

EL POSICIONAMIENTO DEL TJCE FRENTE A GOOGLE “ADWORDS”, LA PUBLICIDAD POR PALABRAS CLAVE Y LO DEFENDIDO EN SU MOMENTO POR SU ABOGADO GENERAL

(Análisis comparativo de lo opinado por el TJCE y su Abogado General, el Sr. Poiares Maduro, en los asuntos acumulados C-236/08, C-237/08 y C-238/08, con especial mención a las exenciones de responsabilidad de la Directiva 2000/31/CE).

María Jesús Sanmartín Sanmartín*

RESUMEN.

Comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 23 de marzo de 2010, en las cuestiones prejudiciales C-236/08, C-237/08 y C-238/08, referidas a la interpretación de los artículos: 5.1 a) y b) y 5.2 de la Directiva 89/104/CEE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas; 9.1 c) del Reglamento (CE) 40/94 sobre marca comunitaria, y; 14 de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico.

Especial análisis comparativo de lo resuelto por el TJCE en las anteriores cuestiones prejudiciales, en el denominado caso GOOGLE FRANCE, en contraste con las soluciones propuestas por su Abogado General, en sus Conclusiones de 22 de septiembre de 2009.

Palabras clave: GOOGLE, “AdWords”, publicidad por palabras clave, puertos seguros en la Unión Europea.

ABSTRACT.

Comment of the court ruling of the European Communities of 23 March 2010, in Questions C-236/08, C-237/08 and C-238/08, concerning the interpretation of Articles: 5.1 a) and b) and 5.2 of Directive 89/104/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to trade marks, 9.1 c) of Regulation (EC) 40/94 on the Community trade mark, and, 14 Directive 2000/31 / EC on electronic commerce.

Special comparative analysis of the ruling of the ECJ in previous questions, in the case called GOOGLE FRANCE, in contrast to the solutions proposed by the Advocate General, in its conclusions of 22 September 2009.

Keywords: GOOGLE, “AdWords”, keyword advertising, “safe -harbors” in the European Union.

* Abogada. Batalla Abogados, F.Castellanos Abogados, Protectia Patentes y Marcas, G. Manzano Patentes y Marcas. Correo electrónico chusanmartin@yahoo.es.

SUMARIO: **I.- INTRODUCCION.** 1. De las cuestiones planteadas al TJCE en el caso GOOGLE FRANCE.- 2. Del contexto que tuvo en consideración el TJCE para dictar su Sentencia de 23 de marzo de 2010.- **II.- DE ALGUNAS DE LAS CLAVES DE LA RESOLUCION DEL TJCE.** 1. De la estructura decisoria de la Sentencia.- 2. De aquellas consideraciones que habrían acabado determinado el sentido de los distintos pronunciamientos del TJCE.- **III.- BREVES APUNTES DE LO RESUELTO POR EL TJCE A PROPOSITO DE LA DIRECTIVA Y REGLAMENTO COMUNITARIOS EN MATERIA DE MARCAS.** **IV.- DE LA DECISION DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA CON RESPECTO A LA DIRECTIVA 2000/31.** 1. “AdWords” entendido como un servicio de la sociedad de la información de referenciación en Internet .- 2. De la interpretación señalada por el TJCE del artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE frente a lo opinado por el Abogado General con respecto a “AdWords”. **V.- CONCLUSIONES.** 1.- Principales consideraciones a propósito de la Sentencia del TJCE de 23 de marzo de 2010.- 2. De algunos de los aciertos de la Sentencia y de las interrogantes que dejaría abiertas. **VI.-**

BIBLIOGRAFIA.

I.- INTRODUCCION.

1. De las cuestiones planteadas al TJCE en el caso GOOGLE FRANCE.

Con fecha 23 de marzo de 2010 la Gran Sala del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas procedió a resolver, en los asuntos acumulados C-236/08, C-237/08 y C-238/08 (en lo sucesivo el procedimiento GOOGLE FRANCE), las cuestiones prejudiciales que le habían sido planteadas por la Cour de Cassation francesa, en relación con tres procedimientos judiciales distintos.

Pues bien, en el marco de los mencionados asuntos acumulados, **el TJCE acaba dictando una Sentencia en la que se abordan y deciden:**

1) La posible incidencia de la prestación o utilización de determinados servicios en Internet, como la publicidad por palabras clave o “keyword advertising”, en la virtualidad o fortaleza de los derechos de marcas en el “universo virtual” o

“digital” que afectaría a la Unión Europea; conforme a la interpretación que se defiende debe realizarse de los artículos 5.1 a) y b) y 5.2 de la Directiva 89/104/CE y 9.1 c) del Reglamento 40/94/CE, y;

2) El alcance e interpretación debida de las exenciones de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, contempladas en la Directiva 2000/31/CE.

2. Del contexto que tuvo en consideración el TJCE para dictar su Sentencia de 23 de marzo de 2010.

La STJCE objeto de análisis es consecuencia: por un lado de una serie de conductas reprochadas en los tribunales franceses a GOOGLE FRANCE y GOOGLE INC (en adelante GOOGLE) así como a varios usuarios o anunciantes de “AdWords” y; por otro, de los posicionamientos de las defensas de las partes que acabaran interviniendo en el procedimiento prejudicial¹.

