derecho que tienen las personas físicas cuyos datos han accedido a los buscadores de páginas web en internet, a que tales datos desaparezcan de los buscadores de tal modo que ya no resulte viable seguir encontrando informaciones antiguas y/o desactualizadas que, tras un período de tiempo de existencia en la red, se entiende justificado que el sujeto afectado solicite su desaparición. En otras palabras, consistiría en el derecho a solicitar la cancelación, en determinados casos, de los datos personales que circulen en internet. Sin embargo, este derecho al olvido no encuentra en la legislación española una denominación como tal. Así, este derecho sería una especificación y concreción de los derechos tradicionales de supresión en materia de protección de datos personales. Es decir, el derecho al olvido sería una variante de los llamados derechos «ARCO» (acceso, rectificación, cancelación y oposición) de la legislación sobre protección de datos recogida en los artículos 15 y siguientes de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (LA LEY 4633/1999), de Protección de Datos de Carácter Personal, hallando su apoyo normativo en estos tradicionales derechos⁸⁴³. Por lo tanto, según la AEPD, el “derecho al olvido hace referencia al derecho que tiene un ciudadano a impedir la difusión de información personal a través de Internet cuando su publicación no cumple los requisitos de adecuación y pertinencia previstos en la normativa”. También indica la AEPD que este derecho incluye la posibilidad de limitar la difusión de datos personales, incluso cuando la publicación original sea legítima, cuando refiere que “La difusión universal e ilimitada de información que ya no tiene relevancia ni interés público a través de los buscadores causa una lesión a los derechos de las personas”⁸⁴⁴.

El art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que indica que: la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a

⁸⁴² AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS 193/2017 de 7 de abril de 2017, rec. 422/2015.

⁸⁴³ SELIGRAT GONZÁLEZ, V. M., *op. cit.*, nota 845.

⁸⁴⁴ Disponible en: <https://www.aepd.es/>

las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. Por lo tanto, resuelta por la STJUE de 13 de mayo de 2014 (LA LEY 51150/2014), se refiere al tratamiento del plazo de caducidad de cuatro años para el ejercicio de las acciones previstas en la Ley Orgánica 1/82 (LA LEY 1139/1982), en aquellas reclamaciones judiciales que —como la enjuiciada en el caso— puedan entenderse vinculable en el ámbito material del derecho al olvido digital⁸⁴⁵.

Los tribunales han seguido manteniendo dicho criterio del cómputo objetivo, declarando caducadas las acciones entabladas en las que igualmente medió digitalización de informaciones previas a la aparición de Internet, como ha sido el caso de las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 9 de marzo de 2015⁸⁴⁶ (LA LEY 251516/2015) (núm. de recurso 349/2014) o de 14 de junio de 2012 (LA LEY 127973/2012) (núm. de recurso 246/2012).

En el caso español estas coordinadas se han concretado en dos sucesivas leyes orgánicas de protección de datos. Una primera, la LORTAD (LO 5/92) y una segunda, la LOPD 15/99. La razón de ser de esta segunda ley orgánica de Protección de Datos trae causa del Derecho europeo: la entrada en vigor de la Directiva 95/46 de Protección de Datos ordenó al legislador español una trasposición actualizadora.

El TJUE ha reconocido en su sentencia del 13 de mayo, el derecho de los ciudadanos europeos a reclamar a Google y a otros motores de búsqueda la retirada de los enlaces a informaciones sobre ellos mismos que les perjudiquen y ya no sean pertinentes. La resolución implica la desestimación de los argumentos hasta ahora utilizados por Google en relación con el derecho a la información y los límites de la aplicación de la legislación europea sobre protección de datos.

El derecho al olvido sería una variante de los llamados derechos «ARCO» (acceso, rectificación, cancelación y oposición) de la legislación sobre protección de datos contenida en el art. 15 y siguientes de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (LA LEY 4633/1999), de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD (LA LEY 4633/1999)). Por tanto, aunque el derecho al olvido encuentra su raíz en tradicionales derechos en materia de protección de datos, su adaptación a las peculiaridades de internet ha venido y vendrá de la mano de los Tribunales.

El TS, por el contrario, rechaza que pueda considerarse a Google *Spain* responsable del tratamiento argumentando que su actividad no implica capacidad decisoria alguna sobre los fines y los medios del tratamiento. Comienza su fundamentación mencionando el art. 2 de la Directiva 95/46/CE (LA LEY 5793/1995) y el art. 3.d) de la Ley Orgánica 15/1999 (LA LEY 4633/1999), que transpone el anterior al ordenamiento jurídico interno. El primero de ellos define al responsable del tratamiento como «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otro determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales [...]». Continúa el TS indicando que la corresponsabilidad que recogen estos artículos supone una «coparticipación en la

⁸⁴⁵ RIVAS GARCÍA, L. R., “Derecho al olvido digital. Digitalización de hemerotecas. Datos personales vinculados a informaciones pretéritas que afecten a la reputación y la vida privada. Caducidad de la acción. Ponderación de derechos en conflicto y límites del derecho al olvido digital. Medidas de tutela procedentes”, esta doctrina forma parte del libro “2016 Práctica contenciosa para abogados”, ed. núm. 1, ed. la Ley, Madrid.

⁸⁴⁶ AP de Madrid, sección 8.ª, STS 111/2015 de 9 de marzo de 2015, rec. 349/2014.

determinación de los fines y medios del tratamiento», no siendo suficiente «cualquier otro auxilio o colaboración con el mismo que no tenga tal naturaleza». En definitiva, el TS considera que la vinculación mercantil o empresarial que existe entre Google *Spain* y Google, *Inc.* en virtud de la que la primera comercializa publicidad en el servicio Google *Search* de la segunda no es suficiente para considerar a la primera responsable del tratamiento. Sólo podría serlo si participara, siquiera mínimamente, en la determinación de los fines y medios del tratamiento. Por lo tanto, Google, *Inc.* es la única responsable.

En este sentido, el TS recupera la línea del TJUE, que no atribuía expresamente a Google *Spain* la condición de responsable del tratamiento. Consideran a Google *Spain* únicamente como un establecimiento del responsable Google, *Inc.* en Europa. De todos modos, esta circunstancia es clave para que la normativa comunitaria de protección de datos y, por extensión, la española, sean aplicables a la actividad de una entidad estadounidense como Google, *Inc.* Tanto el TS como el TJUE consideran que el tratamiento se realiza en el marco de la actividad de Google *Spain*, establecimiento de Google, *Inc.* en España. Asimismo, el TS reitera, como ya había establecido el TJUE, que el tratamiento de datos personales no debe ser efectuado «por» el propio establecimiento, sino «en el marco de las actividades de éste»⁸⁴⁷.

3.3. El artículo 18 de la constitución y el derecho al olvido tras la sentencia Google

Por derecho al olvido entendemos la posibilidad de que un ciudadano elimine r sus datos personales y su «rastros» en la Red, cuando ciertas circunstancias hacen que su derecho a la intimidad y propia imagen prevalezca sobre la libertad de información y expresión. Según la AEPD el ámbito de aplicación del «derecho al olvido» coincide con el que corresponde a los derechos de cancelación y oposición, que son derechos de naturaleza legal, y están reconocidos como parte del contenido esencial del derecho fundamental al honor, intimidad y la propia imagen regulados en el art. 18 de la CE. El derecho del olvido, sin embargo, no es solo la facultad de cancelación de datos personales⁸⁴⁸.

A lo largo de los planteamientos hechos de la “sentencia Google” del TJUE, la UE ha reconocido este derecho al olvido, que trata de investigar y analizar en cómo su reconocimiento afecta al equilibrio tradicional entre libertades informativas y derechos de la personalidad del art. 18 de la Constitución. Sino también en el apdo. 4 del art. 20, donde aquéllos se constituyen en límite expreso de las libertades de expresión e información en sus distintas manifestaciones, sin olvidar del apdo. 4 del propio art. 18, que erige igualmente a los dos primeros en límite del uso de la informática. De igual forma, la protección civil de estos derechos corre a cargo del mismo texto legal: la ya mencionada Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

El TJUE ha impuesto a Google la obligación de respetar los derechos de cancelación y oposición, y ampliando así el contenido esencial del derecho fundamental al honor, intimidad y la propia imagen regulados en el art. 8 de la Carta Europea, el 8

⁸⁴⁷ MUÑOZ RODRÍGUEZ, J., “La incidencia de la sentencia del tribunal supremo (STS núm. 574/2016) para los usuarios que ejercitan el derecho al olvido”, *Diario la Ley*, núm. 8733, Sección Documento online, 4 de abril de 2016, ed. Wolters Kluwer .

⁸⁴⁸ BOTANA, G.A. y OVEJERO PUENTE, A. M.^a, Claves de la STS del TJUE de 13 de mayo de 2014 en la cuestión prejudicial planteada en el caso Google, *Actualidad Civil*, 9 de junio de 2014, ed. la Ley, ISBN-ISSN: 2254-9412.

del CEDH (LA LEY 16/1950) y el art. 18 de la Constitución Española (LA LEY 2500/1978), pues al formular esta declaración general el TJUE considera que Google y los demás buscadores o proveedores de servicios de motor de búsqueda en Internet son responsables del tratamiento de datos personales contenidos en páginas *webs* fuente de terceros que aparecen en sus búsquedas, y no de forma subsidiaria, sino solidaria, lo que les obliga a cumplir con las mismas obligaciones impuestas por el derecho de cancelación y oposición a las paginas fuente, pero también cualquier otra contenida en la norma.

Según el la AN⁸⁴⁹, resultó necesario delimitar el objeto y contenido de los derechos fundamentales en conflicto, y no solo para examinar si el tratamiento de datos personales realizado por las partes demandantes era necesario para satisfacer el interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el de tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, en este caso, el ejercicio de las libertades de expresión y de información y el interés del público en encontrar la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre del afectado, sino también para determinar si sobre tal derecho debe prevalecer el derecho a la protección de datos de este último, atendida su concreta situación personal mediante el oportuno juicio de ponderación. Perseguir la sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre (LA LEY 11336/2000), debe afirmarse que el derecho fundamental a la protección de datos, consagrado en el art. 18.4 de la Constitución⁸⁵⁰, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 de la Constitución⁸⁵¹, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derechos del afectado.

Por lo tanto, el derecho a la protección de datos tiene un objeto más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su aspecto protegido constitucionalmente mediante el art. 18.1 de la Constitución, sino a la esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inseparablemente unidos al respeto de la dignidad personal, como el derecho al honor, y al pleno ejercicio de los derechos de la persona. El derecho fundamental a la protección de datos extiende la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes o que tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado⁸⁵².

⁸⁴⁹ BOTANA, G. A., “La Audiencia Nacional ejecuta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre derecho al olvido”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 123, Sección Informe de Jurisprudencia, segundo trimestre de 2015, ed. Wolters Kluwer .

⁸⁵⁰ Art. 18.4: la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

⁸⁵¹ Art. 18. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

⁸⁵² AN, sala de lo Contencioso, STS 725/2010. La AN accede a la supresión de los datos personales del reclamante que aparecen en internet, en aplicación de la doctrina del TJUE sobre el “derecho al olvido”. Se desestima el recurso de Google contra la resolución del Director de la AEPD que accedió a la reclamación de que los datos personales del solicitante no siguieran apareciendo en los resultados de búsqueda en internet, en concreto la información sobre una subasta de inmuebles relacionada con un embargo derivado de deudas de la Seguridad Social. 20/03/2015.

Disponibile en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1138592. (Consultada el 5 de junio de 2016).

Para la AEPD era precisamente la defensa de la dignidad de la persona la que extiende la protección ofrecida por la LOPD (LA LEY 4633/1999) en el desarrollo del derecho a la intimidad o a la reputación. También se hizo referencia la sentencia del Tribunal Constitucional STS 290/2000 (LA LEY 13/2001) en la que se señaló que la singularidad del derecho a la protección de datos, cuyo objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, se extiende su garantía no solo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, pero que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como «esfera de los bienes de la personalidad» que pertenecen al ámbito de la vida privada, intrínsecamente vinculada al respeto de la dignidad personal (STS 170/1987 (LA LEY 897-TC/1988)).

Así, por derecho al olvido se entiende la posibilidad de un ciudadano de borrar sus datos personales y su «rastros» en la Red, cuando concurren determinadas circunstancias que hacen que su derecho a la intimidad y propia imagen prevalezca sobre la libertad de información y expresión. Según la AEPD el ámbito de aplicación del «derecho al olvido» coincide con el que corresponde a los derechos de cancelación y oposición, que son derechos de naturaleza legal, y están reconocidos como parte del contenido esencial del derecho fundamental al honor, intimidad y la propia imagen regulados en el art. 18 de la CE⁸⁵³.

Los derechos a la vida privada proclamados en el art. 18 CE, son renunciables mediante el consentimiento de su titular, y pueden incidirse legítimamente también por la preferencia de otro derecho más social ejercido en conflicto por algún tercero⁸⁵⁴.

En efecto, los problemas de territorialidad fueron uno de los primeros que se plantearon con la penetración de Internet, porque la actividad que el buscador realiza en España a través de su filial, recabando publicidad y ofreciendo sus servicios desde España, por mucho que los procesos en sí mismos de búsqueda y ordenación se realicen a partir de unos servidores instalados fuera de la UE, en este caso desde su matriz (Google *Inc.*). El Abogado General *Niilo Jääskinen* en sus Conclusiones⁸⁵⁵, declara sin dudar que, en efecto, tanto la Directiva 95/46 como la LOPD española sean plenamente aplicables a la actuación de Google con respecto a sus efectos en España (y en cualquier otro país de la Unión, por ello). El hecho de que Google *Inc.* tenga una filial, Google España, y las actividades desarrolladas empresarialmente por la misma para ofrecer el producto de las búsquedas en el mercado español, es considerado clave para entender sin ninguna duda aplicable el art. 4.1.a) de la Directiva 95/46. Por el contrario, con respecto a los responsables y encargados no establecidos en la UE, el Reglamento 2016/679⁸⁵⁶ abandona el criterio recogido en el art. 4 de la Directiva 95/46/CE⁸⁵⁷. Como

⁸⁵³ BOTANA, G. A., y OVEJERO PUENTE, A. M. ^a, “Claves de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014 en la cuestión prejudicial planteada en el caso Google”, *Actualidad Civil*, 9 de junio de 2014, ed. la Ley, ISBN-ISSN: 2254-9412.

⁸⁵⁴ VELASCO NÚÑEZ, E., “Derecho a la imagen: tratamiento procesal penal”, *Diario la Ley*, núm. 8595, Sección Doctrina, 1 de septiembre de 2015, Ref. D-311, ed. la Ley.

⁸⁵⁵ Conclusiones del Abogado General *Niilo Jääskinen* de 25 de junio de 2013 al asunto C- 131/12.

⁸⁵⁶ Art. 3 referido al “Ámbito territorial” del 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).

⁸⁵⁷ Art. 4.1.a) de la Directiva 95/46/CE: Derecho nacional aplicable: [a) el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro. Cuando el mismo responsable del tratamiento esté establecido en el territorio de varios Estados miembros deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que cada uno de dichos establecimientos cumple las obligaciones previstas por el Derecho nacional aplicable;...].

refleja también el art. 3 LOPD, la Directiva hacía depender la legislación aplicable del lugar de situación de los medios –automatizados o no– a los que se recurriera para el tratamiento de datos personales, mientras que el Reglamento sustituye ese enfoque por otro basado en que el responsable establecido en un tercer Estado dirija su oferta de bienes o servicios a la Unión o controle en la Unión el comportamiento de interesados⁸⁵⁸.

4. EL DERECHO AL OLVIDO EN ESPAÑA: EL LITIGIO DE GOOGLE VS APED

Con el nacimiento del *Right to Privacy* se han forjado nuevos mecanismos de defensa o tutela de la intimidad. En primer lugar, es la persona como titular del derecho a la intimidad quien debe imponer un control sobre sus datos personales que circulan en la sociedad tecnológica --es lo que se conoce hoy en día como el habeas data--. Este control o gestión de los propios datos se realiza mediante el derecho de acceso a los bancos de datos y los derechos de rectificación o de cancelación. Por lo tanto, la cultura anglosajona de la *privacy* interpreta el derecho a la intimidad como una esfera de libertad con proyección social que la persona ejercita con plena libertad y control. En segundo lugar, existe un mayor control institucional de todo lo que rodea al mundo de las nuevas tecnologías (así nació en España la Agencia de Protección de Datos)⁸⁵⁹.

La Agencia ⁸⁶⁰ ha constatado que Google ha introducido modificaciones significativas en materia de información, consentimiento y ejercicio de derechos, áreas sobre las que la AEPD le requirió que hiciese cambios. La compañía se ha comprometido a adoptar medidas adicionales específicamente solicitadas por la Agencia y a mantener un diálogo constante.

- La Agencia ha examinado la evolución en el último año de la política de privacidad de Google, en el marco del seguimiento de la resolución sancionadora hecha pública hace dos años;
- La AEPD ha constatado que la compañía ha introducido modificaciones significativas en materia de información, consentimiento y ejercicio de derechos, áreas sobre las que la AEPD le requirió que hiciese cambios;
- Google también se ha comprometido a adoptar medidas adicionales específicamente solicitadas por la Agencia y a mantener un diálogo constante tanto sobre la aplicación de nuevas medidas como a informar de futuros cambios que puedan afectar a la privacidad de los ciudadanos.

⁸⁵⁸ DE MIGUEL ASENSIO, A., “Aspectos internacionales del Reglamento general de protección de datos de la UE (II): Derecho aplicable”, jueves, 19 de mayo de 2016. Disponible en: https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2016/05/aspectos-internacionales-del-reglamento_19.html. (Consultada el 4 de enero de 2018).

⁸⁵⁹ ZALDÍVAR ROBLES, J. “La protección penal del derecho a la intimidad”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 19, 06/2016.

⁸⁶⁰ DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., Debe Conocer: La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) informa al Grupo de Autoridades Europeas de Protección de Datos de los avances en relación a la política de privacidad de Google, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 11, sección Zona Local/Nuevas tecnologías, Quincena del 15 al 29 de junio de 2016, Ref. 1344/2016, pág. 1344, ed. Wolters Kluwer . Nota de prensa de la Agencia Española de Protección de Datos disponible en: http://www.agpd.es/porta/webAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2016/notas_prensa/news/2016_01_11-ides-idphp.php. (Consultada el 4 de diciembre de 2017).

Se confirma y precisa en el nuevo Reglamento (UE) 2016/679, que regula expresamente la corresponsabilidad en el tratamiento de datos, establecido en el art. 26 que, cuando dos o más partes responsables determinan conjuntamente los objetivos y los medios del tratamiento serán considerados corresponsables, agregando que los corresponsables determinarán de manera trasparente y mutuamente sus responsabilidades respectivas en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el presente Reglamento, en particular sobre al ejercicio de los derechos de los interesados.

Es difícil considerar a Google *Spain, S.L.* como responsable, o corresponsable como lo presenta la sala de instancia, del tratamiento controvertido, consistente, como se ha dicho, en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla automáticamente, almacenarla temporalmente y, finalmente, para hacerlos accesibles a los usuarios de Internet, cuando en dicha entidad no cumplan uno de los referidos dos elementos que definen tal condición, pues no consta participación alguna en la gestión del motor de búsqueda y determinación de los fines y medios de dicho tratamiento ni existe asunción o atribución a la misma de responsabilidad en el cumplimiento de alguna de las obligaciones que la norma impone al responsable del tratamiento⁸⁶¹.

En el apdo. 28 de la indicada sentencia se afirmaba que «debe declararse que, al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda «recoge» tales datos que «extrae», «registra» y «organiza» posteriormente en el marco de sus programas de indexación, «conserva» en sus servidores y, en su caso, «comunica» y «facilita el acceso» a sus usuarios en forma de listas de resultados de sus búsquedas. Ya que estas operaciones están recogidas de forma explícita e incondicional en el art. 2, letra b), de la Directiva 95/46 (Ley derogada), deben calificarse de «tratamiento» en el sentido de dicha disposición». Se añadía, en el apdo. 30, que «el Tribunal de Justicia ya ha declarado que las operaciones a las que se refiere el art. 2, letra b), de la Directiva 95/46 deben calificarse de tal tratamiento también en el supuesto de que se refieran únicamente a información ya publicada tal cual en los medios de comunicación» y se refiere para justificar esta conclusión en la sentencia dictada en el asunto C-73/07⁸⁶².

Mediante un recurso contencioso- administrativo ante la sala de lo Contencioso-Administrativo (sección primera) de la Audiencia Nacional contra la resolución de la Directora de la AEPD, de 14 de abril de 2015⁸⁶³, que rechaza el recurso de reposición interpuesto contra la previa resolución que, estimando la reclamación formulada por D. AAA. , insta a la citada mercantil a adoptar las medidas necesarias para evitar que su nombre se vincule en los resultados de las búsquedas a los dos enlaces (links) que cita - enlaces en los que se refiere información relativa a las sanciones impuestas a unos cazadores furtivos (entre ellos, el demandante que es guardia forestal)-.

La representación procesal de la mercantil Google Inc. ha preparado contra la misma recurso de casación, exponiendo en su escrito - elaborado con arreglo a lo dispuesto en el art. 89 LJCA⁸⁶⁴ en su redacción aplicable dada por la L.O. 7/2015 (LA

⁸⁶¹ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS 1384/2016 de 13 de junio de 2016, rec. 810/2015.

⁸⁶² BOTANA GARCÍA, G. A., “La Audiencia Nacional ejecuta la STJUE sobre derecho al olvido”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 123, sección Informe de Jurisprudencia, segundo trimestre de 2015, ed. Wolters Kluwer .

⁸⁶³ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, auto de 7 de febrero de 2018, rec. 5579/2017.

⁸⁶⁴ Art. 89: 1. El recurso de casación se preparará ante la sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para

LEY 12048/2015) de 21 de julio- que la sentencia impugnada infringe el art. 20.1 a) y d) Constitución Española⁸⁶⁵ (LA LEY 2500/1978) en relación con el art. 10 CEDH , el art. 11 CDFUE⁸⁶⁶ (LA LEY 12415/2007), el art. 19 DUDH⁸⁶⁷ (LA LEY 22/1948) , el art. 19.2 PIDCP ⁸⁶⁸(LA LEY 129/1966) , así como el art. 6.4 de la Ley 15/1999 , de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD (LA LEY 4633/1999)) en relación, éste último, con el art. 9.2 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas respecto del tratamiento automatizado de datos y el Reglamento 2016/679 (LA LEY 6637/2016) del PE y del Consejo, de 27 de abril de 2016. El art. 17.3 a) del citado Reglamento establece que el derecho de supresión (derecho al olvido) no se aplicará cuando el tratamiento sea necesario para ejercer el derecho a la libertad de información y de expresión.

ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido. 2. El escrito de preparación deberá, en apartados separados que se encabezarán con un epígrafe expresivo de aquello de lo que tratan: a) Acreditar el cumplimiento de los requisitos reglados en orden al plazo, la legitimación y la recurribilidad de la resolución que se impugna. b) Identificar con precisión las normas o la jurisprudencia que se consideran infringidas, justificando que fueron alegadas en el proceso, o tomadas en consideración por la Sala de instancia, o que ésta hubiera debido observarlas aun sin ser alegadas. c) Acreditar, si la infracción imputada lo es de normas o de jurisprudencia relativas a los actos o garantías procesales que produjo indefensión, que se pidió la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello. d) Justificar que la o las infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución que se pretende recurrir. e) Justificar, en el caso de que ésta hubiera sido dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de un Tribunal Superior de Justicia, que la norma supuestamente infringida forma parte del Derecho estatal o del de la Unión Europea. f) Especialmente, fundamentar con singular referencia al caso, que concurren alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo anterior, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. 3. Si el escrito de preparación no se presentara en el plazo de treinta días, la sentencia o auto quedará firme, declarándolo así el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto. Contra esta decisión sólo cabrá el recurso directo de revisión regulado en el artículo 102 bis de esta Ley. 4. Si, aun presentado en plazo, no cumpliera los requisitos que impone el apartado 2 de este artículo, la Sala de instancia, mediante auto motivado, tendrá por no preparado el recurso de casación, denegando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones al Tribunal Supremo. Contra este auto únicamente podrá interponerse recurso de queja, que se sustanciará en la forma establecida por la LEC. 5. Si se cumplieran los requisitos exigidos por el apartado 2, dicha Sala, mediante auto en el que se motivará suficientemente su concurrencia, tendrá por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, así como la remisión a ésta de los autos originales y del expediente administrativo Y, si lo entiende oportuno, emitirá opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia, que unirá al oficio de remisión. 6. Contra el auto en que se tenga por preparado el recurso de casación, la parte recurrida no podrá interponer recurso alguno, pero podrá oponerse a su admisión al tiempo de comparecer ante el Tribunal Supremo, si lo hiciere dentro del término del emplazamiento.

865 Art. 20.1) a. y d): Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

⁸⁶⁶ Art. 11 Libertad de expresión y de información: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

⁸⁶⁷ Art. 19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

⁸⁶⁸ Art. 19.2: Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Las nuevas orientaciones de la jurisprudencia europea y de la sala primera, de lo Civil⁸⁶⁹, reconocen el derecho al olvido como una parte más de los derechos de la personalidad, lo que debe valorarse por cuanto que las publicaciones en medios digitales constituyen un estigma como si se tratara de unos antecedentes penales, impidiendo su dignidad como persona.

Así que, como señalan las sentencias del TS, sala 1.ª, de 15 de octubre 2015 (Rec. 545/2015) y 5 de abril de 2016 (Rec. 362972014) “*el llamado derecho al olvido digital, que es una concreción en este campo de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos. Tampoco justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículum a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de Internet las informaciones negativas, posicionando a su antojo los resultados de las búsquedas en Internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones. De admitirse esta tesis, se perturbarían gravemente los mecanismos de información necesarios para que los ciudadanos adopten sus decisiones en la vida democrática de un país*”.

En este sentido, conviene hacer referencia a las directrices del Grupo de Trabajo del 29 en materia de derecho al olvido (*Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union Judgment on "Google Spain and inc. v, AEPD and Mario Costeja C-131/12*), a cuyo tenor: “*Hay una diferencia básica entre la vida privada de la persona y su vida pública o profesional. La disponibilidad de la información en los resultados de búsqueda deviene más aceptable cuanto menos información revele sobre la vida privada de una persona (...) es más probable que la información tenga relevancia si está relacionada con la vida profesional del interesado, pero dependerá de la naturaleza del trabajo del interesado y del interés legítimo del público en tener acceso a esa información a través de una búsqueda por su nombre*”⁸⁷⁰.

4.1. Google: la ilegitimidad

El TS⁸⁷¹ considera que Google *Spain*, entidad dedicada a la comercialización en España de la publicidad del buscador Google *Search*, carece de legitimación pasiva para atender las solicitudes de ejercicio de este nuevo derecho por no ser responsable del tratamiento.

Mediante esta sentencia, no es posible evaluar la incongruencia denunciada por la recurrente, ya que en el caso de la impugnación de la resolución de la AEPD por la que se insta a Google *Spain*, a la adopción de las medidas necesarias para excluir el tratamiento de los datos personales cuya protección determina el litigio, la propia parte alega como motivo de impugnación la falta de legitimación pasiva en el procedimiento administrativo, ya que Google *Spain* no desarrolla ninguna actividad de tratamiento de datos, no interviene de ninguna manera en la actividad del buscador de Google ni de *Blogger*, limitándose a una actividad de promoción de la contratación de servicios, principalmente publicitarios, no puede, por lo tanto, considerarse responsable del

⁸⁶⁹ TS, sala primera, de lo Civil, STS 426/2017 de 6 de julio de 2017, rec. 3440/2015.

⁸⁷⁰ AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS de 6 de junio de 2017, rec. 1797/2015.

⁸⁷¹ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS 574/2016 de 14 de marzo de 2016, rec. 1380/2015.

tratamiento de los datos del interesado. Cuestiona expresamente que la resolución impugnada estime la solicitud de tutela contra ella no en la condición de representante de Google Inc. sino como responsable del tratamiento de datos⁸⁷².

Es importante señalar que la ausencia de responsabilidad de Google *Spain* declarada por el TS en esta sentencia núm. 574/2016 no reduce ni limita de ninguna manera el contenido del derecho al olvido, que no se ve afectado en absoluto. Esta decisión tiene relevancia de índole técnico-procesal mientras que Google *Spain* ya no está legitimada pasivamente para convertirse en un mero establecimiento dentro de la UE que permite la aplicación de la normativa europea y española al responsable real, Google, Inc. Sin embargo, su relevancia para los usuarios que pretendan ejercitar su derecho es nula, porque solo confirma la configuración del derecho al olvido creada por el TJUE y por la AN, y que se caracteriza por el poder de solicitar la desindexación de resultados de búsqueda que incluyan datos inexactos, no pertinentes, excesivos o no actualizados obtenidos mediante la búsqueda del nombre y apellidos del solicitante⁸⁷³.

Puede apreciarse con claridad que el hecho de que la información sea ilegítima de origen no es un requisito a los fines de solicitar la cancelación de la información y la eventual indemnización derivada del daño al honor o intimidad de la persona objeto de información. No obstante, en algunos países a cuyo ámbito territorial no alcanza la Directiva 95/46/CE (LA LEY 5793/1995) (y, por tanto, tampoco la interpretación que de esta norma ha hecho el TJUE a raíz del caso «Google *Spain*») el requisito de la ilegitimidad en la información resulta esencial a efectos de conceder una indemnización por un perjuicio al honor o intimidad de la persona afectada⁸⁷⁴.

En el mismo sentido, en el tratamiento de datos personales llevado a cabo en el marco del servicio de búsqueda en internet ofrecido por Google Inc.-gestor del motor de búsqueda- deriva de la unidad de negocio que conforman ambas sociedades, en la que la actividad desempeñada por Google *Spain, S.L.* resulta conveniente tener en cuenta los siguientes hechos⁸⁷⁵:

"- Google *Search* se presta a nivel mundial a través del sitio de Internet «www.google.com». En muchos países existen versiones locales adaptadas al idioma nacional. La versión española de Google *Search* se presta a través del sitio www.google.es, dominio que tiene registrado desde el 16 de septiembre de 2003. Google *Search* es uno de los motores de búsqueda más utilizados en España.

- Google *Inc.* (empresa matriz del grupo Google), con domicilio en los Estados Unidos, gestiona Google *Search*.

- Google *Search* indexa páginas *Web* de todo el mundo, incluyendo páginas *Web* ubicadas en España. La información indexada por sus «arañas» o robots de indexación, es decir, programas informáticos utilizados para rastrear y realizar un barrido del contenido de páginas *Web* de manera metódica y automatizada, se almacena temporalmente en servidores cuyo Estado de ubicación se desconoce, ya que este dato es secreto por razones competitivas.

⁸⁷² TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, STS de 21 de julio de 2016, rec. 2798/2015.

⁸⁷³ MUÑOZ RODRÍGUEZ, J., "La incidencia de la STS del TS (STS núm. 574/2016) para los usuarios que ejercitan el derecho al olvido", *Diario la Ley*, núm. 8733, sección documento on-line, 4 de abril de 2016, ed. Wolters Kluwer .

⁸⁷⁴ SELIGRAT GONZÁLEZ, V. M., *op. cit.*, nota 845.

⁸⁷⁵ TS, sala tercera, de lo contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS 1384/2016 de 13 de junio de 2016, rec. 810/2015.

- Google *Search* no sólo facilita el acceso a los contenidos alojados en las páginas Web indexadas, sino que también aprovecha esta actividad para incluir publicidad asociada a los patrones de búsqueda introducidos por los internautas, contratada, a cambio de un precio, por las empresas que desean utilizar esta herramienta para ofrecer sus bienes o servicios a éstos.

- El grupo Google utiliza una empresa filial, Google *Spain*, como agente promotor de venta de los espacios publicitarios que se generan en el sitio de Internet «www.google.com». Google *Spain* tiene personalidad jurídica propia y domicilio social en Madrid, y fue creada el 3 de septiembre de 2003. Dicha empresa dirige su actividad fundamentalmente a las empresas radicadas en España, actuando como agente comercial del grupo en dicho Estado miembro. Tiene como objeto social promocionar, facilitar y procurar la venta de productos y servicios de publicidad «online» a través de Internet para terceros, así como la comercialización de esta publicidad.

- Google *Inc.* designó a Google *Spain* como responsable del tratamiento en España de dos ficheros inscritos por Google *Inc.* ante la AEPD; el objeto de tales ficheros era almacenar los datos de las personas relacionadas con los clientes de servicios publicitarios que en su día contrataron con Google *Inc.*⁸⁷⁶.

En el mismo sentido, se pronuncia el art. 5.1.q) del Reglamento de Protección de Datos. Por su parte, el art. 3.d) de la LOPD⁸⁷⁷ (LA LEY 4633/1999) define como responsable del tratamiento a la "persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento".

4.2. El derecho al olvido y la responsabilidad de los buscadores

La sala de lo civil del TS considera a Google *Spain* del tratamiento de datos efectuado en España por su buscador⁸⁷⁸.

En la sentencia de 13 de mayo de 2014 C-131/12, "Google *Spain*", responde a las preguntas formuladas por la AP sobre si la actividad del contenido del motor de búsqueda Google, encaja en el concepto de tratamiento de datos, es decir el ámbito de aplicación *ratione materiae* de la misma. La AP consideró que los motores de búsqueda, al conectar al usuario de Internet con el contenido del BOE que publicaba el indulto concedido en 1999, afectaban a los derechos al honor y a la intimidad del demandante, pero no al derecho a la propia imagen. Sin embargo, para la Audiencia, el núcleo de la controversia lo constituía la responsabilidad de las demandadas por el daño causado por la infracción del derecho a la protección de datos. La Audiencia consideró que la aparición de un indulto concedido en 1999 en la lista de resultados de un buscador de Internet en el año 2010 no cumplía con los principios que rigen el tratamiento automatizado de datos personales. Declaró que Google, a partir de la decisión de la

⁸⁷⁶ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, STS de 21 de Julio de 2016, rec. 2798/2015. (Para resolver la cuestión que estamos analizando resulta conveniente tener en cuenta los siguientes hechos probados recogidos en la STS del TJUE de 13 de mayo de 2014 #, que se basan en el Auto de esta Sala de 27 de febrero de 2012, de planteamiento de la cuestión prejudicial).

⁸⁷⁷ Art. 3.d: A los efectos de la presente Ley Orgánica se entenderá por: Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

⁸⁷⁸ La sala de lo Civil del TS considera a Google *Spain* responsable del tratamiento de datos efectuado en España por su buscador, *Diario la Ley*, núm. 8752, sección tribuna, 2 de mayo de 2016, ref. D-183, ed. la Ley.

AEPD de 19 de enero de 2010, que había confirmado la queja del demandante contra Google *Spain* y que instó a esta entidad a que adoptara las medidas necesarias para eliminar los datos de su índice e imposibilitar el acceso en el futuro, debía conocer la antijurídica de su conducta, y sin embargo continuó presentando el enlace a la página *web* del BOE donde aparecía el real decreto del indulto durante varios meses⁸⁷⁹.

Según dicha sentencia, el buscador “recoge, tales datos que luego recupera, registran y organiza posteriormente en el marco de sus programas de indexación, se almacena en sus servidores y, en su caso comunica y facilita el acceso a sus usuarios en forma de listas de resultados en sus búsquedas”. El TJUE considera que un buscador como Google, al indexar los contenidos que encuentra en internet y mostrar enlaces a los mismos en los resultados de búsquedas, realiza un "tratamiento" de los datos personales que se incluyen en esos contenidos, y debe considerarse "responsable" de dicho tratamiento de acuerdo con la legislación de protección de datos. De este modo, el Tribunal concluyó que el buscador tenía que responder a las solicitudes de cancelación y oposición que realicen los interesados y proceder a eliminar los enlaces correspondientes que aparecen al realizar una búsqueda a partir del nombre de la persona afectada (lo que a menudo se ha calificado como "derecho al olvido"). En cambio, la fuente en la que se hallan los datos puede quedar amparada por la libertad de expresión, por ejemplo, cuando se trata de un periódico. En este sentido resulta ilustrativa la sentencia de 15 octubre 2015 en la que se niega el derecho del interesado a la eliminación de sus datos personales en un artículo de la hemeroteca digital de un periódico, si bien se obliga al periódico a establecer los medios técnicos para evitar la indexación por parte de los motores de búsqueda⁸⁸⁰.

Los aspectos más destacables de la sentencia Google *Spain*, que contradice de manera muy importante el Dictamen del Abogado General⁸⁸¹, más cercano a las tesis defendidas por el buscador, son los siguientes, siguiendo el resumen aportado por la propia AEPD:

- "La actividad de los motores de búsqueda como Google constituye un tratamiento de datos de carácter personal, del que es responsable el propio motor, dado que éste determina los fines y los medios de esta actividad.

- Ese tratamiento está sometido a las normas de protección de datos de la Unión Europea, dado que Google ha creado en un Estado miembro un establecimiento para la promoción y venta de espacios publicitarios y cuya actividad se dirige a los habitantes de ese Estado.

- Las personas tienen derecho a solicitar del motor de búsqueda, con las condiciones establecidas en la Directiva de protección de datos, la eliminación de referencias que les afectan, aunque esta información no haya sido eliminada por el editor ni dicho editor haya solicitado su desindexación. En caso de no atenderse su solicitud, las personas tienen derecho a recabar la tutela de la AEPD y de los Tribunales.

- El derecho a la protección de datos de las personas prevalece, con carácter general, sobre el "mero interés económico del gestor del motor de búsqueda" salvo que el interesado tenga relevancia pública y el acceso a la información esté justificado por el

⁸⁷⁹ TS, sala primera, de lo Civil, STS 210/2016 de 5 de abril de 2016, rec. 3269/2014.

⁸⁸⁰ PEGUERA POCH, M., *Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación*, ed. Tirant lo Blanc, 05/2016, 1ª Ed., pp. 423.

⁸⁸¹ Las Conclusiones del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen, presentadas el 25 de junio de 2013, se pueden consultar en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=138782&doclang=ES>. (Consultada 3 de septiembre de 2014).

interés público".

Sin embargo, la AEPD también ha remarcado la responsabilidad de los responsables de las fuentes de datos, mediante la publicación de diferentes resoluciones y recomendaciones sobre los instrumentos técnicos apropiados para evitar la indexación automática de las páginas *web* por los buscadores.

El conflicto entre la Agencia y los funcionarios del BOE, en relación con la necesidad de que estos últimos impidieran la indexación de los datos personales incluidos en el Boletín, fue muy importante.⁸⁸²

La sentencia impugnada confiere a la sociedad Google *Spain* el estado de "corresponsable" en el tratamiento de datos, mientras que durante el procedimiento se demuestra que dicha mercantil no determina ni los fines ni los medios del tratamiento de datos pues esta tarea corresponde a Google Inc. a través del motor de búsqueda "Google *Search*", por lo que no se puede atribuir a Google *Spain* la condición de "responsable" del tratamiento de datos. De acuerdo con las reglas del Reglamento en su art. 4, apdo. 7, "«responsable del tratamiento» o «responsable»: *la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros;*" en caso de que los fines y los medios del tratamiento estén determinados por disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales o europeas, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento pueden ser determinados por el Derecho nacional o europeo". En el mismo sentido, se pronuncia el art. 5.1.q) del Reglamento de Protección de Datos. Por su parte, el art. 3.d) de la LOPD (LA LEY 4633/1999) define como responsable del tratamiento a la "*persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento*"⁸⁸³.

El caso Google, en su apdo. 38⁸⁸⁴, también se hace eco, de esta afirmación al afirmar que la actividad de un motor de búsqueda puede afectar, significativamente y de modo adicional a la de los editores de sitios de Internet, a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales. Por este motivo, el responsable del tratamiento debe asegurarse de que dicha actividad cumple con los requisitos de la Directiva para que las garantías establecidas en ella puedan ser totalmente efectivas y que las personas interesadas, en particular sus derechos, puedan beneficiarse de Protección efectiva y completa. respeto a la privacidad.

El Dictamen 1/2010, sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento» apdo. el 16 de febrero de 2010 por el (Grupo de Trabajo del art. 29 de la Directiva 95/46/ CE (LA LEY 2500/1978) (GT29), dice en relación con el concepto de responsable del tratamiento lo siguiente: "*El concepto de responsable del tratamiento es autónomo, en el sentido de que debe interpretarse fundamentalmente con*

⁸⁸² ORZA LINARES, R. M., "Nuevos enfoques sobre nuevos derechos de la sociedad de la información y comunicación. A propósito de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea". (*Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 16, 17 y 18/2017)", Tiran Lo Blanch, 05/2017.

⁸⁸³ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS 1458/2016 de 20 de junio de 2016, rec. 1296/2015.

⁸⁸⁴ STJ (gran sala), de 13 de mayo de 2014 (La Ley 51150/2014). <http://curia.europa.eu/juris/document>. (Consultada el 3 de septiembre de 2014).

arreglo a la legislación comunitaria de protección de datos, y funcional, en el sentido de que su objetivo es asignar responsabilidades en función de la capacidad de influencia de hecho, y, por consiguiente, se basa en un análisis de los hechos más que en un análisis formal...⁸⁸⁵.

En definitiva, la responsabilidad de Google *Spain, S.L.* en el tratamiento de datos personales realizado como parte del servicio de búsqueda en internet ofrecido por Google *Inc.* gestor del motor de búsqueda deriva de la unidad de negocio que constituye las dos compañías, en la que se desarrolla de Google *Spain, S.L.* Esto es fundamental para el funcionamiento del motor de búsqueda, ya que su rentabilidad depende de ello. El concierto de las dos compañías en la prestación de tal servicio a los internautas lo hace viable económicamente y posibilita su subsistencia⁸⁸⁶.

En resumen, el 14 de marzo de 2016, el TS emitió la sentencia núm. 574/2016 (LA LEY 10526/2016), que introduce una novedad en la evolución jurisprudencial del denominado derecho al olvido. decisión considera que Google *Spain, S.L.*, entidad dedicada a la comercialización en España de la publicidad del buscador Google *Search*, carece de legitimación pasiva para atender las solicitudes de ejercicio de este nuevo derecho por no ser responsable del tratamiento. Esta resolución, que es relevante desde una perspectiva procesal no afectará a la perspectiva material del derecho, dado que los usuarios podrán continuar ejercitando su derecho al olvido del mismo modo en que venían haciéndolo en la actualidad⁸⁸⁷. Es decir que, la legitimación pasiva en el procedimiento de tutela de derechos de carácter personal corresponde al responsable del tratamiento de los datos. Google *Spain* no tiene tal condición para los datos que se muestran en Internet mediante el motor de búsqueda de Google *Search*. Ese carácter lo ostenta exclusivamente su matriz, Google *Inc.*, domiciliada en Estados Unidos, que es quien gestiona el motor⁸⁸⁸.

El art. 17 de la LSSICE⁸⁸⁹ (LA LEY 1100/2002) no resulta aplicable al caso, puesto que no existe una regla material de responsabilidad, sino únicamente una

⁸⁸⁵ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, STS 1916/2016, 21 de julio de 2016, rec. 2798/2015.

⁸⁸⁶ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS 1531/2016 de 27 de junio de 2016, rec. 1079/2015.

⁸⁸⁷ MUÑOZ RODRÍGUEZ, J., “La incidencia de la sentencia del tribunal supremo (STS núm. 574/2016) para los usuarios que ejercitan el derecho al olvido”, *Diario la Ley*, núm. 8733, sección Documento online, 4 de abril de 2016, ed. la Ley.

⁸⁸⁸ TS, sala de lo Contencioso-administrativo, STS 574/2016, 14 de marzo. Rec. 1380/2015 (La Ley 10526/2016).

⁸⁸⁹ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico Art. 17 Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de: 1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse. 2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.

exención de responsabilidad a favor de determinados prestadores de servicios de intermediación, como son los motores de búsqueda, por enlazar a contenidos publicados por terceros. De modo que no está permitido dar a un prestador de servicios de intermediación responsabilidad, salvo en los supuestos previstos en la norma, que no concurren en el caso que nos ocupa⁸⁹⁰.

El 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) establece que toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos⁸⁹¹.

Así, toda persona responsable que participa en la operación de tratamiento responderá de los daños y perjuicios causados en caso de que dicha operación no cumpla con el Reglamento. En cambio, un encargado únicamente responderá de los daños y perjuicios causados por el tratamiento cuando no haya cumplido con las obligaciones del Reglamento dirigidas específicamente a los encargados o haya actuado al margen o en contra de las instrucciones legales del responsable⁸⁹². Pero, responsable y encargados no serán responsables cuando se demuestre que no son en modo alguno responsables del hecho que haya causado los daños y perjuicios⁸⁹³.

En lo que respecta a las sanciones, cada autoridad de control garantizará que la imposición de las multas administrativas sea en cada caso individual efectivo, proporcionado y disuasorias. Las condiciones bajo las cuales se impone una multa administrativa y su cuantía se encuentran recogidas en el art. 83.2 del Reglamento⁸⁹⁴

⁸⁹⁰ AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS 44/2015 de 28 de enero de 2015, rec. 336/2013.

⁸⁹¹ Art. 56 de Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

⁸⁹² Art. 82. 2 del RGPD 2016/679.

⁸⁹³ Art. 82. 3 del RGPD 2016/679.

⁸⁹⁴ Art. 83 Condiciones generales para la imposición de multas administrativas: 2. Las multas administrativas se impondrán, en función de las circunstancias de cada caso individual, a título adicional o sustitutivo de las medidas contempladas en el art. 58, apdo. 2, letras a) a h) y j). Al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrá debidamente en cuenta: a) la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, teniendo en cuenta la naturaleza, alcance o propósito de la operación de tratamiento de que se trate así como el número de interesados afectados y el nivel de los daños y perjuicios que hayan sufrido; b) la intencionalidad o negligencia en la infracción; c) cualquier medida tomada por el responsable o encargado del tratamiento para paliar los daños y perjuicios sufridos por los interesados; d) el grado de responsabilidad del responsable o del encargado del tratamiento, habida cuenta de las medidas técnicas u organizativas que hayan aplicado en virtud de los arts. 25 y 32; e) toda infracción anterior cometida por el responsable o el encargado del tratamiento; f) el grado de cooperación con la autoridad de control con el fin de poner remedio a la infracción y mitigar los posibles efectos adversos de la infracción; g) las categorías de los datos de carácter personal afectados por la infracción; h) la forma en que la autoridad de control tuvo conocimiento de la infracción, en particular si el responsable o el encargado notificó la infracción y, en tal caso, en qué medida; i) cuando las medidas indicadas en el art. 58, apdo. 2, hayan sido ordenadas previamente contra el responsable o el encargado de que se trate en relación con el mismo asunto, el cumplimiento de dichas medidas; j) la adhesión a códigos de conducta en virtud del art. 40 o a mecanismos de certificación aprobados con arreglo al art. 42, y k) cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las

(LA LEY 6637/2016). Sin embargo, si un responsable o un encargado del tratamiento han incumplido de forma intencionada o negligente, para las mismas operaciones de tratamiento u operaciones vinculadas, varias disposiciones del Reglamento, la cuantía total de la multa administrativa no será superior a la cuantía prevista para las infracciones más graves⁸⁹⁵.

Las infracciones de las siguientes disposiciones darán lugar a multas administrativas de diez millones de euros como máximo o, en el caso de una empresa, de una cuantía equivalente al dos por cien como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía: las obligaciones del responsable y del encargado, las obligaciones de los organismos de certificación y las obligaciones de la autoridad de control. Pero las multas administrativas pueden ascender a veinte millones de euros como máximo o, en el caso de una empresa, de una cuantía equivalente al cuatro por cien como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, al elegir la cantidad más mayor cuando afecten a principios básicos para el tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento⁸⁹⁶; derechos de los interesados, transferencias de datos personales a un destinatario en un tercer país o una organización internacional, toda obligación en virtud del Derecho de los Estados miembros que se adopte con arreglo al Capítulo IX y, el incumplimiento de una resolución o de una limitación temporal o definitiva del tratamiento o la suspensión de los flujos de datos por parte de la autoridad de control o el no facilitar acceso en incumplimiento⁸⁹⁷.

Por otro lado, el incumplimiento de las resoluciones de la autoridad de control se castigará con multas administrativas de veinte millones de euros como máximo o, en el caso de una empresa, de una cuantía equivalente al cuatro por cien como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía⁸⁹⁸.

5. EL DERECHO AL OLVIDO EN EUROPA

5.1. El derecho al olvido en los países europeos

A nivel europeo, la protección de datos se configura como un derecho fundamental de los ciudadanos. La regla principal en esta materia ha sido la Directiva 95/46 (LA LEY 5793/1995) de la UE. Pero con anterioridad, ya en 1981, el Consejo de Europa había adoptado el Convenio núm. 108, sobre la protección de las personas, que es el único instrumento internacional vinculante sobre protección de datos⁸⁹⁹.

Se pueden entender diversos conceptos, siendo significativo a estos efectos que la terminología usada para referirse a dicho concepto varía en los distintos países, así en Italia se habla de "*riservatezza*", en Francia de "*vie privé*", en los países anglosajones

circunstancias del caso, como los beneficios financieros obtenidos o las pérdidas evitadas, directa o indirectamente, a través de la infracción.

⁸⁹⁵ Art. 82. 3 del RGPD 2016/679.

⁸⁹⁶ Art. 82. 5 (a) del RGPD 2016/679.

⁸⁹⁷ Capítulo IX del RGPD 2016/679.

⁸⁹⁸ BOTANA, G. A., "Crónica anunciada de un Reglamento de Protección de Datos en la Unión Europea", *Actualidad Civil*, núm. 6, de junio de 2016, ed. Wolters Kluwer .

⁸⁹⁹ SERRANO CHAMORRO, M^a. E., "Protección de datos personales: información, consentimiento y transparencia. Nuevas exigencias jurídicas comunitarias", *Actualidad Civil*, núm. 5, sección persona y derechos/A fondo, mayo 2017, ed. Wolters Kluwer .

de "*privacy*", y en Alemania de "*privatsphäre*", pero que vienen a coincidir en la existencia de una esfera de privacidad que cabe considerar secreto en el sentido de ser facultad de la persona su exclusión del conocimiento de terceros. El Código actual ha hecho además especial referencia a la llamada "libertad informática, ante la necesidad de conceder a la persona facultades de control sobre sus datos en una sociedad informatizada, siguiendo las pautas de la Ley Orgánica de Regulación del tratamiento Automatizado de Datos personas (LORTAD (LA LEY 3036/1992)) 5/92 de 29.10, relacionada con el Convenio del Consejo de Europa de 28.1.81, y la Directiva 95/46 (LA LEY 5793/1995) del Parlamento de la Unión Europea relativos a la protección de tales datos y a su libre circulación⁹⁰⁰.

Como normas europeas que han tratado la protección de datos personales podemos destacar los siguientes puntos:

a) Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981 (LA LEY 199/1981), para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

El fin del presente Convenio es garantizar, en el territorio de cada parte, a cualquier persona física sean cuales fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona («protección de datos»).

En su art. 2 (LA LEY 199/1981) se define «Datos de carácter personal» como cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable («persona concernida»).

b) Reglamento (CE) núm. 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2000 (LA LEY 11164/2000), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos.

c) Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 (LA LEY 4304/2002), relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización).

d) Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 (LA LEY 4303/2002), relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco).

e) Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 (LA LEY 9590/2002), relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

La presente Directiva prevé la armonización de las disposiciones nacionales necesarias para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad y a la confidencialidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas, así como la libre circulación de tales datos y de los equipos y servicios de comunicaciones electrónicas en la Unión⁹⁰¹.

⁹⁰⁰ TS, sala segunda, de lo Penal, STS 553/2015 de 6 de octubre de 2015, rec. 456/201.5

⁹⁰¹ Según la definición del art. 2, letra i), de la Directiva 2002/58/CE (La Ley 9590/2002), se considera violación de los datos personales toda violación de la seguridad que provoque la destrucción, accidental o

f) Decisión del Consejo, de 13 de septiembre de 2004 (LA LEY 8401/2004), por la que se adoptan las normas de desarrollo del Reglamento (CE) núm. 45/2001 (LA LEY 11164/2000) del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos (2004/644/CE). (19)

i) Comunicación de la CE de 4 de noviembre de 2010.

La CE ⁹⁰² llevará a cabo una reforma general de las normas de protección de datos de la UE tanto por los ciudadanos como las empresas, ha decidido proponer un marco legislativo sólido y coherente que cubre todas las políticas de la Unión, refuerza los derechos individuales, potencia la dimensión de mercado único de la protección de datos y reduce los trámites burocráticos engorrosos para las empresas en el mundo online basado en los siguientes ejes:

- 1) reforzar el principio de minimización de datos;
- 2) mejorar las condiciones de un verdadero ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, supresión y bloqueo;
- 3) garantizar la "portabilidad" de los datos confiriendo el derecho explícito a retirar datos como fotografías o listas de amigos de una aplicación o de un servicio, de modo que los datos retirados pudieran transferirse a otra aplicación o servicio, siempre que ello fuera técnicamente posible y sin que los responsables del tratamiento lo obstaculizaran;
- 4) "clarificar el llamado "derecho al olvido" como derecho de las personas a que sus datos dejaran de utilizarse y se suprimieran cuando ya no fueran necesarios... Se trata, por ejemplo, del caso en que la persona retira su consentimiento al tratamiento de datos, o del caso en que haya expirado el plazo de conservación de los datos".

La modificación de la Directiva europea del 95, debe abordar todos estos nuevos retos y es por ello por lo que es necesaria esta nueva regulación uniforme s y coherente en todos los Estados miembros.

El Reglamento que está publicado y que es vinculante por encima de la normativa interna sobre protección de datos, tiene como objetivo, en principio, abordar el impacto de las nuevas tecnologías clarificando y precisando la aplicación de los principios de la protección de datos con el fin de garantizar una protección real y efectiva de los datos personales, cualquiera que sea la tecnología utilizada para tratar esos datos⁹⁰³.

En este sentido, conviene hacer referencia a las directrices del Grupo de Trabajo del 29 en materia de derecho al olvido (*Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union Judgment on "Google Spain and inc. v, AEPD and Mario Costeja C-131/12)*, a cuyo tenor:

ilícita, la pérdida, la alteración, la revelación o el acceso no autorizados, de datos personales transmitidos, almacenados o tratados de otro modo en relación con la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas de acceso público en la Unión.

⁹⁰² DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., "El Reglamento Europeo sobre protección de datos", *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 11, sección Zona Local/Nuevas tecnologías, quincena del 15 al 29 de junio de 2016, Ref. 1338/2016, p. 1338. Ed. Wolters Kluwer .

⁹⁰³ DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., *op. cit.* nota 795 p. 85.

“Hay una diferencia básica entre la vida privada de la persona y su vida pública o profesional. La disponibilidad de la información en los resultados de búsqueda deviene más aceptable cuanto menos información revele sobre la vida privada de una persona (...) es más probable que la información tenga relevancia si está relacionada con la vida profesional del interesado, pero dependerá de la naturaleza del trabajo del interesado y del interés legítimo del público en tener acceso a esa información a través de una búsqueda por su nombre”⁹⁰⁴.

Como se indica en la sentencia del TS, sala primera, de 15 de octubre 2015 (Rec. 545/2015) y 5 de abril de 2016 (Rec. 36297/2014) el denominado "derecho al olvido digital", que es una concreción en este campo de los derechos que surgen de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas *web* o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos. Tampoco justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículum a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de Internet las informaciones negativas, "posicionando" a su antojo los resultados de las búsquedas en Internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones. De admitirse esta tesis, se perturbarían gravemente los mecanismos de información necesarios para que los ciudadanos adopten sus decisiones en la vida democrática de un país".

Aunque no se discute que las noticias continúan apareciendo en los motores de búsqueda de Internet como «Google» tal situación está fuera del ámbito de control de la entidad demandada, «pues son los buscadores quienes utilizan de forma automatizada, constante y sistemática información que recogen, procesan y conservan de los diferentes sitios web enlazados, decidiendo sobre su finalidad y destino, no pudiendo valorarse en esta sede la actuación de terceros en el uso de la información que en su día publicó la demandada», a lo que se añade que el «derecho al olvido» no se encuentra expresamente regulado, surge a raíz de los perjuicios que causa el rastro de la información en Internet, tratándose por tanto de una cuestión que solo afecta a los buscadores de Internet y a la AEPD, terceros ajenos al pleito⁹⁰⁵.

El derecho al olvido no cubre la modificación del contenido de la información original publicada legalmente, en particular, la eliminación del nombre y apellidos o cualquier otro dato personal que aparezca en la misma. Tampoco cubre la eliminación de la posibilidad de búsqueda específica de la noticia en su integridad del propio buscador interno de la hemeroteca digital. La citada sentencia 545/2015 citada llegó a la conclusión de que incluso si en la información aparecen datos personales cuya utilización en un motor de búsqueda permite el acceso a ella tiempo después, de modo que el tratamiento de los datos personales pueda vincularlos a la información perjudicial para el afectado, no estaría justificada la supresión de dichos datos personales del código fuente y solo estaría justificada la prohibición de indexarlos para permitir las búsquedas por los motores de búsqueda generalistas (Google, Yahoo, etc.), no así por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital. Se trataría de conseguir una «obscuridad práctica» que impidiera hacer un perfil del afectado sobre la base de la lista de resultados obtenida utilizando como términos de búsqueda los datos personales (fundamentalmente, nombre y apellidos), en el que aparecieran, como si hubieran sucedido ayer, informaciones gravemente perjudiciales para su reputación o su vida

⁹⁰⁴ AN, sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS de 6 de junio de 2017, rec. 1797/2015.

⁹⁰⁵ TS, sala primera, de lo Civil, STS 446/2017 de 13 de julio de 2017, rec. 1042/2016.

privada, pero no de eliminar de Internet la información veraz y sobre asuntos de relevancia para la opinión pública⁹⁰⁶.

5.1.1. Legislación francesa

Francia ha sido uno de los países pioneros en la evolución legislativa en torno a asuntos digitales. En su época, se promulgó la Ley núm. 78-17 de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, los archivos y las libertades, que califica a la Comisión como una autoridad administrativa independiente. Esta ley estableció un principio de “derecho al olvido digital”⁹⁰⁷ a través de varios mecanismos: el establecimiento de un derecho de oposición basado en motivos legítimos, el derecho al acceso a la información personal que concierna a cada usuario de Internet y el derecho a rectificar informaciones erróneas⁹⁰⁸.

La Ley 78-17 del 6 de enero de 1978, "Informáticas y libertades", en primer lugar instruyó a la Comisión Nacional de Informática y Libertades de Francia (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* CNIL, por sus siglas en francés) para recibir "quejas, peticiones y quejas relacionadas con el procesamiento de datos personales" y, por otro lado, con su presidente la facultad de "dar aviso [a la persona responsable de un tratamiento] para que ponga fin a la infracción dentro de un tiempo específico", a falta de lo cual la formación restringida puede, después de un procedimiento contradictorio pronuncia una sanción. En este contexto, ha admitido que la CNIL es competente para conocer las alegaciones de los agravios en sus derechos de oposición y rectificación, y fundado para poner a la persona a cargo de detener esta violación, luego para sancionarla si es necesario⁹⁰⁹. Son los derechos de oposición y rectificación los que el TJUE ha derivado del derecho al olvido⁹¹⁰.

La sentencia del Tribunal de Grande Instance de Paris de 14 de abril de 2008 que resolvió una demanda presentada por un particular contra las empresas *Google Inc.*, y *Google France*, en la que se afirma que el servicio se presta exclusivamente por *Google Inc.*, empresa que no está establecida en Francia ni utiliza medios humanos y materiales en Francia, siendo *Google France* un mero agente comercial, considerando que el tratamiento estará sometido a la normativa Californiana de Protección de Datos⁹¹¹.

Es cierto que existen varias resoluciones administrativas y judiciales de otros Estados miembros que muestran el alcance general de este problema y la posibilidad de llegar a diferentes soluciones en la interpretación y aplicación de la normativa europea

⁹⁰⁶ VILALTA NICUESA, A. E., “El «derecho al olvido digital» no ampara la alteración del contenido de la información original lícitamente publicada”, *Derecho Civil y Justicia en la era de las TIC*, 24 de junio de 2018. Ver también la STS de fecha 13 de julio de 2017, núm. 446/2017.

⁹⁰⁷ Assemblée nationale, Question écrite núm. 61516, Ministère de la Justice Télécommunications – Internet – Données personnelles – Effacement. Question écrite. Núm. 61516 efectuado por T. Lazaro, 22/07/2014.

⁹⁰⁸ Art. 6 núm. 5 y arts. 38 a 40 de la Ley núms. 78-17 del 6 de enero de 1978.

⁹⁰⁹ Ver, por ej., por el derecho de oposición, CE, 5 de septiembre de 2008, No. 319071, *Société Directannonces*; CE, 6 de noviembre de 2009, No. 304300, *Inter Comfort Company*, Lebon p. 448, concl. J. Burguburu; AJDA 2010. 138, chron. S.-J. Liéber y D. Botteghi; *ibid.* 2009. 2093; D. 2009. 2754; por el derecho de rectificación, CE, 22 de julio 2016, No. 391440, M. Michelet.

⁹¹⁰ BRETONNEAU, A., “Le droit au « dérèfèrencement » et la directive sur la protection des données personnelles”, *RFDA* 2017 p.535.

⁹¹¹ TOURIÑO PENA, A., “El derecho al olvido en Internet”, *Actualidad Civil*. Ed. la Ley, ISBN-ISSN: 2254-9412.

en materia de Protección de Datos y, en particular la dicha sentencia de 14 de abril de 2008 que resolvió una demanda presentada por un particular contra las empresas Google *Inc.*, y Google France, en la cual se afirma que el servicio se presta exclusivamente por Google *Inc.*, empresa que no está establecida en Francia ni utiliza recursos humanos y materiales en Francia, siendo Google France un mero agente comercial, considerando que el tratamiento estará sometido a la normativa Californiana de Protección de Datos⁹¹².

El caso de la CNIL, que ordenó a Google aplicar el bloque de *links* en todos los dominios. Aunque Google planteó la posibilidad de extender y aplicar el bloqueo a todos los dominios aplicando filtros basados en el origen geográfico de la búsqueda - lo que permitiría el bloqueo de todos los buscadores de Google siempre que la búsqueda se origine en la UE- esta solución funciona y no ha convencido a la Agencia, al entender que no otorga protección efectiva y completa, por lo que le ha impuesto una sanción de cien mil euros (100.000)⁹¹³.

El procedimiento que llevó a la decisión de imponer sanciones a Google es parte de un esfuerzo coordinado que también involucró a las autoridades de protección de datos de Francia, los Países Bajos, Alemania, Italia y el Reino Unido.

Desde que la compañía modificará la política de privacidad y las condiciones de uso de la mayoría de sus servicios en marzo de 2012, el Grupo de Autoridades Europeas de Protección de Datos también conocido como Grupo de Trabajo del art. 29 inició una investigación conjunta, que fue abanderada por la autoridad francesa (CNIL), que concluyó constatando que esta nueva política de privacidad era incompatible con la normativa europea de protección de datos.

A esta investigación siguió un requerimiento en forma de carta en la que se hace referencia a Google sobre los problemas y recomendaciones para adaptarse a la legislación europea. Ante la respuesta no satisfactoria por parte de la compañía, el Grupo de Trabajo del Art. 29 acordó que cada autoridad nacional iniciara acciones coercitivas conforme a su ordenamiento jurídico. En respuesta a este acuerdo, las autoridades Alemania, España, Francia, Holanda, Italia y Reino Unido iniciaron sus propias actuaciones de investigación, pero de forma coordinada con el resto. Fruto de estas actuaciones previas la AEPD abrió un procedimiento sancionador a Google en junio de 2013, que ha concluido con la imposición de la citada multa de 900.000 euros⁹¹⁴.

⁹¹² TOURIÑO PENA, A., “Los derechos de cancelación y bloqueo de datos al amparo de la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014. Google *Spain*, S.L. y Google *INC.*, vs. agencia española de protección de datos y d. Mario COSTEJA”, *Actualidad Civil*, ed. la Ley, ISBN-ISSN: 2254-9412.

⁹¹³ CNIL “*Righ to be delisted: the CNIL Restricted Committee imposes a €100.000 fine on Google*”, 24 march 2016, <https://www.cnil.fr/en/right-be-delisted-cnil-restricted-committee-imposes-eu100000-fine-google>. Disponible en https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/d2016-054_penalty_google.pdf [Último acceso 08/04/2016]. Esta resolución evidencia que el ánimo del alcance global no es sólo tutelar a los ciudadanos europeos y a los residentes en el ámbito territorial de la UE, sino que se puede pretender que ciudadanos no sujetos a la jurisdicción de la UE y de los Estados miembros se sometan al Derecho de la Unión, con un pretendido alcance extraterritorial; con lo que no podemos estar de acuerdo.

⁹¹⁴ La AEPD multa a Google con 900.000 euros por vulnerar gravemente los derechos de los ciudadanos, *Diario la Ley*, núm. 8234, sección tribuna, 22 de enero de 2014, año XXXV, Ref. D-28. Ed. la Ley. Disponible en:

http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE2QwU7DMBBEv6a-VEJuktJy8KFpVYSECoLAfWOvEgjt_Y6bf6eDeGApaexNKPIrC8Z49jgdQxgtcWljp4irB8DKFzKNLogx_VRMzCoI2qZWUi42eWDEIUzFrZsNsmYfJkwI0ZXCHoFU13e2ADbRqLUI0GOtRSUGBwL1hUmUpUh-uJxhsB2SDryHOT1pj1KGRfAq5LWQhBoyJA-rTdugJRW-7_pmhOd_FkM9H6wjjAQjU7vT0siiiQq6qRdmyrGe5Fwkh6v4VOIR1TpeMBu4gnW_C-

Así, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha declarado en su sentencia de 18 de septiembre de 2014, caso *Brunet* contra Francia, lo siguiente: «La protección de los datos de carácter personal juega un papel fundamental en el ejercicio del derecho al respeto a la vida privada y familiar consagrado en el art. 8 del Convenio. Por tanto, la legislación interna debe crear las garantías adecuadas para impedir cualquier utilización de los datos de carácter personal que no fueran conformes con las garantías previstas en este artículo. [...]. La legislación interna debe garantizar que estos datos son pertinentes y no excesivos en relación con la finalidad para la que fueron registrados, y que se conservan de forma que permita la identificación de las personas por un tiempo que no exceda el necesario a los fines para los que fueron registrados. La legislación interna asimismo debe contener las garantías necesarias para proteger eficazmente los datos de carácter personal registrados contra los usos impropios y abusivos [...]». También la STJUE del caso *Google*, en su apdo. 38, declaró que la actividad de un motor de búsqueda puede afectar, significativamente y de modo adicional a la de los editores de sitios de Internet, a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales. Por esta razón, el responsable del tratamiento debe garantizar que dicha actividad satisfaga las exigencias de la Directiva para que las garantías establecidas en ella puedan tener pleno efecto y pueda llevarse a cabo una protección eficaz y completa de los interesados, en particular, de su derecho al respeto de la vida privada. De ahí que el apdo. 73 de esta sentencia declare: «A tenor de este art. 6 [de la Directiva] y sin perjuicio de las disposiciones específicas que los Estados miembros puedan establecer para el tratamiento con fines históricos, estadísticos o científicos, incumbe al responsable del tratamiento garantizar que los datos personales sean «tratados de manera leal y lícita», que sean «recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines», que sean «adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente», que sean «exactos y, cuando sea necesario, actualizados», y, por último, que sean «conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente». En este marco, el mencionado responsable debe adoptar todas las medidas razonables para que los datos que no responden a los requisitos de esta disposición sean suprimidos o rectificadas»⁹¹⁵.

Más recientemente, la CNIL fue la primera a multar a Google con la sanción máxima prevista en el nuevo RGPD. La multa impuesta fue de cincuenta millones de euros, por su falta de transparencia, la información insatisfactoria y falta de consentimiento válido para la personalización de la publicidad. Las autoridades francesas iniciaron una investigación después de las quejas colectivas presentadas por las asociaciones *None Of Your Business* (NOYB) y *La Quadrature du Net* (LQDN), donde acusaron al motor de búsqueda Google de no tener una base legal válida para procesar los datos de los usuarios de sus servicios, especialmente en lo que se refiere a la personalización de la publicidad. Como parte de sus investigaciones, la CNIL llevó a cabo una verificación en línea en septiembre de 2018 para verificar el cumplimiento de la Ley sobre protección de datos y el RGPD en el procesamiento de datos personales

S8u_f5rz0MHi1dlvcHbHqLZeTN9mLDpw_NSCdz_7Dy2zkRcsiU_e0I7Vm6Ee3Dozd96P4Vliut-AQAAWKE. (Consultada el 1 de octubre de 2014).

⁹¹⁵ TS, sala de lo Civil, STS 210/2016 del 05 de abril de 2016, rec. 3269/2014.

por parte de Google, concluyendo que La empresa cuenta con el consentimiento de los usuarios para procesar sus datos con fines de personalización⁹¹⁶.

NOYB criticó a Google LLC por obligar a los usuarios de dispositivos móviles Android a aceptar la política de privacidad y los términos y condiciones generales de sus servicios, en caso de que no pudieran utilizar su dispositivo. En cuanto a LQDN consideró que, independientemente del terminal utilizado, la empresa *Mountain View* no tenía bases legales válidas para implementar el procesamiento de datos personales con fines de análisis. Orientación comportamental y publicitaria. La CNIL rechazó las quejas de inadmisibilidad de estas reclamaciones, pero antes de pronunciarse sobre el fondo, tenía que confirmar su jurisdicción.

la CNIL remitió las reclamaciones a sus contrapartes europeas para determinar si alguna de ellas era competente como autoridad de control principal. El RGPD introduce un mecanismo de "ventanilla única"⁹¹⁷. Permite que la organización encuestada tenga como único interlocutor la autoridad supervisora del estado donde se encuentra su sede principal de negocios⁹¹⁸.

Sin embargo, Los intercambios bajo este procedimiento no establecieron que Google tenía un lugar principal de negocios en la Unión Europea. Sin embargo, la compañía reclamó específicamente esta calificación para su entidad irlandesa. Por lo tanto, se requiere entrenamiento restringido para aclarar la noción. Se basó en la definición dada por el RGPD leído a la luz de las directrices del Consejo Europeo de Protección de Datos⁹¹⁹. Consideró que el estado de establecimiento principal presuponía el ejercicio efectivo y real de "actividades de gestión que determinan las decisiones principales en cuanto a los fines y medios del procesamiento". Esta evaluación se realiza "inconcreto, con respecto a criterios objetivos". Añadió que "las conclusiones no pueden basarse únicamente en las declaraciones de la organización". Luego el entrenamiento restringido examinó los elementos invocados por Google. Demostraron la participación de su entidad irlandesa en sus diversas actividades (financiera, contable, venta de espacios publicitarios, contratación, número de empleados, etc.). No confirmaron que tenía poder de decisión sobre los tratamientos cubiertos por la política de privacidad presentada al usuario al crear su cuenta⁹²⁰.

En ausencia de un establecimiento principal que permitiera la identificación de una autoridad líder, la CNIL pudo conservar su competencia⁹²¹.

5.1.2. *Legislación Alemana*^[11]_{SEP}

Así, en, en los últimos sesenta años, los altos tribunales, tanto el Supremo como el Constitucional, han incluido observaciones comparativas en varias de sus sentencias y han recurrido a doctrinas, leyes y resoluciones judiciales de otros países para ayudar a resolver una cuestión planteada en la jurisdicción propia. En este sentido, y a modo de

⁹¹⁶ Expansión: "Francia multa con 50 millones a Google por infringir las normas de protección de datos", EP MADRID, 22/01/2019. Disponible en: <http://www.expansion.com/economia-digital/companias/2019/01/21/5c45f2e2ca4741444a8b45f1.html>. (Consultada el 22 de febrero de 2019).

⁹¹⁷ Ver el considerando 127 del RGPD.

⁹¹⁸ Art. 56, 1 del RGPD.

⁹¹⁹ Art. 4, 16 y considerado 36 del RGPD.

⁹²⁰ MAXIMIN NATHALIE, "Application du RGPD par la CNIL : précisions et amende record pour Google", *Dalloz actualité*, 28 janvier 2019.

⁹²¹ Art. 56.2 de RGPD.

ejemplo, una sentencia del Tribunal Constitucional de 2008 que se pronunciaba sobre la prohibición penal del incesto entre hermanos, contenía un exhaustivo informe, encargado al Instituto *Max Plank*, acerca de cómo las leyes y jurisprudencia de otros veinte países habían tratado la misma cuestión.

Por el contrario, podría citarse sin embargo la STEDH 7 de febrero de 2012, caso *Carolina de Mónaco v Alemania*, en el que no se considera afectado el derecho a la propia imagen ni de Carolina de Mónaco ni de su entonces marido Ernst Von Hannover, porque unos periodistas alemanes publicasen tres fotografías suyas durante sus vacaciones invernales en *St Moritz* en 2002 y 2003 y *Zürs an Arlberg* en 2004, donde se distingue a las personas privadas de las públicas, incluyendo entre estas últimas, además de a los políticos —criminales, deportistas, actores—, que disfrutaban de una notoria proyección siguiendo en este punto el cuestionable criterio del TS alemán, para quien «la libertad de expresión también comprende los reportajes de entretenimiento», como si entretener fuese equiparable a formar opinión o criticar a los personajes públicos⁹²².

En 2013⁹²³, se aprobó en Alemania una ley similar a la española sobre Google y la indexación de noticias, para obligar al buscador a negociar con los editores una contraprestación a la publicación de contenidos. La batalla se enconó y tras la puesta en vigor de la medida, Google decidió dejar de incluir en *Google News* las noticias de los medios que exigían un pago por sus contenidos, en concreto, un once por cien de sus beneficios. La razón estuvo en que, en sólo unas semanas, la editorial perdió el ochenta por cien de las visitas a sus *webs*, entre ellas algunas de las más visitadas de Alemania, como *Bild*, *Die Welt* o *Autobild*.

En este contexto, son de valiosa importancia las denuncias por infracciones al derecho a la competencia contra Google presentadas hace cuatro años por diversas asociaciones de editoriales es europeas y compañías de Internet ante la CE en Bruselas. Google es un ejemplo claro de una compañía con posición dominante en el mercado. Con un setenta por cien de la cuota del mercado mundial, Google define la infraestructura de la Internet.

La participación de Google en el mercado alemán de la publicidad en línea está aumentando año tras año y actualmente ronda el sesenta por cien. A modo de comparación: El diario *Bild*, al que la Oficina Alemana de Cárteles consideró una empresa con posición dominante en el mercado durante décadas.

En otro asunto de *Wintersteiger*, el Tribunal entra a valorar la infracción de un derecho de marca supuestamente vulnerada a través de la inclusión de una palabra clave en el buscador de Google de un país extranjero⁹²⁴. Así, la empresa *Products 4U* había reservado la palabra clave (*AdWord*) *Wintersteiger* en el sistema de anuncios de «google.de» (no en «google.au») ⁹²⁵. Como consecuencia de esta inscripción, el

⁹²² NATALIA DEL, B., “Cosmopolitismo jurídico: Hacia un nuevo Derecho Comparado”, *Actualidad Civil*, núm. 1, enero 2015, ed. la Ley.

⁹²³ DÖPFNER MATHIAS, “Un fallo de cálculo que costó millones. La historia del gigante alemán que terminó de rodillas ante Google El caso alemán es el más paradigmático de la guerra entre algunos medios y Google. Se aprobó una norma similar, pero el tiro salió por la culata”, 11 de diciembre de 2014. Disponible en: <http://tallerdedatos.com.ar/wp-content/uploads/2016/07/Dopfner-Google-Carta-abierta-a-eric-schmidt.pdf>. (Consultada el 7 de mayo de 2015).

⁹²⁴ STS TJUE de 19 de abril de 2012, asunto C-523/10 (La Ley 40131/2012), *Wintersteiger AG* contra *Products 4U Sondermaschinenbau GmbH* (ECLI: EU: C: 2012:220).

⁹²⁵ La empresa «Products 4U» (domiciliada en Alemania) se dedicaba al desarrollo y distribución de máquinas para la puesta a punto de esquís y tablas de snowboard así como a la venta de accesorios para máquinas de otros fabricante, en particular para las de la empresa «*Wintersteiger*». La empresa

internauta que escribía la palabra clave *Wintersteiger* en el motor de búsqueda de «google.de» obtenía un enlace tanto al sitio de Internet de *Wintersteiger* como a un anuncio de la empresa austríaca. Al hacer clic en el anuncio sobre los accesorios para talleres de reparación de esquís, el usuario era dirigido a la oferta de los accesorios *Wintersteiger* de la empresa austríaca. Por ello, la empresa austríaca ejerció una acción inhibitoria solicitando unas medidas cautelares para que la empresa alemana se abstuviese de usar su marca en el motor de búsqueda «google.de»⁹²⁶.

5.2. Los antecedentes jurisprudenciales^[1]_{SEP}

En la sentencia de Google *Spain*, de 13 de mayo de 2014, en las resoluciones de AEPD, que el tratamiento de datos que realizan los motores de búsqueda está sometido a las normas de protección de datos de la UE y que las personas tienen derecho a solicitar, bajo ciertas condiciones, que los enlaces a sus datos personales no figuren en los resultados de una búsqueda en internet realizada por su nombre⁹²⁷.

Según la legislación francesa, ambas disposiciones civiles y penales determinan las formas de violación de la privacidad. En su primer párr., el art.9 del CC Establece que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada". En su párr.2, se proporciona una mayor protección en caso de "invasión de la intimidad de la vida privada."

Adoptada por la misma ley de julio de 1970 las disposiciones del CP relativos a diversas formas de violaciones de privacidad son más precisos. La vulneración se considera un impacto debido a la utilización de determinadas técnicas de investigación o de inteligencia. Así, el art. 226-1 CP castiga el acto de "violar la privacidad de la privacidad de otras personas: 1) Tomando, grabando o transmitiendo, sin el consentimiento de su autor, las palabras pronunciadas a título privado o confidencial; 2) Tomando, grabando o transmitiendo, sin el consentimiento de ésta, la imagen de una persona que se encuentre en un recinto privado. El art. 226-2CP apunta que "el hecho de conservar, dar a conocer o dejar que se conozca por el público o un tercero, o de utilizar de la manera que sea cualquier grabación o documento obtenido mediante alguno de los actos previstos por el art.226-1". El art. 226.8 considera que "el hecho de publicar, por la vía que fuere, un montaje realizado con palabras o imágenes de una persona sin su consentimiento, si no pareciera evidente que se trata de un montaje o si no se hiciera mención expresa de ello".

«*Wintersteiger*», con sede en Austria, fabrica y distribuye en todo el mundo máquinas para la puesta a punto de esquís y tablas de snowboard, con sus piezas de recambio y accesorios.

⁹²⁶ El tribunal de primera instancia consideró que no tenía competencia debido a que no había un vínculo suficiente con Austria, mientras que el tribunal de apelación sí consideró que tenía competencia para dictaminar sobre el asunto. Sin embargo, el tribunal supremo austríaco —Oberster Gerichtshof— suspendió el procedimiento y preguntó al TJUE si los tribunales austríacos podían atribuirse la competencia solo en el supuesto de que el anuncio estuviese en la web con nombre de dominio del foro (au), si podían atribuirse competencia solo por el hecho de que el sitio de Internet pudiese consultarse desde el foro o si, además de la simple consulta en Internet, hacía falta tomar en consideración otros criterios.

⁹²⁷ COBAS COBIELLA, M. E., "Derecho al olvido: de la STJUE de 2014 al Reglamento europeo de Protección de Datos", *Actualidad Civil*, núm. 1, sección Derecho digital/A fondo, enero 2017, ed. Wolters Kluwer .

5.2.1. Caso Google France (STJUE de 23 marzo 2010, C-236/08 y C-238/08)

En los asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial presentadas, con arreglo al art. 234 CE (RCL 1999, 1205 ter) , por la *Cour de cassation* (Francia), mediante resoluciones de 20 de mayo de 2008, recibidas en el Tribunal de Justicia el 3 de junio de 2008, en los procedimientos entre *Google France SARL* , *Google Inc.* y *Louis Vuitton Malletier S.A* (asunto C-236/08), *Google France SARL* y *Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL* , *Pierre-Alexis Thonet* , *Bruno Raboin* , *Tiger SARL* (asunto C-238/08), y el TJUE ha entendido que para que las normas de exclusión de responsabilidad sean aplicables, el prestador debe superar un umbral previo, consistente en que su actividad sea de carácter neutro, esto es, meramente técnica, automática y pasiva, de tal modo que no tenga ni conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada. Entiende el TJUE que sólo en tales casos entrarán en juego dichas normas y se podrá valorar si cumple o no los requisitos específicos establecidos en ellas (STJUE de 23 marzo 2010, "*Google France*", ap. 113-114).

Es claro, pues, que el criterio de neutralidad que aparece en la sentencia "*Google France*" y se reitera en otras posteriores, no puede ser objeto de una interpretación literal que deje fuera del ámbito de las reglas de exclusión a los prestadores que puedan obtener conocimiento o control de los contenidos intermediados. Por lo demás, el propio TJUE, al aplicar ese criterio a casos concretos, muestra que no está dando a los términos "conocimiento y control" su sentido común o vulgar, sino más bien el sentido de participación o intervención específica del prestador en la creación del contenido (vid. p. ej. STJUE de 23 marzo 2010, "*Google France*", ap. 116 ss.; STJUE 12 julio 2011, "*L'Oréal*", ap. 115 ss.)

El TJUE acoge con satisfacción una interpretación amplia del alcance del art. 14 de la Directiva 2000/31. Por ejemplo, en el caso de "*Google France*", entiende que el motor de búsqueda de Google proporciona un servicio de alojamiento de datos en relación con los anuncios que se muestran junto a los resultados de búsqueda. Se trata del servicio *AdWords*, mediante el cual un anunciante paga para que, cuando un usuario introduzca una determinada palabra como criterio de búsqueda, aparezca su anuncio junto a los resultados. El TJUE entiende que, con este mecanismo, Google lleva a cabo un servicio de alojamiento del anuncio, ya que, en último término, ha sido el anunciante el que ha solicitado que el texto del anuncio se incluya en la página de resultados. Así pues, si resulta que el contenido del anuncio es de carácter ilícito, Google podrá beneficiarse de la exclusión de responsabilidad si cumple con las condiciones requeridas.

El TJUE confirma el alcance meramente excluyente (no atributivo) de responsabilidad que tienen los preceptos de la Directiva, al que ya hemos hecho referencia. Así, por ejemplo, en "*Google France*" el TJUE señala que los arts. 12 a 15 de la Directiva 2000/31 pretenden "restringir los casos en los que, conforme al Derecho nacional aplicable en la materia, puede generarse la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. Por tanto, los requisitos para que se declare la existencia de esta responsabilidad se encuentran en el Derecho nacional, en el bien entendido de que, conforme a la sección 4 de la misma Directiva, algunos supuestos no dan lugar a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios"⁹²⁸.

⁹²⁸ STJUE de 23 marzo 2010, "*Google France*", En los asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08, apdo. 107.

En un asunto C-179/15⁹²⁹, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el *Fővárosi Törvényszék* (Tribunal de Budapest, Hungría), mediante resolución de 3 de abril de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 21 de abril de 2015, en el procedimiento entre *Daimler AG y Együd Garage Gépjárműjavító és Értékesítő Kft.*;

Los antiguos talleres autorizados de *Daimler* no son responsables de los anuncios que continúan asociando sus nombres a la marca *Mercedes-Benz* en Internet pese a los esfuerzos de dichos talleres para que sean eliminados⁹³⁰.

La inclusión de las palabras clave «*együd*» y «*garage*» en el motor de búsqueda de Google conducía a una lista de resultados en los que aparecían tales anuncios, cuya primera línea de texto, que funcionaba como un enlace, calificaba a *Együd Garage* de «taller autorizado *Mercedes-Benz*»⁹³¹.

Con arreglo al art.5, apdo.1, letra a)⁹³², de la Directiva 2008/95⁹³³, el titular de la marca está facultado para prohibir el uso por un tercero, sin su consentimiento, de un signo idéntico a dicha marca, cuando ese uso tiene lugar en el tráfico económico, se realiza para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca está registrada y menoscaba o puede menoscabar las funciones de la marca, entre las cuales no sólo figura la función esencial de la marca, consistente en garantizar a los consumidores la procedencia del producto o del servicio (en lo sucesivo, «función de indicación de procedencia»), sino también sus demás funciones, como, en particular, la consistente en garantizar la calidad de ese bien o de ese servicio, o las de comunicación, inversión o publicidad (Ver, en este sentido, las sentencias *L'Oréal* y otros, C-487/07, EU:C:2009:378, apdo. 58; *Google France* y *Google*, C-236/08 a C-238/08, EU:C:2010:159, apdo. 49, 77 y 79, e *Interflora e Interflora British Unit*, C-323/09, EU:C:2011:604, apdo.38).

Aunque la publicación en un sitio de Internet de referenciación de un anuncio publicitario que menciona una marca ajena es imputable al anunciante que ha encargado ese anuncio y bajo cuyas instrucciones ha actuado el operador del sitio, como prestador del servicio (Ver, por analogía, las sentencias *Google France* y *Google*, C-236/08 a C-238/08, EU:C:2010:159, apartados 51 y 52, y *Frisdranken Industrie Winters*, C-119/10, EU:C:2011:837, apdo. 36), no cabe, por el contrario, imputar a ese anunciante actos u omisiones del prestador que, deliberadamente o por negligencia, desatiende las instrucciones expresas de dicho anunciante dirigidas, precisamente, a evitar ese uso de la marca. Así, cuando dicho prestador se abstiene de dar cumplimiento a la solicitud del anunciante de suprimir el anuncio en cuestión o la mención de la

⁹²⁹ Asunto C-179/15, TJ, rec. C-179/15, de 3 de marzo de 2016.

⁹³⁰ ILESIC, M., “Uso no autorizado de marca publicada en anuncios en línea sin el conocimiento ni el consentimiento del tercero o mantenidos en línea pese a la oposición de éste TJ Sala Segunda, S 3 Marzo 2016”, *La Ley Unión Europea*, ISSN-e 2255-551X, núm. 36, 2016, p2.

⁹³¹ STJ, (sala segunda), de 3 de marzo de 2016. Asunto C- 179/15.

⁹³² Derechos conferidos por la marca 1. La marca registrada confiere a su titular un derecho exclusivo. El titular estará facultado para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico: a) de cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada.

⁹³³ Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. De 8 de noviembre de 2008. DOUE L 299/25.

marca incluida en él, la aparición de esa mención en el sitio de Internet de referencia no puede considerarse un uso de la marca por parte del anunciante.

En lo que afecta a la estructura del art. 5 de la Directiva 2008/95, es preciso señalar que ese art. 5, apdo. 3⁹³⁴, que enumera de forma no exhaustiva los tipos de uso que el titular de la marca puede prohibir (Ver la sentencia *Google France y Google*, C-236/08 a C-238/08, EU:C:2010:159, apdo. 65 y jurisprudencia citada), menciona exclusivamente comportamientos activos por parte del tercero, tales como «poner» el signo en los productos y en su presentación o «utilizar» el signo en los documentos mercantiles y la publicidad, «ofrecer» los productos, «comercializarlos», «almacenarlos» con dichos fines, «importar» o «exportar» los productos, así como «ofrecer» o «prestar» servicios con ese signo.

En conclusión, el Tribunal de Justicia (sala segunda)⁹³⁵ declara que en el sentido de que un tercero, que se menciona en un anuncio publicado en un sitio de Internet, que contiene un signo idéntico o similar a una marca de tal modo que puede causar la impresión de que existe una relación comercial entre él y el titular de la marca, no hace un uso de ese signo que pueda ser prohibido por dicho titular en virtud de esa disposición, cuando el anuncio no haya sido puesto en Internet por ese tercero ni por su cuenta o, en el caso de que el anuncio haya sido puesto por ese tercero o por su cuenta con el consentimiento del titular, cuando ese tercero haya exigido al operador del sitio de Internet al que le encargó el anuncio que suprima dicho anuncio o la mención de la marca incluida en él.

Recientemente, según una sentencia⁹³⁶ recurrida, que, Sr. MX. Criticando a la empresa *Google Inc.* por explotar, sin su consentimiento, datos personales sobre él, a través del motor de búsqueda *Google.fr*, se ha incautado el juez de remitió, según el art. 809 del CPC ⁹³⁷, el cese de estos actos que constituyen, según él, un desorden manifiestamente ilícito;

Después de haber ordenado a la empresa *Google Inc.* que elimine los enlaces que conducen, durante las operaciones de búsqueda en el motor *Google.fr* incluido el nombre y el nombre de MX., con las dos direcciones especificadas en su dispositivo, el Tribunal ordena a esta empresa que elimine los enlaces que conducen, al buscar en las mismas condiciones, a cualquier *URL* identificada e informada por MX. Que viole su privacidad, dentro de los siete días posteriores a la recepción de este informe.

Mediante una decisión de 21 de mayo de 2015, el presidente de la Comisión Nacional Informática y Libertades (CNIL) ha notificado a la empresa *Google Inc.*, cuando concedió una petición de una persona física que tendía a la supresión de la lista de resultados, indicada tras una investigación efectuada a partir de su nombre, de

⁹³⁴ Art. 5, apdo. 3. Podrá en especial prohibirse, cuando se cumplan las condiciones anunciadas en los apartados 1 y 2: a) poner el signo en los productos o en su presentación; b) ofrecer productos, comercializarlos o almacenarlos con dichos fines y ofrecer o prestar servicios con el signo; c) importar productos o exportarlos con el signo; d) utilizar el signo en los documentos mercantiles y la publicidad.

⁹³⁵ STJ, (sala segunda), de 3 de marzo de 2016. Asunto C- 179/15.

⁹³⁶ Cour de cassation – première chambre civile – 14 de février de 2018 – núm. 17-10.499.

⁹³⁷ Art. 809 (Art. 8 del Decreto núm. 85-1330 de 17 de diciembre de 1985, Boletín Oficial de 18 de diciembre de 1985) (Art. 1 del Decreto núm. 87-434 de 17 de junio de 1987, Boletín Oficial de 23 de junio de 1987) Aunque existan motivos fundados para oponerse a ellas, el tribunal podrá siempre decretar por los cauces del référé las medidas cautelares necesarias para prevenir un daño inminente o para lograr la cesación de una perturbación manifiestamente ilícita. En caso de que no existan motivos fundados para discutir la existencia de la obligación, podrá decretar que se pague al acreedor una cantidad a cuenta de lo que se le debe, o bien ordenar que se cumpla la obligación, incluso si se trata de una obligación de hacer.

vínculos llevando hacia páginas Internet, de aplicar esta supresión sobre todas las extensiones de nombre de ámbito de su motor de búsqueda. En una deliberación del 10 de marzo de 2016, después de haber constatado que la sociedad, en el plazo no se había asignado, se había ajustado a este emplazamiento, la formación de CNIL pronunció a su contra una sanción, hecha pública, de cien mil euros. La sociedad Google Inc. demanda la anulación de esta deliberación⁹³⁸.

Asimismo, con fecha del 25 de noviembre de 2015 y el 13 de enero de 2016, el Sr. R. demandó a las compañías de Google y *Yahoo* en el Tribunal de Gran Instancia de *Nanterre* sobre la base de los arts. 9⁹³⁹ y 1382⁹⁴⁰ del CC y el derecho al olvido otorgada por el Reglamento europeo, en principio, para ordenar a las compañías de Google y *Yahoo* que eliminen todos los comentarios y referencias vinculados a ella en Internet y que estas dos compañías sean conjunta y solidariamente pagarle treinta mil euros en daños. El Sr. R. testificó durante el juicio que siguió a los acontecimientos del municipio de *Villiers Bel* actual en 2007 y crítica a los motores de búsqueda tales como *Yahoo* y Google que los artículos siempre aparecen cuando la solicitud Sr. R. es ingresado por el usuario.

Consideró que las solicitudes hechas a la visa de los arts. 9 y 1382 del código civil en las asignaciones luego los artículos 1240⁹⁴¹ y 1241⁹⁴² del mismo código, en su versión vigente el 1 de octubre de 2016, y de la jurisprudencia del TJUE de 13 de mayo de 2014 (*Google Spain*) en sus conclusiones en respuesta a un incidente, tiende a castigar las observaciones difamatorias que afectan su honor y su consideración y, por lo tanto, que la acción iniciada entra dentro de las disposiciones de la Ley del 29 de julio de 1881 y no los de los artículos del código civil mencionados anteriormente.⁹⁴³

El Derecho al olvido de referencias de la Directiva mediante la llamada decisión de Google *Spain* tiene un alcance bastante limitado. Por un lado, no implica la eliminación del contenido, los datos personales que el solicitante deplora la presencia en Internet deben permanecer en el sitio de origen, que seguirá siendo plenamente accesible ingresando su *URL*, es decir, que es solo el acceso a este contenido por palabra clave que se eliminará. Por otro lado, solo se trata de un acceso por palabra clave: solo se borrará la correlación entre el nombre y el apellido de la persona, por un lado, y la información personal del otro lado, porque es a partir de esta correlación, permitida por el motor, que nace la invasión adicional de la privacidad atribuible a este último. Además, la ruta solo se borra en los buscadores que el interesado haya solicitado, la misma solicitud puede continuar, a pesar de la indexación en uno de los motores, para enviar a través de otros a los contenidos personal⁹⁴⁴.

⁹³⁸ Conseil d'État, (10ème et 9ème chambres réunies) arrêt du 19 juillet 2017 núm. 399922 societe Google Inc. /c CNIL.

⁹³⁹ Art. 9 (Ley núm. 70-643 de 17 de julio de 1970 art. 22 Diario Oficial de 19 de julio de 1970): Cada uno tiene derecho a que se respete su vida privada. Sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, los jueces podrán prescribir toda clase de medidas tales como secuestro, embargo y demás, propias para impedir o cesar un ataque a la intimidad de la vida privada; en caso de necesidad estas medidas podrán ordenarse por procedimiento de urgencia.

⁹⁴⁰ Art. 1382: Cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo.

⁹⁴¹ Art. 1240: El pago efectuado de buena fe a la persona que estuviese en posesión del crédito será válido aunque el poseedor perdiese posteriormente su derecho sobre el mismo en virtud de evicción.

⁹⁴² Art. 1241: El pago efectuado al acreedor no será válido cuando este no gozase de capacidad para recibirlo, a menos que el deudor demuestre que la cosa pagada revirtió en beneficio del acreedor.

⁹⁴³ Cour d'appel de Versailles chambre 01 section 01, de 8 de décembre de 2017, núm. 17/03615.

⁹⁴⁴ BRETONNEAU, A., "Le droit au « déréférencement » et la directive sur la protection des données personnelles", *Revue Française de Droit Administratif*, 2017 p. 535.

5.2.2. Caso Google Italia (resolución núm. 1589209)

En el asunto C-322/15⁹⁴⁵, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia), mediante resolución de 22 de abril de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de junio de 2015, en el procedimiento entre *Google Ireland Limited*, *Google Italy Srl* y *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*.

La petición de esta decisión, tiene por objeto la interpretación del art. 56 del TFUE, que se ha presentado en el contexto de un litigio entre *Google Ireland Limited* y *Google Italy Srl*, por una parte, y *la Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni* (Autoridad para la Garantía de las Comunicaciones; en lo sucesivo, «AGCOM»), por otra, en relación con la decisión de esta última de extender a las empresas de publicidad que negocian espacios publicitarios en Internet y a las sociedades cuyo domicilio social se halla en el extranjero la obligación de presentar una declaración económica sistemática (en lo sucesivo, «IES»).

Así, Conforme al art. 53, apdo. 2, del Reglamento de Procedimiento⁹⁴⁶, cuando el Tribunal de Justicia sea manifiestamente incompetente para conocer de un asunto o cuando una petición o demanda sea manifiestamente inadmisibile, podrá decidir en cualquier momento, tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado, sin continuar el procedimiento.

El Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Se opone el art 56 TFUE⁹⁴⁷ a la aplicación de la decisión núm. 397/13/CONS de la AGCOM y de las disposiciones de la normativa nacional que guardan relación con ella tal como las interpreta esa Autoridad, que exigen una [IES] compleja (que debe redactarse imperativamente conforme a las normas de contabilidad italianas) relativa a los servicios ofrecidos a los consumidores italianos, con la finalidad de proteger la competencia, pero vinculadas necesariamente a las otras funciones institucionales, diferentes y más limitadas, que esa misma Autoridad ejerce para proteger el pluralismo en el sector en cuestión, imponiéndose tal obligación de declaración a operadores que sin embargo no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la normativa nacional reguladora de ese sector [Texto único de los servicios de comunicación audiovisual y radiofónica], y más concretamente, en el caso de autos, a un operador nacional que presta servicios únicamente a una sociedad irlandesa del mismo grupo y a esta última, a saber, un operador cuyo domicilio social no se halla en el territorio nacional ni ejerce en

⁹⁴⁵ Asunto C- 322/15, TJ (sala cuarta), de 8 de septiembre de 2016.

⁹⁴⁶ Reglamento de Procedimiento del TJ, de 25 de septiembre de 2012 (DOUE L 265 de 29.9.2012), en su versión modificada el 18 de junio de 2013 (DOUE L 173 de 26.6.2013, p. 65) y el 19 de julio de 2016 (DO L 217 de 12.8.2016, p. 69), Art.53: Modos de tramitar los asuntos, 2. Cuando el Tribunal sea manifiestamente incompetente para conocer de un asunto o cuando una petición o demanda sea manifiestamente inadmisibile, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado, sin continuar el procedimiento.

⁹⁴⁷ Art. 57 del TFUE: En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Unión.

él actividad alguna con trabajadores?, de otro modo, ¿constituye ello una medida restrictiva de la libre prestación de servicios dentro de la UE contraria al art. 56 TFUE?».

En consecuencia, el Tribunal de Justicia (sala cuarta) declara que La petición de decisión prejudicial planteada por el *Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio* (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia), mediante resolución de 22 de abril de 2015, es manifiestamente inadmisibile.

6. LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA.

Uno de los ejes fundamentales de la regulación del tratamiento automatizado de datos personales es el que ha venido en llamarse "principio de calidad de los datos". Los datos deber ser exactos, adecuados, pertinentes y proporcionados a los fines para los que han sido recogidos y tratados. El art. 4 de la LOPD, al desarrollar tanto el art. 18.4 de la Constitución, como las normas del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa y el Reglamento 2016/679 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, exige que los datos personales recogidos para su tratamiento sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido, exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado, y prohíbe que sean usados para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos⁹⁴⁸.

El Tribunal Constitucional⁹⁴⁹ ha declarado la especial importancia que en la interpretación del art. 18.4 Constitución tiene el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Conforme al art. 10.2 CE⁹⁵⁰, las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce deben interpretarse conforme a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

La legislación europea también ha otorgado gran importancia a la protección de datos de carácter personal y a los derechos de los ciudadanos con respecto a esta cuestión, en la medida en que el art. 8⁹⁵¹ de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LA LEY 12415/2007) reconoce como fundamental el derecho a la protección de los datos de carácter personal. A diferencia de la mayoría de lo que ocurre con los derechos fundamentales contenidos en tal carta, el legislador constituyente comunitario no se ha limitado a mencionar el derecho, sino que ha declarado en el

⁹⁴⁸ TS, sala primera, de lo Civil, STS 174/2018 de 23 de marzo de 2018, rec. 3166/2017.

⁹⁴⁹ AP de Barcelona, sección 17.ª, STS 124/2018 de 5 de febrero de 2018, rec. 457/2017.

⁹⁵⁰ Art. 10.2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos (La Ley 22/1948) y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

⁹⁵¹ Art. 8: Protección de datos de carácter personal: 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la Ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

precepto su contenido esencial, cuando se estableció en el párr. 2: «estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación».

Según la Directiva 2002/58/CE de 12 de julio 2002 ⁹⁵²(LA LEY 9590/2002) que en su considerando seise (6) (LA LEY 9590/2002) disponía “*Internet está revolucionando las estructuras tradicionales del mercado al aportar una infraestructura común mundial para la prestación de una amplia gama de servicios de comunicaciones electrónicas. Los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público a través de Internet introducen nuevas posibilidades para los usuarios, pero también nuevos riesgos para sus datos personales y su intimidad*”. Añadiendo el considerando siete (7) (LA LEY 9590/2002): “*En el caso de las redes públicas de comunicación, deben elaborarse disposiciones legales, reglamentarias y técnicas específicas con objeto de proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y los intereses legítimos de las personas jurídicas, en particular frente a la creciente capacidad de almacenamiento y tratamiento informático de datos relativos a abonados y usuarios*”.

La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental. Los principios y normas relativos a la protección de las personas con respecto al tratamiento de sus datos de carácter personal deben respetar, independientemente de la nacionalidad o el lugar de residencia de las personas físicas, en particular el derecho a la protección de los datos de carácter personal.

El Reglamento General para la Protección de Datos de la UE establece normas relativas a la protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de datos personales. Su finalidad es proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales. La libre circulación de datos personales en la Unión no puede restringirse ni prohibirse por motivos relacionados con la protección respecto al tratamiento de datos personales. Con la nueva versión, se ha eliminado la posibilidad que aparecía en el texto de junio donde los Estados miembros podían mantener o introducir disposiciones más específicas para adaptar la aplicación de las normas del Reglamento⁹⁵³.

La aplicabilidad directa de un Reglamento, de conformidad con el art. 288 del TFUE, reducirá la fragmentación jurídica y ofrecerá una mayor seguridad jurídica mediante la introducción de un conjunto armonizado de normas básicas, la mejora de la protección de los derechos fundamentales de las personas y la contribución al funcionamiento del mercado interior. Además, fue necesario actualizar una normativa que viene de 1995 que corresponde a la situación actual con las llamadas nuevas tecnologías⁹⁵⁴.