Las actuaciones controvertidas son descritas de manera muy parecida por el TJCE y su Abogado General, en los apartados 28 a 31, 33 a 36 y 38 a 40 por lo que respecta a la Sentencia de 23 de marzo de 2010, así como en los apartados 17, 18, 21, 22, 25 y 26 de las Conclusiones del Sr. Poiars Maduro², de 22 de septiembre de 2009.

En síntesis, los comportamientos denunciados, sobre los cuales se le pide por la Cour de Cassation se pronuncie el TJCE, al amparo de la normativa comunitaria que se considera pudiera afectarlos, serían:

i) la habilitación por GOOGLE de los medios técnicos precisos para que ciertas marcas registradas acaben funcionando como palabras clave o localizadores de unos

¹ Es decir: 1º) GOOGLE INC, GOOGLE FRANCE SARL, BRUNO RABOIN y TIGRE SARL, conforme a su condición de demandados en los procedimientos principales de los que las cuestiones prejudiciales traerían causa; 2º) LOUIS VUITTON MALLETTIER S. A., VIATICUM S. A., LUTECIEL SARL, el CENTRE NATIONAL DE RECHERCHE EN RELATIONS HUMAINES (CNRRH) SARL y PIERRE ALEXIS THONET, como partes demandantes en Francia; 3º) el Gobierno Francés, como Estado Miembro interesado en intervenir en las cuestiones prejudiciales planteadas al TJCE; 4º) la Comisión Europea, en la defensa de la interpretación del Derecho Comunitario afecto, y; 5º) el Abogado General SR. POIARES MADURO, como asesor de la Gran Sala.

² Quien actuará como Abogado General en el procedimiento prejudicial.

concretos enlaces patrocinados en su buscador, así como el ofrecimiento de la posibilidad de combinarlas con otras expresiones relacionadas sobre las que se ofrecería previa información, para su posible elección por los usuarios de “AdWords”, pese a poder ser indicativas de una imitación en los casos analizados, y;

ii) la selección y uso por determinados anunciantes de las anteriores marcas en “AdWords”, para vincularlas mediante los enlaces a determinados sitios en Internet, en donde se ofrecerían productos o servicios falsificados o competidores de los amparados por los mencionados signos distintivos, siendo algunos de los mismos notorios como en el caso de las marcas de VUITTON³.

En cualquier caso, debiera destacarse como **el TJCE procede a examinar las realidades que pudieran informar su resolución, en relación con los comportamientos previamente aludidos, desde una triple perspectiva.**

- La perspectiva normativa o del Derecho Comunitario que pudiere resultar afectado, al cual parece aludir en los apartados 3 a 21, 49 a 51, 55, 56, 60, 61, 65, 66, 70, 71, 75, 76 a 80, 82, 83, 84, 86, 87, 92 a 95, 102, 107, 112 y 113 de su Sentencia.

En un análisis, de la normativa que estima debiera tenerse en consideración, que iría más allá de los “considerandos” y artículos de los Textos Comunitarios que fueran citados por su Abogado General, en los apartados 20 a 37, 81 y 143 de sus Conclusiones⁴; todo ello conforme a una interpretación sistemática, espiritualista y muy ponderada de los artículos de las Normas que se le pide examine.

³ Marcas pertenecientes a la compañía LOUIS VUITTON MALLETIER S. A.

⁴ Así por el Abogado General se citarían en los mencionados apartados de sus Conclusiones: por un lado, el sexto considerando de la Directiva 89/104 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, y; por otro, los artículos 5.1 (a) y (b), 5.2 y 5.3 de la Directiva 89/104; 9.1 (a), (b) y (c) del Reglamento 40/94 sobre marca comunitaria, y; los artículos 2, 12,13, 14, 15 y 21 de la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico.

Sin que por el precitado Abogado General se llegasen a reseñar como normas comunitarias, a tener en consideración, por su posible afectación por las cuestiones planteadas al TJCE: i) los artículos 6 y 7 de la Directiva 89/104 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas; ii) el artículo 65.2 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de diciembre de 2002; iii) los artículos 12 y 13 del Reglamento 40/94 sobre marca comunitaria; iv) los considerandos vigésimo noveno, cuadragésimo a cuadragésimo sexto de la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico; y v) el artículo 6 de la Directiva 2000/31.

- La perspectiva fáctica, conforme a aquellos hechos que estima debieran ser valorados; con arreglo a lo expuesto en los apartados 22 a 27 así como 42, 44, 46, 52, 53, 54, 62, 68, 72, 81, 85, 91, 96, 101, 108, 111 y 115 de la sentencia comentada; y partiendo, en cierta medida, de las consideraciones al respecto de su Abogado General, en los apartados 2, 3, 8 a 13, 18, 48, 58, 80, 108, 110, 118, 121, 124, 126, 129 y 136 a 140 de sus Conclusiones.

- Para acabar resolviendo con arreglo a una perspectiva práctica o pragmática, referida a aquellas concretas cuestiones prejudiciales sobre las cuales se le pedía, por la Cour de Cassation francesa, que se pronunciase, el TJCE; reproduciéndose en los apartados 32, 37 y 41 de la Sentencia, la exposición que se hiciera de las anteriores cuestiones su Abogado General, en los Apartados 20, 24 y 28 de sus Conclusiones.

II.- DE ALGUNAS DE LAS CLAVES DE LA RESOLUCION DEL TJCE.