⁹⁵² Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

⁹⁵³ BOTANA, G. A., “Reglamento General para la Protección de Datos de la Unión Europea”, *Actualidad Civil*, núm. 1, enero 2016, ed. Wolters Kluwer .

⁹⁵⁴ SERRANO CHAMORRO, M^a. E., Protección de datos personales: información, consentimiento y transparencia. Nuevas exigencias jurídicas comunitarias”, *Actualidad Civil*, núm. 5, sección persona y derechos/A fondo, mayo 2017, ed. Wolters Kluwer .

La sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2011 ⁹⁵⁵ (dictada en una cuestión prejudicial planteada por el TS respecto a la adecuación o no al derecho comunitario del art. 10.2.b) del RDLOPD), con la contenida en el art. 7.f) de la Directiva 95/46/CE , dotado según esa sentencia de efecto directo, y que prescribe que “ Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si (...) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apdo. 1 del art. 1 de la presente Directiva”.

Dicho precepto deberá ser tomado directamente en cuenta en la aplicación de la normativa de protección de datos de carácter personal por los Estados Miembros, y en consecuencia por esta AEPD, dado que como señala el TS en su sentencia de 8 de febrero de 2012 “produce efectos jurídicos inmediatos sin necesidad de normas nacionales para su aplicación, y que por ello puede hacerse valer ante las autoridades administrativas y judiciales cuando se observe su trasgresión”.

7. CONCLUSION SOBRE DERECHOAL OLVIDO

El derecho al olvido digital podría definirse como el derecho que tienen las personas físicas cuyos motores de búsqueda de páginas *web* han accedido a los datos en internet, de modo que estos datos desaparezcan de los buscadores para que ya no resulte viable continuar buscando informaciones antiguas y/o desactualizadas que después de un período de tiempo de existencia en la red, se considera justificado que la persona interesada solicite su desaparición. En otras palabras, sería el derecho a solicitar la cancelación, en algunos casos, de los datos personales que circulen en internet. Sin embargo, este derecho al olvido no encuentra en la legislación española una denominación como tal. Por lo tanto, este derecho sería una especificación y concreción de los derechos tradicionales de supresión en materia de protección de datos personales. En otras palabras, el derecho al olvido sería una variante de los llamados derechos «ARCO» (acceso, rectificación, cancelación y oposición) de la legislación sobre protección de datos contenida en los arts. 15 y siguientes de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD)⁹⁵⁶.

El problema del derecho al olvido, de su difícil consideración y de su control por parte del titular de los datos, es en el caso de la red Internet. Los motores de búsqueda en la red, con accesos indirectos y distantes de su almacenamiento de origen, imposibilitan en gran medida este derecho al olvido⁹⁵⁷.

⁹⁵⁵ Resolución administrativa, Procedimientos de Apercebimiento. Núm. Expe. A/00190/2016, de 4 de noviembre de 2016. Disponible en:

<http://www.tirantonline.com/tol/documento/show/5892162?general=La+regulaci%C3%B3n+jur%C3%A4Dica+del+tratamiento+de+datos+personales+en+los+pa%C3%ADses+de+la+Uni%C3%B3n+Europea&searchtype=substring&index=25>. (Consultada el 27 de enero de 2017).

⁹⁵⁶ SELIGRAT GONZÁLEZ, V. M., “El «derecho al olvido digital». Problemas de configuración jurídica y derivados de su incumplimiento a la vista de la STS de 15 de octubre de 2015”, *Actualidad Civil*, núm. 12, diciembre 2015, ed. Wolters Kluwer .

⁹⁵⁷ DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., “A vueltas con el derecho al olvido”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 6, sección zona local/nuevas tecnologías, Quincena del 30 Mar. al 14 Abr. 2015. Ref. 747/2015, p. 747. Ed. Wolters Kluwer.

Google *Spain* marcó un punto de inflexión en la evolución del sistema de protección de derechos fundamentales de la UE, y ha logrado dar una carta de carácter al derecho al olvido en la UE. Sin embargo, los efectos territoriales remanentes del ejercicio del derecho al olvido, respecto de los cuales no se ha decidido dicha decisión, quedan por resolver, entre otras cuestiones.

El llamado derecho al olvido digital es una variante del derecho de cancelación de los datos proporcionados en la LOPD (LA LEY 4633/1999). No obstante, es un derecho de reconocimiento reciente y que necesita ser aclarado. En ausencia de desarrollo legislativo esta tarea corresponderá a los tribunales, que deberán realizar un análisis casuístico para determinar cuándo los datos han perdido la finalidad legítima con la que inicialmente fueron recogido y tratados.

A fin de que prospere el ejercicio derecho al olvido digital, es necesario respetar el requisito de que los datos inicialmente recogidos con una finalidad legítima hayan perdido la misma, en atención a que no cumplan con el requisito de calidad de los datos del art. 4 de la LOPD⁹⁵⁸ (LA LEY 4633/1999).

Mediante una sentencia⁹⁵⁹, la representación procesal de la mercantil Google *Inc.* ha preparado contra la misma recurso de casación, exponiendo en su escrito -elaborado con arreglo a lo dispuesto en el art. 89⁹⁶⁰ de la Ley 29/1998, de 13 de julio,

⁹⁵⁸ Art. 4. Calidad de los datos: 1. Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido. 2. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos. 3. Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado. 4. Si los datos de carácter personal registrados resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificadas o completados, sin perjuicio de las facultades que a los afectados reconoce el art. 16. 5. Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados. Reglamentariamente se determinará el procedimiento por el que, por excepción, atendidos los valores históricos, estadísticos o científicos de acuerdo con la legislación específica, se decida el mantenimiento íntegro de determinados datos. 6. Los datos de carácter personal serán almacenados de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso, salvo que sean legalmente cancelados. 7. Se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.

⁹⁵⁹ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, auto de 7 de febrero de 2018, rec. 5579/2017.

⁹⁶⁰ Art.89: 1. El recurso de casación se preparará ante la sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido. 2. El escrito de preparación deberá, en apartados separados que se encabezarán con un epígrafe expresivo de aquello de lo que tratan: a) Acreditar el cumplimiento de los requisitos reglados en orden al plazo, la legitimación y la recurribilidad de la resolución que se impugna. b) Identificar con precisión las normas o la jurisprudencia que se consideran infringidas, justificando que fueron alegadas en el proceso, o tomadas en consideración por la sala de instancia, o que ésta hubiera debido observarlas aun sin ser alegadas. c) Acreditar, si la infracción imputada lo es de normas o de jurisprudencia relativas a los actos o garantías procesales que produjo indefensión, que se pidió la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello. d) Justificar que la o las infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución que se pretende recurrir. e) Justificar, en el caso de que ésta hubiera sido dictada por la sala de lo Contencioso-administrativo de un TSJ, que la norma supuestamente infringida forma parte del Derecho estatal o del de la UE. f) Especialmente, fundamentar con singular referencia al caso, que concurren alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo anterior, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de

reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA) en su redacción aplicable dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial - que la sentencia impugnada infringe el art. 20.1 a) y d)⁹⁶¹ CE (LA LEY 2500/1978) en relación con el art. 10 CEDH, el art. 11⁹⁶² CDFUE, el art. 19⁹⁶³ de la DUDH, el art. 19.2⁹⁶⁴ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Instrumento de Ratificación de España de 13 de abril de 1977(en adelante PIDCP), así como el art. 6.4 de LOPD en relación, éste último, con el art. 9.2 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas respecto del tratamiento automatizado de datos y el Reglamento 2016/679. El art. 17.3 a)⁹⁶⁵ del citado Reglamento establece que el derecho de supresión (derecho al olvido) no se aplicará cuando el tratamiento sea necesario para ejercer el derecho a la libertad de información y de expresión.

La sentencia recurrida, en lo que aquí interesa, rechaza el recurso presentada por Google *Inc.* contra la resolución de la AEPD que le ordena bloquear la información que, en relación con el denunciante, el Tribunal declara prevalecer el derecho a la protección de los datos de carácter personal (derecho al olvido) del reclamante ante la AEPD. En su conclusión, el hecho de que la información contenida en los enlaces mencionados anteriormente no cumple con el requisito de la veracidad, pues se trata de una información inexacta.

El derecho al olvido digital puede resultar en la necesidad de imponer una responsabilidad civil al sujeto encargado del tratamiento de la base de datos, pero no en

un pronunciamiento de la sala de lo Contencioso-administrativo del TS. 3. Si el escrito de preparación no se presentara en el plazo de treinta días, la sentencia o auto quedará firme, declarándolo así el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto. Contra esta decisión sólo cabrá el recurso directo de revisión regulado en el art. 102 bis de esta Ley. 4. Si, aun presentado en plazo, no cumpliera los requisitos que impone el apdo. 2 de este artículo, la Sala de instancia, mediante auto motivado, tendrá por no preparado el recurso de casación, denegando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones al TS. Contra este auto únicamente podrá interponerse recurso de queja, que se sustanciará en la forma establecida por la LEC. 5. Si se cumplieran los requisitos exigidos por el apdo. 2, dicha sala, mediante auto en el que se motivará suficientemente su concurrencia, tendrá por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante la sala de lo Contencioso-administrativo del TS, así como la remisión a ésta de los autos originales y del expediente administrativo y, si lo entiende oportuno, emitirá opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia, que unirá al oficio de remisión. 6. Contra el auto en que se tenga por preparado el recurso de casación, la parte recurrida no podrá interponer recurso alguno, pero podrá oponerse a su admisión al tiempo de comparecer ante el TS, si lo hiciera dentro del término del emplazamiento.

⁹⁶¹ Art. 20.1, a) y d): 1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. la Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

⁹⁶² Art. 11 Libertad de expresión y de información: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

⁹⁶³ Art. 19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

⁹⁶⁴ Art. 19.2: Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

⁹⁶⁵ Art. 17.3, a) Derecho de supresión («el derecho al olvido») 3. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando el tratamiento sea necesario: a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información.

todo caso. El hecho de que se reconozca que el tratamiento de datos se ha vuelto ilegítimo debido a un incumplimiento del requisito de calidad de los datos no genera automáticamente que proceda una indemnización que repare el honor o la intimidad del interesado. Estos derechos sólo serán violados cuando una vez dicho interesado haya ejercitado su «derecho al olvido» directamente ante el responsable del tratamiento de los datos o indirectamente a través de la AEPD (y dicho órgano haya transferido la solicitud a la persona responsable), de modo que posteriormente vea denegada su solicitud (recibiendo una respuesta expresa del responsable del tratamiento de datos) o pueda entenderla denegada (al haber transcurrido el plazo de diez días que concede la LOPD (LA LEY 4633/1999) para proceder a la cancelación de datos).

En la hipótesis de considerar que el tratamiento de datos ya no cumple con los requisitos de calidad de los datos de manera que procede su cancelación, debe cubrir todas las bases de datos digitales, no sólo aquellas con el mayor acceso para el público. Por tanto, en la sentencia del TS de 15 de octubre de 2015 debería haberse estimado también la cancelación de datos en la base del diario digital y no únicamente a los fines de que los buscadores más conocidos de internet no puedan recopilar tales datos. . Especialmente si se estima que el mantenimiento de tales datos una vez transcurrido el tiempo en el que eran noticia generó un daño para los interesados. De este modo, si se genera un daño con la existencia de estos datos en las bases de los mayores buscadores de internet, también se estará generando un daño si se conservan tales datos en la base del diario digital, a pesar de que el número potencial de visitantes sea menor⁹⁶⁶.

El Reglamento establece normas relativas a la protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de los datos personales y normas sobre la libre circulación de datos personales. Su objetivo es proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales. La libre circulación de datos personales en la Unión no puede restringirse ni prohibirse por razones relacionados con la protección del tratamiento de datos personales. Con la nueva versión, la posibilidad se eliminó en el texto de junio para permitir los Estados miembros podían mantener o introducir disposiciones más específicas para adaptar la aplicación de las normas del Reglamento.

Los principios relacionados con el tratamiento de datos personales deben cumplir los criterios de legalidad, equidad y transparencia, limitación de la finalidad, minimización de los datos, precisión, limitación del almacenamiento, la integridad y la confidencialidad. El responsable del tratamiento será responsable no sólo del cumplimiento de estos principios, sino también de la capacidad de demostrar el cumplimiento. Se ha introducido un nuevo apartado, que indica que los Estados miembros pueden mantener o introducir disposiciones más específicas para adaptar la aplicación de las normas del Reglamento con respecto al tratamiento de datos personales para cumplir una obligación jurídica a la que esté sujeto y para que el tratamiento sea necesario para el desempeño de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento mediante la determinación de requisitos de tratamiento más específicos y otras medidas específicas para garantizar el procesamiento legal y justo, incluso para otras situaciones específicas de tratamiento conforme con las disposiciones del Capítulo IX⁹⁶⁷.

⁹⁶⁶ SELIGRAT GONZÁLEZ, V. M., *op. cit.*, nota 845.

⁹⁶⁷ BOTANA, J. A., “Reglamento General para la Protección de Datos de la Unión Europea”, *Actualidad Civil*, núm. 1, enero 2016, ed. Wolters Kluwer .

CONCLUSIONES

De todo lo dicho anteriormente, pueden extraer las siguientes conclusiones que se exponen seguidamente para analizar este trabajo:

1. El crecimiento de la tecnología en los últimos años ha dado lugar a importantes avances y cambios en todas las áreas. La evolución de Internet ha sido de los grandes cambios y ha influido en nuestras vidas y costumbres, en la forma en que se trata la información. Este espacio se considera como un lugar único donde se intercambia unas grandes cantidades de contenidos que pueden considerarse legales o ilegales de acuerdo con las leyes nacionales y las normativas internacionales. La defensa de la competencia ha sido reconocida como unas limitaciones. De este modo, el derecho de la competencia tiene su origen en la idea de limitar los excesos de la libre competencia.

Como expresa la STS⁹⁶⁸, que "*Internet es una herramienta de información y de comunicación con una enorme capacidad para almacenar y difundir información. Esta red electrónica, que comunica a millones de usuarios por todo el mundo, hace posible que la información sea accesible a millones de usuarios durante un tiempo indefinido. El riesgo de provocar daños en el ejercicio y goce de los derechos fundamentales y las libertades públicas, particularmente el derecho al respeto de la vida privada, que representa el contenido y las comunicaciones en Internet es enorme, y se ve potenciado por la actuación de los motores de búsqueda*".

2. los motores de búsqueda, como partes fundamentales de las webs consideradas como excelentes medios de comunicación y de difusión de contenidos, también se pueden considerarse desde un punto de vista social, cultural o político. El problema que causa inquietud es que Google es el buscador utilizado de forma casi exclusivamente por los ciudadanos de todo el planeta. En el mundo digital los motores de búsqueda no comportan como los medios de comunicación tradicionales (televisión, prensa, cine, etc.). En primer lugar, en el medio digital no existe una limitación previa sobre la cantidad de contenidos que pueden ser publicados; los motores de búsqueda, por otra parte, no son creadores de contenidos, sino que implemente se limitan a proporcionar acceso a los creados por terceros⁹⁶⁹.

La sala de instancia⁹⁷⁰ indica que no hay ninguna duda de que la actividad de un motor de búsqueda como proveedor de contenidos debe calificarse de tratamiento de datos personales, que es el gestor del motor de búsqueda el responsable de dicho tratamiento, que corresponde al gestor del motor de búsqueda adoptar, en su caso, las medidas en aplicación de la LOPD para hacer efectivo el derecho de oposición del afectado, que la normativa europea en materia de protección de datos y, por ende, la legislación del país de la UE donde se encuentra el establecimiento, en este caso en España, es de aplicación cuando "*el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de*

⁹⁶⁸ TS, sala primera, de lo Civil, STS 210/2016 de 5 de abril de 2016, rec. 3269/2014.

⁹⁶⁹ ABADAL, E., y CODINA, L., "La diversidad cultural en Google y los motores de búsqueda: una aproximación conceptual", *El profesional de la información*, vol.17, núm. 2, marzo-abril 2008.

⁹⁷⁰ TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS de 15 marzo de 2016, rec. 804/2015.

espacios publicitarios propuestos por el mencionado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de este Estado miembro".

3. Por el abuso de posición dominante y la aplicación del art. 101 y 102 del TFUE, los procedimientos contra las empresas que participan en prácticas anticompetitivas pueden llevar a resultados muy diferentes en los distintos Estados miembros en los que operan esas empresas: la aplicación de los arts. 101 o 102 del TFUE pueden ser totalmente inexistentes o ineficaces, por ejemplo, porque la evidencia para la búsqueda de las prácticas anticompetitivas es imposible de recoger o porque las empresas tienen la oportunidad de evitar la obligación de pagar una multa. La aplicación desigual de las normas de competencia de la UE distorsiona la competencia en el mercado sistema de interior y de noche ejecución descentralizada puesto en marcha por el Reglamento (CE) núm. 1/2003.

Parece que evidentemente Google goza obviamente de una posición privilegiada, que se produce no solo ocurre en materia de motores de búsqueda, sino también, por ejemplo, en el ámbito de la publicidad. Como resultado de todo ello, el mercado digital se ha ido caracterizando por la existencia de un único operador: Google, que desde 2010 ha sido objeto de demandas e investigaciones. La pregunta es: ¿está Google infringe las normas del Derecho a la Competencia? ¿Goza Google de una verdadera posición dominante en el mercado?

En 2008⁹⁷¹, Google inició en los mercados europeos un cambio fundamental de estrategia para fortalecer su servicio de compras comparativas. Esta estrategia se basó en la posición dominante de Google en las búsquedas de carácter general en internet, y no en la competencia basada en los méritos en los mercados de las compras comparativas:

- *Google coloca sistemáticamente en un lugar destacado su propio servicio de compras comparativas: cuando un consumidor hace una consulta en el motor de búsqueda de Google sobre la cual el servicio de compras comparativas de Google desea mostrar resultados, estos aparecen en la parte superior de la lista de resultados de búsqueda, o cerca de ella.*
- *Google coloca en peor lugar los servicios de compras comparativas rivales en los resultados de búsqueda que ofrece: los servicios de compras comparativas rivales aparecen en la lista de resultados de búsqueda de Google según los algoritmos de búsqueda genérica de esta compañía. Google incluye diversos criterios en estos algoritmos, con el resultado de que los servicios de compras comparativas rivales aparecen en peor posición. Puede comprobarse que, incluso el servicio rival mejor situado, aparece por término medio solo en la cuarta página de resultados de búsqueda de Google, y otros figuran incluso más abajo. El propio servicio de compras comparativas de Google no está sometido a los algoritmos de búsqueda genérica de aquel, incluida la colocación en posiciones menos favorables.*

La consecuencia de todo ello es que el servicio de compras comparativas de Google parece mucho más visible para los consumidores en los resultados de las búsquedas, mientras que la visibilidad de los servicios rivales es mucho menor⁹⁷².

⁹⁷¹ CE- Comunicado de prensa, "Antitrust: la Comisión impone a Google una multa de 2,42 mil millones de euros por abuso de posición dominante como motor de búsqueda por dar una ventaja ilegal a su propio servicio de compras comparativas". Bruselas, 27 de junio de 2017.

⁹⁷² CE- Comunicado de prensa, "Antitrust: la Comisión impone a Google una multa de 2,42 mil millones de euros por abuso de posición dominante como motor de búsqueda por dar una ventaja ilegal a su propio servicio de compras comparativas", Bruselas, 27 de junio de 2017.

Finalmente, la decisión de la Comisión sobre Google se refiere al tema de la transparencia de la plataforma y, en particular, al uso de algoritmos. Significativamente, la complejidad de los procesos técnicos involucrados no impidió que la Comisión identificara los efectos anticompetitivos derivados de los algoritmos utilizados por Google y que estuvieran en el centro de las prácticas en cuestión. El tema de la transparencia de plataformas y algoritmos estará en el corazón de un evento importante que la Autoridad celebrará en el otoño⁹⁷³.

4. La prohibición contra el abuso de posición dominante no tiene, en su aplicación actual, el análisis necesario de los efectos anticompetitivos (de cierre de mercado y perjuicio para los consumidores) que la justifican, y es cuando menos preocupante la facilidad con la que la CE o el TJUE sancionan prácticas basadas a partir de enfoques puramente formalistas y legalistas⁹⁷⁴.

5. El art. 102 del TFUE, declara la prohibición de la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Esto implica que no se niega la posibilidad de mantener o buscar una posición de dominio, pero, repetimos, ejercitar dicha posición de una forma abusiva. Por lo tanto, el término “posición de dominio” significa que una empresa tiene poder de actuación independiente en el mercado, y abarca a cualquier ente que sea capaz de desarrollar alguna actividad económica en los mercados de bienes y servicios. En consecuencia, la Administración también puede considerarse como una empresa a estos efectos, lo que hace necesario distinguir entre la actividad puramente administrativa y actividad empresarial de la Administración. La posición de dominio ha sido definida por el TJUE como una posición de fuerza económica mantenida por una empresa que le proporciona el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportamientos independientes, en una medida apreciable, frente a sus competidores y clientes y, finalmente, frente a los consumidores (Sentencia de 13 de febrero de 1979, de 11 de diciembre de 1980 y de 9 de noviembre de 1993).

En este siguiente esquema, compartiremos el porcentaje de penetración en el mercado de los motores de búsqueda individuales en los 15 países con mayor PIB⁹⁷⁵.

⁹⁷³ DE SILVA, I., “*Pratiques anticoncurrentielles: amende record pour Google*”, Recueil Dalloz 2017 p.1648.

⁹⁷⁴ DÍEZ ESTELLA, F., “Google, internet y derecho de la competencia: ¿viejas reglas para nuevos mercados?”, *Revista ceflegal. CEF*, núms. 163-164 (agosto-septiembre 2014) – Pp. 5-44

⁹⁷⁵ MATTHEW CAPALA, “Global Search Engine Market Share for 2018 in the Top 15 GDP Nations”, in SEO, august 27, 2018.



Se compiló una lista de las 15 naciones con el mayor PIB nominal del mundo (a partir de 2018). Luego se utilizó *StatCounter*⁹⁷⁶ para calcular el porcentaje de penetración en el mercado de los motores de búsqueda dentro de esas naciones. Los porcentajes resultantes se redondearon a la décima más cercana y se informaron los 5 a 6 motores de búsqueda principales.

Según el servicio de análisis web, *StatCounter*, su código de seguimiento está instalado en más de dos millones de sitios en todo el mundo.

En este esquema, se ve que, dentro de los Estados Unidos, Google continúa liderando el paquete, con un aumento del 16% desde 2010. *Bing* y *Yahoo* representan la mayoría de los porcentajes resultantes con una participación aproximada del 12% de mercado. Aunque, en comparación con las otras naciones en esta lista, Google tiene una mayor penetración en otros 9 países. En China, Google representa un mísero 1,5% de la cuota de mercado con el motor de búsqueda *Baidu*, que toma la mayor parte del 70%. De hecho, Google ocupa el cuarto lugar después de *Shenma*, *Haosou* y *Sogou*. *Yahoo* Sigue demostrando una fuerte presencia en Japón.

Sin embargo, con más del 90% de participación de mercado, Google domina el motor de búsqueda en la mayoría de los países, India, Alemania, México, España, Brasil, Italia y Australia.

6. El planteamiento que debe adoptar el derecho de Defensa de la Competencia ante mercados cuyo funcionamiento desconoce, o prácticas empresariales y modelos de negocio novedosos, no es la de la sospecha de ilegalidad anticompetitiva o la intervención agresiva, pero de cierta cautela, sopesando cuidadosamente las ventajas y desventajas de su actuación sobre ese mercado y las compañías que operan en él, para

⁹⁷⁶ Servicio de análisis web, se puede consultarlo en este link la cuota de mercado de motores de búsqueda de estados Unidos: <http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/united-states-of-america/#monthly-201705-201805-bar>,(consultada el 23 de enero de 2015).

evitar que los efectos obtenidos sean peores que aquellos que se quieren evitar⁹⁷⁷.

7. El desarrollo tan amplio de las tecnologías informáticas ofrece un aspecto negativo: la puerta se ha abierto al comportamiento antisocial que se manifiesta de una manera que hasta ahora era imposible de imaginar.⁹⁷⁸ En los últimos años, la política de competencia europea se ha aplicado a la esfera Internet concentrándose en el comportamiento de una empresa en línea, cuyo predominio en el mercado ha sido Google, que es el motor de búsqueda el más sofisticado que se ha convertido hoy día en una herramienta vital y efectiva para obtener información en Internet. Mucho más, es una interfaz de usuario poderosa y altamente personalizada para explotar los recursos de la red que se enfrente a muchas demandas por haber afianzado su dominio en los mercados de búsqueda, de abusar de su posición en el mismo, y la protección de os datos personales o lo que se llama hoy en día derecho al olvido.

8. El art 101, apdo. 1 del TFUE prohíbe todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los países de la UE y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. Sólo es necesaria si se prueba que un acuerdo limita el juego de la competencia, consiste en determinar los efectos favorables a la competencia producidos por este acuerdo y ver si son superiores a los efectos contrarios a la competencia. El equilibrio de los efectos contrarios y favorables a la competencia se efectúa exclusivamente en el marco establecido por el art. 101, apdo. 3 del TFUE. Las presentes Directrices examinan las cuatro condiciones enunciadas en el dicho art. 101, apdo. 3 TFUE, es decir:

- *ganancias de eficacia;*
- *contribución con una participación equitativa en beneficio de los consumidores;*
- *carácter indispensable de las restricciones;*
- *no se da eliminación de la competencia*⁹⁷⁹.

Con arreglo al Reglamento 1/2003 y el art. 101 y 102 del Tratado, aplica las normas de competencia de la UE establecidas en dichos artículos, introduce normas que, entre otras cosas, modifican aspectos relacionados con la aplicación de la política de la competencia de la UE.

9. Una propuesta legislativa es por lo tanto esencial para proporcionar a la ANC los medios necesarios para aplicar las normas de competencia de la UE de manera más efectiva, de modo que tengan las garantías de independencia, recursos y poderes de coerció, así como la fijación de las 'multas necesarias. La eliminación de las barreras nacionales que impiden que la ANC aplique efectivamente las normas de competencia de la UE ayudan a eliminar las distorsiones de la competencia en el mercado interior y para poner fin a las desventajas y los prejuicios afectan a los consumidores y empresas, incluidas las PYME. Además, si la ANC puede proporcionar asistencia mutua eficaz y efectiva resultará en condiciones más igualdad para todos y mantener una estrecha cooperación en la REC (Red Europea de Competencia)⁹⁸⁰.

⁹⁷⁷ DÍEZ ESTELLA, F., *op. cit.*, nota 862. P. 39.

⁹⁷⁸ HERRERA ROSELLO, R., “Breve análisis y algunas observaciones al delito informático”, *Revista Investigación Jurídica de estudiantes*, p. 99, vol. 5, núm. 5, 2014.

⁹⁷⁹ Directrices relativas a la aplicación del apdo. 3 del art.101 del TFUE (antiguo apartado 3 del art.81 del TCE). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A126114>. (Consultada el 21 de abril de 2015).

⁹⁸⁰ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo encaminada a facultar a las autoridades de competencia de los Estados miembros para aplicar la normativa con más eficacia y garantizar el

En algunos Estados miembros, la legislación nacional impide que las empresas impongan multas reales en las empresas para las infracciones de la competencia de la UE. Las compañías cometen delitos que se encuentran en los Estados miembros en los que la ANC no tiene poder real para imponer multas, por lo tanto, son inmunes a las sanciones y tienen poco de interés para cumplir con las normas de competencia de la UE.

La capacidad de las autoridades de competencia para imponer multas a las empresas violar la Ley de competencia es una herramienta clave de su ejecución. Las multas tienen por objeto reprimir empresas que han violado las normas de competencia e impedir estas y otras compañías de adoptar o mantener prácticas ilegales. El TJUE dictaminó que “*la efectividad de las sanciones impuestas por las ANC y la Comisión es un requisito para la aplicación coherente de las normas de competencia de la UE*”⁹⁸¹.

10. Puede ser que el derecho de la competencia en los países en desarrollo debe atender más objetivos que otros países. Como en otros lugares, hay que elaborar una legislación que les permita lograr un equilibrio entre la eficiencia y el trato justo de los consumidores; pero también hay que tener en cuenta el desarrollo, es decir, factores tales como la creación de empleo y el crecimiento de las pequeñas y medianas empresas. Puede ser que los países en desarrollo deben prestar especial atención a la capacidad institucional para hacer cumplir la ley. Por ejemplo, podría ser útil para la Ley favorece prohibiciones fáciles de aplicar y no requieren investigaciones demasiado complejas. Podríamos posponer las disposiciones sobre abuso de posición dominante; las actuaciones judiciales en este sentido basan en procedimientos técnicamente complejos basados en la "regla de la razón". Control de las concentraciones duraría, si era necesario.

A menudo es en la normativa de emergencia en las cláusulas en materia de competencia aparece más claramente la necesidad de adaptar las economías basadas en la Ley de competencia que se encuentran en diversas etapas de desarrollo. Los autores mencionan la flexibilidad mostrada por Canadá, la UE y los Estados Unidos al permitir períodos de transición, los ajustes estructurales y asistencia técnica a los gobiernos de los países en desarrollo.

Porque, de todos modos, una revisión periódica y revisión de las leyes se indican, con el tiempo, más experiencia práctica es adquirida y el conocimiento de las cuestiones relativas a la competencia⁹⁸².

11. La interacción entre el derecho de la competencia y el derecho de propiedad intelectual es un tema sobre el que la CE se consulta frecuentemente. Este es particularmente el caso en las investigaciones contra Google *Motorola* y *Samsung*, en relación con el posible mal uso de las patentes esenciales relacionadas con el estándar de telefonía móvil⁹⁸³.

correcto funcionamiento del mercado interior. Bruselas, 22 de marzo de 2017 COM (2017) 142 final 2017/0063 (COD).

⁹⁸¹ STS *Inspecteur van de Belastingdienst/X BV*, en el asunto C-429/07, EU: C: 2009:359, apdos. 39 a 36.

⁹⁸² JOEKES, S., et EVANS, F., “La concurrence et le développement. LA puissance de marchés concurrentiels”, publié par le centre de recherches pour le développement international. Ottawa (Ontario) Canada. 2008, pp. 38 y 39.

⁹⁸³ Ver el comunicado de prensa de la Comisión Europea IP/13/406 de 6 de mayo de 2013, "Defensa de la Competencia: La Comisión envía pliego de cargos a la movilidad de Motorola para el posible uso indebido de patentes esenciales relacionados con el estándar de telefonía móvil" e IP/12/1448 de 21 de

Después de este juicio, la relevancia de la intención de determinar la existencia o no de un abuso⁹⁸⁴. Aunque la jurisprudencia de la Corte, el concepto de abuso es una noción objetiva no implica necesariamente la intención de infligir daño a la doctrina en conflicto⁹⁸⁵: «Las nuevas formas de abuso en juego se basan principalmente en la intención de la empresa dominante de excluir a los competidores»⁹⁸⁶. Este enfoque, que se basa en la intención, aunque no es necesario probar que un fallo de abuso, como lo han dejado claro el Tribunal y la Corte en *AstraZeneca* - es problemático⁹⁸⁷. De hecho, no sólo cada empresa busca de una manera u otra a eliminar a sus competidores, sino, sobre todo: «El derecho de la competencia se basa en los efectos de la conducta abusiva de los clientes»⁹⁸⁸. Cabe señalar, a este respecto, que el análisis de la sentencia por el Tribunal es bastante detallado en cuanto a los efectos del comportamiento *AstraZeneca*. Sin embargo, ella repitió, en línea con la jurisprudencia *TeliaSonera*⁹⁸⁹ que la ausencia de efectos contrarios a la competencia específicos no se detiene para condenar el comportamiento comercial de una empresa en posición dominante como abusivo. Cabe señalar que, si bien en el caso de *AstraZeneca* los posibles efectos contrarios a la competencia eran relativamente sencillos, puede haber casos ambiguos donde es difícil distinguir entre las situaciones en que una estrategia dirigida a la eliminación de los competidores y aquellos en los que esta misma estrategia tiene por objeto proteger los intereses legítimos de la empresa. Por ejemplo, en las encuestas de Google de *Motorola* y *Samsung*, ¿cómo puede la Comisión distinguir entre el uso legítimo de los derechos de propiedad intelectual (incluyendo la capacidad de utilizar las acciones de cesación en caso de posibles infracciones de patentes esenciales) y mal uso de derechos⁹⁹⁰? ¿Hasta qué punto es relevante la intención de la empresa es relevante y cómo juzgar si el propietario de una licencia es "de buena fe"⁹⁹¹? No hay respuestas obvias a estas preguntas y el juicio del Tribunal simplemente oscurece la situación.

diciembre de 2012, "Defensa de la Competencia: La Comisión envía pliego de cargos a la movilidad de Motorola para el posible uso indebido de patentes esenciales relacionados con el estándar de telefonía móvil."

⁹⁸⁴ Ver la STS de la Corte de 1 de julio de 2010, *AstraZeneca* vs. El asunto T-321/05, rec. II-2805. Para un análisis, véase, entre otros, *M. Maggiolino, ML Montagnani*, "Abuso de *AstraZeneca* de procedimientos relacionados con los DPI: Una hipótesis de Competencia ofensa, abuso de derecho y derechos de propiedad intelectual mal uso" *Competencia Mundial* de 2011, 34 (2) pp. 245-259; *M. Siragusa*, "La investigación del sector farmacéutico de Estados Unidos: nuevas formas de abuso y el artículo 102 TFUE", en *G. Caggiano, G. Muscolo, M. Tavassi*, (eds), *Derecho de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: la perspectiva europea*, *Kluwer Law Internacional*, 2012, p. 177-189; *M. Eisenbarth*, *Competencia 'en el oro Méritos tiene el abuso de la patente. Las consecuencias de la sentencia de Astra-Zeneca del Tribunal General para las empresas dominantes y la industria farmacéutica, Colegio de Europa Tesis* (escritos bajo la supervisión del Prof. *Siragusa*), junio de 2011. p. 186.

⁹⁸⁵ Ver la STS del Tribunal de 12 de diciembre de 2000, *Aeropuertos de París* vs. El asunto T-128/98, rec. II-3929, párr. 173.

⁹⁸⁶ Ver la STS de la Corte de 1 de julio de 2010, *AstraZeneca* vs. El asunto T-321/05, p 186.

⁹⁸⁷ Ver p. 186 de la STS de la Corte de 1 de julio de 2010, *AstraZeneca* vs. El asunto T-321/05 y *D. Waelbroeck*, « Should Dominant Companies Compete a little but not too much? About the (ir) relevance of " intention" or " intensity of competition" in the context of Art. 82 of the EC Treaty », *Competition Law Insight* (2006), pp. 5 y ss.

⁹⁸⁸ Ver la STS de la Corte de 1 de julio de 2010, *AstraZeneca* vs. El asunto T-321/05, p 186.

⁹⁸⁹ STS del Tribunal de 29 de abril de 2004, *IMS Health*, C-418/01, rec. I-5039.

⁹⁹⁰ Ver el comunicado de prensa de la Comisión, *op. cit.*, nota 871.

⁹⁹¹ Ver *D. GERADIN*, *Ten Years of DG Competition Effort to Provide Guidance on the Application of Competition Rules to the Licencing of Standard-Essential Patents: Where do we stand?*, 2013.

Las consecuencias de *AstraZeneca* para las empresas dominantes, si están activas en la industria farmacéutica o en otros sectores, son importantes⁹⁹². Ahora parece más fácil encontrar una posición dominante en un mercado de productos innovadores, a pesar del hecho de que en una zona donde la innovación juega un papel importante, el poder de mercado suele ser transitoria. Ahora más que nunca, las empresas farmacéuticas deben tener especial cuidado en la formulación de sus estrategias de negocio con respecto a los productos protegidos por patentes.

12. La “regla de los tres pasos” encuentra sus raíces en la tradición de los sistemas de límites del copyright inglés, posteriormente se incorporó a varios textos de tratados internacionales como norma de control del proceso legislativo destinada exclusivamente a los legisladores. Este sistema del copyright está basado en la doctrina del *fair use*. La regla de los tres pasos juega un papel importante a la orientación de los jueces y tribunales en su aplicación por el art. 40 bis de la LPI.

Utilizar directamente el control derivado de la regla de los tres pasos para admitir la existencia de una nueva excepción a la propiedad intelectual, supone en realidad prescindir de un sistema cerrado de excepciones, para pasar a un sistema abierto de excepciones, como es el sistema anglosajón basado en el *fair use* o *fair dealing*, que generalmente permite el disfrute inocuo y acorde con la buena fe de las obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual. Pero, como ya he dicho, nuestro sistema de excepciones es un sistema cerrado, y así queda claramente reflejado en el tenor literal del artículo 40 bis (también en el del art. 5.5 de la Directiva): « Los artículos del presente Capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a las que se refieran».

13. Los tres pasos son:

- 1) que esté previsto en casos especiales la limitación o excepción,
- 2) que no afecte a la explotación normal del derecho que se trate, y
- 3) que no cause un perjuicio injustificado a los intereses del titular.

En puridad la regla de los tres pasos debe utilizarse como equilibrio del sistema, con la finalidad de interpretar en cada momento los límites y excepciones de los derechos de propiedad intelectual, que cambian como resultado del avance tecnológico y la aparición de nuevos modelos de negocio. Ahora bien, sería un error pensar que, al aplicar la prueba de los tres pasos, los jueces pueden reconfigurar el sistema de límites y excepciones, más allá de la interpretación y aplicación de las normas concretas, a modo del sistema de propiedad intelectual anglosajón conocido como “fair use”. Así, el art.40bis del TRLPI no es un límite en sí mismo, sino que dota a los Juzgados y Tribunales de un criterio hermenéutico o “norma interpretativa” para evitar que los límites legales (principalmente, arts. 31 a 40 del TRLPI) puedan “llegar a un resultado tal que vacíe de contenido el monopolio de explotación de autores, artistas y productores, entre otros titulares de derechos de autor y afines al de autor”⁹⁹³.

⁹⁹² Ver KERCKHOVE, V., FLEISCHER, R., *AstraZeneca: a new Horizon for competition practices in the EU*, 2013.

⁹⁹³ RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual”, *Thomson Civitas*, 2007, p. 343.

14. El análisis de la Propiedad Industrial e Intelectual se viene eludiendo en nuestra doctrina, asumiéndose, pues, que se trata de una materia de Derecho Privado; cuestión ésta que, con cierta lógica, es compartida por un sector amplio de la doctrina mercantilista, aunque no sin matices, a tenor del calificativo de «propiedades especiales» que acoge nuestro Código Civil para rotular el Título IV del Libro II, calificándose así a las aguas, a los minerales y a la Propiedad Intelectual, de forma paralela a su adjetivación como bienes de dominio público en el caso de las aguas y los minerales y no así en el de la Propiedad Intelectual e Industrial —que, por analogía con la Intelectual, también se suele incluir en esta categoría⁹⁹⁴.

La popularización masiva de internet y la continua tecnológica. Los avances en la difusión de información han producido un nuevo argumento que va un paso más allá: el fair use se volverá obsoleto en un mundo donde la tecnología de un solo clic proporciona una comunicación instantánea entre los titulares de derechos de autor y los usuarios.

El acceso universal a Internet ofrece presuntamente a los titulares de derechos de autor la oportunidad de cobrar a los usuarios las tarifas de sus licencias de trabajo de forma casi automática, eliminando el argumento del costo de transacción que proporciona una de las principales justificaciones pragmáticas del *fair use*. A su vez, según el argumento, los fundamentos tradicionales de la existencia de doctrinas de *fair use* perderán su poder persuasivo⁹⁹⁵.

15. La popularización masiva de internet y la continua tecnológica. Los avances en la difusión de información han producido un nuevo argumento que va un paso más allá: el *fair use* se volverá obsoleto en un mundo donde la tecnología de un solo clic proporciona una comunicación instantánea entre los titulares de derechos de autor y los usuarios.

Como regla general, el propietario de los derechos de autor tiene el derecho legal de restringir la reproducción de una obra protegida por derechos de autor y de exigir regalías cuando se reproduce una obra protegida por derechos de autor. Las sanciones por la reproducción no autorizada de trabajos con derechos de autor pueden ser sustanciales. La doctrina de *fair use* crea una defensa contra una reclamación de violación de derechos de autor que puede permitir el uso de una obra protegida por derechos de autor sin la necesidad de obtener un permiso o pagar regalías.

La doctrina del *fair use* proporciona un conjunto de pautas según las cuales los investigadores, educadores, académicos y otros pueden usar obras con derechos de autor sin pedir permiso al titular de los derechos de autor ni pagar derechos de autor.

La doctrina del *fair use* no otorga el derecho de usar el trabajo de otra persona, pero presenta una defensa contra las acusaciones de violación de derechos de autor para las personas que creyeron razonablemente que su uso de un trabajo protegido por derechos de autor era un uso justo. Eso significa que, si su uso es cuestionado, tendrá la carga de probar que su uso califica como "*fair use*"⁹⁹⁶.

⁹⁹⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., "Aproximación al concepto de dominio publico inmaterial en los derechos sobre invenciones y creaciones", *Revista de Administración Pública*, núm. 146. Mayo-agosto 1998.

⁹⁹⁵ FRANCESCO PARISI, "Fair use and copyright protection: a price theory explanation", *International Review of Law and Economics*, vol. 21, Issue 4, may 2002, pp. 453-473.

⁹⁹⁶ AARON LARSON, "Fair Use Doctrine and Copyright Law", *Expert Law*, may 8, 2018.

16. Gracias a la Propiedad Industrial se obtienen unos derechos de exclusiva sobre determinadas creaciones inmateriales que se protegen como verdaderos derechos de propiedad.

Los derechos de Propiedad Industrial permiten a quien los ostenta decidir quién puede usarlos y cómo puede usarlos. Dichos derechos se otorgan mediante un procedimiento por el organismo competente (en España la Oficina Española de Patentes y Marcas) y la protección que dispensan se extiende a todo el territorio nacional⁹⁹⁷.

17. El objetivo de la Directiva 2015/2436, que ahora se transpone mediante el RDL 23/18, es, por un lado, reforzar la coherencia con el Reglamento de la UE sobre marcas 207/2009 y reducir Divergencia en el sistema europeo de marcas en su conjunto. Por otro lado, la reforma tiene como objetivo modernizar el sistema de marcas en toda la Unión, adaptándolo a la era de Internet. Finalmente, la nueva Directiva apunta a armonizar aún más las marcas comerciales como se establece en la Directiva 2008/95 (que abordó solo los aspectos materiales del derecho de marcas que más afectaron el funcionamiento del mercado interno), al tiempo que facilita la adquisición. Las marcas, su protección y su gestión en toda la Unión en beneficio del crecimiento y la competitividad de las empresas europeas. El RDL 23/2018 transpone en derecho español la Directiva 2015/2436.

La Ley 17/2001 ya incorporaba una gran parte de los estándares establecidos por ella y, en particular, las disposiciones que hacen de la marca un objeto de propiedad, marcas colectivas y ciertas reglas de procedimiento.

18. ¿qué novedades sustanciales aporta esta reforma? Las modificaciones introducidas en la Ley de Marcas responden a la necesidad de adaptar la legislación española a la Directiva (UE) 2015/2436 que incluye muchos cambios en materia de protección de marcas. El objetivo principal es el de optimizar los procedimientos de solicitud y registro de marca en toda la UE, aumentar la seguridad jurídica y favorecer la coexistencia y el equilibrio entre los sistemas de marcas nacionales con las marcas de la Unión.

⁹⁹⁷ Ver OEPM: <https://www.oepm.es/es/index.html>.

El esquema siguiente demuestra los diez puntos de la reforma de la Ley de marcas:



19. Como consecuencia de la publicación de la Directiva UE 2015/2436 de fecha 16 de diciembre de 2015 del Parlamento Europeo y del Consejo, es necesario que, en el ordenamiento jurídico español, se adapte a lo dispuesto en dicha Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas

Como resultado, la actual Ley marcas 17/2001 de 7 de diciembre, se ha modificada en consecuencia. Los cambios más importantes introducidos por RDL 23/2018 son:

- *Se otorga legitimación a cualquier persona física o jurídica.*
- *Se elimina el requisito que obligaba a que el signo distintivo tuviera que representarse gráficamente. La representación de los signos distintivos podrá realizarse por cualquier medio, es decir, podrán ser de movimiento, gustativas, olfativas, multimedia u hologramas, entre otras.*
- *Desaparece el concepto de marca notoria y se reconoce únicamente la marca renombrada (aquella conocida por el público en general).*
- *Se introduce una prohibición específica de registro de signos distintivos que reproduzcan elementos de la denominación de una obtención vegetal ya existente.*
- *Se sistematizan y reordenan las prohibiciones absolutas de registro, en particular, aquellas que puedan resultar incompatibles con denominaciones de origen o indicaciones geográficas anteriores.*
- *Se incluye la posibilidad de solicitar la prueba de uso en procedimientos de oposición. A partir de ahora, si se realiza una oposición a una nueva solicitud de registro, el solicitante de la marca contraria podrá exigir que aporte pruebas de uso de su marca en los últimos cinco años, siempre que haya estado registrada durante ese período de tiempo como mínimo.*

- *Los procedimientos de Caducidad y Nulidad de marcas serán competencia de la Oficina Española de Patentes y Marcas, pasando así a resolverse en vía administrativa. No obstante, esta reforma específica sólo será aplicable a partir del 14 de enero de 2023.*
- *Se crea la posibilidad de prohibir que se introduzcan mercancías con marcas idénticas o similares a otras existentes que no posean autorización para ello, sin que sea necesario demostrar la eventual comercialización de estas mercancías⁹⁹⁸.*

20. Por el Derecho al olvido, Google España debe ser el comienzo, y no el final, de un debate sobre cómo abordar nuevas e inevitables preguntas de nuevas maneras.

El denominado «derecho al olvido digital» puede definirse como «el derecho de las personas físicas a hacer que se elimine información sobre ellas después de un período de tiempo determinado»⁹⁹⁹. El problema del olvido, expresado, de manera simplista, en el actual debate jurídico, como la supresión de datos, aparece ahora como un asunto controvertido, sobre

Todo porque muchas de las tecnologías de las que estamos requiriendo el olvido, no están diseñadas para olvidar¹⁰⁰⁰.

La doctrina del TJCE ha habido avances importantes en el caso C-131/12, "Google España S.L y Google Inc. c. AEPD y Mario González Costeja". El fallo dice, como principio general, la prevalencia del derecho a la protección de datos personales en el derecho de acceso a la información a través de Internet (pár. 81)¹⁰⁰¹, al tiempo que rechaza la posibilidad de que los motores de búsqueda se pueden beneficiar de la materia. 9 de la Directiva (pár. 85)¹⁰⁰². En el deseo de establecer una jerarquía de relación entre los derechos fundamentales añade un derecho al olvido digital que, basado en las artes. 12/b) y 14/a) de la Directiva hace posible la eliminación de los datos personales o la oposición a su tratamiento cuando se hace de una manera contraria a la Directiva (incluyendo porque es incompleta o incorrecta) o por razones legítimas propias de la situación concreta del propietario de las órdenes de datos¹⁰⁰³.

Para aclarar lo expuesto hasta ahora conviene reseñar la STJUE de 13 de mayo de 2014, emitida por su Gran Sala, en el asunto C -131/12, que dice al respecto “que el considerando 19 de la Directiva aclara que “el establecimiento en el territorio de un Estado miembro implica el ejercicio efectivo y real de una actividad mediante una instalación estable”, y “que la forma jurídica de dicho establecimiento, sea una simple sucursal o una empresa filial con personalidad jurídica, no es un factor determinante”.

⁹⁹⁸ Circular núm. 10/19 “Principales novedades de la nueva Ley de Marcas”, enero 2019.

⁹⁹⁹ DE TERWANGNE, C., «Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 13, 2012, p. 53.

¹⁰⁰⁰ LÓPEZ-SÁEZ, M. M., “Nuevos perfiles del derecho al olvido en Europa y España”, *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá X* (2017) 231-266.

¹⁰⁰¹ Este enfoque choca con la posición de la CEDH, que considera que los derechos contenidos en las arts. 8 y 10 del CEDH merecen, por regla general, el mismo respeto (Caso von Hannover vs. Alemania, § 106).

¹⁰⁰² Esta visión contrasta con la opinión de los tribunales de Estados Unidos, que reconocen la libertad de expresión de los motores de búsqueda como la base de la Primera Enmienda. Para obtener más información sobre este tema ver BRACHA, O., “The Folklore of Informationalism: The Case of Search Engine Speech”, *Fordham Law Review*, vol. 82, iss. 4, 2014, pp. 1629-1687.

¹⁰⁰³ Para más información ver DE TERWANGNE, C., “*Droit à l’oubli, droit à l’effacement ou droit au déréférencement? Quand le législateur et le juge européens dessinent les contours du droit à l’oubli numérique*”, en *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles* (Dir. GROSJEAN, A.), Larcier, 2015, pp. 245-275.

21. Hasta ahora, la compañía sólo había extendido el derecho al olvido al motor de búsqueda del dominio del país de origen desde el cual se había realizado la solicitud. De acuerdo con este criterio, si una persona declara a Google la eliminación de uno o más enlaces que ejercen su derecho al olvido, esta los suprime de las búsquedas efectuadas desde *google.es*, pero dichos enlaces seguirían siendo accesibles si la búsqueda se hacía desde *google.com*.

La Autoridad francesa de protección de datos CNIL elevó el tono de sus demandas advirtiéndole a Google de que sería sancionada si no comenzaba a eliminar resultados de sus motores de búsqueda no sólo de las páginas *webs* europeas sino en todo el mundo. Ante este escenario, parece que Google ha decidido finalmente acceder a las peticiones de las Autoridades¹⁰⁰⁴.

Recientemente en septiembre 2018, Google ha rechazado el establecimiento de un derecho a olvido global. La UE obliga a la empresa estadounidense y a otras empresas de tecnología a compartir los ingresos con los editores por mostrar fragmentos de noticias en un cambio de los derechos de autor¹⁰⁰⁵.

Por lo tanto, el TJUE, en contestación a la respuesta de Francia que solicitó que la limitación de acceso a los enlaces no se dispone en base a los distintos países. Francia considera que la legislación vigente sobre el derecho al olvido es insuficiente. Desde otro punto de vista, el CNIL crítica las medidas que Google practica en estos casos. Sin embargo, la empresa Google ha eliminado un cuarenta y cuatro por cien (44%) de páginas según los datos de la compañía que ha publicado en su informe de transparencia europeo¹⁰⁰⁶.