Si bien **la Sentencia de 23 de marzo de 2010** parece dar ciertas respuestas simples, a algunas de las cuestiones que le fueran planteadas al TJCE (sobre todo por lo que atañe a la actuación de GOOGLE), lo cierto es que examinada con más detenimiento, así como enfrentándola a las conclusiones previas de su Abogado General, **cupiera en realidad calificarla – a juicio de esta autora- como una resolución compleja y con notables matices**, consecuencia a su vez de ciertas claves decisorias.

1. De la estructura decisoria de la Sentencia.

EL TJCE procede, en primer lugar, a interpretar los artículos 5 de la Directiva 89/104 y 9 del Reglamento 40/94, conforme a las consideraciones de los apartados 42 a 105 de su Sentencia, para resolver después, en sus apartados 106 a 120, sobre el régimen de exenciones de responsabilidad de la Directiva 2000/31.

No obstante lo anterior, el TJCE no llega a compartimentar totalmente sus conclusiones, relativas a la posible exigencia de responsabilidades a GOOGLE, a propósito de su intervención en la prestación de sus servicios vía “AdWords”, de tal manera que en su Sentencia se acaba relacionando la denegación de una eventual exigencia de daños conforme al Derecho, especial, de marcas, con la posibilidad de la

reclamación de algún tipo de responsabilidad, pero conforme al régimen general de Derecho interno que pudiere serle aplicable a su actuación.

Apuntándose por el TJCE como pudieran acabar por exigírsele cuentas a GOOGLE, conforme al Derecho estatal de aplicación, por crear las condiciones técnicas necesarias para que se produjera el uso en Internet de marcas ajenas, y siempre que los servicios de referenciación, en los que consistiría “AdWords”, no se llegasen a prestar de una manera neutra o pasiva, en cuanto al almacenamiento así como transmisión de los datos o la información que se manejarían; expresándose por el Tribunal sus dudas a este respecto (apartados 114, 115, 116, 117, 118 y 120).

Es más, en la anterior línea de pensamiento, por el TJCE se acaba por concluir como debieran ser las autoridades judiciales o tribunales nacionales y el Derecho nacional aplicable los que establecieran los requisitos para que se declare la responsabilidad de GOOGLE, con respecto al servicio de referenciación que prestaría en Internet; probablemente fuera de los casos exonerados en la propia Directiva 2000/31, por considerarse necesitados de una actitud neutral o pasiva por parte del prestador de un servicio intermediario de la sociedad de la información que pretendiera acogerse a los mismos (apartado 107 conexo con lo expuesto en los apartados 109, 113, 114, 115, 118 y 119 de su Sentencia).

A modo de corolario cupiera reseñar como, en el examen inicial de las cuestiones que le fueran planteadas en los distintos asuntos acumulados conforme al Derecho, comunitario o armonizado, en materia de marcas, el TJCE disecciona y enjuicia lógicamente la actuación de GOOGLE pero también de aquellos terceros anunciantes que habrían utilizado “AdWords”, para crear determinados enlaces patrocinados a sus webs; sirviéndose de marcas ajenas para su localización en las páginas de resultados de su buscador.

2. De aquellas consideraciones que habrían acabado determinando el sentido de los distintos pronunciamientos del TJCE.

En todo caso entiende esta autora, como ya expusiera al principio de este apartado, como **las respuestas que acaba dando el TJCE⁵ podría decirse que son consecuencia de un conjunto de consideraciones claves, a continuación sintetizadas**; incidiendo en los pronunciamientos de su Sentencia de 23 de marzo:

1º La calificación de los servicios prestados por GOOGLE a través de “AdWords”, como parte de *“un servicio remunerado de referenciación” en Internet*, y conforme al cual se crearían *“las condiciones técnicas necesarias para que pueda utilizarse un signo”* en la Red; sin que el mencionado operador llegase a hacer un uso por sí mismo del aludido signo como marca, por no formar parte de su propia comunicación comercial (apartados 23, 56 y 57);

2º La apreciación del uso de las marcas de terceros como palabras claves, por los anunciantes en “AdWords”, como relevante en el tráfico económico a los efectos del Derecho de marcas, y para diferenciar productos y servicios, idénticos, similares o alternativos a los amparados por dichos signos distintivos (apartados 52, 62, 63, 65 y 66 a 74);

3º La ponderación de las funciones de marca que pudieran verse afectas por su selección como palabras clave por terceros anunciantes (apartados 75, 77, 78 y 79); con particular mención, en los casos examinados, a las funciones de la indicación del origen de los servicios o productos, y de su publicidad (apartado 81 conexo con lo razonado por el TJCE a continuación en su Sentencia);

4º La necesidad impuesta por la normativa de la Unión Europea sobre el comercio electrónico *“de que la visualización de los anuncios en Internet sea transparente. Habida cuenta del interés en garantizar la lealtad en las transacciones y la protección de los consumidores”* (apartado 86);

⁵ Y con arreglo a las cuales, por otra parte, parece buscarse un cierto equilibrio entre: los posicionamientos de GOOGLE, a favor de una mayor libertad de actuación en Internet, y; la postura de Francia así como de los titulares de las marcas que habrían sido usadas por terceros ajenos a su esfera de control, en pro de un mayor amparo de sus derechos y de la posibilidad de derivación de responsabilidades a los prestadores de ciertos servicios de la sociedad de la información, conforme a la legislación nacional francesa que resultaría aplicable.