Francia ha sido el primer país en dar un tirón de orejas a Google por no aplicar correctamente el derecho a la cancelación de datos. En la que ya es la primera sentencia condenatoria del derecho al olvido contra la tecnológica en Europa, un tribunal francés acaba de obligar al gigante de internet a aplicar este derecho sobre todos los enlaces de todas las extensiones. Tribunal de la Cámara de París condenó a Google Francia a suprimir ciertos enlaces a artículos difamatorios, basándose en la jurisprudencia sentada por el TJUE. Después de que la compañía se limitase a aplicar la decisión judicial únicamente a la terminación “.fr” correspondiente al país galo, el mismo órgano ha declarado ahora que esta medida es insuficiente obligando a Google a extenderla al resto del mundo, además de tener que pagar una sanción por cada día de retraso y una indemnización a las víctimas.

El Tribunal francés dice que el derecho al olvido tiene que aplicarse a todas las extensiones. Es decir, en todo el mundo. En este caso en concreto Google lo aplicó solo en Francia pero eso es absurdo porque si te conectas desde Google España, Rusia o China podrás encontrar los datos¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁴ Ver “El derecho al olvido alcanza a Google.com”, *Diario la Ley*, núm. 8728, sección tribuna, 23 de marzo de 2016, Ref. D-125, ed. Wolters Kluwer .

¹⁰⁰⁵ FOO YUN, C., “EU lawmakers back publishers over tech giants on copyright”, technology news, September 12, 2018. Disponible en: <https://in.reuters.com/article/eu-copyright/eu-lawmakers-back-publishers-over-tech-giants-on-copyright-idINKCNILS1ZS>.

¹⁰⁰⁶ “Google rechaza frente a la UE el establecimiento de un derecho al olvido global”, Madrid, 12 de septiembre de 2018 (EDIZIONES/Portaltic). Disponible en : <http://www.europapress.es/portaltic/sector/noticia-google-rechaza-frente-ue-establecimiento-derecho-olvido-global-20180912150739.html>. (Consultada el 30 de noviembre de 2018).

¹⁰⁰⁷ ALBERT MÁRQUEZ, J. J., “derechos fundamentales y nuevas tecnologías: el “derecho al olvido” en internet desde el marco europeo de protección de los derechos humanos”, en las Memorias Científicas del

22. Más bien al contrario, compartimos la opinión doctrinal según el cual: “es responsabilidad de todos, y especialmente de los juristas, establecer reglas claras y proporcionadas, que permitan que las nuevas tecnologías sirvan para crear una sociedad más informada y, con ello, más libre y democrática, pero que, a la vez, impidan que este nuevo panorama se construya sobre la destrucción de derechos fundamentales reconocidos a las personas, entre los que la intimidad y la tutela de los datos de carácter personal tienen o han de tener un papel fundamental”¹⁰⁰⁸. En el ámbito español la dualidad normativa basada en las Leyes Orgánicas de 1982 y de 1999, parece ser insuficiente para responder a todas las preguntas planteadas por el fenómeno de internet con respecto a los derechos fundamentales, ya que la primera se basa sobre el binomio “lesión/reparación”, la segunda lo hace bajo el de “riesgo/prevención”.

23. El 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). Expresa su Considerando seise (6), resumiendo con claridad la problemática suscitada: “*La rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de datos personales*”. La nueva legislación europea es crear un conjunto uniforme de normas en toda la UE adaptada a la era digital, para mejorar la seguridad jurídica y para reforzar la confianza de los ciudadanos y las empresas en el mercado único digital. Un consentimiento claro y positivo para el procesamiento de datos, el derecho a ser olvidado y fuertes multas para las empresas que rompen las reglas son algunas de las nuevas características.

La preocupación que existía en el ámbito comunitario respecto a la protección de los datos personales de las personas físicas se ha consolidado con el Reglamento general de protección de datos, de 27 de abril de 2016 que, a buen seguro, aportará luz ante los nuevos interrogantes que plantea el tratamiento de datos en el ámbito digital y los derechos de los usuarios interesados¹⁰⁰⁹.

El Reglamento sustituye a la Directiva sobre la protección de datos de la UE, que data de 1995, cuando Internet todavía estaba en su infancia, y convierte el mosaico actual de la legislación nacional en un único conjunto de reglas con el fin de dar a los ciudadanos más el control sobre su propia información personal en un mundo digital de los teléfonos inteligentes, las redes sociales, banca por Internet y transferencias

II Congreso Científico Internacional “Sociedad del Conocimiento: Retos y Perspectivas”, pp. 1323-1339, Universidad Ecotec, Guayaquil, 2017.

¹⁰⁰⁸ MINERO ALEJANDRE, G. V.: “A vueltas con el “derecho al olvido”. Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 30, junio 2014, p. 131.

¹⁰⁰⁹ SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador”, *Revista Bolivia de Derecho*, núm. 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 175.

globales. Esto también ayuda a crear la claridad jurídica a las empresas para estimular la innovación y el desarrollo futuro del mercado único digital. El Reglamento de Protección de Datos genera confianza y proporciona un alto nivel de protección para todos los ciudadanos de la UE, independientemente de las circunstancias en que se procesan los datos personales, a menos que sean para fines de aplicación la Ley (este caso está cubierto por la Directiva) y también se aplica a las empresas de fuera de Europa dirigidas a consumidores de la UE.

Los motores de búsqueda, en tanto que partes fundamentales de la *web* entendida como un gran medio de comunicación y de difusión de contenidos, también se pueden considerar desde puntos de vista sociales, culturales o políticos. La cuestión es que causa inquietud que Google sea el buscador utilizado de forma casi exclusiva por los ciudadanos de todo el planeta.

24. A efectos del presente Reglamento se entenderá por¹⁰¹⁰:

1) «datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona;

2) «tratamiento»: cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción;

3) «limitación del tratamiento»: el marcado de los datos de carácter personal conservados con el fin de limitar su tratamiento en el futuro;

7) «responsable del tratamiento» o «responsable»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.

El Reglamento sigue el enfoque de la Directiva sobre protección de datos, aunque, basándose en los veinte años de legislación de la UE en materia de protección de datos y en la jurisprudencia pertinente, aclara y moderniza las normas al respecto. Introduce una serie de elementos nuevos que refuerzan la protección de los derechos de la persona y abren oportunidades a las empresas y los negocios, en concreto¹⁰¹¹:

- *Un marco jurídico armonizado que conduce a una aplicación uniforme de las normas en beneficio del mercado único digital de la UE.*
- *Igualdad de condiciones para todas las empresas que operan en el mercado de la UE.*

¹⁰¹⁰ Art. 4 del RGPD.

¹⁰¹¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Mayor protección, nuevas oportunidades: Orientaciones de la Comisión sobre la aplicación directa del Reglamento general de protección de datos a partir del 25 de mayo de 2018. Bruselas, 24.1.2018. COM (2018) 43 final.

- *Los principios de protección de datos desde el diseño y por defecto, creando incentivos para la adopción de soluciones innovadoras que aborden las cuestiones relativas a la protección de los datos desde el principio.*
- *Fortalecimiento de los derechos de las personas*
- *Mayor control sobre los datos personales para los particulares.*
- *Mayor protección contra las violaciones de la seguridad de los datos.*
- *El Reglamento concede a todas las autoridades de protección de datos competencias*
- *para imponer multas a los responsables y encargados del tratamiento.*
- *Mayor flexibilidad para los responsables y los encargados del tratamiento que procesan datos personales gracias a unas disposiciones inequívocas sobre la responsabilidad (principio de responsabilidad proactiva).*
- *Mayor claridad en cuanto a las obligaciones de los encargados y de los responsables del tratamiento a la hora de elegir a un encargado.*
- *Un sistema de gobernanza moderno para garantizar que las normas se aplican de forma más coherente y firme.*
- *A protección de los datos personales que el Reglamento garantiza se desplaza junto con los datos al exterior de la UE, asegurando un elevado nivel de protección¹⁰¹².*
- *Una de las novedades del Reglamento ha sido reforzar las obligaciones de los responsables del tratamiento, concretamente a través del principio de responsabilidad activa (accountability) (art. 5.2). Este principio, que se ha introducido por primera vez en la normativa de protección de datos a nivel europeo con carácter obligatorio, implica que el responsable o encargado del tratamiento debe garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento, y concretamente que los datos sean tratados de manera lícita, leal y transparente con relación al interesado. Además, el Reglamento añade la obligación de ser capaz de demostrar dicho cumplimiento¹⁰¹³.*

Junto al RGPD se ha publicado también la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo DOUEL 04-05-2016 119 C.

Ambas componen lo que se conoce como el nuevo marco europeo de protección de datos:

- *El Reglamento Europeo de Protección de Datos unifica y moderniza la normativa europea sobre protección de datos, permitiendo a los ciudadanos un mejor control de sus datos personales y a las empresas aprovechar al máximo las oportunidades de un mercado único digital, reduciendo la burocracia y beneficiándose de una mayor confianza de los consumidores.*
- *La Directiva Europea de Protección de Datos, por su parte, está destinada a los ámbitos policiales y de la Justicia. Pretende asegurar que los datos de las*

¹⁰¹² Comunicación de la Comisión «Intercambio y protección de los datos personales en un mundo globalizado», COM (2017) 7 final.

¹⁰¹³ GIL GONZÁLEZ, E., “Aproximación al estudio de las decisiones automatizadas en el seno del Reglamento General Europeo de Protección de Datos a la luz de las tecnologías big data y de aprendizaje computacional”, *Revista Española de la Transparencia*, núm. 5. segundo semestre 2017.

víctimas, testigos y sospechosos de la comisión de delitos, se encuentren debidamente protegidos en el ámbito de una investigación criminal o de aplicación de la ley. A la vez, esta normativa armonizada facilitará la cooperación transfronteriza de la policía y los fiscales para combatir más eficazmente el crimen y el terrorismo en toda Europa¹⁰¹⁴.

- *El RGPD es directamente aplicable en todos los Estados miembros¹⁰¹⁵. Es decir, que se aplica con independencia de cualquier medida legislativa nacional. Por lo tanto, los Estados miembros deben adoptarse la medidas necesarias para adaptar sus legislaciones¹⁰¹⁶, por un organismo de acreditación¹⁰¹⁷ del Reglamento que establece que los Estados miembros ofrezcan dos posibles métodos de acreditación para los organismos de certificación, es decir, por la autoridad nacional de control de la protección de datos establecida de conformidad con la legislación de protección de datos, o bien por el organismo nacional de acreditación establecido en virtud del Reglamento (CE) núm. 765/2008 sobre acreditación y vigilancia del mercado. La Cooperación Europea para la Acreditación (EA, reconocida en virtud del Reglamento núm. 765/2008), que reúne a los organismos nacionales de acreditación, y las autoridades de control del RGPD deben cooperar estrechamente a tal efecto, y establecer las normas para la conciliación¹⁰¹⁸ del tratamiento y libertad de expresión y de información en el derecho a la protección de los datos personales en virtud del Reglamento.*

En caso de cualquier infracción del Reglamento, debe ser castigada con sanciones, incluidas multas administrativas, con carácter adicional a medidas adecuadas impuestas por la autoridad de control¹⁰¹⁹. En los casos de infracciones graves del Reglamento, los Estados miembros deben aplicar un sistema de sanciones efectivas que pueden ser incluso penales, además de administrativas¹⁰²⁰.

¿Cuánto control siente que tiene sobre la información que proporciona en línea, la capacidad de corregir, cambiar o eliminar esta información?¹⁰²¹

25. La aplicación del RGPD y la promulgación de una nueva LOPD constituían una ocasión oportuna para revisar a fondo el marco normativo en el que se mueven los ficheros de solvencia patrimonial en España y desarrollarlo.

A La vista de la regulación contenida en la proyectada LOPD/2018 pueden anticiparse tres conclusiones:

1º La incidencia del RGPD se manifiesta, sobre todo, en la formulación de parte de las reglas que definen el marco de licitud del tratamiento de los datos sobre solvencia en este tipo de ficheros, como reglas presuntivas y no como reglas absolutas de licitud. En este sentido, se observa un cambio de paradigma.

¹⁰¹⁴ CARLOS, FH, “Contenido y novedades del Reglamento general de protección de datos de la UE (Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016)”, 4 de octubre de 2016. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11050-contenido-y-novedades-del-reglamento-general-de-proteccion-de-datos-de-la-ue-reglamento-ue-2016-679-de-27-de-abril-de-2016/>

¹⁰¹⁵ Art. 288 del TFUE

¹⁰¹⁶ Art. 54, apdo. 1, del Reglamento.

¹⁰¹⁷ Art. 43, apdo. 1, del Reglamento.

¹⁰¹⁸ Art. 85, apdo. 1, del Reglamento.

¹⁰¹⁹ Considerado 148 del Reglamento.

¹⁰²⁰ Considerado 152 del Reglamento.

¹⁰²¹ European Commission: the new EU Data Protection Reform: better rules for European businesses. Disponible en: europa.eu/dataprotection

2º Pese a lo anterior, la nueva regulación no supone una ruptura drástica con la normativa precedente sino que, en el plano teórico se aprecia una continuidad en muchos aspectos. Este continuismo se manifiesta en la diferente consideración de los ficheros negativos y positivos, en favor de los primeros. Con algunos matices, en el contenido de los requisitos que se exigen para sustentar la licitud del tratamiento de los datos.

3º Es previsible que esta continuidad se acentúe en el funcionamiento práctico de los ficheros de solvencia patrimonial por las razones que luego se dirá.¹⁰²²

26. Siendo cierto que Google *Inc.*, en tanto que gestor del motor de búsqueda Google *Search*, es responsable del tratamiento de datos y así lo declara la STJUE del caso Google al resolver, en la primera parte de la sentencia, la cuestión de si la actividad de un motor de búsqueda constituye tratamiento de datos personales en el sentido del art. 2.b de la Directiva (apdo. 33), también lo es que Google *Spain* puede ser considerada, en un sentido amplio, como responsable del tratamiento de datos que realiza el buscador Google *Search* en su versión española (www.google.es), conjuntamente con su matriz Google *Inc.* y, por tanto, está legitimada pasivamente para ser parte demandada en los litigios seguidos en España en que los afectados ejerciten en un proceso civil sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y exijan responsabilidad por la ilicitud del tratamiento de datos personales realizado por el buscador Google en su versión española.

Por ello debe considerarse correcta la afirmación de la Audiencia Provincial de que Google *Spain* está legitimada pasivamente para soportar la acción ejercitada por una persona afectada por el tratamiento de esos datos personales realizado por el buscador Google en defensa de sus derechos de la personalidad y de su derecho a la protección de datos personales¹⁰²³.

¹⁰²² MAS BADIA, M. ^a. D., “Los sistemas de información crediticia y la protección de datos personales: un Reglamento europeo y una Ley Orgánica concebida y no nacida”, *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo 2018, ed. Wolters Kluwer .

¹⁰²³ Juzgado de lo Mercantil, núm. 3 de Valencia, STS35/2019 de 20 de febrero de 2019, rec. 287/2018.

BIBLIOGRAFÍA

- AARON LARSON, “Fair Use Doctrine and Copyright Law”, *Expert Law*, May 8, 2018.
- ABADAL, E., Y CODINA, L., “La diversidad cultural en Google y los motores de búsqueda: una aproximación conceptual”, *el profesional de la información*, vol. 17, núm. 2, 2008.
- ABELLÁN HONRUBIA, V.; VILÁ COSTA, B. and OLESTI, A. *Lecciones De Derecho Comunitario Europeo*. 6.ª act Ed. Barcelona: Ariel, 2011.
- AGUSTINOY GUILAYN, A., “Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación”, ed. *Tirant Lo Blanch*, Colección: Manuales de Derecho Civil y Mercantil, 1ª Ed., pp.423. Rústica, 2016.
- AIMONE GIBSON, E., “Teoría y derecho de la competencia”, escuela de derecho pontificia universidad católica de Valparaíso 2017, p. 32.
- ALBERT MÁRQUEZ, J. J., “derechos fundamentales y nuevas tecnologías: el “derecho al olvido” en internet desde el marco europeo de protección de los derechos humanos”, en las Memorias Científicas del II Congreso Científico Internacional “Sociedad del Conocimiento: Retos y Perspectivas”, pp. 1323-1339, Universidad Ecotec, Guayaquil, 2017.
- ALLENDESALAZAR, R., "*La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*", ed. núm.1, ed. LA LEY, Madrid, Noviembre 2010.
- ALLENDESALAZAR, R. y VALLINA, R., “Artículo 2 de la LDC: el abuso de posición dominante”, Esta doctrina forma parte del libro "*La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*", ed. núm.1, ed. LA LEY, Madrid, Noviembre 2010.
- ALONSO SOTO, R., “Cultura de competencia, límites sociales e institucionales y promoción de la competencia en España”, *Notas de Competencia*, núm. 9, noviembre 2014.
- ALTZELAI ULIONDO, I., “Algunas cuestiones del análisis antitrust: delimitación del mercado de referencia y efectos sobre el comercio intracomunitario”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 9, Sección Estudios, Julio-Septiembre 2011, pág. 51, ed. Wolters Kluwer.
- AMADEO PETITBÒ, J., “La defensa de la competencia en el ámbito del sector servicios”, *ICE*, Septiembre - Octubre 2000, núm. 787.
- AMÉRIGO SÁNCHEZ, J. L., “El conocimiento del registro en los delitos contra la propiedad industrial”, *Diario La Ley*, núm. 8678, Sección Tribuna, 11 de Enero de 2016, Ref. D-11, ed. LA LEY.

- AMOYA, F. A., “Los derechos patrimoniales de autor y sus límites” , en Fayos Gardó, A., *La propiedad intelectual en la era digital*,. Ed. Dykinson, Madrid, 2016.
- ANDERSON DUFF, “Fair Use: Four Factors To Consider”, *Revision legal*, February 6, 2019.
- ANTÓN JUÁREZ, I., “Problemas de la venta online de productos de marca”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 16, Sección Estudios, Primer semestre de 2015, ed. Wolters Kluwer.
- ANTONIO MORENO, M., “¿Qué son los Monopolios y la "Competencia imperfecta"?", 14 de marzo de 2012.
- ARAUJO BOYD, M., *Introducción al estudio de la jurisprudencia revisora de las resoluciones administrativas en materia de Abuso de Posición de Dominio en España*, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ, J. (Dir.), *El Derecho de la competencia y los jueces*, Fundación Rafael del Pino - Ed. Marcial Pons, Madrid 2007.
- ARCOS, M., “La política de competencia en la UE. El marco jurídico de la política de competencia en la UE”, 27 de noviembre de 2012.
- ARISTI, R. S., “La sentencia de apelación en el caso Google *Books* y los límites del *fair use*: una oportunidad para los autores y editores europeos”, *Diario La Ley*, núm. 8654, sección Tribuna, 26 de Noviembre de 2015, Ref. D-444, ed. LA LEY.
- ARRINGTON, MICHAEL (July 25, 2008). "Google's Misleading Blog Post: The Size Of The Web And The Size Of Their Index Are Very Different". *TechCrunch*. AOL.
- AUFDERHEIDE, P.; JASZI, P., “Reclaiming Fair Use: How to Put Balance Back in Copyright”. University of Chicago Press. pp. 10–11. ISBN 978-0-226-03228-3. Retrieved April 16, 2018.
- ÁUREA SUÑOL, “La reforma de la Ley de Marcas: aspectos sustantivos”, *Derecho Mercantil, Legislación*, febrero 8, 2019.
- BA FORNER; AND ECIJA, Abogados, *Protección De Datos Personales: Manual Práctico Para Cumplir la Ley y El Reglamento LOPD*, 2.^a ed. Pamplona, Aranzadi, 2008.
- BARRANTES, B.; ODRIOZOLA, M., IRISSARRY, B., *Derecho Español De La Competencia: Comentarios a la Ley 152007, Real Decreto 2612008 y Ley 12002*. 1a ed. Barcelona: Bosch, 2007.
- BEAUGRAND, T., y BELIN, J. B., “Nouvelle victoire de Google face aux auteurs américains dans l’affaire Google *Books*”, Cour fédérale de district pour le district sud de l’État de New York, 14 de noviembre de 2013, *RLDI*, núm. 100 Janvier 2014.

- BELLO, M.P; HERNÁNDEZ, F., “Derecho de la libre competencia comunitario y español”, ed. THOMSON-ARANZADI, Cizur Menor, 2009, p. 216., p. 127; MILUTINOVIC, V., “The right to damages under EU Competition Law”, (from *Courage v. Crehan to the White Paper and Beyond*), ed. WOLTERS KLUWER, Bedfordshire, 2010, pp. 110.
- BENGOA TORTAJADA, J., “*Microsoft vs. Google, ¿Vulneración del derecho europeo de la competencia?*”, Trabajo de final de carrera, junio de 2011.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., “*La regulación legal de los límites en las legislaciones comunitaria y española*”, en O’CALLAGHAN, Xavier (coord.), *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, DYKINSON, 2011, p. 340.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Google y la regla de los tres pasos”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2009.
- BORK R. H., “The Antitrust Paradox A Policy at War with Itself”, ed. *Free Press*, New York, 1993.
- BERNAT, G. P., “*El derecho comunitario europeo. Sus fuentes: derecho primario y derecho derivado. Examen especial del reglamento y de la directiva: proceso normativo*”, 19 de enero de 2005.
- BERRY, G., “L’Hyperpuissance de l’informatique: Algorithmes, données, machines, réseaux”, Odile Jacob, 2017. LIVRE
- BOTANA, G. A., “Reglamento General para la Protección de Datos de la Unión Europea”, *Actualidad Civil*, núm. 1, Enero 2016, ed. Wolters Kluwer.
- “Crónica anunciada de un Reglamento de Protección de Datos en la Unión Europea”, *Actualidad Civil*, núm. 6, de junio de 2016, ed. Wolters Kluwer.
 - “La Audiencia Nacional ejecuta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre derecho al olvido”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 123, Sección Informe de Jurisprudencia, Segundo trimestre de 2015, ed. Wolters Kluwer.
- BOTANA, G.A. y OVEJERO PUENTE, A. M.^a, Claves de la STS del TJUE de 13 de mayo de 2014 en la cuestión prejudicial planteada en el caso Google, *Actualidad Civil*, 9 de junio de 2014, ed. LA LEY.
- BOSCO D. y PRIETO C., “Derecho Europeo de la competencia entente y abuso de posición dominante”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 10/2013, Número de la revista 4.
- BRACHA, O., “The Folklore of Informationalism: The Case of Search Engine Speech”, *Fordham Law Review*, vol. 82, iss. 4, 2014.

- BROCK, G., *“The right to be forgotten, Privacy and the Media in the Digital Age”*, University of Oxford, Reuters Institute, 2017.
- CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Antitrust Europeo*, tomo I. Parte general la competencia, Colex 2009.
- CALVO CARAVACA, A. L.; and CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Mercado Único y Libre Competencia En La UE*. Madrid: Colex, 2003.
- CAMBERO, R. P., “Análisis de las últimas e importantes novedades en protección de datos: Reglamento Europeo de Protección de Datos y Escudo de Privacidad UE-EE.UU”, *Actualidad Administrativa*, núm. 11, Sección Administración del siglo XXI, Noviembre 2016, ed. Wolters Kluwer.
- CARBAJO CASCÓN, F., “La responsabilidad por hiperenlaces e instrumentos de búsqueda en Internet”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 20, sección estudios, octubre 2004, ed. LA LEY.
- CARLOS, FH, “Contenido y novedades del Reglamento general de protección de datos de la UE (Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016)”, 4 de octubre de 2016. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11050-contenido-y-novedades-del-reglamento-general-de-proteccion-de-datos-de-la-ue-reglamento-ue-2016-679-de-27-de-abril-de-2016/>.
- CASTELLÓ PASTOR, J. J., *Motores de búsqueda y derecho de autor: infracción y responsabilidad*, Thomson Reuter Aranzadi, 1.ª ed. 2016.
- CAVE, M., «*Economic aspects of the new regulatory regime for electronic communications services*», en BUIGUES, P.A. y REY, P., *The Economics of Antitrust and Regulation in Telecommunications - Perspectives for the New European Regulatory Framework*. Cheltenham, Edward Elgar, 2004, [pp. 27-41] pp. 27-28
- CETINA PRESUEL, R., “*Límites al derecho de autor y el uso de contenidos protegidos en el ámbito universitario y en la investigación*”, Memoria para optar el grado de doctorado, Madrid 2015.
- “¿De la sartén al fuego? La cuestión de la adopción del fair use como solución al sistema de límites al derecho de autor en México”, *Revista de cultura digital*, vol. 5, núm. 10 (2014).
- CERRILLO, A., GARCÍA, J., Y VILASAU, M., “III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas”, *revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, núm. 5 (2007) I ISSN 1699-8154.
- CHAMIZO RENAU, J., “El sistema de control de la competencia en el mercado europeo y los últimos acontecimientos. Análisis del caso Google Shopping, la mayor sanción de la historia”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, ISSN 1578-6420, núm. 65, 2018, pp. 75-90.

- COBAS COBIELLA, M. E., “Derecho al olvido: de la STJUE de 2014 al Reglamento europeo de Protección de Datos”, *Actualidad Civil*, núm. 1, Sección Derecho digital/A fondo, Enero 2017, ed. Wolters Kluwer.
- COCA & ASOCIADOS, C., “La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales: la presunción iuris tantum”, *Diario La Ley*, núm. 8984, Sección Tribuna, 22 de mayo de 2017, ed. Wolters Kluwer.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I., “A Propósito de la compleja trasposición de la Directiva 2016/680 relativa al tratamiento de datos personales para fines penales”, *Diario La Ley*, núm.9179, Sección Doctrina, 17 de abril de 2018, ed. Wolters Kluwer.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., “*Ley de marcas*”, Consejo general del poder judicial, 2004.
- CONDE ORTIZ, Concepción; and Universidad de Cádiz. “*La Protección De Datos Personales: Un Derecho Autónomo Con Base En Los Conceptos De Intimidad y Privacidad*”. Madrid: DYKINSON, 2005.
- “Derecho al olvido: de la STJUE de 2014 al Reglamento europeo de Protección de Datos”, *Actualidad Civil*, núm. 1, Sección Derecho digital/A fondo, Enero 2017, ed. Wolters Kluwer.
- CONGER, KATE, "Google Removes 'Don't Be Evil' Clause From Its Code of Conduct".
- COTINO HUESO, L., “Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de internet en Europa y estados unidos y su importancia para la libertad de expresión”, *Revista Derecho comunicaciones y nuevas tecnológicas*. Núm.. 17 enero - junio de 2017. e- issn 1909-7786.
- COUSIN, M., “*La concurrence potentielle: réflexions sur le traitement juridique d’une variable économique*”, *Concurrences*, núm. 1/2007.
- CRUZ CORREA, A., “El control jurídico de las cookies; una utopía del siglo XXI”, *Actualidad Administrativa*, núm. 1, Sección Administración del siglo XXI, Enero 2016, ed. Wolters Kluwer.
- DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, L., “Una primera aproximación al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos”, *Actualidad Administrativa*, núm. 1, sección administración del siglo XXI, enero 2018, ed. Wolters Kluwer.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M., A., “Necesidad de un Reglamento Europeo Sobre Protección de Datos”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 1, Sección Zona Local/Nuevas tecnologías, Quincena del 15 al 29 de enero de 2016, Ref. 85/2016. Ed. Wolters Kluwer.

- “Debe conocer: La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) informa al Grupo de Autoridades Europeas de Protección de Datos de los avances en relación a la política de privacidad de Google”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 11, sección Zona Local/Nuevas tecnologías, Quincena del 15 al 29 de junio de 2016.

- “A vueltas con el derecho al olvido”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 6, Sección Zona Local/Nuevas tecnologías, Quincena del 30 Mar. al 14 Abr. 2015, Ref. 747/2015, pág. 747, ed. Wolters Kluwer.

- “El Reglamento Europeo sobre protección de datos”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 11, Sección Zona Local/Nuevas tecnologías, Quincena del 15 al 29 de junio de 2016, Ref. 1338/2016, p. 1338, ed. Wolters Kluwer.

- " Necesidad de un Reglamento Europeo Sobre Protección de Datos”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 1, Sección Zona Local/Nuevas tecnologías, Quincena del 15 al 29 de enero de 2016, Ref. 85/2016, p. 85, ed. Wolters Kluwer.

- “El Delegado de Protección de Datos en los ficheros y/o tratamientos de la Administración en consonancia con el Reglamento Europeo de Protección de Datos”, *Actualidad Administrativa*, núm. 1, Sección Administración del siglo XXI, Enero 2017, ed. Wolters Kluwer.

- “Debe Conocer: La AEPD publica una guía práctica para difundir el derecho a la protección de datos entre los ciudadanos”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 13, Sección Zona Local/Nuevas tecnologías, Quincena del 15 al 29 de julio de 2017, Ref. 1748/2017, p. 1748, ed. Wolters Kluwer.

- “El Derecho al Olvido en Internet”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 13, Sección Nuevas tecnologías, Quincena del 15 al 29 de julio de 2014, Ref. 1500/2014, p. 1500, tomo 1, ed. Wolters Kluwer.

- “Revisión de la Directiva europea sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 1, Sección Zona Local/Nuevas tecnologías, Quincena del 15 al 29 de enero de 2017, Ref. 94/2017, p. 94, ed. Wolters Kluwer.

- "Protección de los usuarios finales en el acceso a internet”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 3, Sección Zona Local/Nuevas tecnologías, Quincena del 15 al 28 de febrero de 2016, Ref. 325/2016, p. 325, ed. Wolters Kluwer.

DE AGUIRRE, J., M., “*Propiedad Intelectual Hoy, Propiedad intelectual, industrial y nuevas tecnologías*”, de 18/6, 2012.

DE BLAS AGUILERA, J., “La comisión europea investiga posibles prácticas anticompetitivas realizadas por Google”, *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo de 2015. Ed. LA LEY.

-“La comisión europea investiga posibles prácticas anticompetitivas realizadas por Google”, *Actualidad Civil*, núm. 5, Mayo 2015, ed. Wolters Kluwer.

- “A fondo La comisión europea investiga posibles prácticas anticompetitivas realizadas por Google”, *Actualidad Civil*, núm. 5. Mayo 2015.

DE CASTRO, J., M., “Novedades en materia de Defensa de la Competencia”, *Diario La Ley*, núm. 9002, Sección Tribuna, 16 de Junio de 2017, ed. Wolters Kluwer.

DE COUTO GÁLVEZ, R. M., “¿La Ley 21/2014 mantiene un cambio sustantivo en la configuración de la remuneración compensatoria por el límite de copia privada?”, *Actualidad Civil*, núm. 4, Sección A Fondo, Abril 2015, ed. LA LEY.

DEFOE, D., “An Essay on the Regulation of the Press.” 1704. (Blackwell 1958) p. 25.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “Comentari jurisprudencial, Mercado interior y directiva de servicios”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, p. 257-293.

DE LA VEGA GARCÍA, F., “Aplicación subjetiva del Derecho de la Competencia y Solidaridad en el pago de multas (Sentencia TJUE de 10 de abril de 2014)”, *Derecho de la Competencia*.

DELGADO MARTÍN, J., “Responsabilidad penal de los proveedores de servicios de la sociedad de la información. Especial referencia a las páginas web de enlaces”, *Diario La Ley*, núm. 8254, sección tribuna, 19 de febrero de 2014, Año XXXV, Ref. D-54, ed. LA LEY.

DE HERT, P. y PAPAKONSTANTINO, V., «The new General Data Protection Regulation: Still a sound system for the protection of individuals?», *Computer Law & Security Review*, vol. 32, 2016, pp. 179-194.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “*Derecho Privado De Internet*”, 4.^a ed. Cizur Menor Navarra: Civitas, 2011.

- “La contradictoria doctrina del Tribunal Supremo acerca del responsable del tratamiento de datos por el buscador Google”, la *Ley Unión Europea*, núm. 37, 31 de mayo de 2016, Año IV, ed. Wolters Kluwer.

- “Competencia y derecho aplicable en el reglamento general sobre protección de datos de la unión europea”, *Revista Española de Derecho Internacional*, sección ESTUDIOS Vol. 69/1, enero-junio 2017, Madrid, pp. 75-108.

-“Prácticas desleales y comunicaciones comerciales”, Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Derecho Privado de Internet. Ed. Aranzadi, S.A.U., enero de 2015.

-“ Aspectos internacionales del Reglamento general de protección de datos de la UE (II): Derecho aplicable”, jueves, 19 de mayo de 2016.”

DEPOORTER, B., P ARISI, F., “Fair use and copyright protection: a price theory explanation”, *International Review of Law and Economics*. Vol. 21, Issue 4, May 2002, Pages 453-473.

DE SILVA, I., “Pratiques anticoncurrentielles: amende record pour Google”, *Recueil Dalloz* 2017 p.1648.

DE TERWANGNE, C., “ *Droit à l’oubli, droit à l’effacement ou droit au déréférencement? Quand le législateur et le juge européens dessinent les contours du droit à l’oubli numérique*”, en *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles* (Dir. GROSJEAN, A.), Larcier, 2015.

- «Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 13, 2012, p. 53.

DE VELASCO MARÍN, R., “Falta de adecuación de la legislación española a la Directiva «cookies»”, *Diario La Ley*, núm. 7817, sección Tribuna, 13 de marzo de 2012, Año XXXIII, Ref. D-116, ed. LA LEY.

DÍEZ ESTELLA, F., “Google, internet y derecho de la competencia: ¿viejas reglas para nuevos mercados?”, *Revista ceflegal. CEF*, núms. 163-164 (agosto-septiembre 2014).

DÍEZ-HOCHLEITNER, J., BLÁZQUEZ NAVARRO, I., MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., Y IZQUIERDO, C., “*El derecho comunitario derivado, los acuerdos internacionales de las cc.ee. y el derecho complementario*”, Tema 11, 2009.

DÖPFNER MATHIAS, “*UN FALLO DE CÁLCULO QUE COSTÓ MILLONES La historia del gigante alemán que terminó de rodillas ante Google El caso alemán es el más paradigmático de la guerra entre algunos medios y Google. Se aprobó una norma similar, pero el tiro salió por la culata*”, 11 de diciembre de 2014.

ESCRIHUELA MORALES, J., “Los contratos del sector público”, Esta doctrina forma parte del libro "La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministros y de servicios, 4.ª ed.", Editorial El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, mayo 2012.

- ESPÍN ALBA, I., “*Obras huérfanas y derecho de autor*”, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- FALQUE-PIERROTIN, I., INTRODUCTION, IN B. FAUVARQUE-COSSON et C. ZOLYNSKI (Dir.), “*Le cloud computing, L’informatique en nuage*”, SLC, 2014, p. 25, spéc. p. 27.
- FAYOS GARDÓ, A., “L propiedad intelectual en la era digital”, AMOYA, F. A., capitulo “ los derechos patrimoniales de autor y sus límites” . Ed. Dykinsoni, Madrid, 2016. P. 51.
- FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, Carlos; y ALVAR EZQUERRA, Gonzalo. *Derecho De La Competencia: Comunidad Europea y España*. Pamplona: Aranzadi, 1994.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Aproximación al concepto de dominio publico inmaterial en los derechos sobre invenciones y creaciones”, *Revista de Administración Pública* Núm. 146. Mayo-agosto 1998.
- FERNANDO CORTOBA, J., *Límites a la interpretación y aplicación de la regla de los tres pasos*, Universidad de Buenos Aires Facultad de Derecho 2010.
- FRANCESCO PARISI, “Fair use and copyright protection: a price theory explanation”, *International Review of Law and Economics*, vol. 21, Issue 4, May 2002, Pages 453-473.
- GARCÍA BERNARDO DE QUIRÓS, J., et al. *Tratado De Derecho De La Competencia*, 1a ed. Cizur Menor Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.
- GARCÍA RAFAEL, “Google Inc. Cotización de Google Inc. en BMV”, *Tópicos Selectos de Economía*, vol. III. Editores Economía Digital Universidad Rey Juan Carlos-España. Noviembre 16, 2015. Pp. 131.
- GARCÍA GANCEDO, S. “Google y su abuso de posición”, *Revista Universitaria Europea*, núm. 27. Julio-Diciembre 2017: 143-162 ISSN: 1139 -5796.
- GARCÍA GUIJO, L., “*Las ayudas de estado en la unión europea: concepto, requisitos e implicaciones*, *State Aid in the European Union: concept, requisites and implications*”, *DEREITO* Vol.21, núm. 2: 97-127 (Xullo-Dicembro, 2012). ISSN 1132-9947
- GARCÍA ROMERO, S., “Nuevo marco jurídico europeo en protección de datos: novedades conocidas y otras no tan conocidas”, *Diario La Ley*, sección Documentos en línea, 2016.
- GARCÍA SANZ, R. M^a. y Dir. MIRANDA CAMPOAMOR, A. F., “*El derecho en Internet*”. Madrid, Diciembre, 2003.

- GARROTE, I., en BERCOVITSZ, R., (coord.), “«Artículo 9» Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas”, Tecnos, Madrid, 2013.
- GARTENBERG, CHAIM (May 26, 2017). "Google adds new Personal tab to search results to show Gmail and Photos content". The Verge. Vox Media.
- GIL GONZÁLEZ, E., “Aproximación al estudio de las decisiones automatizadas en el seno del Reglamento General Europeo de Protección de Datos a la luz de las tecnologías big data y de aprendizaje computacional”, *Revista Española de la Transparencia*, núm. 5. Segundo semestre 2017.
- “Big data y datos personales: ¿es el consentimiento la mejor manera de proteger nuestros datos?”, *Diario La Ley*, núm. 9050, sección tribuna, 27 de septiembre de 2017, ed. Wolters Kluwer.
- GIRONA DOMINGO. R. M., “Hacia una nueva protección de los secretos industriales y comerciales: la directiva 2016/943 del parlamento europeo y del consejo”, *Derecho Mercantil "Manuel Broseta Pont"*, 04/2018.
- GODSON, R., “A Practical Treatise on the Law of Patents for Inventions and of Copyright: With an Introductory Book on Monopolies”. p. 219-20 (1823).
- GÓMEZ-ACEBO y POMBO, el grupo de competencia, “Cultura de competencia, límites sociales e institucionales y promoción de la competencia en España”. *Notas de competencia*, de noviembre de 2014, núm. 9.
- GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E., “Código De Defensa De La Competencia: Normativa Española y Comunitaria”. Madrid: BOE, 1999.
- GÓMEZ TRINIDAD, S., “Efectos de las decisiones de las ANC y la protección documental aportada en un programa de clemencia en las acciones por daños: Reflexiones ante la Propuesta de Ley de transposición de la Directiva 2014/104 al ordenamiento jurídico español”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 19, Sección Estudios, Segundo semestre de 2016, ed. Wolters Kluwer.
- GONZÁLEZ FUSTER, G., *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Heidelberg, Springer, 2014, pp. 163-248.
- GONZALO RUIZ D, “Definición de Mercado Relevante y Políticas de Competencia”, *Revista de PUCP*, Thémis 41, p. 297.
- GORSTIZA, I., “Categorías Google”, *web 2.0, web master, cómo funciona Google: el proceso de búsqueda*. Publicado el 23 de agosto de 2007.
- GRIMMELMANN, J., “The Structure of Search Engine Law”, vol. 93, *Iowa L. Rev.* 1 2007-2008.

- GUARDIOLA GARCÍA, J., “La responsabilidad penal de los prestadores de servicios en la sociedad de la información a la luz de la Ley 34/2002 y de la Directiva 2000/31/CE”. *Revista de Derecho Vniversitat de València (Estudi general)*, núm. 2, Noviembre 2003.
- GUERRA FERNÁNDEZ, A., y RODRÍGUEZ ENCINAS, A., “la nueva ley de defensa de la competencia: principales novedades”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*/18-2007.
- GUERRERO MUÑOZ, M. D., “Ámbito subjetivo de aplicación del impuesto”, Esta doctrina forma parte del libro "El IVA y los ayuntamientos: cuestiones prácticas", ed. núm. 1, ed. *El Consultor de los Ayuntamientos*, Madrid, Enero 2010.
- GUILLERMO BASAVILVAZO, “El imperio de Google en números [Infografía]”, 14 de Abril de 2012.
- HAMPTON, S., «*The case for repealing the EU’s telecommunications legislation*», en EMERALD INSIGHT, vol. 17, núm. 1, 2015, [pp. 3-8], p. 3.
- HEINS, M., BECKLES, T., “Will fair use survive? Free Expresión in the Age of Copyright Control”. *Brennan Center for Justice, NYU School of Law*. 2003. p. 3.
- HENNING-BOEDEWIG, F., “Unfair Competition Law”, *The Hague, Kluwer Law International*, 2006.
- HERRERA ROSELLO, R., “Breve análisis y algunas observaciones al delito informático”, *Revista Investigación Jurídica de estudiantes*, p. 99, vol. 5, núm. 5, 2014.
- HUGENHOLT B. P. y OKEDIJI R. L., “*Conceiving an International Instrumento on Limitations and Exceptions to Copyright*”, Final report, march 6, 2008.
- ILESIC, M., “Uso no autorizado de marca publicada en anuncios en línea sin el conocimiento ni el consentimiento del tercero o mantenidos en línea pese a la oposición de éste TJ sala segunda, S 3 Marzo 2016”, *La Ley Unión Europea*, ISSN-e 2255-551X, núm. 36, 2016, p2.
- IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., “Por fin un poco de luz en el farragoso debate competencial en el marco de los nuevos tratados de comercio e inversión de la Unión Europea (Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea)”, *la Ley Unión Europea*, núm. 50, 31 de julio de 2017, Año V, ed. Wolters Kluwer.
- JAULT-SESEKE, F., et ZOLYNSKI, C., “*Le règlement 2016/679/UE relatif aux données personnelles*”, *Dalloz* 2016, p.1874.
- JEAN-CLAUDE JUNCKER, “*Carta de nombramiento a MARGRETHE VESTAGER, Comisaria de Competencia*”, de 1 de noviembre de 2014.

JIMÉNEZ LATORRE, F. y CAÑIZARES PACHECO. E., “Dificultades para la definición del mercado relevante”, Preparado para el Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino. Madrid, 18 de octubre de 2005.

JIMÉNEZ, V., “La directiva europea de protección de datos presiona a EEUU”, *Diario El Mundo*, 26 de octubre de 1998.

JOEKES, S., et EVANS, F., “*La concurrence et le développement. LA puissance de marchés concurrentiels*”, publié par le centre de recherches pour le développement international. Ottawa (Ontario) Canada. 2008.

JOHN, K.; ROBERT, W.; GUYORA, B., “Criminal Law - Cases and Materials”, *Wolters Kluwer Law & Business*, 7th ed. 2012.

LAGUNA DE PAZ, J.C., “Internet: aspectos de su régimen jurídico-público”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 113, enero-marzo de 2002.

- “Criterios para la fijación de las sanciones en materia de defensa de la competencia impuestas por las autoridades españolas. A propósito de la STS de 29 de enero de 2015”, la *Ley mercantil*, núm. 12, Sección Competencia y distribución, Marzo 2015, ed. Wolters Kluwer.

Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, núm. 16, Primer semestre de 2015, ed. Wolters Kluwer.

LENOIR, N., ET JACQUIN, A., “Référéncement en ligne et abus de position dominante: quelles problématiques pour les plates-formes numériques?”, *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution* 2016, p.223.

LLOBREGAT HUTADO, M. ^a L., “*Temas de propiedad industrial*”, 2. ^a Ed. La ley, 2007.

LLOPIS BENLLOCH, J. C., “4º Congreso de los Notarios de Europa: la protección de los consumidores en el ámbito digital”, *Diario La Ley*, núm. 9053, sección documento on-line, 3 de octubre de 2017, ed. Wolters Kluwer.

LLUNA, A. P., “Principales novedades de 2019 en materia de marcas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 948/2019 parte Comentario. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2019.

LOBATO, M., y PORCUNA, F., “La responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información. (Reflexiones sobre la Opinión del Abogado General de 22 de septiembre de 2009 en los asuntos C-236 a 238 /08 Google c. Louis Vuitton y siguientes ante el TJCE)” *Diario La Ley*, núm. 7304, sección tribuna, 16 de diciembre de 2009, Año XXX, Ref. D-385, ed. LA LEY.

LOMA-OSORIO, D., *Tratado de Derecho de la Competencia*; pp. 34 y 35, Aranzadi, 2013.

- LÓPEZ NAVARRO, J. F., “Competencia desleal”, en *Vademécum de Derecho Mercantil*, 4ª Ed., Tirant lo Blanch, 05/2017.
- LÓPEZ-SÁEZ, M. M., “Nuevos perfiles del derecho al olvido en Europa y España”, *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá X* (2017) 231-266.
- LOREDO A., “México: Derecho Comparado: Derecho de Autor y Copyright. Dos caminos que se encuentran”, *AR: Revista de Derecho Informático*, núm. 91, 2006.
- LOTORRE, F. J., “*Dificultades para la definición del mercado relevante*”, Preparado para el Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino, Madrid, 18 de octubre de 2005.
- LUCAS, A., y CÁMARA ÁGUILA, M. P., “Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos, o porqué hay que evitar la imprecisión: un estudio sobre la «declaración por una interpretación equilibrada de la regla de los tres pasos en derecho de autor»”, Pe. i.: *Revista de propiedad intelectual*, núm. 33, 2009.
- LUCAS-SCHLOETTER, A., “*Google face à la justice française et belge Nouvelles décisions en matière de droit d’auteur*”, 2 (2011) JIPITEC, 2011.
- ¹ MACHT, JOSHUA, "Automatic for the People". Time (September 30, 2002).
- M. ^a RODRÍGUEZ QUIRÓS, E., “Límites de los derechos de autores de páginas web ante la puesta a disposición de «snippets» y de enlaces de acceso a la «copia caché». Comentario a la STS de 3 de abril de 2012, Megakini vs. Google Spain, S.L.”, Propiedad Intelectual, Derechos de autor, límites, buscadores de Internet, snippets, copia caché. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 13, sección Comentarios de jurisprudencia, segundo semestre de 2013, ed. LA LEY. la Ley 4931/2013.
- MARTÍN ALONSO, N., “Las “diferentes” fuentes del derecho de la Unión Europea”, *noticias jurídicas*, 12/03/2015.
- MARTIN, CHINA, "Google hit with second lawsuit over Library project". InfoWorld (November 26, 2007).
- MÁRQUEZ LOBILLO, P., “Prestadores de servicios de intermediación: algunas especialidades de su estatuto jurídico”, en *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 88, 2007.
- MARTIN, CHINA, "Google hit with second lawsuit over Library project". InfoWorld (November 26, 2007).
- MARTÍNEZ LAGE, S.; PETITBÒ JUAN, Amadeo and Fundación Rafael del Pino. “*Remedios y Sanciones En El Derecho De La Competencia*. Madrid etc.: Marcial Pons etc., 2008, pp. 105-106.

- MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M., “Los nuevos límites al derecho al olvido en el sistema jurídico de la Unión Europea: la difícil conciliación entre las libertades económicas y la protección de datos personales”, *Estudios de Deusto*, Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, vol. 65/2, julio-diciembre 2017, pp. 139-176.
- MARTÍNEZ OTERO, J. M., “La aplicación del derecho al olvido en España tras la STJUE Google contra AEPD y MARIO COSTEJA”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, enero de 2017.
- MARTOS, N., “Se acerca el 25 de mayo de 2018. ¿Está su empresa adaptada al nuevo Reglamento de Protección de Datos?”, *Diario La Ley*, núm. 9081, sección tribuna, 15 de noviembre de 2017, ed. Wolters Kluwer.
- MAS BADIA, M. ^a. D., “Los sistemas de información crediticia y la protección de datos personales: un Reglamento europeo y una Ley Orgánica concebida y no nacida”, *Actualidad Civil*, núm. 5, Mayo 2018, ed. Wolters Kluwer.
- MASSAGUER, J.; ARRIBAS, A., “*Comentario a la Ley De Defensa De La Competencia*”. 2a ed. Madrid: Thomson/Civitas, 2012.
- “Los requisitos de forma en la contratación de derechos de propiedad industrial e intelectual”, *Diario La Ley*, 1995, p. 1166, tomo 4, ed. LA LEY. la Ley 12247/2001”.
- MATTHEW CAPALA, “Global Search Engine Market Share for 2018 in the Top 15 GDP Nations”, in *SEO*, August 27, 2018.
- MAUGHAM, R., “*Treatise on the Laws of Literary Property*”. 1828. Citado en SAG, Matthew.
- MAXIMIN NATHALIE, “Application du RGPD par la CNIL : précisions et amende record pour Google”, *Dalloz actualité* 28 janvier 2019.
- MENÉNDEZ, U. Y VV.AA, “*Guía práctica de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia*”.
- MERAZ ESPINOZA, A. I., “Aspectos jurídicos del comercio electrónico como comercio transnacional”, memoria para optar al grado de doctor, Madrid, 2006, ISBN: 978-84-669-2888-5.
- MILT KRISTIINA, “La protection des données à caractère personnel”, *Fiches techniques sur l'Union européenne*, 01/2018.
- MINERO ALEJANDRE, G. V.: “A vueltas con el “derecho al olvido”. Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 30, junio 2014, p. 131.

- MONTESINOS GARCÍA, A., “La protección de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, a la luz de la inminente reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual”, *Diario La Ley*, núm. 8361, Sección Tribuna, 24 de Julio de 2014, Año XXXV, Ref. D-253, ed. la Ley.
- MUÑOZ GONZALO, E., “¿La venta de ordenadores con programas preinstalados infringe la normativa de competencia?”, *Derecho de la competencia y consumidores*, 11/12/2016.
- MUÑOZ RODRÍGUEZ, J., “La incidencia de la STS del TS (STS núm. 574/2016) para los usuarios que ejercitan el derecho al olvido”, *Diario La Ley*, núm. 8733, Sección Documento on-line, 4 de abril de 2016, ed. Wolters Kluwer.
- NATALIA DEL, B., “Cosmopolitismo jurídico: Hacia un nuevo Derecho Comparado”, *Actualidad Civil*, núm. 1, Enero 2015, ed. LA LEY.
- NAUGHTON, JOHN, "Why's Yahoo gone to Google? Search me", (July 2, 2000). – vía www.theguardian.com.
- NÚÑEZ OSORIO, M. I., “La facultad de la Comisión Europea de aplicar un procedimiento de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) 1/2003 en los casos de abuso de posición de dominio”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 19, Sección Congresos/Comunicaciones, Segundo semestre de 2016, ed. Wolters Kluwer.
- NÚÑEZ SEOANE, J., “Publicidad en buscadores mediante marcas notorias como palabras-clave” , *Diario La Ley*, núm. 8952, sección Tribuna, 30 de Marzo de 2017, ed. Wolters Kluwer.
- ORÓ MARTÍNEZ, C., “Las reclamaciones por daños derivados de una infracción del Derecho de la competencia de la UE: primeras observaciones sobre la Directiva 2014/14/UE”, la Ley Unión Europea, núm. 22 de enero de 2015, año III, ed. Wolters Kluwer.
- ORZA LINARES, R. M., “Nuevos enfoques sobre nuevos derechos de la sociedad de la información y comunicación. A propósito de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 16, 17 y 18/2017.
- OTERO IGLESIAS, A., “El ámbito del «ius prohibendi» frente a marcas nacionales registradas con posterioridad” , la Ley 4941/2013.
- OTERO LASTRES, J. M. “manual de la propiedad industrial” segunda Ed. , capítulo “introducción a la propiedad industrial”, marcial Pons, 2014.
- PALAU RAMÍREZ, F., “*Reflexiones sobre los conflictos relativos a la explotación de derechos de propiedad intelectual y la responsabilidad de los motores de búsqueda en internet*”, en Orientaciones actuales del derecho mercantil, Madrid 2013.