5º La confirmación y consolidación de la doctrina jurisprudencial defendida por el TJCE en la Sentencia L’Oreal y otros⁶, de 18 de junio de 2009, en la cuestión prejudicial C-487/07; sobre todo en lo que se refiere a la consideración como desleal de la ventaja obtenida mediante el uso, por un tercero, de un signo idéntico o similar a una marca de renombre, a los efectos de explotar el esfuerzo comercial realizado por su titular, sin ofrecer a cambio compensación económica alguna (apartados 102 y 103)⁷;

7º La consideración de la competencia de los Estados miembros de la Unión Europea para establecer los requisitos que determinen la declaración de responsabilidades de los prestadores de servicios intermediarios en Internet, a salvo de las exenciones de responsabilidad contempladas en los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31 (apartado 107);

8º La consideración de los servicios proporcionados por un prestador de un servicio de referenciación como: 1) la transmisión en una red de comunicación de la información del destinatario de los mismos o anunciante y; 2) el almacenamiento de datos a petición suya (apartados 110 y 111 de la Sentencia), así como;

9º La consideración de la posible aplicación de la exención de responsabilidad del artículo 14 de la Directiva 2000/31 al prestador de un servicio de referenciación en Internet, siempre que no desempeñase un papel activo que pudiera darle el conocimiento o control de los datos almacenados, tratados, manejados y transmitidos por el mismo (apartados 112 a 114 y 120 de la Sentencia).

III.- BREVES APUNTES DE LO RESUELTO POR EL TJCE A PROPOSITO DE LA DIRECTIVA Y REGLAMENTO COMUNITARIOS EN MATERIA DE MARCAS.

⁶ Véase. **GRAU & ANGULO, Abogados.**: “Sentencia del TJCE sobre infracción de marcas y publicidad comparativa” en *Newsletter número 21/09*, julio de 2009, www.gba-ip.com; en donde se comentan acertada y resumidamente los pronunciamientos principales de dicha resolución, contenidos en sus apartados 36 a 44, 49, 52, 53, 54, 58, 59, 61, 69, 70, 74 y 80.

⁷ De tal manera que por el TJCE se considera debiera aplicarse la doctrina antes mencionada en el enjuiciamiento de la conducta de los anunciantes de “AdWords” que hubieran seleccionado las marcas “Vuitton” o “Louis Vuitton” como palabras clave y en orden a beneficiarse de su especial carácter distintivo así como del prestigio asociado a su renombre.

Una vez que el TJCE ha determinado el tipo de servicio que se prestaría o usaría con “AdWords” **se proceden a diferenciar así como a analizar, en orden a su posible enjuiciamiento, desde la perspectiva del Derecho de Marcas, comunitario y armonizado, dos tipos de actuaciones**, dependiendo de los sujetos que las llevarían a cabo, y por lo que respecta a la prestación o utilización de un servicio publicitario de referenciación en Internet.

De tal manera que se llegan a examinar:

1) **La actuación de GOOGLE**, quién se considera no usa, en el sentido prohibido por los artículos 5 de la Directiva 89/104 y 9 del Reglamento 40/94 o en el tráfico económico, las marcas que “habilita” como palabras clave mediante “AdWords; y conforme a las cuales acaba mostrando en las páginas de resultados de su buscador determinados anuncios o enlaces patrocinados (apartados 53, 54, 55, 56, 57 y 58);

Sin que los titulares de las marcas que son habilitadas por GOOGLE como palabras clave, para la localización de la publicidad de terceros en su buscador, puedan prohibirle, a dicha compañía o a sus filiales, conforme al Derecho de marcas, el uso de signos idénticos o similares, por no producirse la utilización de las mismas en el marco de su propia comunicación comercial en el tráfico económico.

Y, sin que puedan pedírsele responsabilidades a GOOGLE por el cauce del Derecho de marcas, aunque: i) hubiese permitido que se seleccionasen como palabras clave ciertas marcas renombradas o términos asociados como “copia” o “replica” que pudieran ser indicativos de imitaciones; ii) hubiere facilitado cierta información sobre la importancia estadística del uso aislado de las marcas finalmente elegidas por los anunciantes o su combinación con términos asociados, denotativos de imitaciones o copias; iii) hubiere almacenado como palabras clave dichas marcas además del texto o datos de los anuncios vinculados a las mismas, así como; iv) hubiese posibilitado que todo ello desencadenase la aparición de anuncios de sitios web en donde se ofrecerían copias, falsificaciones o productos competidores de los productos amparados por las marcas (Apartados 104 y 105 conexos con los apartados anteriores 55 a 57 de la STJCE comentada).

Con independencia de una eventual exigencia de responsabilidades a GOOGLE, pero con arreglo a la normativa interna de los Estados miembros, así como en el supuesto de no poderse acoger a las exenciones de responsabilidad de los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE (apartado 57 puesto en relación con los apartados 107, 119 y 120⁸)

57 No pone en entredicho esta conclusión el hecho de que el prestador reciba una remuneración de sus clientes por el uso de dichos signos. Crear las condiciones técnicas necesarias para que pueda utilizarse un signo y recibir una remuneración por este servicio no significa que el prestador del servicio haga por sí mismo uso del signo. Dado que posibilita que su cliente utilice el signo, su papel no debe examinarse a la luz de los artículos 5 de la Directiva 89/104 y 9 del Reglamento n° 40/94, sino, en su caso, de otras normas jurídicas, como las mencionadas en el apartado 107 de la presente sentencia.

Distanciándose en parte el TJCE de lo opinado por su Abogado General en cuanto a la no posible exigencia de responsabilidades a GOOGLE desde la perspectiva del Derecho de marcas y adoptándose soluciones más simples.

Así, por el TJCE, para descartar la responsabilidad de GOOGLE tanto con respecto al eventual uso en “AdWords” de marcas registradas como de marcas renombradas, se acaba concluyendo como no usaría dichos signos distintivos en el tráfico económico de manera relevante o en el sentido exigido en el Derecho comunitario o armonizado de marcas, porque no usa tales signos en el contexto de su propia comunicación comercial (apartados 55, 56 y 104 de su Sentencia); sin tener que entrar a analizar si se usarían dichos signos para diferenciar productos o servicios idénticos o similares así como si se perjudicaría la función esencial de las marcas o alguna otra de sus funciones asociadas⁹.

Y, sin tener que acudir a la línea de razonamiento que siguiera en su momento su Abogado General, para concluir como incluso las marcas renombradas habrían de ceder ante los intereses superiores que debieran prevalecer en Internet en pro de la

⁸ La negrilla de los apartados concretos que se transcribirían de esta Sentencia, por su importancia, sería propia, radicando en ella, a mi entender, las claves finales de la mencionada resolución.

⁹ Como la función publicitaria (y cuya posible afectación si se analiza en la Sentencia comentada en relación con los comportamientos de los anunciantes de “AdWords”) o las funciones de garantizar la calidad de los productos o servicios identificados con una marca, de comunicación y de inversión; por otra parte claramente delimitadas en el apartado 58 de la STJCE de 18 de junio de 2009, L’OREAL y otros, en el asunto C-487/07; remitiéndose a dicho pronunciamiento el TJCE en su Sentencia de 23 de marzo de 2010, en el caso GOOGLE FRANCE, en sus apartados 77 a 79.

libertad de expresión e información que caracterizarían tal medio (Apartados 71, 74, 102 a 108, 110, 111, 112, 113, 121 y 122 de sus Conclusiones).

De tal manera que por el TJCE no se llegan a abordar, al menos expresamente, ni a desarrollar, las consideraciones de su Abogado General acerca de: a) las posibles derivaciones que pudiera tener el otorgarles a los titulares de derechos de marcas la facultad de prohibir cualquier uso o mención de las mismas como palabras clave, y con arreglo a las cuales también se mostrarían los resultados naturales del motor de búsqueda de GOOGLE; b) la función social del Derecho de marcas¹⁰, a la luz de las libertades de expresión e información, y; c) la relevancia de las palabras clave y de los buscadores en el ciberespacio, en orden a la organización y clasificación de la información manejadas en este, así como la dificultad extrema del control previo de la misma.

2) La actuación de los anunciantes de “AdWords”, o destinatarios de los servicios que se prestarían por GOOGLE a través del conjunto de programas en los que consistiría; quienes sí harían un uso, susceptible de ser prohibido conforme al Derecho de marcas, de las marcas seleccionadas como palabras clave.

Estimándose por el TJCE como en los casos enjuiciados las marcas controvertidas si cupiera considerar que serían usadas en el tráfico económico de manera relevante para el Derecho de marcas, por aquellos anunciantes de GOOGLE que las habrían seleccionado como palabras clave, mediante la utilización de “AdWords”; siendo utilizadas por los mismos, en el marco de su propia comunicación comercial, para diferenciar idénticos o similares productos o servicios así como con

¹⁰ Y sin que el TJCE llegue a pronunciarse acerca de la validez o ausencia de la misma de algunas de las recomendaciones más brillantes y “revolucionarias” de su Abogado General, a propósito de la debida interpretación de los derechos de marca como derechos de carácter relativo; de tal manera que en determinados supuestos pudieran tener que ceder ante ciertos intereses públicos y no debiendo ser considerados como derechos de propiedad clásicos o absolutos, ajenos a la función social que habría de informar a todo derecho (apartados 102 y 103 de sus Conclusiones de 22 de septiembre de 2009). **JIMENEZ BATALLA, E y SANMARTIN, M. J.:** “Lights And Shades on the Future of Keyword Advertising”, en *CRi Computer Law Review International*, Issue 6, 15 December 2009, Germany.

posible afectación de la función indicadora de origen de los signos distintivos elegidos (apartados 51, 52, 59, 65, 68, 69, 70, 71, 72, 82, 84, 85, 86, 87, 89 y 90)¹¹.

Y no constituyendo, para el TJCE, una objeción válidamente oponible la no aparición o figuración del signo, que habría sido seleccionado y utilizado por el anunciante de “AdWords”, en su propia publicidad, pues ello no significaría que ese uso no pudiese encajar en el concepto de uso para productos o servicios que vendría exigido en el artículo 5 de la Directiva 89/104 (apartado 65 de la STJCE comentada).

Es más, por el TJCE se razona como la enumeración de las facultades prohibitivas contenidas en los artículo 5.3 de la Directiva 89/104 y 9.2 del Reglamento 40/94 no deberían interpretarse de manera restrictiva, pues supondría ignorar como dicho precepto se redactó “*antes de la plena aparición del comercio electrónico*” y del desarrollo de la publicidad en Internet, cuando las formas electrónicas de comercio y publicidad resultarían ser aquellas que más pudieran dar lugar “*mediante el uso de tecnologías informáticas*” a usos distintos de los enumerados en los anteriores preceptos (apartado 66).