PALMA ORTIGOSA, A., “El blindaje de Europa ante los ciberataques. Análisis de la Directiva 2016/1148 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión”, *Diario La Ley*, núm. 1, Sección Ciberderecho, 12 de diciembre de 2016, ed. Wolters Kluwer.

PAZOS CASTRO, R., “El funcionamiento de los motores de búsqueda en Internet y la política de protección de datos personales, ¿una relación imposible? A propósito de la STJUE de 13 de mayo de 2014 (Google Spain, S.L. y Google Inc. /Agencia Española de Protección de Datos [AEPD] y Mario Costeja González, C-131/12, no publicada todavía en el repertorio oficial)”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2015.

PEGUERA POCH, M., “*Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación*”, ed. : Tirant lo Blanch, 05/2016, 1.ª Ed. .

- “*Los prestadores de servicios de internet y la normativa sobre responsabilidad*”, en: AGUSTINOY GUILAYN, A., “*Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación*”, ed. Tirant Lo Blanch, Colección: Manuales de Derecho Civil y Mercantil, 1.ª Ed. , pp.423. Rústica, 2016.

PEÑA LÓPEZ, F., “*Los presupuestos del régimen de responsabilidad por daños derivados de un ilícito anticoncurrencial: especialidades con respecto a la parte general del derecho de daños*”, capítulo III, ed. TIRANT LO BLANCH, 02/2018.

PÉREZ CARRILLO, E. P., “Régimen jurídico del acceso a documentos en materia de defensa de la competencia en la Unión Europea. ¿Norma general c., norma especial?, o ¿procedimiento motivado de ponderación de intereses c., presunciones? Texto”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 17, Sección Estudios, Segundo semestre de 2015, ed. LA LEY.

PINTOS SANTIAGO, J., “El constitucionalismo económico en la Unión Europea frente a la defensa de los derechos fundamentales en el Tratado de Lisboa”, *Actualidad Administrativa*, núm. 1, Sección A Fondo, Enero 2015, tomo 2, ed. Wolters Kluwer.

- “Las fuentes formales en el derecho derivado de la Unión Europea: actos típicos y atípicos de la contratación pública, conclusiones a los distintos estadios de los principios generales. El principio general de vigencia tecnológica”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 147, Sección Reflexiones, Enero 2017, ed. Wolters Kluwer.

PLATERO ALCÓN, A., “El derecho al olvido en internet. El fenómeno de los motores de búsqueda”, *Opinión Jurídica*, vol. 15, núm. 29, 2016, pp. 243-260 - ISSN 1692-2530. Enero-Junio de 2016.

PRIETO, C., “L’Europe et le droit de la concurrence: des malentendus aux mérites reconnus”, JCP (G), 21 mars 2007, I.

PRISLAN, N., “Carta de Europa: ¿Existe una grieta digital entre EEUU y la UE?”, *Política exterior*, vol. 30, núm. 172, julio-agosto 2016.

RAFFAELLI, R., “las fuentes y el ámbito de aplicación del derecho de la UE”, 10/2015.

RALLO, A., “El derecho al olvido y su protección”, *Revista Telos Cuadernos de Comunicación e Innovación*, núm. 85, Fundación Telefónica, octubre-diciembre 2010.

RAMOS, F., “Principales Novedades del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos”, *Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos LOPD*. Ministerio de Justicia. 08 de junio de 2017.

REDACCIÓN DIARIO LA LEY, “Google progresa adecuadamente en su política de privacidad”, *Diario La Ley*, núm. 8707, Sección Tribuna, 22 de febrero de 2016, Ref. D-79, ed. Wolters Kluwer.

RENGIFO GARCÍA, E., “Derechos de autor de las obras reproducidas y publicadas en línea por los motores de búsqueda”, *Revista la propiedad inmaterial*, núm. 22, julio – diciembre de 2016, pp. 33 – 56.

-“ El papel del juez frente a las limitaciones y excepciones al derecho de autor en los países de tradición continental”, GUILD, INC. AND BETTY MILES, JOSEPH GOULDEN, and JIM BOUTON vs. Google Inc. 12-3200 (2d Cir. 2013).”

RICHARD STIM, A., “Getting Permission Using & Licensing Copyright-Protected Materials Online & Off”, 6th Edition , October 2016.

-“Fair Use: The Four Factors Courts Consider in a Copyright Infringement Case. A determination of fair use generally occurs during a copyright infringement lawsuit”, *legal enciclopedia nolo*”.

RIEM, F., “Concurrence effective ou concurrence efficace? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil”, *Revue internationale de droit économique* , 2008/1 (t. XXII, 1).

RIVAS GARCÍA, L. R., “Derecho al olvido digital. Digitalización de hemerotecas. Datos personales vinculados a informaciones pretéritas que afecten a la reputación y la vida privada. Caducidad de la acción. Ponderación de derechos en conflicto y límites del derecho al olvido digital. Medidas de tutela procedentes”, Esta doctrina forma parte del libro “2016 Práctica contenciosa para abogados” , ed. núm. 1, ed. LA LEY, Madrid.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “*Estudios sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*”, Madrid, 1^{er} Ed. , ed. LA LEY, diciembre 2011.

RODILLA MARTÍ, C., “La more economic approach del Derecho de la Competencia en los litigios sobre consorcios de patentes: el caso de los compromisos”, *la Ley mercantil*, núm. 30, Noviembre 2016, ed. Wolters Kluwer.

• *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 19, Segundo semestre de 2016, ed. Wolters Kluwer.

- “*los precios excesivos por explotación como ilícito del Derecho de la Competencia*”, THOMSON REUTERS ARRANZADI, P 70. Primera Ed. 2018.

RODRÍGUEZ CAMIÑO, R., “Motores de búsqueda sobre salud en Internet”, *Revista Cubana de Información en Ciencias de la Salud (ACIMED)*, vol. 11 núm. 5 Ciudad de La Habana septiembre – octubre 2003. Versión impresa ISSN 1024-9435.

RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., “La política de la competencia versus la política social y de empleo en la UE”, *Estudios de economía aplicada*, vol. 27-3, 2009.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El cuestionado efecto directo en los litigios laborales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *relaciones laborales*, núm. 10, año 30, octubre 2014, p.lk, k 1, tomo 1, ed. Wolters Kluwer.

ROGEL VIDE. C., “De los límites a las infracciones del derecho de autor en España”, *Diario La Ley*, 1989, p. 943, tomo 1, ed. LA LEY.

RUIZ G., “Definición de mercado relevante y políticas de competencia”, *Themis, Revista de Derecho*, núm. 41 de 2000.

RUIZ MUÑOZ, M., y BLAS. G., “*Derecho de la propiedad intelectual. Derecho de autor y propiedad industrial*”, Tirant lo Blanch, 1.ª Ed., 11/2017.

¹ RUIZ MUÑOZ, M., coord. LASTIRI SANTIAGO, M., RUIZ MUÑOZ, M., “*Derecho de la propiedad intelectual. Derecho de autor y propiedad industrial*”, 11/2017. Ed. Tirant lo Blanch.

RUIZ PERIS, J. I. “Derecho europeo de la Competencia. “Training of National Judges in UE Competition Law””, Tirant lo Blanc, p. 85, Valencia 2017.

- “*Derecho europeo de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104 UE. Training of National Judges in UE Competition Law*”, tirant lo blanc , p. 17, Valencia 2018.

- SAG, M., "The Prehistory of Fair Use", *Brooklyn Law Review*, vol. 76, núm. 4. 2011.
- SAMUEL JOHNSON, el más destacado defensor del derecho al abridgment, en su artículo "Considerations on the case of Dr. Trapp's sermons, abridged by Mr. Cave", Editor: General Books LLC; Ed. : abridged edition (14 de agosto de 2009).
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A., "Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador", *Revista Bolivia de Derecho* Núm. 23, enero 2017.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., "La sentencia de apelación en el caso Google Books y los límites del fair use: una oportunidad para los autores y editores europeos", *Diario La Ley*, núm. 8654, Sección Tribuna, 26 de noviembre de 2015, Ref. D-444, ed. LA LEY.
- SCHWARTZ, BARRY, "Google Adds Personal Tab To Search Filters". *Search Engine Roundtable*. (May 26, 2017).
- SELIGRAT GONZÁLEZ, V. M., "El «derecho al olvido digital». Problemas de configuración jurídica y derivados de su incumplimiento a la vista de la STS de 15 de octubre de 2015", *Actualidad Civil*, núm. 12, Diciembre 2015, ed. Wolters Kluwer.
- SERRANO CHAMORRO, M^a. E., "Protección de datos personales: información, consentimiento y transparencia. Nuevas exigencias jurídicas comunitarias", *Actualidad Civil*, núm. 5, Sección Persona y derechos/A fondo, Mayo 2017, ed. Wolters Kluwer.
- SIMÓN CASTELLANO, P.: "*El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos*". Ponencia presentada en el Congreso Libertad, transparencia y política en Internet: ejercicio, amenazas y garantías. Madrid, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 19 y 20 de octubre de 2012. Pendiente de publicación. Su monografía *El Régimen Constitucional del Derecho al Olvido Digital* (Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2012) es imprescindible para el conocimiento actual de esta materia. También COTINO HUESO, L. "*Entre el derecho al olvido y el olvido de la libertad de información y la transparencia*". Ponencia presentada en el Congreso Libertad, transparencia y política en Internet: ejercicio, amenazas y garantías. Madrid, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 19 y 20 de octubre de 2012. Pendiente de publicación. Vid. también, desde un punto de vista más general, COTINO HUESO, L. (editor), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia, 2011.
- SOLANA, D., "*El asunto Google y la "regla de los tres pasos" en nuestra Ley de Propiedad Intelectual*"., de 30 de diciembre de 2008.

- "La Sentencia del Tribunal Supremo sobre "Google", *Legal Today*, 3 de septiembre de 2012.

- SORIANO HINOJOSA, A., “De la tradicional inarbitrabilidad del Derecho de la competencia a su paulatina aceptación general”, la Ley *Unión Europea*, núm. 31, 30 de noviembre de 2015, Año III, ed. Wolters Kluwer
- SOTO PINEDA. J. A., “Consideraciones acerca del elemento subjetivo presente en las economías colaborativas en entornos digitales” , *Actualidad Civil*, núm. 2, sección Derecho digital/A fondo, Febrero 2018, ed. Wolters Kluwer.
- STROSS, RANDALL, "Introduction" Planet Google: One Company's Audacious Plan to Organize Everything We Know. *New York: Free Press*. pp. 3–4. (September 2008).
- SUANZES, P. R., “La UE impone a Google una multa récord de 2.420 millones por abuso de posición dominante”, Bruselas 27 de junio de 2017.
- SUBIOTTO, R. y LITTLE, D., "The application of Article 102 TFEU by the European Commission and the European Courts", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, vol. 3 (2).
- SUQUET CAPDEVILA, J., “El lugar del hecho dañoso en Internet: criterios de atribución de competencia judicial internacional (STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-618/15: Concurrence SARL v Samsung Electronics France SAS y Amazon Services Europe Sàrl)”, la Ley Unión Europea, núm. 47, 28 de abril de 2017, Año V, ed. Wolters Kluwer.
- THE VERGE, SAM BYFORD, "Google Station is a new platform that aims to make public Wi-Fi better." September 27, 2016.
- TORRE SUSTAETA, M.^a V., “Sobre las reclamaciones de daños por infracción de las normas de Derecho de la Competencia tras la Directiva 104/2014. Vicisitudes procesales en torno a la acumulación de acciones por el actor y por el demandado”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, ISSN 1888-3052, núm. 17, 2015, p. 3.
- TOURIÑO PENA, A., “El derecho al olvido en Internet”, *Actualidad Civil*, ed. LA LEY, ISBN-ISSN: 2254-9412.
- “Los derechos de cancelación y bloqueo de datos al amparo de la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014. *Google Spain, S.L. y Google INC., vs. Agencia española de protección de datos y d. Mario COSTEJA*”, *Actualidad Civil*, ed. LA LEY, ISBN-ISSN: 2254-9412.
- UNIVERSIDAD DE VALENCIA, “La UE acusa a Google de dañar la competencia y frenar la innovación en telefonía móvil”, *Diario La Ley*, Sección Hoy es Noticia, , ed. la Ley. 20/04/2016.
- VAQUÉ, L. G., “El TJUE declara contraria a la Directiva 2005/29/CE una normativa nacional que prohíbe las ventas con prima y que no tiene solamente por objeto

proteger a los consumidores (sentencia «Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG»)", *Publicación: Revista Aranzadi Unión Europea* núm. 4/2011 parte Crónica. Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011.

VELA MOURIZ, A. M., "2016 en clave Penal", *Diario La Ley*, 30 de Diciembre de 2016, ed. Wolters Kluwer.

VELASCO NÚÑEZ, E., "Derecho a la imagen: tratamiento procesal penal", *Diario La Ley*, núm. 8595, Sección Doctrina, 1 de septiembre de 2015, Ref. D-311, ed. LA LEY.

VELASCO SAN PEDRO, Luis A., "*el Derecho Europeo De La Competencia: (Antitrust e Intervenciones Públicas)*". 1a ed. Valladolid: Lex Nova, 2005.

VILALTA NICUESA, A. E., "El «derecho al olvido digital» no ampara la alteración del contenido de la información original lícitamente publicada", *Derecho Civil y Justicia en la era de las TIC*, 24 de junio de 2018. Ver también la STS de fecha 13 de julio de 2017, núm. 446/2017.

WEINBERGER MATT, "38 photos of Google's rise from a Stanford dorm room to world domination". *Business Insider*. Axel Springer SE, (October 12, 2015).

WHISH, RICHARD; BAILEY, DAVID, "*Competition Law*", 8th Edition. De 30 julio de 2015. OUP Oxford.

XALABARDER PLANTADA, R., "La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios", *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, IDP*, 2 (2006) I ISSN 1699-8154.

YANES YANES, P., «La protección del «leniency material» en la Jurisprudencia comunitaria: de PFLEIDERER a En BW», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 14. Base de datos la Ley Ref. 4648/2014.

ZALDÍVAR ROBLES, J., "*La protección penal del derecho a la intimidad (19/2016)*", de 06 junio de 2016.

- "La protección penal del derecho a la intimidad", Teoría y derecho", *Revista de pensamiento jurídico*, núm. 19, 06/2016.

ZAPATA LÓPEZ, F., "¿Quo vadis, derecho de autor?", *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, año 8, núm. 15 - enero/junio de 2015.

ZÁRATE CONDE, A. (coor.), "Derecho Constitucional, Obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la Carrera Judicial y Fiscal", ed. Universitaria Ramón Areces, 13-02-2018, ISBN 978-84-9961-274-4.

ÍNDICE DOCUMENTAL

Arreglo de Madrid, adoptado en 1891, revisado en Bruselas (1900), en Washington (1911), en La Haya (1925), en Londres (1934), en Niza (1957) y en Estocolmo (1967), y enmendado en 1979.

Protocolo concerniente a ese Arreglo, adoptado en 1989 con la finalidad de que el sistema de Madrid fuese más flexible y más compatible con la legislación nacional de determinados países y organizaciones intergubernamentales que no habían podido adherirse al Arreglo. El Protocolo fue ratificado por España el 8 de abril de 1991.

El procedimiento sancionador a las entidades Google *Spain, S.L.* y Google *Inc.*, por la presunta comisión de una infracción del art. 4.2 de la LOPD por parte de cada una de las entidades imputadas, tipificada como grave en el art. 44.3.c) de la citada Ley Orgánica, pudiendo ser sancionada, cada una de ellas, con multa de 40.001 euros a 300.000 euros. En el procedimiento sancionador PS/00345/2013, instruido a las entidades Google *Inc.* y Google *Spain, S.L.*. Procedimientos Sancionadores. Art. 15 16 4.5

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, Acta de París del 24 de julio de 1971, y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

United States - Section 110 (5) of US Copyright Act. La disputa DS160

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Wutor (WCT) (1996) con las Declaraciones concertadas relativas al Tratado adoptadas por la conferencia diplomática y las disposiciones del Convenio de Berna (1971) mencionadas en el tratado Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ginebra 1997).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); DOUE C 83/49.

La *Ley Sherman Antitrust* (en inglés, *Sherman Antitrust Act*), publicada el 2 de julio de 1890.

El Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales fue adoptado por la Conferencia diplomática sobre la protección de la fijación interpretaciones y ejecuciones audiovisuales, celebrada en Beijing del 20 al 26 de junio de 2012. El Tratado contempla los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes sobre las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales.

El Tratado de Marrakech, que fue adoptado el 27 de junio de 2013 en Marrakech, forma parte de un cuerpo de tratados internacionales sobre derecho de autor administrados por

la OMPI. Posee una clara dimensión de desarrollo humanitaria y social, y su principal objetivo es crear un conjunto de limitaciones y excepciones obligatorias en beneficio de las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso.

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) es un arreglo particular adoptado en virtud del Convenio de Berna que trata de la protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno digital. Además de los derechos reconocidos en el Convenio de Berna, se conceden determinados derechos económicos. El Tratado también se ocupa de dos objetos de protección por derecho de autor: i) los programas de computadora, con independencia de su modo o forma de expresión, y ii) las compilaciones de datos u otros materiales ("bases de datos"). (TODA).

Reglamento (UE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 101 y 102 del Tratado. Este Reglamento adoptado por el Consejo el 16 de diciembre de 2002 para la aplicación de las normas de competencia previstas en los arts. 101 y 102 del TFUE, sustituyó al Reglamento (CEE) núm. 17/62, a partir del 1 de mayo de 2004.

Reglamento 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de concentraciones entre empresas. DOUE L 24/1. De 29.1.2004.

Reglamento de ejecución (UE) núm. 802/2014 de la Comisión de 24 de julio de 2014 por el que se establecen modelos de programas nacionales y se establecen las condiciones del sistema de intercambio electrónico de datos entre la Comisión y los Estados miembros con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento (UE) núm. 514/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen disposiciones generales sobre el Fondo de Asilo y Migración y de integración y sobre el instrumento de apoyo financiero a la cooperación policial, la prevención y la lucha contra la delincuencia y a la gestión de crisis. DOUE L 219/22 de 25/7/2014.

Reglamento (UE) núm. 1217/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010 sobre la aplicación del art. 101, apdo. 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos de investigación y el desarrollo.

Reglamento (UE) núm. 651/2014 de la Comisión de 17 de junio de 2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los arts. 107 y 109 del Tratado (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE núm. L 187/1.

Reglamento núm. 316/2014 de la Comisión el 21 de marzo 2014 sobre la aplicación del art. 101, apdo. 3, del TFUE a los acuerdos de transferencia de tecnología categorías. (DOUE L 93 de 28 de marzo de 2014).

Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) núm. 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión.

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). DOUE L 119/1, del 04 de mayo de 2016.

Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre la marca de la Unión Europea. DOUE L 154/1, 16/6/2017.

Reglamento de ejecución (UE) 2018/626 de la Comisión, de 5 de marzo de 2018, por el que se establecen normas de desarrollo de determinadas disposiciones del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la marca de la Unión Europea, y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1431. DOUE L 104/37.

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Art. 3.d: Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Publicado en: «BOE» núm. 166, de 12 de julio de 2002.

Ley 29/2009, de 30 de diciembre de 2009, por la que se modifica el Régimen Legal de la Competencia Desleal y de la Publicidad para la Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios.

Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

Decisión 94/1/UE, CECA del Consejo y de la Comisión de 13 de diciembre de 1993 relativa a la celebración del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Austria, la República de Finlandia, la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega, el Reino de Suecia y la Confederación Suiza, por otra parte [DOUE núm. L 1 de 3.1.1994].

Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión, de 12 de julio de 2016, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-EE. UU. DOUE-L-2016-81401, núm. 207, de 1 de agosto de 2016.

Decisión C(2012) 9635 de la Comisión, de 20 de diciembre de 2012, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 TFUE y del artículo 54 del Acuerdo EEE [asunto COMP/D2/39.654 — Reuters Instrument Codes (RIC)].

Decisión 2013/275/UE del Consejo, de 10 de junio de 2013, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales.

Decisión 2014/221/UE del Consejo, de 14 de abril de 2014, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso.

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). Entrada en vigor: 17 julio 2000.

Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización). DOUE núm. L 109 de 24/04/2002 p. 0021 – 0032.

Directiva 2002/21/CE modificada por REGLAMENTO (CE) Núm. 1211/2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2009, por el que se establece el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y la Oficina. DOUE núm. L 337/1 de 18/12/2009.

Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal). DOUE núm. L 108 de 24/04/2002 p. 0051 – 0077.

Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas)

Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/UEE del Consejo, las Directivas 97/7/UE, 98/27/UE y 2002/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. DOUE núm. L 149/22.

Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. De 8 de noviembre de 2008. DOUE L 299/25.

Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un Marco Regulador Común de las Redes y los Servicios de Comunicaciones Electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al Acceso a las Redes de Comunicaciones Electrónicas y Recursos Asociados, y a su Interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la Autorización de Redes y Servicios de Comunicaciones Electrónicas. L 337/37.

Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores, 18.12.2009. DOUE L 337/11.

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 15.4.2010, p. 1) COM(2016) 287 final.

Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. Fecha Publicación: 05/12/2014 Fecha Norma: 26/11/2014. Rango: Directivas Boletín: DOUE núm. L349.

Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, DOUE L 336/1, 23/12/2015.

Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión. DOUE L 194/1, 19/7/2016. (Art. 4).

Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (Texto pertinente a efectos del EEE) DOUE (2011/C 11/01).

Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal [DOUE núm. C 11 de 14.1.2001].

Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apdo. 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003 (Texto pertinente a efectos del EEE) (Diario Oficial núm. C 210 de 01/09/2006 p. 0002-0005).

Corrección de errores de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (DO L 157 de 30.4.2004). DO L 195 de 2.6.2004, p. 16/25.

Acuerdo sobre el espacio económico Europeo (AEEE), DOUE núm. L 1/3, de 3 de enero 1994.

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. Diario Oficial L 001 de 03/01/1994 p. 0003 – 0036.

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, ANEXO 1 C.

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC).

Acuerdo de la OMC (Organización Mundial del Comercio) de 1994 sobre los ADPIC (Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994. (ADPIC).

Dictamen 4, 2018 sesión ordinaria del pleno 19 de septiembre de 2018 Sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Adoptado en su sesión del día 3 de diciembre de 2015 sobre Efectos de las Directivas de contratación pública en la regulación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, tras la conclusión del plazo de transposición.

Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y del Consejo sobre el funcionamiento del Reglamento (UE) núm. 267/2010 de la Comisión de la aplicación del art. 101, párr. 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros. Bruselas, de 17 de marzo de 2016 COM (2016) 153 final {SWD (2016) 62 final}.

Informe y dictamen sobre el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, hecho en Marrakech el 27 de junio de 2013. 18/03/2015.

Informe anual del formulario 10-K de Alphabet para el año fiscal estadounidense que finaliza el 31 de diciembre de 2016.

Circular 1/2006 sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley orgánica 15/2003, p. 53. el texto original, que puede consultar en PDF en la página web del Ministerio Fiscal español (www.fiscal.es).

Circular núm. 10/19 “Principales novedades de la nueva Ley de Marcas”, Enero 2019.

Circular 1/2006 sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley orgánica 15/2003, p. 53. el texto original, que puede consultar en PDF en la página *web* del Ministerio Fiscal español (www.fiscal.es).

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Mayor protección, nuevas oportunidades: Orientaciones de la Comisión sobre la aplicación directa del Reglamento general de protección de datos a partir del 25 de mayo de 2018. Bruselas, 24.1.2018 COM(2018) 43 final.

Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. DOUE núm. C 372 de 09/12/1997 pp. 0005 – 0013.

Comunicación de la Comisión — Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 101 y 102 del Tratado (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE núm. C 101 de 27/04/2004 pp. 0081 – 0096.

Comunicación de la Comisión - Directrices relativas a la aplicación del apdo. 3 del art. 101 del Tratado [Diario Oficial C 101 de 27.4.2004].

Comisión de la UE, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al CESE y al Comité de las regiones: un mercado único para la Europa del siglo XXI”. Bruselas, 20.11.2007 COM (2007) 724 final (no está publicado).

Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea. - Boletín Oficial del Estado, de 11-02-2009.

Comunicación 2014/C 291/01 de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del TFUE (Comunicación de *minimis*).

Commission européenne - Communiqué de presse, “Abus de position dominante: la Commission adresse une communication des griefs à Google au sujet du service de comparaison de prix et ouvre une procédure formelle d'examen distincte concernant Android”, Bruxelles, 15 avril 2015.

CE, “informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al CESE y al Comité de las Regiones”. Informe sobre la política de competencia 2014, Bruselas, 4.6.2015. COM(2015) 247 final.

CE- Comunicado de prensa, “Antitrust: la Comisión impone a Google una multa de 2,42 mil millones de euros por abuso de posición dominante como motor de búsqueda por dar una ventaja ilegal a su propio servicio de compras comparativas”. Bruselas, 27 de junio de 2017.

CE, “Comprender las políticas de la Unión Europea. Competencia Un mejor funcionamiento de los mercados La política de competencia de la UE garantiza que las empresas compitan en pie de igualdad y de forma equitativa en el mercado interior europeo”, pp.12, ISBN 978-92-79-41487-9, 2014.

CE, “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital”, Bruselas, 14.9.2016. COM(2016) 593 final. 2016/0280(COD).

Comunicación de la Comisión — Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del art. 101, apdo. 1, del TFUE (Comunicación de minimis).

Comunicación de la Comisión, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. DOUE C11/1, 14/1/2014.

CE -Comunicado de prensa- “Antimonopolio: la Comisión remite un pliego de cargos a Google sobre el servicio de comparación de precios e incoa un procedimiento formal de investigación específico sobre Android”, Bruselas, 15 abril 2015.

European Commission, “Antitrust: Commission opens formal investigation into Amazon's e-book distribution arrangements”, Brussels, 11 June 2015.

European Commission – “Antitrust: Commission opens formal investigation against Google in relation to Android mobile operating system”. Brussels, 15 April 2015, MEMO/ 15/4782.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales. Estrasburgo, 8.3.2016 COM (2016) 127 final.

European Commission, “Making markets work better, EU competition policy ensures that companies compete equally and fairly in Europe’s internal market.”, 2016.

Comisión Europea - Comunicado de prensa, “Antitrust: la Comisión impone a Google una multa de 2,42 mil millones de euros por abuso de posición dominante como motor de búsqueda por dar una ventaja ilegal a su propio servicio de compras comparativas”, Bruselas, 27 de junio de 2017.

European Commission, “Management Plan 2018 DG COMPETITION”, Ref. Ares(2018)344698 - 19/01/2018.

CE, “Antimonopolio: La Comisión impone a Google una multa de cerca de 4,34 millones EUR por prácticas ilegales en relación con los dispositivos móviles *Android* para reforzar la posición dominante del motor de búsqueda de Google”, Bruselas, 18 de julio de 2018.

CE, “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del

Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), Bruselas, 14.3.2013. COM(2013) 139 final.

CE, “La política de competencia de la UE garantiza que las empresas compitan en pie de igualdad y de forma equitativa en el mercado interior europeo”, pp. 12, ISBN 978-92-79-41487-9.

CE, “informe de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones” Informe sobre la política de competencia 2016, Bruselas, 31.5.2017 COM(2017) 285 final.

CE, “informe de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones” Informe sobre la política de competencia 2016, Bruselas, 31.5.2017 COM(2017) 285 final.

CE, “LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES”, art. 16 del TFUE y los arts. 7 y 8 de CDFUE.

CE, “Normas para compensar a las víctimas de cárteles y prácticas contrarias a la competencia”.

CE- Comunicado de prensa, “Antitrust: la Comisión envía un pliego de cargos a Google sobre el sistema operativo y las aplicaciones de Android”, Bruselas, 20 de abril de 2016.

CE- Comunicado de prensa, “Antimonopolio: la Comisión remite un pliego de cargos a Google sobre el servicio de comparación de precios e incoa un procedimiento formal de investigación específico sobre Android”, Bruselas, 15 abril 2015.

CE- Comunicado de prensa, “Defensa de la competencia: la Comisión impone una multa a Google de 1,49 miles de millones de euros por prácticas abusivas en la publicidad en línea” Bruselas, 20 de marzo de 2019.

European Commission, “Actions for Damages > Directive on Antitrust Damages Actions”.

Comisión de las comunidades europeas, “Informe de la comisión al parlamento europeo, al consejo y al comité económico y social europeo”, Bruselas, 21.11.2003 COM(2003) 702 final. P. 14.

Comunicado de prensa, Comisión Europea, “Defensa de la competencia: La Comisión sigue avanzando en las investigaciones sobre las prácticas de Google en materia de publicidad y comparación de precios que supuestamente vulneran la normativa de la UE, Bruselas, 14 de julio de 2016.

European Commission, “Antitrust: Commission proposes legislation to facilitate damage claims by victims of antitrust violations”, Brussels, 11 June 2013. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-525_en.htm.

Considerado cinco (5) de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso de mercado) / COM/2011/0651 final - 2011/0295 (COD).

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (Reglamento general de protección de datos) /COM/2012/011 final - 2012/0011 (COD).

Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos. Entrada en vigor: 24 mayo 1993. *Versión consolidada vigente desde:* 6 noviembre 2008; *Última modificación legislativa:* Real Decreto 1665/2008 de 17 Octubre (modificación del Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos aprobado por RD 428/1993 de 26 Mar.) (LA LEY 15182/2008).

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Publicado en BOE de 22 de abril de 1996.

Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Entrada en vigor: 19 de abril 2008. *Versión consolidada vigente desde:* 30 enero 2010; *Última modificación legislativa:* Real Decreto 3/2010 de 8 Enero (Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica) (LA LEY 630/2010).

Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.

Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC, BOE5 de 27 de Febrero de 2008).

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Resumen de la Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017 relativa a un procedimiento en virtud del art.102 del TFUE y del art. 54 del Acuerdo EEE [Asunto AT.39740 – Búsqueda de Google (Shopping)] [notificada con el número C (2017) 4444] (El texto en lengua inglesa es el único auténtico) (2018/C 9/08). DOUE C 9/11, 12.1.2018.

“Europe hits Google with record \$5 billion antitrust fine, appeal ahead”, technology news, July 18, 2018. Disponible en: <https://uk.reuters.com/article/us-eu-google-antitrust/europe-hits-google-with-record-5-billion-antitrust-fine-appeal-ahead-idUKKBN1K80U8>.

Redacción El HuffPost, “Bruselas impone una nueva multa récord a Google de 4.343 millones por Android”, Economía, 18 de julio de 2018. Disponible en: https://www.huffingtonpost.es/2018/07/18/la-ue-impone-una-multa-de-miles-de-millones-de-euros-a-google-por-android_a_23484468/.

In June 2017, the Commission concluded via prohibition Decision that Google had abused a dominant position in the markets for general internet search services by systematically favouring its own comparison shopping product in its general search results. A fine of Euro 2.42 billion was imposed.

In April 2016, the Commission sent Google a Statement of Objections in which it reached the preliminary conclusion that the company had abused a dominant position by imposing restrictions on Android device manufacturers and mobile network operators which aimed at preserving and strengthening its dominance in general internet search, see IP/16/1492 of 20 April 2016, who was condemned of 4.34 million Euro in July 2018.

In July 2016, the Commission sent a Statement of Objections to Google outlining its preliminary conclusion that Google had abused a dominant position in search advertising intermediation by artificially restricting the possibility of third party websites to display search advertisements from Google's competitors, see IP/16/2532 of 14 July 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_en.htm

Información procedente de las instituciones, órganos y organismos de la unión europea, CE, Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE 2016/C 262/01).

Informe de la CNMC sobre las ayudas públicas en España - 2017 IAP/CNMC/001/17, 5 de octubre de 2017. www.cnmc.es.

Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»). COM/2013/0139 final.

Directrices relativas a la aplicación del apdo. 3 del art.101 del TFUE (antiguo apartado 3 del art.81 del TCE).

Resolución de 29 de marzo de 2019, de la Oficina Española de Patentes y Marcas, O.A., por la que se publica el Convenio con el Consejo General del Poder Judicial.

OEPM: Resolución de 9 de enero de 2019 del director de la Oficina Española de Patentes y Marcas por la que se especifican las condiciones generales, requisitos, características técnicas y formatos para la presentación electrónica de los distintivos tipos de marcas.

FOO YUN, C., “EU lawmakers back publishers over tech giants on copyright”, technology news, September 12, 2018. Disponible en: <https://in.reuters.com/article/eu-copyright/eu-lawmakers-back-publishers-over-tech-giants-on-copyright-idINKCNILS1ZS>.

Juzgado de lo mercantil núm.8 de Madrid MCP 656/14- 4 .ª Pedro LEON SANCHEZ GIL. Liga Nacional de Fútbol Profesional. AUTO - Dictado en Madrid, a 17 de noviembre de 2014, - Sobre resolución de medidas cautelares previas a demanda.

DAVID REID, “EU regulators hit Google with \$1.7 billion fine for blocking ad rivals”, *CNBC*, Published 7:10 AM ET Wed, 20 March 2019 Updated 2:44 PM ET Wed, 20 March 2019. *CNBC.com*

JAMES VINCENT, “Google hit with €1.5 billion antitrust fine by EU. The third antitrust fine the European Union has levied against the US tech giant”, *The verge*, Mar 20, 2019.

“Google rechaza frente a la UE el establecimiento de un derecho al olvido global”, Madrid, 12 de septiembre de 2018 (EDIZIONES/Portaltic). Disponible en: <http://www.europapress.es/portaltic/sector/noticia-google-rechaza-frente-ue-establecimiento-derecho-olvido-global-20180912150739.html>

El mundo, “Google se compromete a aumentar la lista de servicios con políticas de privacidad”, 11/01/2016. Disponible en: <https://www.elmundo.es/tecnologia/2016/01/11/5693d0d346163fad258b45f1.html>

In the Matter of Google Inc., FTC File No. 121-0120 January 3, 2013. Initiative for a Competitive Online Marketplace (ICOMP), “Google, bajo el microscopio del antimonopolio”.

Copieprsse SCRL v. Google Inc., Núm. 2007/AR/1730, The Court of Appeal of Brussels, 5 May 2011.

Google’s Form 10-K Annual Report for the US fiscal year ending 31 December 2015.

"Google is now the world's most valuable brand". *The Independent*. February 1, 2017.

"Google Code of Conduct". Alphabet, 2017.

"A building blessed with tech success". CNET. CBS Interactive.

"Google Launches Self-Service Advertising Program". News from Google. October 23, 2000. Archived from the original on April 1, 2012.

"Yahoo! Selects Google as its Default Search Engine Provider – News announcements – News from Google – Google". googlepress.blogspot.com.

"comScore Releases November 2009 U.S. Search Engine Rankings". December 16, 2006.

El país, “*España se queda sin Google News*”, 16 de diciembre 2014.

El País: “La UE pleitea contra el modo de actuar del gigante tecnológico. El buscador controla el 90% de las búsquedas y decide lo que podemos conocer y olvidar”, 5 de octubre de 2015.

MARCHAMOS, Revista de comunicación interna de la oficina española de patentes y marcas,” Principales cambios introducidos por la reforma de la Ley de marcas”, núm. 64, abril 2019.

Diarijuridico.com “La reforma de Ley de Marcas entrará en vigor en España el próximo 14 de enero”, 9 de enero de 2019.

Audiovisual451.com, “El Tribunal Supremo confirma la multa a Aisge por el incremento injustificado de las tarifas que cobraba a los cines”, 3 de marzo de 2007.

Diario del Derecho,” La AN condena a los responsables de la página web youkioske.com por alojar diarios y revistas de diversos grupos editoriales que podían visionarse vía streaming”, *Iustel*, ed. de 12/09/2019. ISSN 2254-1438.

Press release de 20.09.2016. «Antitrust: Commission fines ARA €6 million for hindering competition on Austrian waste management market».

Expansión: “Francia multa con 50 millones a Google por infringir las normas de protección de datos”, EP MADRID, 22/01/2019.

Lettre d'information, “Pratiques anticoncurrentielles: précisions sur la protection du secret des affaires”, Cour de cassation, chambre commerciale, 19 janvier 2016, pourvois núms. 14-21670 et 14-21671, Direction technique - Droit économique, D-C núm. 102 - Mars 2016

COM (2017) 555 final, de 28 de septiembre de 2017.

US Court of appeals, 2nd district, 14 juill. 2016, núm. 14-2985.

OLG Wien, 21 oct. 2015, núm. 11 R 146/15v.

Fichas técnicas sobre la UE, “Las fuentes y el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea”, 2019.

Fichas temáticas sobre la UE, “La política de competencia”, 2019.

ANEXO I. JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Asunto AT.39523, Slovak Telekom, Decisión de la Comisión de 15 de octubre de 2014.

Asunto T-9/11. Air Canadá/Comisión.

Competencia — Prácticas colusorias — Mercado europeo del transporte aéreo de mercancías — Acuerdos y prácticas concertadas sobre diversos elementos de los precios de los servicios de transporte aéreo de mercancías (establecimiento de recargos por combustible y recargos por seguridad y negativa a pagar una comisión sobre los recargos) — Artículo 101 TFUE, artículo 53 del Acuerdo EEE y artículo 8 del Acuerdo entre la Comunidad y Suiza sobre el transporte aéreo — Obligación de motivación.

Asunto C-227/14, LG *Display*/Comisión.

Competencia — Prácticas colusorias — Mercado europeo del transporte aéreo de mercancías — Acuerdos y prácticas concertadas sobre diversos elementos de los precios de los servicios de transporte aéreo de mercancías (establecimiento de recargos por combustible y recargos por seguridad y negativa a pagar una comisión sobre los recargos) — Artículo 101 TFUE, artículo 53 del Acuerdo EEE y artículo 8 del Acuerdo entre la Comunidad y Suiza sobre el transporte aéreo — Obligación de motivación.

Asunto T-461/13, España/Comisión.

Objeto: Anulación de la Decisión C (2013) 329 final de la Comisión, de 19 de junio de 2013, por la que se declara parcialmente incompatible con el mercado interior la ayuda concedida por las autoridades españolas para el despliegue de la televisión digital terrestre en zonas remotas y menos urbanizadas (excepto en Castilla La Mancha) [ayuda estatal SA. 28599 (c 23/2010) (Ex NN 36/010, Ex CP 163/2009. Ayudas de Estado. Televisión digital. Ayuda para el despliegue de la televisión digital terrestre en zonas remotas y menos urbanizadas de España. Decisión por la que se declaran las ayudas en parte compatibles y en parte incompatibles con el mercado interior. Concepto de empresa. Actividad económica. Ventaja. Servicio de interés económico general. Distorsión de la competencia. Art. 107 TFUE, apdo. 3, c). Deber de diligencia. Plazo razonable. Seguridad jurídica. Igualdad de trato. Proporcionalidad. Subsidiariedad. Derecho a la información. Competencia, Ayudas otorgadas por los Estados.

Asunto T-670/14, *Deutscher Raiffeisenverband eV*/Comisión. Núm. Rec.T-670/14.

Auto del Tribunal General (Sala Primera) de 23 de noviembre de 2015.

Milchindustrie-Verband eV y Deutscher Raiffeisenverband eV contra Comisión Europea.

Recurso de anulación - Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020 - Asociación - Falta de afectación directa de los miembros de la misma - Inadmisibilidad.

Asunto AT.39985, *Motorola-Explotación*.

De patentes esenciales sobre normas GPRS, Decisión de la Comisión de 29 de abril de 2014. Asunto AT.39939, *Samsung-Explotación de patentes esenciales sobre normas UMTS*, Decisión de la Comisión de 29 de abril de 2014.

Asunto AT.40023.

Comunicación de la Comisión publicada con arreglo al art. 27, apdo. 4, del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo en el asunto AT.40023 —Acceso transfronterizo a contenidos de televisión de pago, 13 de enero de 2014. DOUE C 141/13.

Asunto AT.39952.

Bolsas de intercambio de electricidad, Comunicaciones procedentes de las instituciones, órganos y organismos de la UE. Decisión de la Comisión de 5 de marzo de 2014. DOUE C 334/3.

Asunto AT.39984.

OPCOM/Bolsa de electricidad rumana, Dictamen del Comité Consultivo en materia de prácticas restrictivas y posiciones dominantes emitido en su reunión de 24 de febrero de 2014 en relación con un proyecto de decisión relativa al Asunto AT.39984 *OPCOM/Bolsa de electricidad rumana*. Decisión de la Comisión de 5 de marzo de 2014. DOUE C 314/5.

Asunto AT.39767.

BEH Electricity, Comunicación de la Comisión publicada de conformidad con el art. 27, apdo. 4, del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo sobre el asunto AT.39767 — *BEH Electricity* (DOUE 2015/C 202/02).

Asunto AT.39816.

Abastecimiento de gas a Europa Central y Oriental, de 4 de septiembre de 2012, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones. Informe sobre la política de competencia 2013 /COM/2014/0249 final/.

Asunto T-104/13, STS del TG, sala tercera, del 9 de septiembre de 2015.

Asunto T-82/13.

Panasonic y MT Picture Display/Comisión. Anulación parcial de la Decisión C(2012) 8839 final de la Comisión, de 5 de diciembre de 2012, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 102 TFUE y del art. 53 del Acuerdo EEE (asunto COMP/39.437 – Tubos catódicos para televisores y monitores de ordenador) sobre un cartel en el mercado mundial de tubos catódicos para televisores y monitores de ordenador respecto a acuerdos o prácticas concertadas en materia de precios, reparto de mercados y clientes

y limitación de la producción, así como, con carácter subsidiario, la anulación o la reducción de la multa impuesta a las demandantes Competencia.

Asunto T-254/12 Tribunal de la UE, (sala noveno) de 29 de febrero de 2016 *Kuehne + Nagel International AG y. c/CE*.

Recurso de casación interpuesto el 10 de mayo de 2016 por Kühne + Nagel International AG y otros contra la sentencia del Tribunal General (Sala Novena) dictada el 29 de febrero de 2016 en el asunto T-254/12, Kühne + Nagel International AG y otros/Comisión Europea.

Asunto 6/72, TJUE, 21 de febrero de 1973, *Europemballage y Continental Can Company/ Comisión*.

Que tiene por objeto la anulación de la Decisión de 9 de diciembre de 1971 de la Comisión, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/26.811 —Continental Can Company) (DO 1972, L 7, p. 25).

Asunto T-201/04, Tribunal de Primera Instancia, 17 de septiembre de 2007, *Microsoft Corporation c/ Comisión*.

«Competencia — Abuso de posición dominante — Sistemas operativos para ordenadores personales clientes — Sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo — Lectores multimedia que permiten una recepción continua — Decisión por la que se declaran infracciones del art. 82 CE — Negativa de la empresa en posición dominante a suministrar la información relativa a la interoperabilidad y a autorizar su utilización — Supeditación, por parte de la empresa en posición dominante, de la entrega de su sistema operativo para ordenadores personales clientes a la adquisición simultánea de su lector multimedia — Medidas correctivas — Designación de un mandatario independiente — Multa — Determinación del importe — Proporcionalidad».

Asunto C-23/14, STS del Tribunal de Justicia (sala segunda) de 6 de octubre de 2015.

Procedimiento prejudicial — Art. 102 TFUE — Abuso de posición dominante — Mercado de la distribución de envíos postales masivos — Publicidad por correo — Sistema de descuentos retroactivo — Efecto de exclusión — Criterio del competidor igualmente eficiente — Grado de probabilidad y seriedad de un efecto contrario a la competencia. Competencia, Posición dominante.

Asunto T-276/12 Tribunal de la UE, (sala noveno), de 29 de febrero de 2016, *Deutsche Bahn AG y a. c/CE*.

Que tiene por objeto la anulación de la Decisión de la Comisión C (2012) 1959 final de la Comisión de 28 de marzo 2012 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 [TFUE] y el artículo 53 de la EEE acuerdo (caso COMP/39.462 - Transit) en la medida

en que se refiere a los solicitantes, y una reforma de aplicación de las multas impuestas en ellos como parte de ella.

Asunto T-187/15, Tribunal General, Resolución del Tribunal (cuarta sala) de 10 de Noviembre de 2015.

Compagnia Trasporti Pubblici y otros/Comisión Competencia, Ayudas otorgadas por los Estados.

Asunto C-352/14 del TJ (sala sexta) de 15 de octubre de 2015.

(Asuntos acumulados Iglesias Gutiérrez C-352/14, C-353/14. Procedimiento prejudicial — Arts. 107 TFUE y 108 TFUE — Crisis financiera — Ayudas al sector financiero — Compatibilidad de una ayuda con el mercado interior — Decisión de la Comisión — Entidad financiera sometida a un proceso de reestructuración — Despido de un trabajador — Normativa nacional relativa al importe de la indemnización en caso de despido. Competencia, Ayudas otorgadas por los Estados.

Asunto T-47/15 del TG de 10 de mayo de 2016.

Ayudas de Estado. Energías renovables. Ayudas otorgadas por determinadas disposiciones de la Ley alemana modificada relativa a las fuentes de energía renovables (Ley EEG de 2012).

Asunto C-505/14 del TJ (sala segunda) de 11 de noviembre de 2015.

Procedimiento prejudicial — Arts. 107 TFUE y 108 TFUE — Ayudas de Estado — Ayuda concedida infringiendo el art.108 TFUE, apdo. 3 — Resolución de un tribunal de un Estado miembro que declara la validez del contrato por el que se concede dicha ayuda — Fuerza de cosa juzgada — Interpretación conforme — Principio de efectividad. Principios, objetivos y misiones de los Tratados, Competencia, Ayudas otorgadas por los Estados.

Asunto T-79/14 Tribunal de la UE, (sala 1ª), 1 de marzo de 2016, *Secop GmbH* c/Comisión.

Que tiene por objeto la anulación de la Decisión de la Comisión C (2013) 9119 final de la Comisión de 18 de diciembre 2013, relativa a la ayuda estatal SA.37640 - Ayuda de salvamento a favor de la ACC Compresores SpA – Italia.

Asunto C-117/12. Auto del Tribunal de Justicia (sala octava) de 7 de febrero de 2013.

La Retoucherie de Manuela, SL contra *La Retoucherie de Burgos*, SC. Petición de decisión prejudicial: AP de Burgos - España. Art. 99 del Reglamento de Procedimiento - Competencia - Acuerdos entre empresas – Art. 101 TFUE - Exención por categorías de acuerdos verticales - Reglamento (CE) núm. 2790/1999 – Art. 5, letra b) - Cláusula de no competencia impuesta al comprador al término de un contrato de franquicia - Local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el período contractual. Competencia, Prácticas colusorias.

Asunto C-131/12, TJUE (Gran sala) caso Google *Spain S.L* contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). Sentencia de 13 mayo 2014. TJUE 2014/85.

«Datos personales — Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de dichos datos — Directiva 95/46/CE — Arts. 2, 4, 12 y 14 — Ámbito de aplicación material y territorial — Motores de búsqueda en Internet — Tratamiento de datos contenidos en sitios de Internet — Búsqueda, indexación y almacenamiento de estos datos — Responsabilidad del gestor del motor de búsqueda — Establecimiento en territorio de un Estado miembro — Alcance de las obligaciones de dicho gestor y de los derechos del interesado — Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Arts. 7 y 8».

Asunto C-497/12.

Procedimiento prejudicial — Arts. 49 TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE — Libertad de establecimiento — Principio de no discriminación — Abuso de posición dominante — Art. 15 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE — Inadmisibilidad. Libertad de establecimiento, Derechos fundamentales, Carta de los derechos fundamentales, Competencia, Prácticas colusorias.

Asunto T-63/11, Tribunal de la UE (1ª sala) de 16 de diciembre de 2015 *Co Air France SA* c. CE.

Asunto T-47/2015 del Tribunal General, sala tercera, STS de 10 Mayo 2016.

AYUDAS Y SUBVENCIONES. Energías renovables. Ayudas otorgadas por determinadas disposiciones de la Ley alemana modificada relativa a las fuentes de energía renovables (Ley EEG de 2012). Concepto de ayuda de Estado. Distinción entre las «ayudas otorgadas por los Estados» y las ayudas otorgadas «mediante fondos estatales». El régimen de compensación especial establecido por los artículos 40 y 41 de la EEG de 2012 libera a las EEI de una carga que normalmente deberían soportar, por lo que queda acreditada la existencia de una ventaja concedida a las EEI, que resulta de la mera descripción del mecanismo establecido por la EEG de 2012. Existencia de ventaja financiada mediante fondos estatales. Los fondos generados por el recargo EEG y administrados colectivamente por los GRT permanecen bajo la influencia dominante de los poderes públicos en la medida en que las disposiciones legales y reglamentarias que los regulan permiten asimilar los GRT, colectivamente considerados, a una entidad que ejecuta una concesión estatal. Por tanto, La EEG de 2012 implica fondos estatales en el sentido del art. 107 TFUE, apdo. 1.

El Tribunal General desestima el recurso de anulación interpuesto frente a la Decisión (UE) 2015/1585 de la Comisión, relativa al régimen de ayudas ejecutado por Alemania en apoyo a la electricidad de fuentes renovables y para grandes consumidores de energía.

Asunto T-486/2011, TG, sala octava, STS de 17 de diciembre de 2015.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Sector de telecomunicaciones. Abuso de posición dominante. Condiciones impuestas por el operador histórico para autorizar el acceso retribuido de los nuevos operadores a la red y a los servicios mayoristas de acceso de

banda ancha. Infracción del artículo 102 TFUE. Existencia de un interés legítimo en constatar la infracción cometida en el pasado. La facultad de la Comisión de imponer multas no había prescrito. Gravedad de la infracción. Correcta motivación respecto a la demostración de los efectos reales de la infracción. Cuantía de la multa. Principio de proporcionalidad. Doctrina. No concurrencia de circunstancias atenuantes a favor de la empresa recurrente en razón de las inversiones que realizó para modernizar la infraestructura polaca de líneas fijas. Los compromisos propuestos por la empresa no eran aptos para facilitar a la Comisión la comprobación de la infracción. Imposibilidad de aplicar una reducción del importe de la multa.

El Tribunal General, sala octava, desestima recurso de anulación de la Decisión de la Comisión relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 TFUE y una pretensión de reducción del importe de la multa impuesta por la Comisión.

Asunto C-470/14, del TJ, sala Cuarta, Rec. C-470/14, del de 9 de junio de 2016, [Texto rectificado mediante auto de 7 de septiembre de 2016].