Si bien por el TJCE se matiza como la posibilidad de prohibir el uso de marcas registradas por los anunciantes de “AdWords”, no autorizados o relacionados con sus titulares o dueños, sólo sería posible de concurrir ciertas circunstancias añadidas que pasa a exponer en su Sentencia; diferenciándose los supuestos de uso de marcas notorias o renombradas frente a aquellas que no lo serían.

- Así sólo cabría prohibir el uso de marcas, no notorias ni renombradas, cuando los enlaces a los que se vincularían no fueran lo suficientemente precisos o claros sobre el origen de los productos o servicios patrocinados¹², o bien cuando los anuncios mostrados, como consecuencia de su elección como palabras clave, sugirieran la

¹¹ No obstante lo anterior, por el TJCE no se llega a considerar, en cambio, que se pudiera ver afectada la función publicitaria de las marcas seleccionadas como palabras clave en los autos principales, conforme a lo razonado en los apartados 91 a 98 de su Sentencia.

¹² Véase, **RIBAS, X.**: “El conocimiento efectivo en el caso de buscadores y páginas web de enlaces”, en *Aspectos jurídicos de las tecnologías de la información*, <http://www.xribas.typepad.com>, Textos y Tablas, 31 de diciembre de 2009.

existencia de cualquier vínculo económico con el titular real de los signos distintivos utilizados; debiéndose tener en consideración la percepción del internauta informado, medianamente atento y perspicaz (apartados 83, 84, 85, 86, 87, 89 y 90).

-En tanto que en el supuesto del uso como palabras claves de marcas renombradas operaría la presunción de su uso infractor, por la obtención de una ventaja desleal con su utilización en publicidad comparativa o con respecto a las imitaciones de los productos o servicios amparados por estas (apartados 102 y 103).

Valorándose especialmente por el TJCE la intencionalidad subyacente de los anunciantes cuando seleccionan como palabras clave marcas registradas, ya pudieran tener la consideración de notorias e incluso renombradas o no (apartados 67, 69, 70, 72, 102 y 103).

Volviéndose a apartar el TJCE de las Conclusiones de su Abogado General, también a propósito de la interpretación debida del Derecho de marcas afecto, en cuanto a las conductas denunciadas en Francia con respecto a determinados anunciantes.

Pues el Abogado General, en sus Conclusiones, acababa exonerando, de toda responsabilidad a los anunciantes, por considerar que: o bien no habrían hecho un uso en el tráfico económico de las marcas controvertidas cuando las seleccionaron como palabras clave, o; en su caso, no cupiera a priori prohibir el uso de marcas registradas como palabras clave, como vehículo localizador de la información en los buscadores de Internet, pudiendo utilizarse para fines declarados perfectamente legítimos por el TJCE, como reseñas, descripciones y comparaciones¹³ (apartados previamente mencionados de la Sentencia de 23 de marzo de 2010 frente a lo expuesto en los apartados 148 a 152, 153 así como 108 y 110 de las Conclusiones de 22 de septiembre).

¹³ Entendiéndose por esta autora como el TJCE en realidad habría acertado cuando contradice a su Abogado General en este punto, puesto que cuando analizáramos en su momento sus conclusiones de 22 de septiembre opine como pudiera estarse equivocando, al exonerar de toda responsabilidad conforme al Derecho de marcas a los anunciantes demandados en Francia. **JIMENEZ BATALLA, E y SANMARTIN, M. J.:** "Lights And Shades on the Future of Keyword Advertising", en *CRi Computer Law Review International*, Issue 6, 15 December 2009, Germany.

A modo de corolario de aquellos pronunciamientos más relevantes de la STJCE de 23 de marzo de 2010 que estaría comentando, resulta interesante señalar como por el TJCE, desmarcándose en parte de lo opinado por su Abogado General, se viene a imponer una obligación de claridad en el texto de los anuncios o enlaces patrocinados mostrados como consecuencia de la elección como palabras clave de marcas de terceros distintos de los anunciantes; apoyándose para ello en la normativa de la Unión Europea sobre el Comercio Electrónico (apartados 86 y 87).

*“86 También por lo que respecta al menoscabo de la función de indicación del origen, resulta útil tener en cuenta que la normativa de la Unión sobre comercio electrónico insiste en la necesidad de que la visualización de los anuncios en Internet sea transparente. **Habida cuenta del interés en garantizar la lealtad de las transacciones y la protección de los consumidores, subrayado en el vigésimo noveno considerando de la Directiva 2000/31, el artículo 6 de esta Directiva establece la norma de que la persona física o jurídica en cuyo nombre se haga una comunicación comercial que forme parte de un servicio de la sociedad de la información debe ser claramente identificable**”.*

Sin que por el TJCE se considere sea necesario que se acredite, por el titular de la marca usada como palabra clave, la generación de algún tipo de riesgo de confusión con el anuncio mostrado como consecuencia de haberla introducido como término de búsqueda en GOOGLE; y sin que se acepte, por dicho Tribunal, como cabría presumir que los usuarios de Internet solo podrían hacer una apreciación sobre el origen de los productos o servicios anunciados tras entrar en los sitios web a los que remitirían los enlaces patrocinados (Apartados 89 y 90 de la Sentencia frente a lo opinado por el Abogado General en los apartados 84, 85, 90 y 91 de sus Conclusiones).

Y la anterior diferencia de enfoque del TJCE con respecto a lo propuesto en su momento por su Abogado General es obvio que debiera considerarse como muy relevante, puesto que conforme a las consideraciones del Tribunal lo que se consagra es una inversión de la carga de la prueba; es decir que el anunciante sea el que deba demostrar que su anuncio es lo suficientemente claro para excluir la posibilidad de error o asociación con respecto a los productos del titular de la marca, y no al revés.

IV.- DE LA DECISION DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA CON RESPECTO A LA DIRECTIVA 2000/31.

1.- “AdWords” entendido como un servicio de la sociedad de la información de referenciación en Internet.

En su Sentencia el TJCE parte de la consideración de “AdWords” como un **servicio publicitario de referenciación en Internet**, con arreglo al cual, por GOOGLE, se permitiría la selección como palabras clave de cualesquiera términos (incluidas muchas veces marcas registradas) para mostrar posteriormente, en las páginas de resultados de su buscador, los enlaces o anuncios (referencias) que se quisiesen vincular a las mismas por sus anunciantes, previo el almacenamiento de todos los datos afectos (apartados 23 y 111).

Se matiza, en la STJCE comentada, la calificación de “AdWords” propuesta en su momento por su Abogado General, en sus Conclusiones de 22 de septiembre de 2009, como: i) *“un sistema de suministro de hipervínculos”* (Apartado 131), así como; ii) *“un contrato de remisión remunerada a sitios web en Internet”* (Ap. 155. 1 y 4).

Pues bien, lo cierto es que pese a parecer la calificación dada por el TJCE consecuencia de un matiz semántico, al final esa distinta calificación de los servicios prestados vía “AdWords” resultaría tener su importancia, puesto que lo que acabaría haciendo GOOGLE sería remitir los anuncios contratados con ella a las páginas web de su buscador y no directamente a los sitios de los anunciantes. Razón, la anterior, por la cual no sería exacto considerar a “AdWords” como un contrato de remisión a cualesquiera sitios web pero sí sería factible, en cambio, calificarlo, como un servicio de referenciación indirecta en Internet¹⁴.

¹⁴ Y es que, en el fondo, lo que le proporciona GOOGLE, a los anunciantes, no deja de ser un espacio publicitario en las páginas de resultados de su buscador, para las referencias o enlaces que se quisiesen vincular a ciertos criterios de búsqueda y localización; determinados, a su vez, por las palabras clave que hubiesen seleccionado.

En todo caso, lo que parece claro, cuando tecleamos cualquier término en el cajetín de búsquedas de GOOGLE, sería que la palabra clave introducida no nos conecta directamente con las páginas Web de los anunciantes de “AdWords”, sino que desencadena que se nos muestren un conjunto de referencias relacionadas con dicho término o criterio, incluidos los anuncios o enlaces patrocinados alojados y mostrados en la Red, como consecuencia de su elección.

En definitiva, lo que GOOGLE hace es proporcionar al internauta un listado de referencias, a modo de guía o índice en Internet, ya sea en forma de resultados naturales o de enlaces patrocinados. Es más, tanto por el Abogado General como por el TJCE se viene a reconocer como la calidad de los anuncios

Además por el TJCE se descarta, implícitamente, conforme al conjunto de sus pronunciamientos sobre “AdWords” y las características del mismo, que los servicios proporcionados por GOOGLE consistan en un mero suministro de hipervínculos¹⁵; como parecería haber considerado en un momento dado su Abogado General, conforme a lo razonado en los apartados 129, 130 a 134 de sus Conclusiones.

El servicio de referenciación, en el que consistiría “AdWords”, se caracterizaría, por otro lado, conforme a lo opinado por el TJCE, por:

- Su carácter automatizado, interviniendo para su prestación varios programas informáticos desarrollados por GOOGLE, pero procediéndose por dicho operador a cierto tratamiento de los datos introducidos por sus anunciantes y llegando a controlar la aparición en pantalla de sus anuncios (apartados 27 y 115).

- El carácter escueto o breve de los enlaces patrocinados que se muestran en virtud del mismo (apartado 24).

-El carácter abierto del servicio prestado, de tal manera que la selección de palabras clave y los términos que pudieran funcionar como tales no se restringe a un número concreto de anunciantes, ni pueden ser monopolizados en exclusiva por nadie (apartado 26).

- Su carácter remunerado, si bien conforme a parámetros indirectos, es decir por las veces que por los clientes del buscador de GOOGLE se hace “clic” en el enlace de los anuncios mostrados en su buscador, y no simplemente por la mera circunstancia de enseñarlos o transmitir y almacenar la información o los datos en los que consistirían (apartado 25).

contratados con “AdWords” sería uno de los criterios de su posicionamiento posterior en su buscador, en unos términos de pertinencia más propios de una guía o directorio virtual de referencias en Internet (Apartado 11 de las conclusiones del Abogado General y 26 de la Sentencia).

¹⁵ Ya que conforme expondría el TJCE, en el apartado 27 de su Sentencia, el texto de los anuncios contratados con “AdWords” se crea mediante un procedimiento automatizado donde el anunciante decide: desde las palabras clave hasta el mensaje comercial, pasando por los enlaces o “hipervínculos” con su sitio Web; y, por lo tanto GOOGLE ni decide ni proporciona o suministra hipervínculo alguno, sino que dichos enlaces son más bien proporcionados por sus anunciantes, quienes previamente los habrían obtenido de los correspondientes suministradores de hipervínculos.