Asunto C-470/14. La Directiva sobre derechos de autor se opone a que la compensación equitativa destinada a los autores por la copia privada de sus obras esté sometida a un sistema de financiación presupuestaria como el establecido en España. Procedimiento prejudicial. Propiedad intelectual e industrial Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor. Directiva 2001/29/CE Artículo 5, apartado 2, letrab). Derecho de reproducción. Excepciones y limitaciones. Copia privada. Compensación equitativa. Financiación a cargo de los presupuestos generales del Estado. Procedencia. Requisitos. Aproximación de las legislaciones, Propiedad intelectual, industrial y comercial.

Asunto C-572/13, *Hewlett-Packard Belgium SPRL y Reprobek SCRL*, en el que participa: *Epson Europe BV*, TJUE, sala Cuarta, STS de 12 de noviembre de 2015.

PROPIEDAD INTELECTUAL. Venta de impresoras «multifunción». Derecho del autor a autorizar o prohibir la reproducción de su obra. Excepción de reprografía. Percepción de una remuneración en concepto de compensación equitativa. CUESTIONES PREJUDICIALES. Interpretación del art. 5.2 a) y b) Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Alcance de la expresión «compensación equitativa»: distinción entre la reproducción efectuada por cualquier usuario o por una persona física para uso privado y sin fines comerciales. Atribución a los editores de una parte de la compensación equitativa. Sistema de percepción de la compensación que cubre también las reproducciones de partituras y las reproducciones fraudulentas realizadas a partir de fuentes ilícitas. Sistema de financiación de la compensación que combina dos formas de remuneración: a) una a tanto alzado, pagada por el fabricante, importador o adquirente intracomunitario de aparatos de reproducción, en el momento de la comercialización de esos aparatos, y b) una proporcional pagada con posterioridad a la operación de reproducción, determinada por un precio unitario multiplicado por el número de reproducciones realizadas, a cargo de las personas físicas o jurídicas que realicen esas reproducciones.

El TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del art. 5.2 a) y b) Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de

determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

Asunto C-191/15, TJUE, sala Tercera, STS de 28 de julio de 2016. *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*.

CONSUMIDORES Y USUARIOS. Contratos de venta electrónica celebrados por una sociedad domiciliada en Luxemburgo con consumidores residentes en otros Estados. Acción de cesación relativa a la utilización de las condiciones generales incluidas en los contratos, entre ellas, la que autorizaba la comprobación y el examen de los datos de carácter personal de los clientes y la que establecía la aplicación del Derecho de Luxemburgo. CUESTIONES PREJUDICIALES. Determinación de la Ley aplicable a la acción de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, dirigida contra el uso de cláusulas contractuales supuestamente ilegales por una empresa domiciliada en un Estado que celebra contratos por vía de comercio electrónico con consumidores que residen en otros Estados. Determinación de la Ley aplicable para apreciar el carácter abusivo de esas condiciones contractuales en el marco de una acción de cesación. Requisitos para apreciar el carácter abusivo de la cláusula en virtud de la cual la Ley del Estado del domicilio social del profesional rige el contrato celebrado por vía de comercio electrónico con un consumidor. Determinación de la Ley aplicable al tratamiento de los datos personales de los consumidores.

El TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas respecto a la interpretación del Reglamento 593/2008/CE, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) y el Reglamento 864/2007/CE, de 11 de julio de 2007, relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II); del art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y del art. 4.1 a) de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Asunto C- 484/14, TJ, sala tercera, Rec. núm. C- 484/14, de 5 de septiembre de 2016.

Asunto C-484/14. El administrador de un comercio que ofrece gratuitamente al público una red Wi-Fi no es responsable de las infracciones de los derechos de autor cometidas por un usuario. Procedimiento prejudicial. Sociedad de la información. Libre circulación de servicios. Red local inalámbrica (WLAN) profesional. Puesta a libre disposición del público. Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. Mera transmisión. Directiva 2000/31/CE. Artículo 12. Limitación de responsabilidad. Usuario desconocido de esa red. Vulneración de los derechos de los titulares de derechos sobre una obra protegida. Obligación de proteger la red. Responsabilidad civil del profesional. Libre prestación de servicios, Aproximación de las legislaciones, Protección de los consumidores.

Asunto C-160/15, TJ, sala segunda, de 8 de septiembre de 2016.

Asunto C-160/15. La colocación de un hipervínculo en un sitio de Internet que remite a obras protegidas por los derechos de autor y publicadas sin la autorización del autor en otro sitio de Internet no constituye una comunicación al público cuando la persona que coloca tal vínculo actúa sin ánimo de lucro y sin conocer la ilegalidad de la publicación

de esas obras. Procedimiento prejudicial. Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor. Directiva 2001/29/CE. Sociedad de la información. Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor. Art. 3, apdo. 1. Comunicación al público. Concepto. Internet. Hipervínculos que dan acceso a obras protegidas, las cuales se hacen accesibles en otro sitio de Internet sin la autorización del titular. Obras no publicadas aún por el titular. Colocación de tales vínculos con ánimo de lucro. Aproximación de las legislaciones, Propiedad intelectual, industrial y comercial.

Asunto AT.39740, búsqueda en Google, ver IP/15/4780 de 15 de abril de 2015.

Antimonopolio: la Comisión remite un pliego de cargos a Google sobre el servicio de comparación de precios e incoa un procedimiento formal de investigación específico sobre *Android*.

Asunto AT.40153, Libros electrónicos: trato NMF y cuestiones afines, ver IP/15/5166 de 11 de junio de 2015.

Antitrust: Commission opens formal investigation into Amazon's e-book distribution arrangements.

Asunto T-340/03, STS del TPI (Sala quinta ampliada) *France Télécom S A c.* CE, de 30 de enero de 2007.

Que tiene por objeto la anulación de la Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2003 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [82 CE] (asunto COMP/38.233 - Wanadoo Interactive) o, con carácter subsidiario, la anulación o reducción de la multa impuesta a la demandante.

Asunto C-280/08 P, STS del TJ (Sala segunda), *Deutsche Telekom AG c.* CE de 14 de octubre de 2010.

En el asunto C-280/08 P, que tiene por objeto un recurso de casación interpuesto, con arreglo al artículo 56 del Estatuto del Tribunal de Justicia, el 23 de junio de 2008.

Asunto T-472/13 *Lundbeck/Comisión*, del TG, de 08 de septiembre de 2016. Apdo. 784.

Asunto T-472/13 *Lundbeck/Comisión* Objeto: Anulación parcial de la Decisión C(2013) 3803 final de la Comisión, de 19 de junio de 2013, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 101 TFUE y 53 del Acuerdo EEE, sobre prácticas colusorias en el mercado de los medicamentos antidepresivos tendentes a retrasar la comercialización de versiones genéricas del antidepresivo citalopram (asunto COMP/39226. Competencia — Prácticas colusorias — Mercado de los medicamentos antidepresivos que contienen el ingrediente farmacéutico activo citalopram — Concepto de restricción de la competencia “por el objeto” — Competencia potencial — Medicamentos genéricos — Barreras a la entrada en el mercado derivadas de la existencia de patentes — Acuerdos concluidos entre el titular de patentes y empresas de medicamentos genéricos — Artículo 101 TFUE, apartados 1 y 3 — Errores de Derecho

y de apreciación — Obligación de motivación — Derecho de defensa — Seguridad jurídica — Multas. Competencia, Prácticas colusorias.

Asunto C-497/12, TJ, Sala Cuarta, de 02 de julio de 2015.

Asunto C-497/12. Procedimiento prejudicial — Artículos 49 TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE — Libertad de establecimiento — Principio de no discriminación — Abuso de posición dominante — Artículo 15 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Inadmisibilidad. Libertad de establecimiento, Derechos fundamentales, Carta de los derechos fundamentales, Competencia, Prácticas colusorias.

Asunto T-355/13. STS del TG (Sala segunda) de 21 de enero de 2015. *EasyJet Airline Co. Ltd c. CE.*

Asunto T-355/13. Sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) de 21 de enero de 2015. *EasyJet Airline Co. Ltd contra Comisión Europea.* Competencia - Abuso de posición dominante - Mercado de los servicios aeroportuarios - Decisión por la que se desestima una denuncia - Artículo 13, apartado 2, del Reglamento (CE) nº 1/2003 - Tratamiento del asunto por una autoridad de competencia de un Estado miembro - Desestimación de la denuncia por motivos de prioridad - Decisión de la autoridad de competencia en la que se extraen las conclusiones, en el Derecho de la competencia, de una investigación llevada a cabo a la luz de una legislación nacional aplicable al sector de que se trata - Obligación de motivación Objeto: Anulación de la Decisión de la Comisión C(2013) 2727 final, de 3 de mayo de 2013, por la que se desestima la denuncia interpuesta por la demandante contra N.V. Luchthaven Schiphol por un supuesto comportamiento contrario a la competencia en el mercado de los servicios aeroportuarios (asunto COMP/39. Competencia — Abuso de posición dominante — Mercado de los servicios aeroportuarios — Decisión por la que se desestima una denuncia — Artículo 13, apartado 2, del Reglamento (CE) nº 1/2003 — Tratamiento del asunto por una autoridad de competencia de un Estado miembro — Desestimación de la denuncia por motivos de prioridad — Decisión de la autoridad de competencia en la que se extraen las conclusiones, en el Derecho de la competencia, de una investigación llevada a cabo a la luz de una legislación nacional aplicable al sector de que se trata — Obligación de motivación. Competencia, Posición dominante.

Asunto AT.40099, *Android* de Google, consultar MEMO/15/4782 de 15 de abril de 2015.

Antitrust: Commission opens formal investigation against Google in relation to Android mobile operating system.

Asunto C-179/15, TJ, Rec. C-179/15, *Daimler AG c. Együd Garage Gépjárműjavító és Értékesítő Kft.* de 3 de marzo de 2016.

Asunto C-179/15. Los antiguos talleres autorizados de Daimler no son responsables de los anuncios que continúan asociando sus nombres a la marca Mercedes-Benz en Internet pese a los esfuerzos de dichos talleres para que sean eliminados. Procedimiento prejudicial. Marcas. Directiva 2008/95/CE. Artículo 5, apartado 1. Anuncios relativos a

un tercero accesibles en Internet. Uso no autorizado de la marca. Anuncios publicados en línea sin el conocimiento ni el consentimiento del tercero o mantenidos en línea pese a la oposición de éste. Acción del titular de la marca contra dicho tercero. Aproximación de las legislaciones, Propiedad intelectual, industrial y comercial.

Asunto T-180/15 Competencia del Tribunal General, STS de 10 de noviembre de 2017 Rec. T-180/15.

Asunto T-180/15. Competencia — Prácticas colusorias — Sector de los derivados sobre tipos de interés en yenes — Decisión por la que se declara la existencia de seis infracciones del art. 101 TFUE y del art. 53 del Acuerdo EEE — Manipulación de los tipos de referencia interbancarios JPY LIBOR y Euroyen TIBOR — Restricción de la competencia por el objeto — Participación de un intermediario en las infracciones — Procedimiento “híbrido” de transacción — Principio de presunción de inocencia — Principio de buena administración — Multas — Importe de base — Adaptación excepcional — Art. 23, apdo. 2, del Reglamento (CE) núm. 1/2003 — Obligación de motivación. Competencia, Prácticas colusorias.

El Tribunal General de la UE anula parcialmente la Decisión adoptada por la Comisión contra el grupo Icap respecto de las prácticas colusorias relativas a los derivados financieros sobre el tipo de interés en yenes

El Tribunal General considera que la Comisión no logró probar la participación de Icap en una de las prácticas colusorias, que fijó una duración excesiva por lo que respecta a su participación en tres prácticas colusorias y que no motivó suficientemente la metodología de cálculo de la multa

Asunto C-230/14, ECLI: EU: C: 2015:639.

Asunto C-362/14, ECLI: EU: C: 2015:650.

Asunto C-191/15, ECLI: EU: C: 2016:612.

STS del TJUE de 6 de abril de 1962, asunto *Bosh*.

Que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al art. 177 del Tratado CEE, por el Gerechtshof de La Haya (Sala Segunda), mediante resolución de 30 de junio de 1961, dictada en el asunto (101 R/60), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional.

STG de la UE (sala octava), República Francesa c. CE, de 15 de enero de 2015. T-1/12.

República Francesa contra Comisión Europea.

Ayudas de Estado — Ayuda de salvamento y a la reestructuración de empresas en crisis — Ayudas a la reestructuración previstas por las autoridades francesas en favor de SeaFrance SA — Ampliación de capital y préstamos concedidos por la SNCF a SeaFrance — Decisión por la que se declaran las ayudas incompatibles con el mercado interior — Concepto de ayuda de Estado — Criterio del inversor privado — Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis.

STG (sala séptima) de 29 de noviembre de 2012.

Groupement des cartes bancaires "CB" contra CE. Competencia - Decisión de asociaciones de empresas - Mercado de la emisión de tarjetas de pago en Francia - Decisión por la que se declara una infracción del art. 101 TFUE - Medidas de fijación de precios aplicables a los "nuevos miembros" - Derecho de adhesión y mecanismos conocidos como de "regulación de la función de adquisición" y de "miembros durmientes que se despiertan" - Mercado pertinente - Objeto de las medidas controvertidas - Restricción de la competencia por el objeto – Art.101 TFUE, apdo. 3 - Errores manifiestos de apreciación - Principio de buena administración - Proporcionalidad - Seguridad jurídica. Asunto T-491/07.

STJ 30 de junio de 1966. Asunto 56/65, *Société Technique Minière* contra *Machinembau Ulm*.

Que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al art. 177 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, por la cour d'appel de Paris (Sala Primera), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional.

STS del TPI de 11 de julio de 2007 - *Alrosa/Comisión* (Asunto T-170/06). DOUE núm. C 199/37 de 25.8.2007.

STS del TJUE de 29 de octubre de 1980, asunto *Heintz van Landewyck*.

Que tienen por objeto varios recursos en los que se solicita la anulación -y, en determinados asuntos, subsidiariamente la revocación- de la Decisión 78/670/CEE de la Comisión, de 20 de julio de 1978, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/28.852 - *GB-Inno-BM-Fedetab*, IV/29.127 - *Mestdagh-Huyghebaert-Fedetab* y IV/29.149 - Recomendación «*Fedetab*»; DO L 224, pp. 29 y ss.), en la que se imputa a las partes demandantes la comisión de una o varias infracciones del art. 85 del Tratado CEE.

STS del TJUE (Sala tercera), de 4 de junio de 2009, en el asunto C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*.

Asunto C-8/08. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 4 de junio de 2009. *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV y Vodafone Libertel NV* contra *Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*. Petición de decisión prejudicial: *College van Beroep voor het bedrijfsleven* - Países Bajos. Petición de decisión prejudicial - Artículo 81 CE, apartado 1 - Concepto de "práctica concertada" - Relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de las empresas en el mercado - Apreciación conforme a las normas de Derecho nacional - Carácter suficiente de una única reunión o necesidad de una concertación duradera y regular. Competencia, Prácticas colusorias, Prácticas concertadas.

STS, sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, 8 de mayo de 2003, núm. de Rec. 4495/1998

ANÁLISIS VLEX: "RECURSO DE CASACIÓN. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Se recurre la sentencia que estimó el recurso interpuesto contra el acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia que había decidido sobreseer el expediente incoado y declara que UEE abusó de su posición de dominio. La explotación abusiva es, una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación. En el caso ni hay constancia segura de una restricción significativa e injustificada en la estructura competitiva del mercado de referencia; ni tampoco la hay de que al ejercer la empresa dominante su libertad económica y su opción contractual de no prorrogar los contratos. Por lo que se estima el recurso. "

STS del TPI (Sala Cuarta ampliada) de 27 de septiembre de 2006 .En el asunto T-168/01.

que tiene por objeto un recurso de anulación de la Decisión 2001/791/CE de la Comisión, de 8 de mayo de 2001, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 81 del Tratado CE [Asuntos IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome (notificación), IV/36.997/F3 Aseprofar y Fedifar (denuncia), IV/37.121/F3 Spain Pharma (denuncia), IV/37.138/F3 BAI (denuncia) y IV/37.380/F3 EAEP (denuncia)] (DO L 302,p. 1),

STS de 20 de septiembre de 2001, asunto *Courage* contra *Crehan* C- 453/99.

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre *Courage Ltd* y *Bernard Crehan* y entre *Bernard Crehan* y *Courage Ltd* y otros

TJUE, sala tercera, STS de 4 de junio de 2009, C-8/2008.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Acuerdos y prácticas concertadas entre empresas. Interpretación del artículo 81 CE, apartado 1. Resulta contraria a la competencia una práctica concertada que por su contenido y su objetivo es apta para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común de manera concreta. No es necesario que se impida, restrinja o falsee efectivamente el juego de la competencia ni que exista una relación directa entre la práctica concertada y los precios al consumo final. El intercambio de información entre competidores tendrá un objetivo contrario a la competencia cuando sea apto para suprimir la incertidumbre sobre el comportamiento en el mercado previsto por las empresas partícipes. Aplicación por el juez nacional, al examinar la relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento en el mercado de las empresas que participan en ella, de la presunción de causalidad, según la cual las empresas, si permanecen activas en el mercado, tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores. Siempre que la empresa participante en la concertación permanezca activa en el mercado de que se trate, es aplicable la presunción de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado, incluso si la concertación se basa solamente en una única reunión de las empresas interesadas.

El TJCE resuelve petición de decisión prejudicial e interpreta el artículo 81 CE, apartado 1, en el marco de un litigio relacionado con las multas impuestas a empresas que ofrecen servicios de telecomunicaciones móviles por infracción de la normativa comunitaria en materia de competencia dentro del mercado común.

TJUE, sala primera, STS de 27 de abril de 2017, C-469/2015.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. PRÁCTICAS COLUSORIAS. Mercado europeo de los plátanos en Grecia, Italia y Portugal. Coordinación en la fijación de los precios. RECURSO DE CASACIÓN. Desestimación. Se confirma la STG, de 16 Jun. 2015, FSL y otros/Comisión. No se ha verificado la existencia de vicios sustanciales de forma ni la vulneración del derecho de defensa. Admisibilidad de las pruebas aportadas por la Policía Tributaria a la Comisión, al no haberse demostrado que su transmisión se considere ilegal. No vulneración del principio de tutela judicial efectiva al ejercer el control jurisdiccional de la multa. La Comisión no estaba vinculada por su práctica decisonal anterior. También se comparte la conclusión del TG, que confirmó que la infracción podía calificarse de restricción de la competencia por el objeto, concepto que se debe interpretar de manera restrictiva. La Comisión observó que las recurrentes en casación habían formado parte de un cártel que tenía por objeto la fijación de precios, sin que esta apreciación de los hechos y de los elementos probatorios haya sido cuestionada por el TG.

El TJUE desestima el recurso de casación interpuesto por las mercantiles recurrentes contra la sentencia del TG, de 16 Jun. 2015, FSL y otros/Comisión, por la que se anuló parcialmente la Decisión C (2011) 7273 final de la Comisión, de 12 Oct. 2011, relativa a un procedimiento de conformidad con el art. 101 TFUE, Asunto COMP/39482-Frutas exóticas (Plátanos).

TJUE, sala séptima, STS de 14 de junio de 2017, C-422/2016.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. PRODUCTOS LÁCTEOS. Reglamento núm. 1308/2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios. El art. 78.2 y el anexo VII, parte III, se oponen a que la denominación «leche» y las denominaciones que el Reglamento reserva exclusivamente a los productos lácteos se utilicen para designar, tanto en la comercialización como en la publicidad, un producto puramente vegetal, aun cuando esas denominaciones se completen con menciones explicativas o descriptivas que indiquen el origen vegetal del producto en cuestión, salvo que el producto aparezca en el anexo I de la Decisión 2010/791, de 20 Dic. 2010, por la que se establece la lista de productos a que hace referencia el anexo XII, punto III, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento núm. 1234/2007. Con ello se ofrece a los productores condiciones de competencia no falseadas, y a los consumidores, que todos los productos designados por dichas denominaciones cumplen las mismas normas de calidad, a la vez que los protegen contra cualquier tipo de confusión relacionada con la composición de los productos que quieren adquirir.

TJUE, sala segunda, STS de 20 de enero de 2016, C-373/2014.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Prácticas colusorias en el mercado de los transformadores de potencia. Acuerdo verbal de reparto de mercados entre los fabricantes europeos y los japoneses. Sanción a empresa japonesa por participar en el cártel. Configuración del acuerdo como restrictivo de la competencia por el objeto. No existen barreras insuperables a la entrada en el mercado europeo que excluyeran toda competencia potencial por parte de los productores japoneses, y dicho acuerdo representa un firme indicio de la existencia de una relación de competencia entre las dos categorías de productores. Prueba de la participación de la sancionada en el cártel. No se acredita su intención de distanciarse del acuerdo a partir de determinada reunión. Fijación de la cuantía de la sanción conforme al punto 18 de las Directrices de 2006, adoptadas por la Comisión, para el cálculo del importe de las multas. Dimensión geográfica de la infracción que sobrepasa el territorio del EEE. Consideración de la cuota de mercado a nivel mundial.

El Tribunal de Justicia desestima el recurso de casación promovido contra la sentencia del Tribunal General que rechazó el recurso de anulación interpuesto por Toshiba Corporation contra la Decisión C (2009) 7601 final de la Comisión, de 7 Oct. 2009, relativa a un procedimiento de conformidad con el art. 81 TCE, por la que se la sancionó por prácticas colusorias en el mercado de los transformadores de potencia.

TJUE, Auto de 14 de enero de 2016, C-517/2015.

POLÍTICA DE LA COMPETENCIA. MEDIDAS PROVISIONALES. Publicación de Decisión relativa a la existencia de una práctica colusoria en el sector del vidrio para automóviles en el sitio internet de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea. No cabe la suspensión de la ejecución de sentencia recurrida y de la Decisión impugnada. La información contenida en tales resoluciones no está amparada por el secreto comercial. No se acredita que la divulgación cause un perjuicio grave e irreparable, máxime cuando el perjuicio alegado es de carácter económico. Además, no cabe que el Derecho de la Unión proteja datos relativos a la infracción de normas de la competencia en aras a impedir que los posibles damnificados tengan todos los antecedentes necesarios para reclamar.

El TJUE desestima la demanda de medidas provisionales interpuesta para que no se publique una Decisión relativa a prácticas colusorias en el sitio internet de la Comisión.

TJUE, sala cuarta, STS de 21 de julio de 2016, C-542/2014.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Cuestión prejudicial. Inexistencia de responsabilidad de la empresa por prácticas concertadas derivadas de la actuación de un proveedor de servicios independiente. Únicamente será considerada responsable si dicho proveedor actuaba bajo su control o dirección, si la empresa conocía los objetivos contrarios a la competencia y trataba de contribuir a ellos con su propio comportamiento o si pudo razonablemente prever el comportamiento contrario a la competencia de sus competidores y asumió el riesgo.

El TJUE resuelve la cuestión prejudicial planteada e interpreta el art. 101 TFUE, en el marco de un litigio suscitado por la concertación de precios en el suministro de productos alimenticios a centros educativos.

TJUE, sala segunda, STS de 15 de marzo de 2017, C-536/2015.

TELECOMUNICACIONES. Servicios de información sobre números de teléfono de abonados. Obligación de las empresas que asignan los números de teléfono a sus abonados de atender las solicitudes de información que realizan las empresas que prestan servicios de información sobre los números de los abonados y suministran las guías de abonados, con independencia del Estado miembro en el que estén establecidas estas últimas. Es discriminatorio rechazar la solicitud de información efectuada por una empresa porque esté establecida en otro Estado miembro. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. Las empresas que asignan números de teléfono no podrán en ningún caso solicitar a sus abonados un consentimiento diferenciado en función del Estado miembro al que dichos datos podrán ser transmitidos.

El TJUE resuelve la cuestión prejudicial planteada e interpreta el art. 25.2 del Dir. 2002/22/CE de 7 Mar., en el marco de un litigio suscitado por la negativa de una empresa a suministrar los datos de sus abonados a una empresa sita en otro Estado miembro los datos necesarios para que preste los servicios de información sobre estos números y las guías de los abonados.

TJUE, sala gran sala, STS de 25 de octubre de 2011, C-509/2009.

COOPERACIÓN JUDICIAL. Reglamento 44/2001/CE. Artículo 5.3. Competencia en materia delictual o cuasidelictual. Publicación en Internet de informaciones lesivas de los derechos de la personalidad. La persona que se considere lesionada puede ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del emisor de esos contenidos, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra su centro de intereses. Dicha persona también puede, en vez de ejercitar la acción por la totalidad del daño, ejercitarla ante los Tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible, siendo dichos órganos competentes únicamente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se haya acudido. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. Directiva 2000/31/CE. Artículo 3. No impone una transposición que revista la forma de norma específica de conflicto de leyes. Obligación de los Estados miembros de garantizar, por lo que se refiere al ámbito coordinado, que el prestador de un servicio de comercio electrónico no esté sujeto a requisitos más estrictos que los previstos por el Derecho material en vigor en el Estado miembro de establecimiento de dicho prestador.

El Tribunal de Justicia resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas sobre la interpretación de los artículos 5.3 del Reglamento 44/2001/CE, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y 3.1 y 2 de la Directiva 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico, presentadas en el marco de sendos litigios sobre responsabilidad civil por cierta información y fotografías publicadas en Internet.

TJUE, sala décima, Auto de 28 de abril de 2016, C-384/2014.

COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL O MERCANTIL. Notificación y traslado de documentos judiciales. Acción de resolución contractual formulada ante los

tribunales españoles contra una persona residente en Dinamarca. Negativa del demandado a aceptar la demanda con sus anexos, alegando que no entendía la lengua inglesa, en la que estaban redactados tales documentos. CUESTIONES PREJUDICIALES. Verificación de la procedencia de esa negativa por el órgano jurisdiccional que conoce del asunto en el Estado miembro de origen, teniendo en cuenta toda la información pertinente que obre en autos a fin de determinar si el interesado entiende o no la lengua en la que está redactado el documento. Cuando dicho órgano jurisdiccional constate que la negativa del destinatario no estaba justificada podrá, en principio, aplicar las consecuencias establecidas en su Derecho nacional para ese supuesto.

El TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas respecto a la interpretación del Reglamento 1393/2007/CE, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

TJUE, sala primera, STS de 26 de enero de 2017, C-625/2013.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Prácticas colusorias. Imposición de sanción por participar en un cártel en el sector de productos y accesorios para cuartos de baño. Coordinación de precios e intercambio de información comercial sensible. Confirmación de la sentencia del Tribunal General que ratifica la Decisión de la Comisión. Las conversaciones de los fabricantes de artículos cerámicos acordando que el incremento de costes de los peajes de autopista repercutiera en los clientes, equivalen a una coordinación de los precios, y constituyen una práctica contraria a la competencia. Cálculo de la multa conforme a las Directrices de 2006. El importe de la multa impuesta no resulta desproporcionado en comparación con el tamaño de la empresa, determinado por su volumen de negocios global.

El TJUE desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal General que confirma la imposición de una multa por prácticas colusorias en el sector de productos y accesorios para cuartos de baño.

TJUE, sala décima, STS de 12 de enero de 2017, C-411/2015.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Prácticas colusorias en el mercado europeo de los fosfatos para la alimentación animal. Atribución de cuotas de venta y de clientes a los participantes en el cártel, y coordinación de los precios y de las condiciones de venta. Multa de 59.850.000 euros con carácter solidario a las entidades recurrentes, que desistieron del procedimiento de transacción, por infracción única y continuada de los arts. 101 TFUE y 53 Acuerdo EEE desde el año 1993 al 2004. Confirmación de la sentencia que ratifica la Decisión de la Comisión. Ejercicio por el Tribunal General de su competencia jurisdiccional plena. No vulneración de los principios de protección legítima y de igualdad de trato. Inexistencia de infracción manifiesta por dicho Tribunal de su obligación de resolver el asunto dentro de un plazo razonable.

El Tribunal de Justicia desestima el recurso de casación promovido contra la sentencia del Tribunal General que confirmó la Decisión de la Comisión que sancionó a las entidades recurrentes por prácticas colusorias en el mercado de fosfatos para la alimentación animal.

TJUE, sala quinta, STS de 27 de abril de 2017, C-516/2015.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. PRÁCTICAS COLUSORIAS. Mercado europeos de los estabilizadores de estaño y de los estabilizadores térmicos ESBO/ésteres. RECURSO DE CASACIÓN. Desestimación. Correcta aplicación por el TG de las normas en materia de responsabilidad de las sociedades matrices por la conducta infractora de sus filiales. El hecho de que la facultad de la Comisión para imponer sanciones haya prescrito, implica que ya no puede imponerse sanción alguna a las sociedades respecto de las que se ha consumado la prescripción. Sin embargo, esto no se opone a que se actúe contra otra sociedad considerada responsable con carácter personal y solidario con ellas por los mismos comportamientos contrarios a la competencia y respecto de la que no se haya consumado la prescripción. La prescripción de la facultad de la Comisión para imponer sanciones a dos filiales no se oponía a que se declarase la responsabilidad de la sociedad matriz en lo que respecta al primer período de infracción.

El TJUE desestima el recurso de casación interpuesto por las mercantiles recurrentes contra la sentencia del TG, de 15 Jul. 2015, Akzo Nobel y otros/Comisión, por la que se estimó parcialmente el recurso dirigido, con carácter principal, a la anulación de la Decisión C (2009) 8682 final de la Comisión, de 11 Nov. 2009, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 81 CE y del art. 53 del Acuerdo EEE, y con carácter subsidiario, la reducción del importe de las multas que se les habían impuesto.

TJUE, sala primera, STS de 26 de enero de 2017, C-626/2013.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Prácticas colusorias. Sanción por participar en un cártel en el sector de los productos y accesorios para cuartos de baño. Coordinación de precios e intercambio de información comercial sensible. Confirmación de la sentencia del Tribunal General que ratifica la Decisión de la Comisión. Tratándose de una infracción mantenida en el tiempo, la falta de distanciamiento público de las infracciones cometidas en un periodo de tiempo concreto en un país determinado justifica la declaración de participación en las mismas. Infracción única y continuada. Responsabilidad de la recurrente no solo por su participación directa en los comportamientos imputados, sino también por la participación indirecta que supone el conocimiento de los actos ejecutados por otros participantes en el cártel o la posibilidad de haberlos previsto con asunción del riesgo. Control de legalidad del importe de la multa. Proporcionalidad con la gravedad de la infracción, que justifica la aplicación de un coeficiente de gravedad del 15 % y del límite máximo del 10% del volumen de negocios.

El Tribunal de Justicia desestima el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal General que ratificó la Decisión de la Comisión por la que se impuso a la recurrente una multa por prácticas colusorias en el sector de los productos y accesorios para cuartos de baño.

TJUE, sala segunda, STS de 14 de septiembre de 2017, C-177/2016.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Imposición de una multa, por abuso de posición dominante, a una sociedad de gestión colectiva de derechos de autor de obras musicales

por haber aplicado tarifas excesivas. CUESTIONES PREJUDICIALES. El comercio entre los Estados miembros puede verse afectado por la cuantía de los cánones fijados por una sociedad de gestión de derechos de autor que tiene un monopolio y gestiona también los derechos de titulares extranjeros. Precio no equitativo. Comparación de las tarifas con las aplicables en los Estados vecinos y con las aplicables en otros Estados miembros. La diferencia entre las tarifas comparadas debe considerarse notable si es significativa y persistente, constituyendo un indicio de abuso de posición dominante. Determinación del importe de la multa.

El TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas sobre la aplicación del art. 102 TFUE.

STS TJUE de 19 de abril de 2012, asunto C-523/10 (LA LEY 40131/2012), Wintersteiger AG contra Products 4U Sondermaschinenbau GmbH (ECLI: EU: C: 2012:220).

COOPERACIÓN JUDICIAL. Reglamento 44/2001/CE. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Artículo 5.3. Competencia en materia delictual o cuasidelictual. Atribución al Tribunal del lugar donde se hubiera producido o pudiera producirse el hecho dañoso. Interpretación de dicho precepto en el sentido de que un litigio relativo a la vulneración de una marca registrada en un Estado miembro como consecuencia del uso, por un anunciante, de una palabra clave idéntica a dicha marca en el sitio de Internet de un motor de búsqueda que opera bajo un dominio nacional de primer nivel de otro Estado miembro puede someterse, bien a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se encuentra registrada la marca, bien a los del Estado miembro del lugar de establecimiento del anunciante.

El Tribunal de Justicia resuelve la cuestión prejudicial planteada sobre la interpretación del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001/CE del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, presentada en el marco de un litigio entre dos empresas domiciliadas la actora en Austria y en Alemania la demandada, relativo a la pretensión de la primera de que se prohibiese a la segunda utilizar una marca austriaca como palabra clave en el sitio de Internet del prestador de un servicio remunerado de referenciación.

TJUE, sala primera, STS de 27 de abril de 2017, C-469/2015.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. PRÁCTICAS COLUSORIAS. Mercado europeo de los plátanos en Grecia, Italia y Portugal. Coordinación en la fijación de los precios. RECURSO DE CASACIÓN. Desestimación. Se confirma la STG, de 16 de junio de 2015, FSL y otros/Comisión. No se ha verificado la existencia de vicios sustanciales de forma ni la vulneración del derecho de defensa. Admisibilidad de las pruebas aportadas por la Policía Tributaria a la Comisión, al no haberse demostrado que su transmisión se considere ilegal. No vulneración del principio de tutela judicial efectiva al ejercer el control jurisdiccional de la multa. La Comisión no estaba vinculada por su práctica decisonal anterior. También se comparte la conclusión del TG, que confirmó que la infracción podía calificarse de restricción de la competencia por el objeto, concepto que se debe interpretar de manera restrictiva. La Comisión observó que las recurrentes en casación habían formado parte de un cártel que tenía por objeto la fijación de precios,

sin que esta apreciación de los hechos y de los elementos probatorios haya sido cuestionada por el TG.

El TJUE desestima el recurso de casación interpuesto por las mercantiles recurrentes contra la sentencia del TG, de 16 de junio de 2015, FSL y otros/Comisión, por la que se anuló parcialmente la Decisión C (2011) 7273 final de la Comisión, de 12 de octubre de 2011, relativa a un procedimiento de conformidad con el art. 101 TFUE, Asunto COMP/39482-Frutas exóticas (Plátanos).

TJUE, sala quinta, STS de 7 de septiembre de 2017, C-248/2016.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Concepto de concentración de empresas a efectos de su control. Interpretación del art. 3 Reglamento 139/2004/CE. Cambio de naturaleza del control sobre una empresa existente, que deja de ser exclusivo y pasa a ser ejercido conjuntamente por las empresas asociadas. Solo se entiende producida una concentración si la empresa en participación resultante desempeña de forma permanente todas las funciones propias de una entidad económica autónoma.

El TJUE resuelve la cuestión prejudicial sobre interpretación del art. 3 Reglamento 139/2004/CE, sobre el control de las concentraciones entre empresas, en el marco de un litigio surgido en Austria respecto a una supuesta operación de concentración.

TJUE, sala segunda, STS de 14 de junio de 2017, C-610/2015.

PROPIEDAD INTELECTUAL. Plataforma de intercambio en línea de ficheros que remiten a obras protegidas por derechos de autor. Los usuarios suben los ficheros a la plataforma, que a continuación los indexa para que los demás usuarios puedan encontrarlos y para que las obras a las que reenvían esos ficheros puedan descargarse en sus ordenadores. Demanda de protección de los derechos de autor en la que se solicita que los proveedores de acceso a Internet, cuyos abonados utilizan la plataforma, bloqueen los nombres de dominio y las direcciones IP de la plataforma, para evitar que los servicios de esos proveedores se utilicen para infringir los derechos de autor. **CUESTIONES PREJUDICIALES.** El concepto de «comunicación al público» utilizado en el art. 3.1 de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor, comprende la puesta a disposición y la gestión en Internet de una plataforma de intercambio que, al indexar metadatos relativos a obras protegidas y proporcionar un motor de búsqueda, permite a los usuarios de esa plataforma localizar dichas obras e intercambiarlas en una red entre pares (peer-to-peer).

El TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas respecto a la interpretación del art. 3.1 de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

TJUE, sala segunda, STS de 9 de marzo de 2017, C-398/2015.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. Demanda de supresión del registro de sociedades de los datos del demandante que vinculaban su nombre al concurso de acreedores de una sociedad de la que fue administrador único y liquidador.

CUESTIONES PREJUDICIALES. Los Estados deben determinar si los administradores y liquidadores personas físicas pueden solicitar a la autoridad responsable de la llevanza del registro mercantil o del registro de sociedades, que compruebe si está excepcionalmente justificado, limitar, al expirar un plazo suficientemente largo tras la disolución de la empresa de que se trate, el acceso a los datos personales que les conciernen, inscritos en dicho registro, a los terceros que justifiquen un interés específico en la consulta de dichos datos.

El TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas respecto a la interpretación de los arts. 6.1 e), 12 b) y 14.1 a), de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en relación con el art. 3 de la Directiva 68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, en su versión modificada por la Directiva 2003/58/CE, de 15 de julio de 2003.

TJUE, sala segunda, STS de 19 de octubre de 2016, C-582/2014.

INTERNET. Oposición por un particular, ante los órganos jurisdiccionales alemanes, a que los sitios de Internet de los organismos federales alemanes que consulta registren y conserven su dirección de protocolo de Internet («dirección IP») para prevenir ataques cibernéticos. **CUESTIONES PREJUDICIALES.** Conforme al art. 2 a) Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, una dirección de protocolo de Internet dinámica registrada por un proveedor de servicios de medios en línea con ocasión de la consulta por una persona de un sitio de Internet que ese proveedor gestiona, constituye un dato personal, cuando éste disponga de medios legales para identificar a esa persona gracias a la información adicional de que dispone el proveedor de acceso a Internet de dicha persona. El art. 7 f) de la Directiva 95/46 se opone a una normativa nacional con arreglo a la cual un prestador de servicios de medios en línea sólo puede recoger y utilizar datos personales de un usuario de esos servicios, sin el consentimiento de éste, cuando sea necesario para posibilitar y facturar el uso concreto de dichos servicios.

El TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas respecto a la interpretación de los arts. 2 a) y 7 f) de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.

TJUE, sala tercera, STS de 15 de septiembre de 2016, C-484/2014.

SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. Empresa que explota una red local inalámbrica que ofrece acceso gratuito y anónimo a Internet. Usuario de la red que puso a disposición del público en Internet una obra musical, sin autorización de los titulares de derechos. Reclamación de indemnización por dichos titulares solicitando también el cese en la infracción y el reembolso de los gastos relativos al requerimiento extrajudicial realizado y las costas judiciales. **CUESTIONES PREJUDICIALES.** Interpretación del art. 12.1 Directiva 2000/31/CE, 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. Calificación de la prestación

controvertida como un «servicio de la sociedad de la información» si se lleva a cabo con fines publicitarios. Requisitos para considerar que se ha prestado un «servicio de la sociedad de la información». Requisitos para que el prestador del servicio no sea considerado responsable de los datos transmitidos. Ámbito de la reclamación que contra él puede formular la persona perjudicada por la infracción de sus derechos sobre una obra. Validez del requerimiento judicial por el que se exige al prestador del servicio que impida a terceros poner a disposición del público una obra protegida, adoptando las medidas técnicas oportunas, como puede ser proteger la conexión a Internet mediante una contraseña.

El TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas respecto a la interpretación del art. 12.1 Directiva 2000/31/CE, 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.

TJUE, sala primera, STS de 6 de diciembre de 2017, C-230/2016.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Distribución selectiva de productos cosméticos de lujo y prohibición impuesta a los distribuidores autorizados de recurrir a plataformas de terceros para vender por internet. Interpretación de los arts. 101.1 TFUE y 4 b) y c) Reglamento 330/2010/UE, 20 Abr. No se incumple la prohibición de prácticas colusorias siempre que el sistema de distribución selectiva y la cláusula contractual estén dirigidos a preservar la imagen de lujo y prestigio de los productos y respondan a criterios objetivos establecidos de modo uniforme y aplicado de manera no discriminatoria. La limitación en la venta por internet no constituye una restricción de la clientela de los distribuidores ni de las ventas pasivas a los usuarios finales.

El TJUE resuelve la cuestión prejudicial planteada para interpretación de los arts. 101.1 TFUE y 4 b) y c) Reglamento 330/2010/UE, 20 Abr., en el marco de un litigio surgido en Alemania sobre la comercialización de productos cosméticos de lujo.

TJUE, sala segunda, STS de 19 de abril de 2018, C-525/2016.

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión, Portugal), mediante resolución de 13 de julio de 2016, recibida en el Tribunal de Justicia el 13 de octubre de 2016.

TJUE, sala quinta, STS de 19 de octubre de 2017, C-295/2016.

CONSUMIDORES Y USUARIOS. Impugnación judicial de la sanción económica impuesta por la Administración a un mayorista que vendió con pérdida a los minoristas incumpliendo la prohibición de venta con pérdida que establece la legislación española en materia de comercio minorista. **CUESTIONES PREJUDICIALES.** La Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la legislación española que contiene una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida y que establece excepciones a dicha prohibición basadas en criterios que no figuran en la propia Directiva.

El TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas respecto a la interpretación de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

TJUE, sala octava, STS de 7 de septiembre de 2016, C-310/2015.

CONSUMIDORES Y USUARIOS. Venta de un ordenador con programas preinstalados, sin que exista la posibilidad de que el consumidor se procure el mismo modelo de ordenador pero desprovisto de esos programas. CUESTIONES PREJUDICIALES. Una práctica comercial como la descrita no constituye una práctica comercial desleal en el sentido del art. 5.2 de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, salvo que tal práctica sea contraria a las exigencias de la diligencia profesional y distorsione o pueda distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor medio, extremo que corresponderá determinar al tribunal nacional teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso. En el marco de una oferta conjunta del ordenador y de los programas preinstalados, la falta de indicación del precio de cada uno de estos no constituye una práctica comercial engañosa en el sentido del art. 5.4 a) y del art. 7 de la Directiva 2005/29.

El TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas respecto a la interpretación de los arts. 5.2, 5.4 y 7 de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

TJUE, sala tercera, STS de 18 de octubre de 2018, C-149/2017.

PROPIEDAD INTELECTUAL. Reclamación de indemnización al titular de una conexión a Internet a través de la cual se compartió un audiolibro, con el fin de ser descargado, con un número ilimitado de usuarios en una plataforma de intercambio de archivos en Internet. CUESTIONES PREJUDICIALES. La normativa comunitaria sobre protección de los derechos de autor se opone a una normativa nacional en virtud de la cual el titular de una conexión a Internet, a través de la que se han cometido infracciones de los derechos de autor mediante un intercambio de archivos, no puede incurrir en responsabilidad cuando designe algún miembro de su familia que tenía la posibilidad de acceder a dicha conexión, sin aportar mayores precisiones en cuanto al momento en que dicho familiar utilizó la conexión y a la naturaleza del uso que haya hecho de ella.

El TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas respecto a la interpretación del art. 8.1 y 2 de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, en relación con el art. 3.1 de esta, por una parte, y el art. 3.2 de la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

TJUE, sala quinta, STS de 19 de octubre de 2017, C-295/2016.

CONSUMIDORES Y USUARIOS. Impugnación judicial de la sanción económica impuesta por la Administración a un mayorista que vendió con pérdida a los minoristas incumpliendo la prohibición de venta con pérdida que establece la legislación española en materia de comercio minorista. CUESTIONES PREJUDICIALES. La Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la legislación española que contiene una prohibición general de ofertar o realizar ventas de bienes con pérdida y que establece excepciones a dicha prohibición basadas en criterios que no figuran en la propia Directiva.

El TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas respecto a la interpretación de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

TJUE, sala cuarta, STS de 25 de julio de 2018, C-632/2016.

COMPETENCIA DESLEAL. Venta minorista de aspiradoras. Etiqueta energética. Directiva 2005/29/CE. Omisiones engañosas. Art. 7. Interpretación en el sentido de que no constituye una omisión engañosa el hecho de no proporcionar al consumidor información relativa a las circunstancias en que se efectuó la medición que dio lugar a la clasificación energética indicada en la etiqueta energética. Tales circunstancias no constituyen información sustancial para el consumidor medio.

El Tribunal de Justicia resuelve la cuestión prejudicial planteada sobre el art. 7 de la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, presentada en el marco del litigio suscitado entre dos empresas comercializadoras de aspiradoras en relación con las prácticas comerciales desleales supuestamente imputables a una de ellas por no haber facilitado, en primer lugar, información relativa al rendimiento energético de las aspiradoras que comercializa y, en segundo lugar, por haber añadido, en el embalaje de dichas aspiradoras, información distinta de la que debe mostrar obligatoriamente la etiqueta relativa a la clase energética de las aspiradoras.

TJUE, sala cuarta, STS de 27 de marzo de 2019, C-578/2017.

MARCAS. Solicitud de registro de marca de color. CUESTIONES PREJUDICIALES. La calificación como «marca de color» o como «marca figurativa» por el solicitante constituye un elemento pertinente para determinar si el signo puede constituir una marca y si ésta reviste carácter distintivo, pero no dispensa a la autoridad competente de su obligación de realizar un análisis in concreto y global del carácter distintivo de la marca, lo que implica que no puede denegar el registro de un signo como marca por el único motivo de que ese signo no ha adquirido carácter distintivo por su uso en relación con los productos o servicios para los que se solicita.

El TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas respecto a la interpretación de los arts. 2 y 3.1 b) de la Directiva 2008/95/CE, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.

Compétence européenne (Bruxelles I): rupture brutale des relations commerciales – Cour de justice de l'Union européenne 14 juillet 2016 – D. 2016. 1575.

L'article 5, point 3, du règlement CE 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être interprété en ce sens qu'une action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies de longue date ne relève pas de la matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de ce règlement s'il existait, entre les parties, une relation contractuelle tacite. La démonstration visant à établir l'existence d'une telle relation contractuelle tacite doit reposer sur un faisceau d'éléments concordants, parmi lesquels sont susceptibles de figurer notamment l'existence de relations commerciales établies de longue date, la bonne foi entre les parties, la régularité des transactions et leur évolution dans le temps exprimée en quantité et en valeur, les éventuels accords sur les prix facturés et/ou sur les rabais accordés, ainsi que la correspondance échangée.

Par ailleurs, l'article 5, point 1, sous b), du règlement CE 44/2001 doit être interprété en ce sens que des relations commerciales établies de longue date doivent être qualifiées de « contrat de vente de marchandises » si l'obligation caractéristique du contrat en cause est la livraison d'un bien ou de « contrat de fourniture de services » si cette obligation est une prestation de services, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer.

STJ, sala segunda, Asunto C-525/16. Procedimiento prejudicial — Competencia — Abuso de posición dominante — Art. 102 TFUE, párrafo segundo, letra c) — Concepto de “desventaja competitiva” — Precios discriminatorios en el mercado descendente — Sociedad de gestión de derechos afines a los derechos de autor — Canon que han de pagar los proveedores nacionales del servicio de pago de transmisión de la señal de televisión y de su contenido. Competencia, de 19 de abril de 2018.

«Procedimiento prejudicial — Competencia — Abuso de posición dominante — Artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c) — Concepto de “desventaja competitiva” — Precios discriminatorios en el mercado descendente — Sociedad de gestión de derechos afines a los derechos de autor — Canon que han de pagar los proveedores nacionales del servicio de pago de transmisión de la señal de televisión y de su contenido»

En el asunto C-525/16,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión, Portugal), mediante resolución de 13 de julio de 2016, recibida en el Tribunal de Justicia el 13 de octubre de 2016, en el procedimiento entre:

MEO — Serviços de Comunicações e Multimédia SA

Y

Autoridade da Concorrência,

Con intervención de:

GDA — Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes ou Executantes, CRL.

STJUE 13.2.1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities*, Asunto 85/76 [ECLI: EU: C: 1979:36], párr. 91.

STS del Tribunal de 29 de abril de 2004, *IMS Health*, C-418/01, Rec. I-5039.

STS de la Corte de 1 de julio de 2010, *AstraZeneca v. El asunto T-321/05*, Rec. II-2805.

STS *Inspecteur van de Belastingdienst/X BV*, en el asunto C-429/07, EU: C: 2009:359.

STJ, (sala primera), de 26 de enero de 2017.

STJ, (sala primera), de 2 de abril de 2009.

STJ, (sala tercera), de 11 de septiembre de 2014. Asunto C- 67/13P.

STS TG,(sala octava), de 13 de mayo de 2015. Asunto T- 162/10.

STS TG, (sala octava), de 13 de mayo de 2015. Asunto T- 162/10.

STJ, sala segunda, de 20 de enero de 2016. Asunto C- 373/14P.

STS TG, (sala tercera), de 9 de septiembre de 2015. Asunto T- 104/13.

STJ, (sala tercera), de 4 de mayo de 2017. Asunto C- 339/15.

STJ, (sala segunda), de 3 de marzo de 2016. Asunto C- 179/15.

STJ, (sala primera), de 27 de abril de 2017, asunto C-469/15 P.

TJUE, sala quinta, sentencia de 10 de julio de 2014, C-295/2012.

TJUE, sala tercera, sentencia de 11 de junio de 2015, C-1/2014.

Alstoff Recycling Austria (ARA), caso COMP/39759, COMMISSION DECISION of 20.9.2016 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (AT.39759 - ARA Foreclosure).

Court of First Instance of Brussels, 13 de febrero de 2007, caso núm. 06/10.928/C.

Court of Appeal of Brussels, en 5 de mayo de 2011, caso núm. 2007/AR/1730.

STJUE de 11 de marzo de 2010, *Telekomunikacja Polska*, C-522/08.

STJCE de 23 de abril de 2009, *VTB-VAB y Galatea*, C-261/07 y C-299/07, párrs. 51 y 52, con respecto a la incompatibilidad con la Directiva de la prohibición de ofertas conjuntas establecida en la legislación belga; y STJUE de 14 de enero de 2010, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, C-304/08, párr. 47, acerca de la incompatibilidad con la Directiva de una normativa nacional que prohíbe por principio

las prácticas que condicionan la participación de los consumidores en un juego o en un concurso a la adquisición de productos o la contratación de servicios.

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS de 14 de julio de 2014, Rec. 423/2012.

FALTAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Sanción a empresa de negocios de hormigón postensado por una infracción de cártel para mantener las cuotas de mercado de las empresas participantes. Nulidad del importe de la sanción impuesta. El mercado geográfico afectado es todo el territorio nacional, las empresas implicadas tienen una altísima cuota de mercado, la práctica fue duradera en el tiempo, la interesada participó de forma activa en el cártel desde sus orígenes y hasta su finalización, y participó en los medios desarrollados para la efectividad del mismo. Estas circunstancias justifican la imposición de la sanción en su grado máximo, el 10%. Pero la base para la aplicación de la sanción no es correcta. El volumen de negocio que debe considerarse es el correspondiente al mercado geográfico español, pues en tal área geográfica se realizaron las conductas sancionadas, y el mercado de producto es los contratos de postensado, las barras de postensado y la actividad de geotecnia.

La Audiencia Nacional estima parcialmente recurso contencioso administrativo contra resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que impone sanción, anulándola en el extremo relativo a la sanción.

AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS 140/2016 de 8 Abril de 2016, Rec. 203/2013.

FALTAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Sanción a la Asociación Profesional de Sociedades de Valoración por una conducta colusoria de fijación de precios y/o de otras condiciones comerciales o de servicio en la prestación de servicios profesionales de tasación. Inexistencia de indefensión derivada de la denegación de la prueba propuesta en vía administrativa. Es suficiente que los acuerdos tengan por objeto una práctica restrictiva, aun cuando no se haya generado efecto anticompetitivo alguno, para apreciar la infracción. Los requerimientos formulados por los organismos públicos en orden a la elaboración de baremos de honorarios y tarifas no tienen efecto exculpatorio, ya que la misma Asociación era consciente de la preceptiva aplicación de las limitaciones derivadas de la legislación sobre competencia. No se ha infringido el principio de confianza legítima. Proporcionalidad de la sanción, ya que se trata de una infracción muy grave, de carácter continuado.

La Audiencia Nacional desestima recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que impone sanción por conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS de 21 de marzo de 2013, Rec. 659/2011.

FALTAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Nulidad de la multa impuesta a asociación de bodegas dedicadas a la crianza y comercialización de vinos de Jerez y Manzanilla por haber llevado a cabo una práctica concertada para fijar los precios de la uva y el mosto. Las conductas tienen aptitud para afectar al comercio intracomunitario, por lo que debe aplicárseles la normativa comunitaria. Aunque la conducta es contraria a la libre competencia, la sanción impuesta es contraria a Derecho por faltar el elemento subjetivo de la infracción. La asociación sancionada no tuvo la conciencia de que el comportamiento realizado constituía una conducta contraria a la libre competencia, sino que su comportamiento revela la conciencia de estar actuando dentro de la legalidad, pues la complejidad normativa ha podido determinar esa confusión.

La Audiencia Nacional estima parcialmente recurso contencioso administrativo contra resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que impone sanción a asociación de bodegas por concertar los precios de la uva y el mosto, y la anula en el extremo relativo a la sanción de multa impuesta por no concurrir el elemento subjetivo de la infracción.

AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS 178/2016 de 25 de marzo de 2016, Rec. 847/2015.

FALTAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. PROTECCIÓN DE DATOS. Se confirma la sanción impuesta a empresa por el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico no solicitadas, con posterioridad a la solicitud de baja del denunciante. Concurrencia de los requisitos legales para calificar la infracción como grave. La existencia de un supuesto error informático como justificante de la remisión indebida del correo electrónico no es suficiente para eliminar la antijuridicidad de las conductas sancionadas. Imputación de la infracción a título de culpa, ya que debió haber extremado la diligencia debida, especialmente a raíz de los problemas surgidos en el funcionamiento de las bajas, en orden a constatar si la entidad intermediaria cumplía las instrucciones que ella le debería haber dado sobre la exclusión de datos de personas que habían ejercido el derecho de oposición. No ha acreditado que haya realizado comprobaciones a tal fin. Proporcionalidad de la sanción, ya que al no tener el apercibimiento regulado en la LSSI naturaleza sancionadora, no puede imponerse el mismo en sustitución de la sanción impuesta.

La Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución de la Agencia de Protección de Datos, que impuso sanción por envío inconsciente de comunicaciones comerciales por medios electrónicos.

AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS 268/2015 de 11 junio de 2015, Rec. 498/2012.

PROTECCIÓN DE DATOS. Se estima la reclamación de tutela de derechos contra Google Spain, S.L. Pretensión del recurrente de supresión de las noticias que hacen referencia a su ingreso en la cárcel por fraude contra la hacienda pública. Prevalencia

del derecho a la protección de datos del interesado. El transcurso de 20 años desde la publicación inicial de la información, que ha perdido parte de su vigencia, el hecho de que resultara absuelto, no siendo una persona de especial relevancia pública, hace que dichas informaciones carezcan de interés general. La subsistencia de la noticia en el sitio web satisface el derecho a la libertad de información.

La Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la AEPD que otorga el derecho de oposición al tratamiento de datos personales ante el buscador de Internet.

AN, sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1.ª. Rec. 6/2016, resolución núm. 92/2016, de 26 de abril de 2016.

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, el recurso de apelación número 6/2016, interpuestos por el Procurador de los Tribunales don Jaime Gafas Pacheco, en nombre y representación de LEASEWEB NETHERLANDS BV, defendida por el Letrado don Salvador Ferrandis González, contra el auto de 11 de noviembre de 2015 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 10, recaído en el procedimiento de autorización número 1/2015. Ha sido parte apelada la Administración del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado.

AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS de 20 de febrero de 2015, Rec. 139/2012.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Sanción a empresa de telecomunicaciones por abusar de su posición de dominio en los mercados de servicios mayoristas de acceso a emplazamientos y centros de emisión para la difusión de señales de TDT en España y de servicios minoristas de transporte distribución de señales de TDT en España, mediante una práctica de estrechamiento de márgenes. No se aprecia irregularidad en el desarrollo del procedimiento. Prueba suficiente del hecho de que las políticas de precios mayoristas y minoristas de la sancionada dan lugar a un estrechamiento de márgenes de sus competidores reales o potenciales con igual grado de eficiencia, que limitan injustificadamente su capacidad competitiva en el mercado. Culpabilidad de la interesada. No puede ignorar, desarrollando la diligencia exigible, que la conducta consistente en estrechamiento de márgenes es contraria a la libre competencia. Anulación del importe de la sanción (equivalente al 15% de la cifra de volumen de negocio afectado declarada). Disconformidad a Derecho de la graduación realizada conforme al criterio sentado por la TS S 29 Ene. 2015. Obligada imposición de la sanción por la Comisión Nacional de la Competencia aplicando la doctrina contenida en esa sentencia (utilizando el 10% legalmente previsto para las infracciones graves como cifra máxima de la escala dentro de la cual se ha de situar la multa, y considerando el volumen de negocios total).

La Audiencia Nacional estima parcialmente recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que impone una sanción a la entidad actora por abuso de posición dominante, y la anula en el extremo relativo a la cuantificación de la multa, que debe imponerse en el porcentaje que resulte de los criterios legales de graduación debidamente motivados.

AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS de 10 de abril de 2015, Rec. 346/2012.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Sanción a entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual de artistas, intérpretes o ejecutantes musicales por abuso de posición dominante consistente en fijar y exigir a los operadores de televisión en abierto unas tarifas abusivas, por inequitativas y discriminatorias. Las tarifas exigidas a la televisión denunciante se basan en un porcentaje sobre ingresos de explotación, mientras que con otras televisiones han suscrito acuerdos con elementos que introducen variables para llegar a un pago basado en el uso efectivo del repertorio gestionado por la interesada. Inexistencia de indefensión derivada de la tramitación del procedimiento. Infracción del principio de proporcionalidad. Procede que se adecúe el importe de la multa en función de criterios como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción, y no solo por su cifra o volumen de negocios en el sector o mercado específico donde se haya producido la conducta.

La Audiencia Nacional estima parcialmente recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que impone sanción, anulándola en el extremo relativo a la sanción, ordenando que se realice un nuevo cálculo de la multa.

AN, sala de lo Penal, Sección 2.ª, STS 2/2016 de 5 de febrero de 2016, Rec. 5/2014.

Caso «Youkioske.com». DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Organización criminal para la difusión de publicaciones protegidas (revistas, periódicos y libros) a través de web de descarga gratuita. Acceso a los contenidos, alojados en servidores virtuales, mediante enlaces directos on line vía “Streaming”. Perjuicio para los titulares de los derechos, ánimo de lucro y beneficio patrimonial a través de la publicidad insertada mediante “banners” y “videos pre roll”. Conducta típica incardinable en el concepto «comunicación pública» del art. 20.1 LPI, al que el tipo penal del art. 270 CP se remite, interpretado según la STJUE 13 Feb 2014 “Caso Svensson”. Comunicación pública como acto de divulgación de contenidos dirigidos a un “público nuevo”, que no haya podido enlazar a los mismos a través de otra página en que pueda consultarse libremente. En el caso, reproducción digital de las copias escaneadas de publicaciones físicas en su contenido íntegro sin la autorización del titular de la obra para difundirla. Se dirige a un público “nuevo” porque al contenido solo podían acceder personas que previamente habían pagado una suscripción digital o hubieran comprado la Ed. impresa. Diferencia entre la Ed. digital -de acceso público y gratuito para todos los internautas, si bien, no constan todas las noticias o artículos periodísticos en toda su extensión- y la impresa digitalizada. Subtipo agravado por la especial gravedad de los hechos -art. 271.b)- en consideración al número de visitas. PARTICIPACIÓN. Autoría de los dos administradores de la web para quien ciudadanos ucranianos desconocidos subían los contenidos fuera de España. Absolución del socio capitalista de la sociedad que gestionaba la publicidad. Individualización de las penas.

La AN condena a dos acusados por un delito agravado contra la propiedad intelectual y por otro delito de promoción y constitución de una organización criminal, absolviendo a un tercer imputado. Se declara la obligación de indemnizar a los perjudicados y el

comiso de los efectos informáticos intervenidos, así como de las ganancias acreditadas hasta un importe de 196.280,71 euros.

AN, sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.^a, STS 44/2015 de 28 de enero de 2015, Rec. 336/2013.

PROTECCIÓN DE DATOS. Conformidad a derecho de la estimación de reclamación de tutela de derechos contra buscador de internet sobre derecho de oposición, instando a Google para que adopte las medidas necesarias para retirar los datos controvertidos de su índice, relativos a la celebración de un juicio de faltas por hurto, e imposibilite el acceso futuro a los mismos. Correcta ponderación de intereses en conflicto. Debe darse prevalencia a los intereses del denunciante que ejercita el derecho de oposición, pues le perjudicaba laboralmente y no existe una circunstancia personal de la afectada que determinara una especial relevancia del interés público de esa información.

La Audiencia Nacional desestima recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución de la Agencia Española de Protección de Datos que estima reclamación sobre derecho de oposición contra Google, instándola para que adopte las medidas necesarias para retirar los datos controvertidos de su índice e imposibilite el acceso futuro a los mismos.

AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 6.^a, STS 182/2017 de 23 de mayo de 2017, Rec. 263/2014.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Faltas y sanciones. Se confirma la inexistencia de una infracción en materia de defensa de la competencia por la conducta de varias operadoras de telefonía, en tanto que no se acreditado abuso de posición de dominio, y sí la ausencia de efectos excluyentes en el mercado minorista de llamadas de voz móvil por el estrechamiento de márgenes en la aplicación de sus tarifas. Descartado que el empleo del denominado test cruzado pueda resultar inadecuado, ni tampoco contrario a la doctrina emanada del TJUE en atención a las particulares circunstancias concurrentes, decae la alegación de que el derecho nacional se ha aplicado de manera más flexible o menos estricta de lo que se haría con la norma europea. La CNMC parte de la insuficiente solidez de los datos obtenidos para deducir de ellos la existencia de la infracción. No es necesario el abuso por parte de todas las empresas que ostentan la posición dominante conjunta para que la conducta sea sancionable.

La Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución del Consejo de la CNMC, confirmando la inexistencia de una infracción en materia de defensa de la competencia por la conducta de varias operadoras de telefonía.

AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 6.^a, STS 182/2017 de 23 de mayo de 2017, Rec. 263/2014.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Faltas y sanciones. Se confirma la inexistencia de una infracción en materia de defensa de la competencia por la conducta de varias operadoras de telefonía, en tanto que no se acreditado abuso de posición de dominio, y sí la ausencia de efectos excluyentes en el mercado minorista de llamadas de voz móvil por el estrechamiento de márgenes en la aplicación de sus tarifas. Descartado que el

empleo del denominado test cruzado pueda resultar inadecuado, ni tampoco contrario a la doctrina emanada del TJUE en atención a las particulares circunstancias concurrentes, decae la alegación de que el derecho nacional se ha aplicado de manera más flexible o menos estricta de lo que se haría con la norma europea. La CNMC parte de la insuficiente solidez de los datos obtenidos para deducir de ellos la existencia de la infracción. No es necesario el abuso por parte de todas las empresas que ostentan la posición dominante conjunta para que la conducta sea sancionable.

La Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución del Consejo de la CNMC, confirmando la inexistencia de una infracción en materia de defensa de la competencia por la conducta de varias operadoras de telefonía.

AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 6.^a, STS 182/2017 de 23 de mayo de 2017, Rec. 263/2014.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Faltas y sanciones. Se confirma la inexistencia de una infracción en materia de defensa de la competencia por la conducta de varias operadoras de telefonía, en tanto que no se acreditado abuso de posición de dominio, y sí la ausencia de efectos excluyentes en el mercado minorista de llamadas de voz móvil por el estrechamiento de márgenes en la aplicación de sus tarifas. Descartado que el empleo del denominado test cruzado pueda resultar inadecuado, ni tampoco contrario a la doctrina emanada del TJUE en atención a las particulares circunstancias concurrentes, decae la alegación de que el derecho nacional se ha aplicado de manera más flexible o menos estricta de lo que se haría con la norma europea. La CNMC parte de la insuficiente solidez de los datos obtenidos para deducir de ellos la existencia de la infracción. No es necesario el abuso por parte de todas las empresas que ostentan la posición dominante conjunta para que la conducta sea sancionable.

La Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución del Consejo de la CNMC, confirmando la inexistencia de una infracción en materia de defensa de la competencia por la conducta de varias operadoras de telefonía.

AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.^a, Auto de 27 de febrero de 2012, Proc. 725/2010.

PROTECCIÓN DE DATOS. BUSCADORES DE INTERNET. PLANTEAMIENTO DE CUESTIÓN PREJUDICIAL. Petición de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia Europeo con ocasión de la demanda planteada por un ciudadano en reclamación de su derecho de supresión, bloqueo y oposición de datos personales frente a los buscadores de información en internet -google y similares-. Necesidad de interpretar la Directiva 95/46/CE, que se dictó en los años anteriores a la expansión de internet y a la aparición generalizada de los motores de búsqueda. Se plantean, entre otros, el problema de aplicación territorial de la normativa comunitaria y nacional para tutelar el derecho a la protección de datos de un nacional español, con residencia en España, frente a una empresa que tiene su domicilio en un 3º Estado -EEUU-, la interpretación de la actividad de los buscadores como "tratamiento de datos" a efectos de la Directiva, así como el alcance del derecho de cancelación u oposición -derecho al olvido- respecto

de datos que aun habiendo sido publicados lícitamente por terceros, el titular desea que no sean conocidos por los internautas.

La AN dicta Auto planteando cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia Europeo para la interpretación de la Directiva del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, con motivo de las dudas suscitadas en el pleito principal, que versas sobre al tratamiento de los datos personales de un ciudadano español frente a la actividad de los proveedores de motores de búsqueda de información en internet.

AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, STS de 11 de mayo de 2017, Rec. 30/2016.

PROTECCIÓN DE DATOS. Tratamiento de datos personales en Internet. Nulidad de la resolución que eliminó los datos personales que figuraban en un enlace en el que se hacían comentarios negativos sobre la profesionalidad de un médico especialista en cirugía. La prestación de servicios a través de una clínica privada le expone a la opinión pública, y sus potenciales pacientes han de tener acceso a la información y tienen derecho a conocer las experiencias y opiniones vertidas por quienes han sido pacientes de ese mismo doctor. Los comentarios estaban referidos únicamente a la capacidad profesional del cirujano, sin hacer alusión a su vida personal. Información publicada al amparo de la libertad de expresión.

La Audiencia Nacional anula la resolución de la AEPD por la que la entidad recurrente debía adoptar las medidas necesarias para evitar que el nombre del profesional médico se vinculase en los resultados de las búsquedas.

AN, sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS de 8 de mayo de 2009, Rec. 514/2007.

FALTAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. PROTECCIÓN DE DATOS. Conformidad a derecho del archivo de actuaciones. Denuncia a Productores de televisión por el tratamiento de datos de carácter personal del denunciante, sin su consentimiento, en un programa. Se publicitaba el programa mediante una voz en off, que aludía a deudas, alcohol, drogas, inducción al consumo de drogas, en relación con el denunciante, acompañadas de una imagen suya y en el programa se emitió un reportaje conteniendo diferentes secuencias de imágenes grabadas recogiendo aspectos personales de su vida privada y manifestaciones que hacían referencia a datos de carácter personal del denunciante. No se toma ninguna imagen del actor perteneciente a su esfera privada o en lugares privados, sino que corresponden al programa que presentó o a carátulas de películas que protagonizó, o a su aparición en distintos actos públicos en los que consistió la grabación. La cadena televisiva aporta un contrato de cesión de imágenes. En cuanto al tratamiento y la difusión del resto de los datos identificativos, proceden de fuentes accesibles al público, como son los medios de comunicación social.

La Audiencia Nacional desestima recurso contra resolución de la Agencia de Protección de Datos sobre archivo de actuaciones.

AN, sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS de 6 de junio de 2017, Rec. 1797/2015.

PROTECCIÓN DE DATOS. Improcedencia de la estimación de reclamación de tutela de derechos contra Google, instándole para que adopte las medidas necesarias para evitar que el nombre del reclamante se vincule en los resultados de las búsquedas al resultado controvertido. Lo publicado se refiere a su vida profesional, se trata de una persona dedicada al ámbito digital y se incluye en un blog publicado en dicho ámbito de fecha reciente, y se trata de una persona con una significativa notoriedad pública en el ámbito digital, dada su condición de responsable de redes sociales e Internet de un grupo de comunicación, por lo que debe prevalecer el interés público y de los internautas en conocer opiniones sobre la vida profesional del interesado, en el marco de la libertad de expresión.

La Audiencia Nacional estima recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución de la AEPD que estimaba el procedimiento de tutela de derechos instado por el reclamante frente a la entidad Google instándola a que adoptara las medidas necesarias para evitar que el nombre del reclamante se vincule en los resultados de las búsquedas al resultado controvertido, anulándola.

AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS de 11 de mayo de 2017, Rec. 30/2016.

PROTECCIÓN DE DATOS. Tratamiento de datos personales en Internet. Nulidad de la resolución que eliminó los datos personales que figuraban en un enlace en el que se hacían comentarios negativos sobre la profesionalidad de un médico especialista en cirugía. La prestación de servicios a través de una clínica privada le expone a la opinión pública, y sus potenciales pacientes han de tener acceso a la información y tienen derecho a conocer las experiencias y opiniones vertidas por quienes han sido pacientes de ese mismo doctor. Los comentarios estaban referidos únicamente a la capacidad profesional del cirujano, sin hacer alusión a su vida personal. Información publicada al amparo de la libertad de expresión.

La Audiencia Nacional anula la resolución de la AEPD por la que la entidad recurrente debía adoptar las medidas necesarias para evitar que el nombre del profesional médico se vinculase en los resultados de las búsquedas.

AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS de 13 de julio de 2017, Rec. 4/2016.

PROTECCIÓN DE DATOS. Estimación de reclamación de tutela de derechos contra buscador de internet, instando a Google para que adopte las medidas necesarias para evitar que el nombre del reclamante se vincule en las búsquedas al resultado controvertido. Derecho de cancelación. Debe prevalecer el derecho a la protección de los datos personales del interesado frente al derecho de información, ya que los hechos recogidos en internet son hechos antiguos y dieron lugar a una condena por falta de imprudencia, no revistiendo caracteres de delito. Apreciación del carácter sensible de la información y falta de relevancia pública del reclamante.

La Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos que estima reclamación sobre derecho de cancelación contra Google, instándola para que adopte las medidas necesarias para evitar que el nombre del reclamante se vincule en los resultados de las búsquedas al resultado controvertido.

AN, sala de lo contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS 182/2017 de 23 de mayo de 2017, Rec. 263/2014.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Faltas y sanciones. Se confirma la inexistencia de una infracción en materia de defensa de la competencia por la conducta de varias operadoras de telefonía, en tanto que no se acreditado abuso de posición de dominio, y sí la ausencia de efectos excluyentes en el mercado minorista de llamadas de voz móvil por el estrechamiento de márgenes en la aplicación de sus tarifas. Descartado que el empleo del denominado test cruzado pueda resultar inadecuado, ni tampoco contrario a la doctrina emanada del TJUE en atención a las particulares circunstancias concurrentes, decae la alegación de que el derecho nacional se ha aplicado de manera más flexible o menos estricta de lo que se haría con la norma europea. La CNMC parte de la insuficiente solidez de los datos obtenidos para deducir de ellos la existencia de la infracción. No es necesario el abuso por parte de todas las empresas que ostentan la posición dominante conjunta para que la conducta sea sancionable.

La Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución del Consejo de la CNMC, confirmando la inexistencia de una infracción en materia de defensa de la competencia por la conducta de varias operadoras de telefonía.

AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS de 2 de febrero de 2018, Rec. 486/2015.

FALTAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. PROTECCIÓN DE DATOS. Se declara la conformidad a derecho de la sanción impuesta a dos sociedades mercantiles por la comisión de una infracción grave en materia de protección de datos, consistente en el tratamiento de los datos del denunciante sin haber obtenido su consentimiento, emitiendo las pólizas de seguros de accidentes y de vida, otorgándole la condición de tomador y cargando en su cuenta bancaria los recibos de las primas correspondientes, en tanto que las recurrentes eran responsables del tratamiento de datos objeto de las sanciones impuestas, aunque ese tratamiento lo habían encargado a un tercero, y es el responsable el que tiene legalmente las obligaciones derivadas del régimen jurídico de la protección de datos y quien ha de sufrir las sanciones junto al encargado del tratamiento cuando dichas obligaciones no se respetan. Proporcionalidad de la sanción.

La Audiencia Nacional desestima recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resoluciones de la AEPD declarando la conformidad a derecho de la sanción impuesta a dos sociedades mercantiles por la comisión de una infracción grave en materia de protección de datos.

AN, sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, STS de 2 Ene. 2018, Rec. 46/2016.

PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.

AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS de 11 de mayo de 2017, Rec. 30/2016.

PROTECCIÓN DE DATOS. Tratamiento de datos personales en Internet. Nulidad de la resolución que eliminó los datos personales que figuraban en un enlace en el que se hacían comentarios negativos sobre la profesionalidad de un médico especialista en cirugía. La prestación de servicios a través de una clínica privada le expone a la opinión pública, y sus potenciales pacientes han de tener acceso a la información y tienen derecho a conocer las experiencias y opiniones vertidas por quienes han sido pacientes de ese mismo doctor. Los comentarios estaban referidos únicamente a la capacidad profesional del cirujano, sin hacer alusión a su vida personal. Información publicada al amparo de la libertad de expresión.

La Audiencia Nacional anula la resolución de la AEPD por la que la entidad recurrente debía adoptar las medidas necesarias para evitar que el nombre del profesional médico se vinculase en los resultados de las búsquedas.

AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS de 8 de noviembre de 2017, Rec. 340/2016.

PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. Anulación parcial de la resolución que obliga a una sociedad responsable del tratamiento de datos, a la adopción de medidas para evitar que el nombre del recurrente se vincule en los resultados de búsqueda a varias URLs. Debe prevalecer el derecho a la libertad de información y, en definitiva, el derecho del público en tener acceso a la citada información en una búsqueda por el nombre y apellidos del interesado, frente al derecho a la protección de datos del reclamante. La resolución recurrida no ha efectuado una interpretación errónea de la norma comunitaria, y si bien el gestor en Europa del buscador se encuentra radicado en Irlanda, resulta de aplicación la normativa española de protección de datos, correspondiendo por ende a la AEPD la competencia para resolver la solicitud de tutela del derecho de cancelación formulado.

La Audiencia Nacional estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, anulando parcialmente la resolución que obliga a una sociedad responsable del tratamiento de datos a la adopción de medidas para evitar que el nombre del recurrente se vincule en los resultados de búsqueda a varias URLs.

AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS de 13 de julio de 2017, Rec. 4/2016.

PROTECCIÓN DE DATOS. Estimación de reclamación de tutela de derechos contra buscador de internet, instando a Google para que adopte las medidas necesarias para evitar que el nombre del reclamante se vincule en las búsquedas al resultado controvertido. Derecho de cancelación. Debe prevalecer el derecho a la protección de los datos personales del interesado frente al derecho de información, ya que los hechos recogidos en internet son hechos antiguos y dieron lugar a una condena por falta de

imprudencia, no revistiendo caracteres de delito. Apreciación del carácter sensible de la información y falta de relevancia pública del reclamante.

La Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos que estima reclamación sobre derecho de cancelación contra Google, instándola para que adopte las medidas necesarias para evitar que el nombre del reclamante se vincule en los resultados de las búsquedas al resultado controvertido.

AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS de 2 de enero de 2018, Rec. 46/2016.

PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.

AN, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS de 25 de julio de 2017, Rec. 114/2016.

PROTECCIÓN DE DATOS. Derecho de cancelación de los datos personales de la reclamante que figuraban en un enlace en internet sobre su participación en una manifestación en Ginebra en apoyo del movimiento 15M. Confirmación de la resolución de la AEPD instando a Google Inc la adopción de las medidas necesarias para evitar que el nombre de la reclamante se vincule en los resultados de las búsquedas del enlace controvertido. El transcurso de más de tres años desde la publicación de la noticia, la ausencia de relevancia pública de la reclamante y la falta de especial trascendencia de la manifestación justifican el bloqueo del enlace a través de la búsqueda por los datos personales de la interesada.

La Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso-administrativo y confirma la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos que estima reclamación sobre derecho de oposición y cancelación contra Google Inc, instándola para que adopte las medidas necesarias para evitar que el nombre del reclamante se vincule en los resultados de las búsquedas del enlace controvertido.

AN, sala de lo penal, sección 2.ª, STS 6/2015 de 5 de marzo de 2015, Rec. 5/2014.

Caso «Youkioske». DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL En concurso real con delito de promoción y constitución de organización criminal. Asociación criminal para comunicar públicamente a través de Internet publicaciones periódicas y libros sin la autorización de los titulares de sus derechos. Web de descarga gratuita a través de la que se difunde el contenido de dichas publicaciones, defraudando los derechos de propiedad intelectual con ánimo de lucro, que los acusados obtenían a través de la publicidad insertada mediante “banners” y “videos pre roll”. Las publicaciones se copiaban fuera de España por cinco ucranianos –colegas de organización criminal no identificados-, se alojaban en servidores virtuales, y se accedía a la página web con los enlaces a los contenidos on line vía “Streaming” sin necesidad de descargarlos. Incardinación de la conducta dentro del concepto «comunicación pública» del art. 20.1 LPI al que el tipo penal del art. 270 CP imputado se remite. La acción crea una página de descarga directa, excediendo la simple intermediación a páginas de intercambio a la que se refiere el art. 13.2 LSSI, y la mera facilitación de enlaces que justifica la exclusión de responsabilidad que se contiene en el art. 17.1 LSSI. Subtipo agravado por la especial gravedad de los hechos -art. 271.b)- en

consideración al número de visitas. ORGANIZACIÓN CRIMINAL. Concurso de normas entre el subtipo específico 570 bis CP y el subtipo agravado 271c), que se resuelve a favor del primero por la mayor gravedad de la pena. Carácter estable y reparto de tareas. No se aprecia la agravación por utilización de medios tecnológicos avanzados de comunicación -art. 570 bis 2c- ya que su uso no es instrumental sino elemento esencial sin el cual sería imposible cometer el delito.

La AN condena a dos acusados por un delito agravado contra la propiedad intelectual y por otro delito de promoción y constitución de una organización criminal, absolviendo a un tercer

La AN condena a dos acusados por un delito agravado contra la propiedad intelectual y por otro delito de promoción y constitución de una organización criminal, absolviendo a un tercer.

AN, sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.ª, STS 44/2015 de 28 de enero de 2015, Rec. 336/2013.

PROTECCIÓN DE DATOS. Conformidad a derecho de la estimación de reclamación de tutela de derechos contra buscador de internet sobre derecho de oposición, instando a Google para que adopte las medidas necesarias para retirar los datos controvertidos de su índice, relativos a la celebración de un juicio de faltas por hurto, e imposibilite el acceso futuro a los mismos. Correcta ponderación de intereses en conflicto. Debe darse prevalencia a los intereses del denunciante que ejercita el derecho de oposición, pues le perjudicaba laboralmente y no existe una circunstancia personal de la afectada que determinara una especial relevancia del interés público de esa información.

AN, sala de lo Contencioso, STS 725/2010.

La AN accede a la supresión de los datos personales del reclamante que aparecen en internet, en aplicación de la doctrina del TJUE sobre el “derecho al olvido”. Se desestima el recurso de Google contra la resolución del Director de la AEPD que accedió a la reclamación de que los datos personales del solicitante no siguieran apareciendo en los resultados de búsqueda en internet, en concreto la información sobre una subasta de inmuebles relacionada con un embargo derivado de deudas de la Seguridad Social. 20/03/2015.

AP, sección 3, Valladolid, STS 00261/2009 rollo: rec. de apelación (lecn) 0000214/2009.

AP, sección 23, STS 10/01/2017, rec. 1555/2016.

Resolución (Expte. 306/91), Madrid, a 6 de marzo de 1992.

Resolución del TDC de 30 septiembre 1999, Expte. Núm. 362/1999, Bacardi.

Resolución núm. S/0345/11, de July 17 de 2014, de CNMC.

Resolución núm. S/0248/10, 19 de December de 2012, de CNMC.

Resolución S/DC/0510/14 de CNMC, 10-03-2016.

Resolución S/0455/12 de CNMC, 12-05-2016.

Resolución núm S/0157/09, de march 2, 2012, de Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Resolución núm S/0248/10, de december 19, 2012, de Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Resolución (Expte. S/DC/0517/14 BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ).

Resolución (Expte. S/DC/0505/14 Concesionarios CHEVROLET).

Resolución (Expte. S/DC/0523/14, SAS) de 12 de Enero del 2016.

Resolución (Expte. S/DC/0510/14 FOOD SERVICE PROJECT).

Resolución 4851 del 15 de febrero de 2013, los acuerdos de colaboración entre competidores

Resolución R 1/2016 – Licitación pública seguridad Concello de Lugo, en Santiago de Compostela, a 6 de junio de 2016.

Resolución (Expte. S/0380/11), en Madrid, a 30 de julio de 2013.

Resolución del TDC de 3 de febrero de 1992, expte. A16/91. En términos análogos se expresa en el asunto Electra Avellana, de 7 de julio de 1999, expte. 441/98.

Resolución de 1 de septiembre de 2006, de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se determina la información que contiene el Catálogo de ficheros inscritos en el Registro General de Protección de Datos. Viernes 22 de septiembre de 2006. BOE núm. 227.

Resolución de 15 de febrero de 2012, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación para la concesión de ayudas económicas de acompañamiento por la participación en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, establecidas en el Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero. BOE núm. 41.

Resolución de 19 de abril de 2016, de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, por la que se aprueban los criterios para determinar la incidencia de un proyecto normativo en la competencia efectiva, unidad de mercado y actividades económicas. Boletín Oficial de la Junta de Andalucía 13 de mayo 2016.

Resolución administrativa, STS R/02892/2013 Rec. PS/00345/2013. LOPD. Contratación electrónica internacional.

STS del TS, sala tercera, de 29/01/2015, AN, de 24/06/2013, núm. Rec.2872/2013.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Régimen sancionador. Sanciones. Cuantificación. Interpretación del art. 63.1 LDC 2007. Debe entenderse en el sentido de

que los porcentajes que fija como límites superiores de las posibles multas (1, 5 o 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora, según se trate de infracciones leves, graves o muy graves) constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje. Por otro lado, en lo que respecta a la expresión "volumen de negocios total", debe entenderse en el sentido de que la cifra de negocios que se emplea como base de cada uno de los porcentajes no queda limitada a una parte, sino al "todo" de aquel volumen (sin distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad). Revocación parcial de la sentencia que anuló la cuantía de la multa impuesta con carácter solidario por la Comisión Nacional de la Competencia a dos empresas transitorias por una infracción muy grave (fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicio). Error de la Sala a quo al interpretar aquella expresión por referencia a la cifra de negocios correspondiente al ámbito de actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción. Confirmación de la sentencia en cuanto declara la nulidad del importe de la multa por haber sido calculado a partir de un método no conforme a Derecho (utilizando el 10% del volumen de negocio como factor de moderación de la sanción una vez calculada, y no como cifra máxima de la escala en cuyo seno ha de individualizarse la multa).

La Comisión Nacional de la Competencia declaró a dos empresas de transporte responsables solidarias de una infracción del art. 1 LDC 2007 y les impuso solidariamente el pago de una multa de 1.184.000 euros. La Audiencia Nacional estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una de las sancionadas contra la resolución de dicha Comisión, la anuló en lo que se respecta al importe de la sanción, y ordenó a la Comisión que impusiese la multa en el porcentaje que resultase, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación promovido por el abogado del Estado en lo que se refiere a la interpretación que el Tribunal de instancia hace de la expresión "volumen total de negocios" inserta en el art. 63.1 LDC 2007, y declara que procede mantener la estimación parcial acordada por la Sala a quo del recurso contencioso en cuanto declara la nulidad de la multa y ordena a la Comisión que la imponga conforme a Derecho, disponiendo que a estos efectos el cálculo de la multa se haga por aplicación de los arts. 63 y 64 de dicha Ley según los términos que expone en sus fundamentos jurídicos.

STS 208/1999, de 11 de noviembre.

La sentencia que nos atañe se trata de una sentencia del Tribunal Constitucional en la cual se tramitan dos recursos de inconstitucionalidad acumulados promovidos, respectivamente, por el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

STS del TS, sala tercera, de 30/11/2015. AN, de 01/07/2014. Núm. Rec. 3668/2014.

Sanción Defensa de la competencia. Se reitera jurisprudencia anterior. Graduación de la sanción: Umbral del 10% y "volumen total de negocios". Interpretación de los artículos 63.1.c) y del artículo 64 de la Ley 15/2007.

STS del Tribunal de Justicia, sala tercera, de 29/01/2015, AN 24/06/2013. Rec. 2872/2013.

Defensa de la competencia. Sanción. Límite del diez por ciento. Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2872/2013 interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada con fecha 24 de junio de 2013 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 29/2012 , sobre sanción en materia de competencia; es parte recurrida "BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.A.", representada por el Procurador D. Francisco Velasco Muñoz-Cuéllar.

STS 119/2014. Rec. Núm. 742/2013, AP de Valencia.

STS 1611/2016 de TS, sala 3.^a, de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de julio de 2016.

Protección de datos. Procedimiento de tutela de derechos. Legitimación pasiva. Responsable del tratamiento. No lo es Google *Spain S.L.*

STS del TS, núm. 1611/2016. Rec. Núm. 797/2015.

Protección de Datos. Procedimiento de tutela de Derecho. Legitimación pasiva. Responsable del tratamiento. No lo es Google *Spain S.L.*, del 04 de junio de 2016.

STS 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 del Tribunal Constitucional.

Recurso de inconstitucionalidad respecto de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, señala que: “la singularidad del derecho a la protección de datos, pues, por un lado, su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal, como el derecho al honor, citado expresamente en el art. 18.4 CE, e igualmente, en expresión bien amplia del propio art. 18.4 CE, al pleno ejercicio de los derechos de la persona”.

STS 804/2015, TS, sala 3. ^a, de 15/03/2016. AN, de 29/12/2014.

Google. Retirada de datos de su índice. Esta Sala ha visto el recurso de casación 804/2015, interpuesto por GOOGLE SPAIN S.L., representado por la procuradora D^a Cristina María Deza García, bajo la dirección letrada de D^a Carolina Pina Sánchez, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 29 de diciembre de 2014 dictada en el recurso 781/2009 . Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado.

STS 699/2015, TS, sala primera, de 17 de diciembre de 2015. Rec. 108/2012.

Defensa de la competencia. Estaciones de servicio. Entramado contractual: derecho de superficie, cesión de la explotación, distribución en exclusiva de combustible. Regla de minimis. Jurisprudencia del TJUE y de esta Sala.

STS Administrativo núm. 318/2017, TS, sala de lo Contencioso, sección 3, Rec. 1314/2014 de 24 de febrero de 2017.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA (expte. sancionador S/0208/09): Abuso de posición de dominio en el mercado de gestión del derecho de remuneración por comunicación pública de las actuaciones de los artistas, intérpretes o ejecutantes en la forma de proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.^a, Sentencia de 9 de diciembre de 2015. Rec. 1991/2014.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.^a, sentencia 967/2016 de mayo de 2016. Rec. 872/2014.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Sanción a UNIÓN FENOSA por abusar en el mercado conexo de las instalaciones eléctricas no reservadas de la posición de dominio que ostenta en determinados mercados geográficos de redes de distribución. Reducción del importe de la sanción en proporción al tiempo de duración de la infracción. Aunque la sentencia de instancia fijó como fecha de inicio de la infracción el año 2004, no se considera acreditada la realización de la conducta infractora con anterioridad al año 2006, por lo que para calcular el importe de la multa solo debe tenerse en cuenta el periodo comprendido entre enero de 2006 y el comienzo del ejercicio de 2010.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la AN en relación a la duración de la infracción y estima en parte el recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, anulándola en cuanto al importe de la multa.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.^a, sentencia de 8 de junio de 2015. Rec. 3253/2014.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Mercado de productos para el cuidado del cabello destinados a su uso por profesionales de la peluquería. Sanción impuesta a la compañía THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L., por la realización de prácticas concertadas con otras empresas para el intercambio de información comercial sensible. Se casa la sentencia de instancia en el extremo relativo a la individualización de la sanción. Interpretación de los arts. 63.1 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia. El volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, en empresas con actividad en varios mercados, ha de venir referido al ámbito total de actividad económica de la empresa, no sólo al ámbito en el

que se ha producido la infracción. Finalidad de disuasión de la multa, que no puede resultar más beneficiosa para el infractor que el incumplimiento de las normas infringidas.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional, que casa y anula en el extremo relativo a la individualización de la sanción impuesta a la compañía THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L., ordenándose a la CNMC que cuantifique la sanción en el porcentaje que resulte conforme a los arts. 63 y 64 LDC.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.^a, sentencia 946/2016 de 28 de abril de 2016. Rec. 3978/2013.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Prácticas restrictivas. Mercado de adquisición de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de los clubes de fútbol. Expediente de vigilancia de la resolución que declaró contrarios a la competencia los contratos de adquisición de esos derechos con una duración superior a tres temporadas, y que intimó a las empresas que son parte en esos acuerdos a que cesasen en las conductas prohibidas y a que se abstuviesen de realizarlas en el futuro. Incidencia del art. 21 de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual, que permite formalizar esos contratos por un tiempo que no exceda de 4 años. Anulación de la resolución que apreció un incumplimiento de la prohibición de celebrar contratos por duración superior a tres temporadas por los nuevos contratos suscritos tras la entrada en vigor de dicha Ley por más tiempo, así como de la sentencia que la confirmó. Tal apreciación supone extender tal prohibición sin tener en cuenta las nuevas circunstancias del mercado y especialmente el cambio normativo operado.

La Audiencia Nacional desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Mediaproducción, S.L.U. contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, dictada en expediente de vigilancia de la resolución de la propia Comisión de 14 Abr. 2010, que declaró incumplidos los dispositivos 1.º y 7.º de ésta por los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de clubes de fútbol que firmó entre junio de 2010 y agosto de 2011 por un período que excede de tres temporadas, y que ordenó la incoación de un expediente sancionador. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación promovido por la actora, anula la sentencia de instancia y, acogiendo el recurso contencioso, anula la resolución impugnada en cuanto declara incumplidos dichos dispositivos en relación con los contratos celebrados bajo la vigencia de la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 6.^a, sentencia de 14 marzo de 2016. Rec. 1078/2015.

PROTECCIÓN DE DATOS. Procedimiento de tutela de derechos. Legitimación pasiva. Responsable del tratamiento de los datos. Delimitación de esta condición por la efectiva participación en la determinación de los fines y medios del tratamiento. No cabe calificar como tal responsable a Google Spain, S.L. en relación con los datos que Google Inc. gestiona a través de su motor de búsqueda en Internet. Esta consideración la tiene exclusivamente Google Inc., con sede en EE.UU., que es quien determina los fines y medios de la actividad de motor de búsqueda. No cabe apreciar una corresponsabilidad de ambas entidades en el tratamiento de los datos. Esta

corresponsabilidad supone una coparticipación en la determinación de los fines y medios del tratamiento, y no cualquier otro auxilio o colaboración con el responsable que no tenga tal naturaleza, como es el caso de la promoción de productos o servicios publicitarios en beneficio del mismo que realiza *Google Spain*.

La Audiencia Nacional desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por *Google Spain, S.L.* contra la resolución del director de la AEPD que, estimando la reclamación de cancelación de datos formulada por el interesado, instó a la actora a adoptar las medidas necesarias para excluir el tratamiento de los datos personales del denunciante contenidos en determinados blogs. El Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia y, acogiendo el recurso contencioso, anula la resolución impugnada.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 6.^a, sentencia 1532/2016 de 27 de junio de 2016. Rec. 1085/2015.

PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. Reclamación de tutela de derechos. Legitimación pasiva. Responsable del tratamiento. Obligación de cumplir las leyes europeas de protección de datos. *Google Inc.* es la única responsable, pues le corresponde la determinación de los fines, las condiciones y los medios del tratamiento de datos personales. El nuevo Reglamento 2016/679 señala que es al responsable del tratamiento al que se debe exigir e imponer las obligaciones derivadas del ejercicio del derecho al olvido. Además, regula expresamente la corresponsabilidad en el tratamiento de datos. *Google Spain* no es responsable o corresponsable del tratamiento controvertido (hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, ponerla a disposición de los internautas), pues en dicha entidad no concurren ninguno de los elementos que definen tal condición, ni constituye título para ello la unidad de negocio que conforma con *Google Inc.*, ni se la puede considerar como establecimiento principal del responsable (*Google Inc.*) en la Unión.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Nacional, y estimando el recurso contencioso-administrativo inicialmente interpuesto, anula la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos que, en reclamación de tutela de derechos, confirmó el derecho del entonces interesado a que *Google Spain SL* retirase los datos de su índice e imposibilitase el acceso futuro a los mismos.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.^a, STS de 8 de junio de 2015, Rec. 3253/2014.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Mercado de productos para el cuidado del cabello destinados a su uso por profesionales de la peluquería. Sanción impuesta a la compañía *THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L.*, por la realización de prácticas concertadas con otras empresas para el intercambio de información comercial sensible. Se casa la sentencia de instancia en el extremo relativo a la individualización de la sanción. Interpretación de los arts. 63.1 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia. El volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, en empresas con actividad en varios mercados, ha de venir referido al ámbito total de actividad económica de la empresa, no sólo al ámbito en el que se ha producido la infracción. Finalidad de disuasión de la multa, que no puede

resultar más beneficiosa para el infractor que el incumplimiento de las normas infringidas.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional, que casa y anula en el extremo relativo a la individualización de la sanción impuesta a la compañía THE COLOMER GROUP SPAIN, S.L., ordenándose a la CNMC que cuantifique la sanción en el porcentaje que resulte conforme a los arts. 63 y 64 LDC.

TS, sala primera, de lo Civil, sentencia 210/2016 de 5 de abril de 2016. Rec. 3269/2014.

DERECHO AL OLVIDO DIGITAL. Legitimación pasiva de la filial española de la empresa titular del buscador Google. El tratamiento de los datos personales vinculados con la concesión de un indulto en un buscador generalista de Internet deja de ser lícito una vez transcurrido un plazo razonable desde que se ha concedido el indulto si el afectado ejercita su derecho de oposición, cuando no es una persona de relevancia pública, ni los hechos presentan un interés histórico. Equilibrio entre el derecho a la información sobre la concesión de indultos y los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales del indultado.

El Juzgado desestimó la demanda de protección de los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales del demandante. La AP Barcelona revocó la sentencia del Juzgado y estimó en parte la demanda. El Tribunal Supremo desestima los recursos formulados por ambas partes.

TS, sala primera, de lo Civil, STS de 3 de abril de 2012, STS 172/2012. Rec. núm. 2037/2008.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación por interés casacional interpuesto por el demandante D. Mario , representado ante esta Sala por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra la sentencia dictada el 17 de septiembre de 2008 por la Sección

15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación nº 749/07 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 92/06 del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona, sobre infracción de derechos de propiedad intelectual. Ha sido parte recurrida la compañía mercantil GOOGLE-SPAIN S.L., representada ante esta Sala por la procuradora Dª María Isabel Campillo García.

TS, sala de lo Civil, STS núm. 172/2012 del 03 de abril de 2012. Rec. núm. 2037/2008.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación por interés casacional interpuesto por el demandante D. Mario , representado ante esta Sala por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra la sentencia dictada el 17 de septiembre de 2008 por la Sección

15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación nº 749/07 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 92/06 del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona, sobre infracción de derechos de propiedad intelectual. Ha sido parte

recurrida la compañía mercantil GOOGLE-SPAIN S.L., representada ante esta Sala por la procuradora D^a María Isabel Campillo García.

TS, sala de lo Civil, STS 4505/2007 - ECLI: ES: TS: 2007:4505.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los señores al margen anotados, el recurso de casación que con el número 2510/2000 ante la misma pende de resolución, interpuesto por el procurador D. Carlos Jiménez Padrón, en nombre y representación de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo 657/96, por la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 24 de marzo de 2000, dimanante del juicio de menor cuantía número 739/95 del Juzgado de Primera Instancia número 37 de Madrid. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador D. Alfonso Blanco Fernández en nombre y representación del Centro Español de Derechos Reprográficos.

TS, sala de lo Civil, STS 210/2016, del 5 de abril de 2016 Rec. 3269/2014, párr. 10.

Derecho al olvido digital. Legitimación pasiva de la filial española de la empresa titular del buscador Google. El tratamiento de los datos personales vinculados con la concesión de un indulto en un buscador generalista de Internet deja de ser lícito una vez transcurrido un plazo razonable desde que se ha concedido el indulto si el afectado ejercita su derecho de oposición. Equilibrio entre el derecho a la información sobre la concesión de indultos y los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales del indultado.

TS, sala primera, STS 210/2016. Rec. 3269/2014, de 05 de abril de 2016.

Derecho al olvido digital. Legitimación pasiva de la filial española de la empresa titular del buscador Google. El tratamiento de los datos personales vinculados con la concesión de un indulto en un buscador generalista de Internet deja de ser lícito una vez transcurrido un plazo razonable desde que se ha concedido el indulto si el afectado ejercita su derecho de oposición. Equilibrio entre el derecho a la información sobre la concesión de indultos y los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales del indultado.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 6^a, Sentencia de 15 de marzo de 2016. Rec. 804/2015.

Google. Retirada de datos de su índice. Esta Sala ha visto el recurso de casación 804/2015, interpuesto por GOOGLE SPAIN S.L., representado por la procuradora D^a Cristina María Deza García, bajo la dirección letrada de D^a Carolina Pina Sánchez, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 29 de diciembre de 2014 dictada en el recurso 781/2009. Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado.

TS, sala tercera, de 24/02/2016. AN, de 22/03/2013.

Infracción de la Ley de Defensa de la Competencia por contratos del Valencia CF.

Defensa de la competencia, Retracto, Unión europea, Acuerdos restrictivos de la competencia, Adquisición de derechos, Aplicación de las normas.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS de 13 de mayo de 2015. Rec. 28/2013.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Sanción a empresa suministradora de energía eléctrica por abuso de posición de dominio. Elementos del tipo infractor. Negativa a conceder a otras empresas del sector el acceso completo e incondicionado al Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS) y transmisión de información discriminatoria a empresas pertenecientes al mismo grupo que la recurrente. A pesar de no estar motivada la sentencia de la instancia, que se remitió de forma genérica a la resolución sancionadora, se confirma que la multa de 5 millones de euros es proporcional y no provoca indefensión pues la actuación afectó a la libre competencia en el mercado.

El Tribunal Supremo casa sentencia de la AN, y entrando al fondo del asunto, confirma la multa impuesta a Unión Fenosa Distribución por abuso de posición dominante.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS de 29 de enero de 2015. Rec. 2872/2013.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Régimen sancionador. Sanciones. Cuantificación. Interpretación del art. 63.1 LDC 2007. Debe entenderse en el sentido de que los porcentajes que fija como límites superiores de las posibles multas (1, 5 o 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora, según se trate de infracciones leves, graves o muy graves) constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje. Por otro lado, en lo que respecta a la expresión "volumen de negocios total", debe entenderse en el sentido de que la cifra de negocios que se emplea como base de cada uno de los porcentajes no queda limitada a una parte, sino al "todo" de aquel volumen (sin distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad). Revocación parcial de la sentencia que anuló la cuantía de la multa impuesta con carácter solidario por la Comisión Nacional de la Competencia a dos empresas transitorias por una infracción muy grave (fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicio). Error de la Sala a quo al interpretar aquella expresión por referencia a la cifra de negocios correspondiente al ámbito de actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción. Confirmación de la sentencia en cuanto declara la nulidad del importe de la multa por haber sido calculado a partir de un método no conforme a Derecho (utilizando el 10% del volumen de negocio como factor de moderación de la sanción una vez calculada, y no como cifra máxima de la escala en cuyo seno ha de individualizarse la multa).

La Comisión Nacional de la Competencia declaró a dos empresas de transporte responsables solidarias de una infracción del art. 1 LDC 2007 y les impuso solidariamente el pago de una multa de 1.184.000 euros. La Audiencia Nacional estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una de las sancionadas contra la resolución de dicha Comisión, la anuló en lo que se respecta al importe de la sanción, y ordenó a la Comisión que impusiese la multa en el porcentaje que resultase, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados. El Tribunal

Supremo estima el recurso de casación promovido por el abogado del Estado en lo que se refiere a la interpretación que el Tribunal de instancia hace de la expresión "volumen total de negocios" inserta en el art. 63.1 LDC 2007, y declara que procede mantener la estimación parcial acordada por la Sala a quo del recurso contencioso en cuanto declara la nulidad de la multa y ordena a la Comisión que la imponga conforme a Derecho, disponiendo que a estos efectos el cálculo de la multa se haga por aplicación de los arts. 63 y 64 de dicha Ley según los términos que expone en sus fundamentos jurídicos.

TS, sala primera, STS 210/2016. Rec. 3269/2014, del 5 de abril de 2016.

Derecho al olvido digital. Legitimación pasiva de la filial española de la empresa titular del buscador Google. El tratamiento de los datos personales vinculados con la concesión de un indulto en un buscador generalista de Internet deja de ser lícito una vez transcurrido un plazo razonable desde que se ha concedido el indulto si el afectado ejercita su derecho de oposición. Equilibrio entre el derecho a la información sobre la concesión de indultos y los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales del indultado.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 6.^a, STS 1919/2016 de 21 de julio de 2016. Rec.3275/2015.

PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. Reclamación de tutela de derechos. Legitimación pasiva. Responsable del tratamiento. Obligación de cumplir las leyes europeas de protección de datos. Google Inc. es la única responsable, pues le corresponde la determinación de los fines, las condiciones y los medios del tratamiento de datos personales. El nuevo Regl. 2016/679 señala que es al responsable del tratamiento al que se debe exigir e imponer las obligaciones derivadas del ejercicio del derecho al olvido. Además, regula expresamente la corresponsabilidad en el tratamiento de datos. Google Spain no es responsable o corresponsable del tratamiento controvertido (hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, ponerla a disposición de los internautas), pues en dicha entidad no concurren ninguno de los elementos que definen tal condición, ni constituye título para ello la unidad de negocio que conforma con Google Inc., ni se la puede considerar como establecimiento principal del responsable (Google Inc.) en la Unión.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Nacional, y estimando el recurso contencioso-administrativo inicialmente interpuesto, anula la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, que en reclamación de tutela de derechos, confirmó el derecho de la entonces interesada a que Google Spain SL adopte las medidas necesarias para evitar la indexación de sus datos personales y que no aparezcan en su búsqueda respecto del enlace web objeto de la reclamación.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 6.^a, STS 574/2016 de 14 de marzo de 2016. Rec. 1380/2015.

PROTECCIÓN DE DATOS. Procedimiento de tutela de derechos. Legitimación pasiva. Responsable del tratamiento de los datos. Delimitación de esta condición por la efectiva participación en la determinación de los fines y medios del tratamiento. No cabe

calificar como tal responsable a Google Spain, S.L. en relación con los datos que Google Inc. gestiona a través de su motor de búsqueda en Internet. Esta consideración la tiene exclusivamente Google Inc., con sede en EE.UU., que es quien determina los fines y medios de la actividad de motor de búsqueda. No cabe apreciar una corresponsabilidad de ambas entidades en el tratamiento de los datos. Esta corresponsabilidad supone una coparticipación en la determinación de los fines y medios del tratamiento, y no cualquier otro auxilio o colaboración con el responsable que no tenga tal naturaleza, como es el caso de la promoción de productos o servicios publicitarios en beneficio del mismo que realiza Google Spain.

La Audiencia Nacional desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Google Spain, S.L. contra la resolución del director de la AEPD que, estimando la reclamación de cancelación de datos formulada por el interesado, instó a la actora a adoptar las medidas necesarias para excluir el tratamiento de los datos personales del denunciante contenidos en determinados blogs. El Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia y, acogiendo el recurso contencioso, anula la resolución impugnada.

TS, sala primera, de lo Civil, STS 210/2016 de 5 de abril de 2016. Rec. 3269/2014.

DERECHO AL OLVIDO DIGITAL. Legitimación pasiva de la filial española de la empresa titular del buscador Google. El tratamiento de los datos personales vinculados con la concesión de un indulto en un buscador generalista de Internet deja de ser lícito una vez transcurrido un plazo razonable desde que se ha concedido el indulto si el afectado ejercita su derecho de oposición, cuando no es una persona de relevancia pública, ni los hechos presentan un interés histórico. Equilibrio entre el derecho a la información sobre la concesión de indultos y los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales del indultado.

El Juzgado desestimó la demanda de protección de los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales del demandante. La AP Barcelona revocó la sentencia del Juzgado y estimó en parte la demanda. El Tribunal Supremo desestima los recursos formulados por ambas partes.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 6.ª, STS 1531/2016 de 27 de junio de 2016, Rec. 1079/2015.

PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. Reclamación de tutela de derechos. Legitimación pasiva. Responsable del tratamiento. Obligación de cumplir las leyes europeas de protección de datos. Google Inc. es la única responsable, pues le corresponde la determinación de los fines, las condiciones y los medios del tratamiento de datos personales. El nuevo Regl. 2016/679 señala que es al responsable del tratamiento al que se debe exigir e imponer las obligaciones derivadas del ejercicio del derecho al olvido. Además, regula expresamente la corresponsabilidad en el tratamiento de datos. Google Spain no es responsable o corresponsable del tratamiento controvertido (hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, ponerla a disposición de los internautas), pues en dicha entidad no concurren ninguno de los elementos que definen tal condición, ni constituye título para ello la unidad de negocio que conforma con Google Inc., ni se la puede considerar como establecimiento principal del responsable (Google Inc.) en la Unión.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Nacional, y estimando el recurso contencioso-administrativo inicialmente interpuesto, anula la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos que, en reclamación de tutela de derechos, confirmó el derecho del entonces interesado a que Google Spain SL retirase los datos de su índice e imposibilitase el acceso futuro a los mismos.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS 925/2017 de 25 de mayo de 2017, Rec. 3259/2014.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. 3259/2014 , interpuesto por el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO , contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (LA LEY 94684/2014), de fecha 15 de julio de 2014 , dictada en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 198/2013, a instancia de ASCAN, EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN S.A. Y GRUPO SADISA S.L., contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 8 de marzo de 2013 relativa a sanción. Ha sido parte recurrida ASCAN, EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN S.A. y GRUPO SADISA S.L. representados por el Procurador de los Tribunales D. Rafael Gamarra Mecías.

TS, sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS 837/2017 de 12 de mayo de 2017, Rec. 3985/2014.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Prácticas colusorias. Sanción a empresa por participar en un cártel para la fijación de precios y reparto del mercado en el sector de la producción de espuma flexible de poliuretano. Casación de la sentencia que anula la resolución sancionadora en lo que se refiere al importe de la multa. Error de la Sala a quo al interpretar la expresión "volumen de negocios total", contenida en el art. 63.1 LDC 2007, por referencia al volumen de negocios de la empresa infractora en el mercado afectado por la conducta infractora. Remisión a la doctrina sentada por la TS 3.ª S 29 Ene. 2015 sobre la interpretación de dicho precepto en el sentido de que los porcentajes a los que alude constituyen el techo de la sanción, y de que el porcentaje correspondiente debe aplicarse sobre el volumen total de negocios de la empresa, sin distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad. Nueva cuantificación de la sanción por la CNMC atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados. Aplicación como circunstancia atenuante, tal y como aprecia la Sala de instancia, de la cuota de mercado de la empresa responsable.

La Audiencia Nacional estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que impuso a la empresa recurrente una sanción de multa por prácticas restrictivas de la competencia, y la anuló en cuanto al importe de la multa, que se fijó en el 8% del volumen de ventas afectado por la infracción, en lugar de en el 10% señalado por la Comisión. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación promovido por la Abogacía del Estado, revoca la sentencia de instancia y, acogiendo en parte el recurso contencioso, anula la resolución impugnada en lo que concierne a la multa, ordenando a dicha Comisión que la calcule atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados.

TG, sala octava, STS de 13 de mayo de 2015, T-162/2010.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. TRANSPORTE AÉREO DE PASAJEROS. Concentraciones económicas. Concentración derivada de la adquisición de participación en Austrian por Lufthansa. Concentración compatible con el mercado común. Efectos de la concentración en la competencia. Marco conceptual para la evaluación de la concentración. Los compromisos presentados por Lufthansa son suficientes para descartar las serias dudas sobre la compatibilidad de la concentración con el mercado común. Definición de los mercados de referencia.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS 837/2017 de 12 de mayo de 2017, Rec. 3985/2014.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Prácticas colusorias. Sanción a empresa por participar en un cártel para la fijación de precios y reparto del mercado en el sector de la producción de espuma flexible de poliuretano. Casación de la sentencia que anula la resolución sancionadora en lo que se refiere al importe de la multa. Error de la Sala a quo al interpretar la expresión "volumen de negocios total", contenida en el art. 63.1 LDC 2007, por referencia al volumen de negocios de la empresa infractora en el mercado afectado por la conducta infractora. Remisión a la doctrina sentada por la TS 3.ª S 29 Ene. 2015 sobre la interpretación de dicho precepto en el sentido de que los porcentajes a los que alude constituyen el techo de la sanción, y de que el porcentaje correspondiente debe aplicarse sobre el volumen total de negocios de la empresa, sin distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad. Nueva cuantificación de la sanción por la CNMC atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados. Aplicación como circunstancia atenuante, tal y como aprecia la Sala de instancia, de la cuota de mercado de la empresa responsable. La Audiencia Nacional estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que impuso a la empresa recurrente una sanción de multa por prácticas restrictivas de la competencia, y la anuló en cuanto al importe de la multa, que se fijó en el 8% del volumen de ventas afectado por la infracción, en lugar de en el 10% señalado por la Comisión. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación promovido por la Abogacía del Estado, revoca la sentencia de instancia y, acogiendo en parte el recurso contencioso, anula la resolución impugnada en lo que concierne a la multa, ordenando a dicha Comisión que la calcule atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, STS 163/2017 de 3 de febrero de 2017, Rec. 2748/2014.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Prácticas colusorias. Cártel de fabricación y venta de asfalto con reparto del mercado. Interpretación del volumen total de negocios. Nulidad de la sanción impuesta y devolución de las actuaciones a la CNMC para que cuantifique la sanción en el porcentaje que resulte, una vez atendidos los criterios legales de graduación de las multas con referencia exclusiva al volumen total de

negocio, sin que la sanción que resulte pueda exceder de la impuesta en la resolución sancionadora impugnada.

El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de la Audiencia Nacional y ordena a la CNMC que cuantifique la sanción en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación de las multas con exclusiva referencia al volumen de negocios total.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS 2567/2016 de 9 de diciembre de 2016, Rec. 731/2014.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Prácticas abusivas en la prestación del servicio de velatorio independientemente de otros servicios funerarios. Confirmación del ámbito geográfico eminentemente local del mercado y de la posición de dominio de la mercantil recurrente, única que presta el servicio en la localidad y que resulta beneficiada por la existencia de barreras legales a la implantación de potenciales competidores, al exigir la normativa unas instalaciones mínimas imprescindibles difíciles de asumir. Conductas abusivas para perjudicar a los competidores. Imposición de precios distintos para el alquiler de las salas de velatorio dependiendo de su contratación individual o conjunta con otros servicios funerarios, que no obedece a una estructura de costes diferentes, y negativa injustificada a satisfacer la demanda del servicio de forma independiente. **VOTO PARTICULAR.**

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación contra la sentencia del TSJ Extremadura y ordena al Jurado de Defensa de la Competencia dictar una nueva resolución declarando el abuso de posición de dominio en la prestación del servicio de velatorio.

TS, sala primera, de lo Civil, STS 446/2017 de 13 de julio de 2017, Rec. 1042/2016.

DERECHO AL HONOR Y A LA PROPIA IMAGEN. El artículo periodístico publicado tanto en la Ed. digital como en la impresa del medio demandado sobre el enjuiciamiento penal del demandante por su presunta implicación en unos asesinatos ocurridos años atrás no ha vulnerado sus derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. No mencionaba el nombre o apellidos del actor ni ningún otro dato personal y solo la Ed. digital incluía una fotografía suya. Días después de publicarse fue absuelto. Prevalece el derecho a la libertad de información frente al honor del actor. Tenía indudable interés general por razón de la materia al tratarse del enjuiciamiento de unos hechos de extraordinaria gravedad e impacto social. Seguía siendo de actualidad aunque el crimen se cometiera años antes pues el objeto de la información fue el acto del juicio oral. Cumple el requisito de la veracidad. La información se basaba en fuentes objetivas y fiables, perfectamente identificadas, como es una agencia de noticias, reproduciendo la información facilitada por ésta en el momento en que la noticia se produjo. La publicación de la fotografía, tomada sin su consentimiento en la sala de vistas pero con autorización de la presidenta del Tribunal, también está legitimada por el ejercicio de la libertad de información. La posibilidad de ampliarla en la página web no supone alteración o manipulación de aquélla. Se desestima la solicitud del demandante de eliminación de los archivos informáticos que alojen dicha información, incluyendo los buscadores de Internet. Se omitieron sus datos personales lo que no permite una búsqueda de la información a través de ellos. La editora demandada ha respetado las exigencias de la normativa sobre tratamiento de los datos personales en la información

alojada en su web. El “derecho al olvido” no ampara la alteración del contenido de la información original lícitamente publicada. Tampoco concurre el requisito de la desaparición del interés público exigido por la jurisprudencia.

Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de protección civil del derecho al honor y a la propia imagen del demandante y el Tribunal Supremo el recurso de casación por éste interpuesto.

TS, sala primera, de lo Civil, STS 426/2017 de 6 de julio de 2017, Rec. 3440/2015.

DERECHO AL HONOR Y A LA PROPIA IMAGEN. Inexistencia de intromisión ilegítima. Información periodística sobre la implicación del demandante en una causa penal, que concluyó con sentencia absolutoria, acompañando fotografía del mismo captada durante el acto del juicio. Se trata de una información de interés público y veraz, sin que se empleasen expresiones innecesariamente ofensivas para el demandante. En cuanto al derecho a la imagen, la fotografía del demandante fue captada en la sala de vistas con autorización de la presidenta del tribunal, versando tal información gráfica sobre hechos de interés público. Improcedencia de invocar el «derecho al olvido». La noticia original omitió el uso del nombre y apellidos y de otros datos personales para referirse al demandante, por lo que no permitía que, en virtud de la indexación que realizan los motores de búsqueda de internet, una búsqueda en que se utilizaran el nombre y los apellidos del afectado permitiera acceder a la información sobre la acusación de haber cometido un crimen. Además, por el poco tiempo transcurrido desde el juicio, tampoco concurre el requisito de la desaparición del interés público exigido por la jurisprudencia.

Las sentencias de instancias desestimaron la demanda sobre tutela de los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el demandante.

TS, sala primera, de lo civil, STS 446/2017 de 13 de julio de 2017, Rec. 1042/2016.

DERECHO AL HONOR Y A LA PROPIA IMAGEN. El artículo periodístico publicado tanto en la Ed. digital como en la impresa del medio demandado sobre el enjuiciamiento penal del demandante por su presunta implicación en unos asesinatos ocurridos años atrás no ha vulnerado sus derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. No mencionaba el nombre o apellidos del actor ni ningún otro dato personal y solo la Ed. digital incluía una fotografía suya. Días después de publicarse fue absuelto. Prevalece el derecho a la libertad de información frente al honor del actor. Tenía indudable interés general por razón de la materia al tratarse del enjuiciamiento de unos hechos de extraordinaria gravedad e impacto social. Seguía siendo de actualidad aunque el crimen se cometiera años antes pues el objeto de la información fue el acto del juicio oral. Cumple el requisito de la veracidad. La información se basaba en fuentes objetivas y fiables, perfectamente identificadas, como es una agencia de noticias, reproduciendo la información facilitada por ésta en el momento en que la noticia se produjo. La publicación de la fotografía, tomada sin su consentimiento en la sala de vistas pero con autorización de la presidenta del Tribunal, también está legitimada por el ejercicio de la libertad de información. La posibilidad de ampliarla en la página web no supone alteración o manipulación de aquélla. Se desestima la solicitud del demandante de eliminación de los archivos informáticos que alojen dicha información, incluyendo los

buscadores de Internet. Se omitieron sus datos personales lo que no permite una búsqueda de la información a través de ellos. La editora demandada ha respetado las exigencias de la normativa sobre tratamiento de los datos personales en la información alojada en su web. El “derecho al olvido” no ampara la alteración del contenido de la información original lícitamente publicada. Tampoco concurre el requisito de la desaparición del interés público exigido por la jurisprudencia.

Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de protección civil del derecho al honor y a la propia imagen del demandante y el Tribunal Supremo el recurso de casación por éste interpuesto.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS 1833/2016 de 18 de julio de 2016, Rec. 2946/2013.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas. Conformidad a Derecho de la resolución del Consejo Nacional de la Competencia de 6 Oct. 2011 (expediente sancionador S/0167/09, productores de Uva y Vinos de Jerez), que declara a la Consejería de la Junta de Andalucía responsable de una conducta infractora de la LDC. Indebida anulación por la Sala de instancia de la citada resolución, en la parte que declaraba a la citada Consejería responsable de una infracción del art. 1 LDC, por llevar a cabo una práctica concertada para fijar los precios de la uva y el mosto. La sentencia recurrida afirma que una Administración puede ser considerada responsable de una conducta contraria al derecho de la competencia cuando actúa como operador económico, pero no cuando lo hace ejerciendo potestades públicas. En el ámbito del derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa. Lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta, sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado. La actuación de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta desempeñó un papel relevante en la distorsión del mercado y la perturbación de la competencia, en los términos que describe la resolución impugnada de la CNC.

El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de la Audiencia Nacional que, estimando parcialmente el recurso interpuesto, anuló la resolución del Consejo Nacional de la Competencia en la parte que declaraba a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía responsable de una infracción del art. 1 LDC por llevar a cabo una práctica concertada para fijar los precios de la uva y el mosto, y desestimado el recurso contencioso-administrativo inicialmente interpuesto, confirmando la citada resolución del Consejo.

TS, sala primera, de lo Civil, STS 131/2010 de 24 de marzo de 2010, Rec. 2562/2005.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Demanda de nulidad de arrendamiento de industria (estación de servicio) con exclusiva de abastecimiento. Desestimación. **DERECHO COMUNITARIO.** Prohibición de acuerdos entre empresas que impidan o restrinjan la competencia dentro del mercado interior, en particular, aquellos que consistan en fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta. Criterios establecidos por el TJCE para determinar si se está ante un acuerdo entre empresas. En el caso, debe considerarse que se está ante uno de dichos acuerdos ya que los riesgos asumidos por el titular de la estación no son insignificantes y justifican negar la existencia, entre él y la suministradora, de la unidad de comportamiento que impediría

considerar al primero como un operador económico independiente. Sin embargo, el contrato celebrado no contiene ninguna imposición directa del precio de reventa del carburante al público, que de ser cierto constituiría una infracción de las normas comunitarias sobre la competencia. En él se reconoce al titular de la estación el derecho a una «comisión y/o incentivo», propiamente, unos descuentos sobre el precio a determinar por semejanza con «las percibidas por otros concesionarios de estaciones de servicio» y teniendo en cuenta, «entre otros factores», el volumen de las ventas.

Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de nulidad de arrendamiento de industria (estación de servicio) con exclusiva de abastecimiento. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

TS, sala primera, de lo Civil, STS 210/2016 de 5 de abril de 2016, Rec. 3269/2014.

DERECHO AL OLVIDO DIGITAL. Legitimación pasiva de la filial española de la empresa titular del buscador Google. El tratamiento de los datos personales vinculados con la concesión de un indulto en un buscador generalista de Internet deja de ser lícito una vez transcurrido un plazo razonable desde que se ha concedido el indulto si el afectado ejercita su derecho de oposición, cuando no es una persona de relevancia pública, ni los hechos presentan un interés histórico. Equilibrio entre el derecho a la información sobre la concesión de indultos y los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales del indultado.

El Juzgado desestimó la demanda de protección de los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales del demandante. La AP Barcelona revocó la sentencia del Juzgado y estimó en parte la demanda. El Tribunal Supremo desestima los recursos formulados por ambas partes.

TS, sala primera, de lo Civil, STS 174/2018 de 23 de marzo de 2018, Rec. 3166/2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 245/2017 de 21 de junio, dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 47/2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Lena, sobre vulneración del derecho al honor por inclusión indebida en un registro de morosos.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, Auto de 7 de febrero de 2018, Rec. 5579/2017.

PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.

TS, sala segunda, de lo Penal, STS 400/2017 de 1 de junio de 2017, Rec. 1642/2016.

COHECHO. Activo y pasivo. Trama delictiva en la que existe concierto entre funcionarios de prisiones y otros partícipes para introducir drogas en Centros Penitenciarios, a cambio de recompensas económicas. Posibilidad de comisión de los delitos que excluye la teoría del delito imposible. Continuidad delictiva. **DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS.** Cometidos por funcionarios de policía que, a cambio de precio, efectúan gestiones y acceden a archivos informáticos

en los que obtienen datos que entregan a terceros. Autoría por inducción del particular que reclama los datos. Distinción con cooperación necesaria. SECRETO EN LAS COMUNICACIONES. Inexistencia de vulneración del derecho. Competencia judicial. Normas de reparto. Doctrina constitucional sobre la legalidad de la incoación de diligencias a partir de hallazgos casuales. Judicialidad, excepcionalidad y proporcionalidad de la medida.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo revoca parcialmente la sentencia de condena de la Audiencia Provincial de Barcelona por delitos de cohecho y descubrimiento y revelación de secretos y dicta segunda sentencia en la que absuelve a uno de los acusados.

TS, sala segunda, de lo Penal, STS 400/2017 de 1 de junio de 2017, Rec. 1642/2016.

OHECHO. Activo y pasivo. Trama delictiva en la que existe concierto entre funcionarios de prisiones y otros partícipes para introducir drogas en Centros Penitenciarios, a cambio de recompensas económicas. Posibilidad de comisión de los delitos que excluye la teoría del delito imposible. Continuidad delictiva. DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS. Cometidos por funcionarios de policía que, a cambio de precio, efectúan gestiones y acceden a archivos informáticos en los que obtienen datos que entregan a terceros. Autoría por inducción del particular que reclama los datos. Distinción con cooperación necesaria. SECRETO EN LAS COMUNICACIONES. Inexistencia de vulneración del derecho. Competencia judicial. Normas de reparto. Doctrina constitucional sobre la legalidad de la incoación de diligencias a partir de hallazgos casuales. Judicialidad, excepcionalidad y proporcionalidad de la medida.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo revoca parcialmente la sentencia de condena de la Audiencia Provincial de Barcelona por delitos de cohecho y descubrimiento y revelación de secretos y dicta segunda sentencia en la que absuelve a uno de los acusados.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 3.ª, STS 87/2018 de 25 de enero de 2018, Rec. 313/2016.

INTERÉS CASACIONAL. TRANSPORTES. Aplicación de la doctrina establecida en sentencia anterior sobre el marco regulatorio de la actividad de intermediación entre usuarios y prestadores de servicios de transporte a través de plataformas digitales. Necesidad de la autorización del art. 42.1 LOTT para la actividad de Uber, B.V. como prestadora de un “servicio en el ámbito de los transportes”, de conformidad con la STJUE de 20 Dic. 2017. La ausencia de identificación con el servicio tradicional de taxi impide la aplicación de la normativa autonómica del sector en beneficio de la regulación estatal contenida en la LOTT, incluido el régimen sancionador.

El Tribunal Supremo estima el recurso de interés casacional contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 15 de Barcelona que anuló la multa impuesta a Uber B.V. por falta de autorización para transporte, con retroacción de actuaciones para nueva sentencia.

TS, sala primera, de lo Civil, STS 426/2017 de 6 de julio de 2017, Rec. 3440/2015.

DERECHO AL HONOR Y A LA PROPIA IMAGEN. Inexistencia de intromisión ilegítima. Información periodística sobre la implicación del demandante en una causa penal, que concluyó con sentencia absolutoria, acompañando fotografía del mismo captada durante el acto del juicio. Se trata de una información de interés público y veraz, sin que se empleasen expresiones innecesariamente ofensivas para el demandante. En cuanto al derecho a la imagen, la fotografía del demandante fue captada en la sala de vistas con autorización de la presidenta del tribunal, versando tal información gráfica sobre hechos de interés público. Improcedencia de invocar el «derecho al olvido». La noticia original omitió el uso del nombre y apellidos y de otros datos personales para referirse al demandante, por lo que no permitía que, en virtud de la indexación que realizan los motores de búsqueda de internet, una búsqueda en que se utilizaran el nombre y los apellidos del afectado permitiera acceder a la información sobre la acusación de haber cometido un crimen. Además, por el poco tiempo transcurrido desde el juicio, tampoco concurre el requisito de la desaparición del interés público exigido por la jurisprudencia.

Las sentencias de instancias desestimaron la demanda sobre tutela de los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el demandante.

TS, sala de lo Contencioso-administrativo, STS 574/2016, 14 de marzo. Recurso 1380/2015 (LA LEY 10526/2016).

PROTECCIÓN DE DATOS. Procedimiento de tutela de derechos. Legitimación pasiva. Responsable del tratamiento de los datos. Delimitación de esta condición por la efectiva participación en la determinación de los fines y medios del tratamiento. No cabe calificar como tal responsable a Google Spain, S.L. en relación con los datos que Google Inc. gestiona a través de su motor de búsqueda en Internet. Esta consideración la tiene exclusivamente Google Inc., con sede en EE.UU., que es quien determina los fines y medios de la actividad de motor de búsqueda. No cabe apreciar una corresponsabilidad de ambas entidades en el tratamiento de los datos. Esta corresponsabilidad supone una coparticipación en la determinación de los fines y medios del tratamiento, y no cualquier otro auxilio o colaboración con el responsable que no tenga tal naturaleza, como es el caso de la promoción de productos o servicios publicitarios en beneficio del mismo que realiza Google Spain.

La Audiencia Nacional desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Google Spain, S.L. contra la resolución del director de la AEPD que, estimando la reclamación de cancelación de datos formulada por el interesado, instó a la actora a adoptar las medidas necesarias para excluir el tratamiento de los datos personales del denunciante contenidos en determinados blogs. El Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia y, acogiendo el recurso contencioso, anula la resolución impugnada.

TS, sala primera, de lo Civil, sección 1.ª, STS 668/2018 de 23 de noviembre de 2018, Rec. 1254/2018.

DERECHO AL HONOR. Inexistencia de intromisión ilegítima. Publicación de una sentencia en una base de datos de jurisprudencia ubicada en una página web, sin

anonimizar el nombre de la víctima de un delito sexual. La empresa titular de la web es un proveedor de servicios de la sociedad de la información, pero no presta servicios de intermediación. Por tanto, no es aplicable la normativa que regula la responsabilidad de esos prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación. Tampoco se le puede imputar responsabilidad al amparo de la LO 1/1982, de protección del derecho al honor, pues ningún reproche culpabilístico puede encontrarse en su conducta. Fue el Cendoj, organismo encargado de suministrar las sentencias de los tribunales, quien no anonimizó la sentencia. La demandada podía esperar legítimamente que las sentencias suministradas estuvieran correctamente tratadas, sin que pueda exigírsele que revise esas sentencias para comprobar que están anonimizadas.

Las sentencias de instancia desestimaron la demanda de protección del derecho al honor. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandante.

TS, sala segunda, de lo Penal, auto de 11 de enero de 2018, Rec. 20907/2017.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 1.ª, Auto de 7 de febrero de 2018, Rec. 5579/2017.

CNMC, Sala de Competencia, Resolución de 21 de marzo de 2014, SACAN/0018/2012

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Prácticas colusorias de fijación de precios, al restringir y falsear la competencia en el mercado de los Taxi en la provincia de Santa Cruz de Tenerife. Examen de la normativa aplicable. Adecuación mediante normativa autonómica de las tarifas de los servicios de taxis, calculadas de tal forma que se garantiza la cobertura de los costes así como un beneficio razonable para el prestador del servicio. Carácter de máximas de las tarifas, pudiendo los taxistas reducir el precio del servicio a costa de su margen. La fijación de tarifas por parte de las Asociaciones y Cooperativas con APAV elimina la presión competitiva que podría dar lugar a una reducción de los precios en beneficio de los usuarios, con una repercusión significativa ya que las Asociaciones y Cooperativas representan en la mayor parte de los municipios al 100% de los taxistas autorizados en los mismos. Proporcionalidad de las sanciones impuestas al adecuarse a la base de la parte proporcional del rendimiento estimado de las licencias controladas por cada una de ellas.

La Comisión Nacional de la Competencia declara que se ha producido una conducta colusoria en el mercado de los Taxi en la provincia de Santa Cruz de Tenerife y condena a las empresas y asociaciones responsables a abonar multas.

CNMC, sala de Competencia, Resolución de 6 de septiembre de 2016, S/DC/0544/2014.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Prácticas prohibidas. Cártel en el mercado de las mudanzas internacionales. Acreditación de infracción única y continuada consistente en la adopción de acuerdos entre empresas para el reparto de mercado, la fijación de precios y otras condiciones comerciales y el intercambio de información comercial sensible en relación con el procedimiento de presentación de ofertas o presupuestos en el mercado español de prestación de servicios de mudanzas internacionales. Las empresas se repartieron el mercado de las mudanzas internacionales de los funcionarios de varios Ministerios durante más de 15 años. Conducta anticompetitiva a través del conocido como “acuerdo de las mudanzas”, el cual definía sus relaciones a la hora de la prestar los servicios de mudanzas internacionales para el personal de varios Ministerios. Fijación del precio por el que se debía realizar un traslado o mudanza, o el precio mínimo por encima del cual se debían presentar los llamados presupuestos de acompañamiento o de apoyo. Incrementó de los precios de los servicios prestados a la Administración, al aplicar un margen consensuado de hasta 12.000 euros de beneficio neto por operación en algunos casos, y, en general, porcentajes elevados de beneficio incluso de más de la mitad del precio presupuestado. Acuerdos entre las empresas respecto de “otras condiciones comerciales ofertadas”.

La Comisión Nacional de la Competencia declara la existencia de conductas prohibidas de Defensa de la Competencia por parte de diferentes empresas, consistentes de una infracción única y continuada, que engloba el reparto de mercado, la fijación de precios y otras condiciones comerciales y el intercambio de información comercial sensible en el mercado español de prestación de servicios de mudanzas internacionales.

CNMC, Resolución de 22 de diciembre de 2016, S/DC/0560/2015.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Prácticas colusorias. Sanción al Colegio de Abogados de Guadalajara por publicar en su web unos criterios orientativos de honorarios a efectos de tasación de costas y jura de cuentas. Existencia de una conducta de recomendación colectiva de precios. Aptitud suficiente para anular la incertidumbre estratégica y la independencia de las políticas comerciales de los diferentes profesionales. Exposición en la información publicada de unos baremos de precios, y no de unos criterios orientativos, cuya elaboración por los Colegios, por excepción, les está legalmente permitida. Inaplicación de tal excepción. Existe en dichos criterios un nivel de cuantificación suficiente como para considerarlos incompatibles con la definición de criterio orientador en el sentido admitido por la Ley, y además, su difusión alcanza un ámbito generalizado que excede a los órganos judiciales a los que deberían ir destinados. Tampoco son aplicables las exenciones previstas en los arts. 1.3 y 4.1 LDC 2007. Responsabilidad del Colegio por la conducta imputada. Actuación cuanto menos negligente del mismo. Cuantía de la multa. Fijación en 10.515,53 euros. VOTO PARTICULAR.

La CNMC declara que el Colegio de Abogados de Guadalajara es responsable de una conducta infractora del Derecho de defensa de la competencia y le impone una multa de 10.515,53 euros.

TS, Tribunal Supremo - sala tercera, de lo Contencioso-Administrativo 1611/2016, 4 de julio de 2016, Rec. 797/2015.

PROTECCIÓN DE DATOS. PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS. LEGITIMACIÓN PASIVA. La responsabilidad en el tratamiento de los datos personales del interesado constituía un elemento del debate procesal, introducido en el proceso por la propia parte recurrente, cuyo examen resultaba esencial a efectos de determinar la legitimación pasiva de dicha entidad en el procedimiento administrativo, que se cuestiona por la misma y que la Sala rechaza por entender que tal responsabilidad existe, aunque sea de forma compartida, posibilidad prevista en la normativa aplicable. Se estima la casación.

TS, sala de lo civil, STS núm. 172/2012, de 03 de abril de 2012, casación Rec. núm.2037/2008

PROPIEDAD INTELECTUAL: Buscador ("Google") de páginas de Internet de acceso no restringido. Reproducción de fragmentos aislados de la página y acceso a la "copia caché" al ofrecer los resultados de la búsqueda. Improcedencia del cese de funcionamiento del buscador y de indemnización al autor de la página por comportar para él una mayor difusión sin perjuicio alguno. Abuso del derecho, ejercicio antisocial del mismo, "ius usus inoqui".

TS, sala tercera, de lo Contencioso-Administrativo, STS 1611/2016, 4 de Julio de 2016, núm. Rec. 797/2015.

PROTECCIÓN DE DATOS. PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS. LEGITIMACIÓN PASIVA. La responsabilidad en el tratamiento de los datos personales del interesado constituía un elemento del debate procesal, introducido en el proceso por la propia parte recurrente, cuyo examen resultaba esencial a efectos de determinar la legitimación pasiva de dicha entidad en el procedimiento administrativo, que se cuestiona por la misma y que la Sala rechaza por entender que tal responsabilidad existe, aunque sea de forma compartida, posibilidad prevista en la normativa aplicable. Se estima la casación.

TS, sala segunda, de lo Penal, STS de 18 Ene. 1990.

TRÁFICO DE DROGAS. Gravedad del daño a la salud. -- Subtipos agravados. Cantidad de notoria importancia.

TS, sala primera, de lo Civil, STS 210/2016 de 5 de abril de 2016, Rec. 3269/2014.

DERECHO AL OLVIDO DIGITAL. Legitimación pasiva de la filial española de la empresa titular del buscador Google. El tratamiento de los datos personales vinculados con la concesión de un indulto en un buscador generalista de Internet deja de ser lícito una vez transcurrido un plazo razonable desde que se ha concedido el indulto si el afectado ejercita su derecho de oposición, cuando no es una persona de relevancia pública, ni los hechos presentan un interés histórico. Equilibrio entre el derecho a la información sobre la concesión de indultos y los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales del indultado.

El Juzgado desestimó la demanda de protección de los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales del demandante. La AP Barcelona revocó la sentencia

del Juzgado y estimó en parte la demanda. El Tribunal Supremo desestima los recursos formulados por ambas partes.

TS, sala cuarta, de lo Social, sección Pleno, STS 246/2017 de 23 de marzo de 2017, Rec. 81/2016.

CONTROL DE LA JORNADA LABORAL. Conflicto colectivo Bankia. No existe obligación de la empresa de crear un registro de la jornada laboral. De la interpretación del art. 35.5 ET-horas extraordinarias- se desprende que el deber de registrar se refiere únicamente a las horas extraordinarias. Si la intención del legislador hubiera sido otra, lo habría incluido en el artículo 34 ET que es el que trata la jornada laboral. Solo se impone la necesidad de llevar un registro de las jornadas especiales, pero no de la ordinaria. VOTOS PARTICULARES.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional, que casa y anula en el particular relativo a la condena a establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza su plantilla.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 6.^a, STS 1610/2016 de 4 de julio de 2016, Rec. 795/2015.

PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. Reclamación de tutela de derechos. Legitimación pasiva. Responsable del tratamiento. Obligación de cumplir las leyes europeas de protección de datos. Google Inc. es la única responsable, pues le corresponde la determinación de los fines, las condiciones y los medios del tratamiento de datos personales. El nuevo Reglamento 2016/679 señala que es al responsable del tratamiento al que se debe exigir e imponer las obligaciones derivadas del ejercicio del derecho al olvido. Además, regula expresamente la corresponsabilidad en el tratamiento de datos. Google *Spain* no es responsable o corresponsable del tratamiento controvertido (hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, ponerla a disposición de los internautas), pues en dicha entidad no concurren ninguno de los elementos que definen tal condición, ni constituye título para ello la unidad de negocio que conforma con Google Inc., ni se la puede considerar como establecimiento principal del responsable (Google Inc.) en la Unión.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Nacional, y estimando el recurso contencioso-administrativo inicialmente interpuesto, anula la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, que en reclamación de tutela de derechos, confirmó el derecho del entonces interesado a que Google *Spain S.L* retirase los datos de su índice e imposibilitase el acceso futuro a los mismos.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 6.^a, STS 1384/2016 de 13 de junio de 2016, Rec. 810/2015.

PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. Reclamación de tutela de derechos. Legitimación pasiva. Responsable del tratamiento. Obligación de cumplir las leyes europeas de protección de datos. Google Inc. es la única responsable, pues le corresponde la determinación de los fines, las condiciones y los medios del tratamiento de datos personales. El nuevo Reglamento 2016/679 señala que es al responsable del

tratamiento al que se debe exigir e imponer las obligaciones derivadas del ejercicio del derecho al olvido. Además, regula expresamente la corresponsabilidad en el tratamiento de datos. Google *Spain* no es responsable o corresponsable del tratamiento controvertido (hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, ponerla a disposición de los internautas), pues en dicha entidad no concurren ninguno de los elementos que definen tal condición, ni constituye título para ello la unidad de negocio que conforma con Google Inc., ni se la puede considerar como establecimiento principal del responsable (Google Inc.) en la Unión.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Nacional, y estimando el recurso contencioso-administrativo inicialmente interpuesto, anula la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, que en reclamación de tutela de derechos, confirmó el derecho del entonces interesado a que Google Spain SL retirase los datos de su índice e imposibilitase el acceso futuro a los mismos.

TS, sala primera, de lo Civil, STS 446/2017 de 13 de julio de 2017, Rec. 1042/2016.

DERECHO AL HONOR Y A LA PROPIA IMAGEN. El artículo periodístico publicado tanto en la Ed. digital como en la impresa del medio demandado sobre el enjuiciamiento penal del demandante por su presunta implicación en unos asesinatos ocurridos años atrás no ha vulnerado sus derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. No mencionaba el nombre o apellidos del actor ni ningún otro dato personal y solo la Ed. digital incluía una fotografía suya. Días después de publicarse fue absuelto. Prevalece el derecho a la libertad de información frente al honor del actor. Tenía indudable interés general por razón de la materia al tratarse del enjuiciamiento de unos hechos de extraordinaria gravedad e impacto social. Seguía siendo de actualidad aunque el crimen se cometiera años antes pues el objeto de la información fue el acto del juicio oral. Cumple el requisito de la veracidad. La información se basaba en fuentes objetivas y fiables, perfectamente identificadas, como es una agencia de noticias, reproduciendo la información facilitada por ésta en el momento en que la noticia se produjo. La publicación de la fotografía, tomada sin su consentimiento en la sala de vistas pero con autorización de la presidenta del Tribunal, también está legitimada por el ejercicio de la libertad de información. La posibilidad de ampliarla en la página web no supone alteración o manipulación de aquélla. Se desestima la solicitud del demandante de eliminación de los archivos informáticos que alojen dicha información, incluyendo los buscadores de Internet. Se omitieron sus datos personales lo que no permite una búsqueda de la información a través de ellos. La editora demandada ha respetado las exigencias de la normativa sobre tratamiento de los datos personales en la información alojada en su web. El “derecho al olvido” no ampara la alteración del contenido de la información original lícitamente publicada. Tampoco concurre el requisito de la desaparición del interés público exigido por la jurisprudencia.

TG, sala segunda, STS de 21 de enero de 2015, T-355/2013.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Abuso de posición dominante en el mercado de los servicios aeroportuarios. Decisión por la que se desestima una denuncia. Tratamiento del asunto por autoridad de competencia de un Estado miembro. Aplicación del artículo 13.2 del Reglamento(CE) núm. 1/2003. No obligación de definir el mercado de referencia. Decisión de la autoridad de competencia en la que se extraen

las conclusiones, en el Derecho de la competencia, de una investigación llevada a cabo a la luz de una legislación nacional aplicable al sector de que se trata. Desestimación de la denuncia por motivos de prioridad. Comportamiento abusivo de la coadyuvante en materia de precios discriminatorios. Motivación suficiente de la decisión.

El Tribunal General de la Unión Europea desestima recurso de anulación respecto de la Decisión de la Comisión por un presunto comportamiento contrario a la competencia en el mercado de los servicios aeroportuarios.

TG, sala primera, STS de 13 de diciembre de 2018, T-102/2018.

MARCA COMUNITARIA. Solicitud de marca denominativa de la Unión upgrade your personality. Motivo de denegación absoluto. La marca solicitada carece de carácter distintivo, a los efectos del art. 7.1 b), del Reglamento 2017/1001, para todos los productos respecto de los que se ha desestimado el registro.

El Tribunal General, Sala Primera, desestima el recurso interpuesto contra resolución de la Cuarta Sala de Recurso de la EUIPO de 18 de diciembre de 2017, relativa a una solicitud de registro del signo denominativo upgrade your personality como marca de la Unión Europea.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sala de lo Contencioso-administrativo, sección 2.ª, STS 36/2019 de 23 de enero de 2019, Rec. 276/2018.

Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña, STC24/2017 de 1 de febrero de 2017, Rec. 481/2015.

DEPORTES. INTERNET. Sitios web. PROCESO CIVIL. Partes procesales. Legitimación. Condición de parte procesal legítima. -- Actuaciones procesales. Lugar y tiempo. Preclusión. PROPIEDAD INTELECTUAL. RESPONSABILIDAD CIVIL. Resarcimiento. Determinación de la cuantía.

Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, STS 94/2015 de 23 de marzo de 2015, Rec. 273/2013

COMPETENCIA DESLEAL. Actos de competencia desleal. PROPIEDAD INDUSTRIAL. Marcas. Nulidad y caducidad. -- Marcas. Acciones por violación del derecho de marca.

Juzgado de lo Penal núm.. 3 de Valencia, STS 313/2013 de 24 de junio de 2013, Rec. 15/2013.

DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Delito continuado. Administrador de páginas web que facilitaba a través de las mismas el acusado facilitaba el acceso a diverso material audiovisual para su visionado directo o para su descarga. Elementos del tipo. Obtención de beneficios por el acusado mediante la inclusión de publicidad en las páginas web. Inaplicación del subtipo agravado al no acreditarse el volumen de movimiento en número de visitas y descargas. Existencia de

una comunicación pública de las obras sin autorización de sus legítimos titulares. La actividad del acusado no se limita a actuar de mero enlazador, sino que facilita el visionado del material audiovisual protegido por derechos de propiedad intelectual.

El Juzgado de lo Penal núm. 3 de Valencia condena al acusado por un delito continuado de defraudación de propiedad intelectual.

Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo núm. 12, Auto 32/2018 de 2 de octubre de 2018, Proc. 1/2018.

PROPIEDAD INTELECTUAL. Vulneración de derechos de propiedad intelectual desde el servicio de la sociedad de la información www.descargadelibrosgratis.biz (ahora www.pdfyepub.com). MEDIDAS CAUTELARES. Resolución Final, de 28 Jun. 2018, del expediente E/2017/00068, promovido por el Centro Español de Derechos reprográficos (CEDRO). Autorización a las medidas cautelares consistentes en la suspensión de los servicios de alojamiento, de publicidad y de motores de búsqueda y de suspensión y bloqueo del servicio de acceso a Internet. Proporcionalidad de las medidas cautelares concedidas con la finalidad de la resolución final de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, de acabar con la constatada vulneración de derechos de propiedad intelectual desde ese nombre de dominio.

El JCCA autoriza cautelarmente la suspensión del servicio de alojamiento que la entidad Fishnet Communications-VEESP presta a la página www.descargadelibrosgratis.biz (ahora www.pdfyepub.com); el bloqueo del acceso a tal nombre de dominio desde territorio español que deberán efectuar los operadores de servicios de acceso a Internet relacionados; la suspensión del servicio de publicidad que la entidad Google LLC presta a la citada página en tanto continúe prestándolo, y la eliminación por el elenco de servicios de motores de búsqueda que se enumeran, en sus resultados de búsqueda, de aquellos que contengan la ubicación de las obras relacionadas y ofrecidas todas ellas en dicha página de Internet.

Juzgado de lo Mercantil, núm. 3 de Valencia, STS35/2019 de 20 de febrero de 2019, Rec. 287/2018.

AP de Alicante, sección 8.ª, STS 44/2018 de 1 de febrero de 2018, Rec. 521/2017.

COMPETENCIA DESLEAL. Actos. Violación de normas. PROPIEDAD INDUSTRIAL. Marcas. Acciones por violación del derecho de marca.

AP de Madrid, sección 28.ª, Auto 85/2014 de 19 de mayo de 2014, Rec. 636/2013.

COMPETENCIA DESLEAL. Actos de competencia desleal. Cláusula general de comportamiento contrario a la buena fe. -- Actos de competencia desleal. Actos de confusión. -- Actos de competencia desleal. Actos de engaño. -- Actos de competencia desleal. Explotación de la reputación ajena. -- Acciones. Clases. Acción de cesación o de prohibición del acto. PROCESO CIVIL. Medidas cautelares. Medidas cautelares específicas. Orden judicial de cese provisional de actividad o conducta.

STS de la AP de Barcelona, sección 15B, rec.749/2007, de 17 de septiembre de 2008.

TEDH, sección 2.ª, STS de 27 de enero de 2015, Rec. 25358/2012.

Agencia española de Protección de Datos, Resolución de archivo de actuaciones, Expediente núm. E/00583/2016.

TS- sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, STS 3 de diciembre de 2015, rec. 2952/2013.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, STS de 21 de Julio de 2016, rec. 2798/2015. (Para resolver la cuestión que estamos analizando resulta conveniente tener en cuenta los siguientes hechos probados recogidos en la STS del TJUE de 13 de mayo de 2014 #, que se basan en el Auto de esta Sala de 27 de febrero de 2012 , de planteamiento de la cuestión prejudicial).

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, STS 1916/2016, 21 de julio de 2016, rec. 2798/2015.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, STS de 21 de julio de 2016, rec. 2798/2015.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, STS 1916/2016, 21 de julio de 2016, rec. 2798/2015.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, STS, 22 de mayo de 2015, rec. 658/2013.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, STS 925/2017, 25 de mayo de 2017, rec. 3259/2014.

TS- sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, STS 1375/2018, 17 de septiembre de 2018, rec. 2452/2017.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, STS 1375/2018, 17 de septiembre de 2018, rec. 2452/2017.

TS, sala tercera, de lo Contencioso-administrativo, STS 43/2019, 21 de enero de 2019, rec. 4323/2017.

JURISPRUDENCIA FRANCESA

Google France v. *Evermaps* Cour D'Appel de Paris Pôle 5 - Chambre 4 Arrêt du 25 novembre 2015 Numéro d'inscription au répertoire général : 12/02931 Décision déferée à la Cour : Jugement du 31 Janvier 2012 -Tribunal de Commerce de PARIS - RG núm. 2009061231.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 19 janvier 2016, núm. 14-21.670 14-21.671.

Cour d'Appel Paris 26.01.2011, SAIF c. Google, RG núm. 08/13423.

Cour d'Appel Paris 03.05.2011, SNEP c. Google, RG núm. 10/19845.

Cour d'appel de Paris, Pôle 5 - chambre 11, 9 juin 2017, núm. 13/21852.

Cour d'appel de Paris 25 janvier 2008 – D. 2008. 609, núm. 07/13334. – Moteur de recherche : insertion d'un avertissement dans les résultats –.

Cour d'appel de Paris 19 mars 2009 – D. 2009. 1275, núm. 08/05175. – Responsabilité des moteurs de recherche : le régime se construit –.

CJUE 14 de novembre 1996, núm. C-333/94 P, Tetra Pack International SA, RTD eur. 1997. 459.

Paris, pôle 5, chambre 4, 25 novembre 2015, núm. 12/09321, Google c/ Bottin Cartographes.

Cour d'appel de Versailles chambre 01 section 01, de 8 de décembre de 2017, núm. 17/03615. Moteur de recherche: insertion d'un avertissement dans les résultats – Cour d'appel de Paris 25 janvier 2008 – D. 2008. 609, núm. 07/13334.

Responsabilité des moteurs de recherche: le régime se construit – Cour d'appel de Paris 19 mars 2009 – D. 2009. 1275, Núm. 08/05175.

Conseil d'État, (10ème et 9ème chambres réunies) arrêt du 19 juillet 2017 núm. 399922 *societe Google Inc. /c CNIL*

Par une requête sommaire, un mémoire complémentaire, un mémoire en réplique et trois autres mémoires, enregistrés le 19 mai, le 12 août, le 2 novembre et le 7 décembre 2016 et le 25 janvier et le 19 avril 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Google Inc. demande au Conseil d'Etat:

1°) d'annuler la délibération n° 2016-054 de la formation restreinte de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) du 10 mars 2016 ;

2°) à titre subsidiaire, de surseoir à statuer pour poser une question à la Cour de justice de l'Union européenne portant sur l'interprétation des articles 4 et 28 de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;
- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 ;
- l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 13 mai 2014, Google Spain SL, Google Inc. contre Agencia Espanola de Proteccion de Datos, Mario Costeja Gonzalez (C-131/12) ;

- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Vincent Villette, auditeur,
- les conclusions de Mme Aurélie Bretonneau, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Spinosi, Sureau, avocat de la société Google Inc. ;

Cour de cassation – première chambre civile – 14 de février de 2018 – núm. 17-10.499.

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant:
Donne acte à la société Google France du désistement de son pourvoi ;
Sur le moyen unique, pris en ses deux premières branches :
Vu les articles 38 et 40 de la loi núm. 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, le second dans sa rédaction applicable au litige, issue de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, ensemble l'article 5 du code civil.

Arrêt núm. 178 du 14 février 2018 (17-10.499) - Cour de cassation - Première chambre civile - ECLI:FR:CCASS:2018:C100178.

PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE - UNION EUROPÉENNE

El Tribunal de Casación censuró una decisión del Tribunal de Apelación de Aix-en-Provence en el sentido de que ordena a la empresa Google *Inc.* eliminar los enlaces que conducen, cuando busca en el motor de Google.com, los datos personales de un usuario. El Tribunal critica al Tribunal de Apelaciones por haber emitido una orden general y por no equilibrar los intereses en juego.

Affaire Lafesse, préc. *supra*, 3 juin 2008, Lafesse et a. c/ OVH et a., www.legalis.net

Le tribunal de grande instance de Paris a finalement estimé que Dailymotion a bien engagé sa responsabilité d'hébergeur en ne retirant pas promptement les vidéos au caractère manifestement illicite notifiées par J.-Y. Lafesse (3 juin 2008, Lafesse et a. c/ OVH et a., www.legalis.net).

JURISPRUDENCIA ITALIANA

Asunto C-110/15, TJ, sala segunda, de 22 de septiembre de 2016. *Microsoft Mobile Sales International Oy*, anteriormente *Nokia Italia SpA* y otros contra *Ministero per i beni e le attività culturali (MiBAC)* y otros.

Procedimiento prejudicial — Aproximación de las legislaciones — Propiedad intelectual — Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor — Directiva 2001/29/CE — Derecho exclusivo de reproducción — Excepciones y limitaciones — Artículo 5, apartado 2, letra b) — Excepción de copia privada — Compensación equitativa — Conclusión de acuerdos de Derecho privado para determinar los criterios de exención del pago de la compensación equitativa — Devolución de la compensación que sólo puede solicitar el usuario final. Aproximación de las legislaciones, Propiedad intelectual, industrial y comercial.

Asunto C- 322/15, TJ (Sala cuarta), *Google Ireland Limited y Google Italy Srl c. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*. De 8 de septiembre de 2016.

Que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia), mediante resolución de 22 de abril de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de junio de 2015.

JURISPRUDENCIA ESTADOUNEDENSE

Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 579 (1994) Supreme Court 1994.

Sony Corp. of Amer. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

Field v. Google Inc., Berkeley Technology Law Journal, 21 Berkeley Tech. L.J. 361 (2006).

Lenz v. Universal Music Corp., 801 F.3d 1126, 1133 (9th Cir. 2015). Stephanie LENZ, Plaintiff-Appellee/Cross-Appellant, v. UNIVERSAL MUSIC CORP.; Universal Music Publishing Inc.; Universal Music Publishing Group Inc., Defendants-Appellants/Cross-Appellees. Nos. 13-16106, 13-16107. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. Argued and Submitted July 7, 2015.