-El carácter cuasi objetivo de la referenciación realizada por “AdWords”, al venir determinado el orden de aparición de los enlaces patrocinados vinculados a una misma palabra clave por criterios mixtos, relativos a: i) el precio máximo por clic que estaría dispuesto a pagar cada anunciante; ii) las veces que los internautas hubiesen pulsado en los enlaces de los anuncios mostrados en el buscador de GOOGLE, y; iii) del grado de calidad o pertinencia del anuncio (apartado 26).

Se concluye, además, por el TJCE, en el apartado 111 de su Sentencia, como GOOGLE, como prestador de un servicio de referenciación, procedería a transmitir a terceros o internautas, dentro de una red de comunicación, la información del destinatario de dicho servicio o anunciante, así como a almacenarla o grabarla dentro de su servidor.

Se diferencian, de este modo, tres tipos de actuaciones o usos de la información manejada por GOOGLE, a propósito de la prestación de su servicio de referenciación, a diferencia de lo expuesto por su Abogado General que sólo apreciaba dos, en los apartados 55, 56 y 57 de sus Conclusiones¹⁶.

En línea con lo previamente expuesto, las tres clases de usos que parece tener en consideración el TJCE, en relación con los servicios prestados por GOOGLE, en el contexto de su servicio de referenciación “AdWords”, serían:

1º) La habilitación de la posibilidad a los anunciantes de seleccionar cualesquiera términos como palabras clave, incluidas a veces marcas registradas, además de pedir o solicitar información relacionada con las anteriores palabras clave (apartados 23, 26, 57, 107, 110, 114 y 118); pero sin que se llegue a ubicar claramente dicha actuación, por el TJCE, en alguno de los servicios intermediarios de la sociedad de la información que estarían exentos, conforme a lo dispuesto en los artículos 12 a 14 de la Directiva 2000/31.

¹⁶ Así el Sr. Poiares Maduro, en sus Conclusiones de 22 de septiembre de 2009, aludía a dos posibles usos por parte de GOOGLE de marcas registradas: i) cuando permitía la selección de estas, como palabras clave, a los efectos de funcionamiento interno de sus servicios así como en el marco de sus relaciones con sus anunciantes, y; ii) cuando mostraba los enlaces patrocinados vinculados a las mismas en el tráfico económico, tras ser tecleadas como términos de búsqueda por los usuarios de su buscador.

“57.... Crear las condiciones técnicas necesarias para que pueda utilizarse un signo y...o. Dado que posibilita que su cliente utilice el signo....”.

2º) El almacenamiento de la información facilitada por sus clientes de “AdWords”, relacionada con el contenido de los anuncios o enlaces que se quieren se acaben mostrando en las páginas de resultados del buscador de GOOGLE así como con los datos para su posible localización por dicho motor de búsqueda, o lo que es lo mismo, las palabras clave (apartados 53 y 111 STJCE).

*“53. Por lo que respecta al prestador del servicio de referenciación, consta que ejerce una actividad comercial y que actúa con ánimo de lucro cuando **almacena** como palabras clave, por cuenta de algunos de sus clientes, signos idénticos a marcas y organiza la presentación en pantalla de anuncios a partir de tales palabras”*

*“111. Tampoco puede negarse que el prestador de un servicio de referenciación ...y **almacena**, es decir, graba en su servidor, ciertos datos, como las palabras clave seleccionadas por el anunciante, el enlace promocional, el mensaje comercial que acompaña al enlace y la dirección del sitio del anunciante.*

3º) La transmisión por GOOGLE de la información facilitada por los destinatarios de su servicio de referenciación en una red de comunicación accesible a los internautas, como sería la suya propia; y, radicando en dicha transmisión o muestra de esa información -a mi juicio- el acto de creación de las condiciones técnicas necesarias para que pueda utilizarse un signo distintivo o marca con relevancia o trascendencia en el mercado (apartados 57 y 111 STJCE).

*“111. Tampoco puede negarse que el prestador de un servicio de referenciación **transmite** información del destinatario de dicho servicio, que es el anunciante, en una red de comunicación accesible a los internautas...”*

Pues bien, una vez que se ha definido además de caracterizado por el TJCE “AdWords”, y los servicios intermediarios que se prestarían en atención a dicho servicio de referenciación en Internet, **a continuación procede a analizar su posible consideración como servicios de la sociedad de la información.**

Así, por el TJCE, en el apartado de 110 de su Sentencia, se concluye como el servicio de referenciación, y los servicios intermediarios prestados mediante “AdWords”, reunirían todas las características para ser calificados como “servicios de la sociedad de la información”.

“110 Tal como se ha indicado en los apartados 14 y 15 de la presente sentencia, el legislador 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 remuneración. Teniendo en cuenta las características del servicio de referenciación controvertido en los asuntos principales, resumidas en el apartado 23 de la presente sentencia, debe llegarse a la conclusión de que reúne todos los elementos de dicha definición.

Por otro lado se coincide por el TJCE con lo opinado por su Abogado General, quien concluyera en los apartados 131 a 134 de sus conclusiones como los servicios prestados por GOOGLE con su motor de búsqueda y/o con “AdWords” cupiera calificarlos como servicios de la sociedad de la información amparados por la Directiva 2000/31; si bien conforme a una línea argumental mucho menos simple que la seguida finalmente por el Tribunal¹⁷.

Y sin que, en otro orden, el TJCE se detenga a examinar “aparentemente” si el motor de búsqueda de GOOGLE pudiera asimismo considerarse un servicio de la sociedad de la información que pudiera acogerse a algunas de las exenciones de responsabilidad previstas en los apartados 12 a 14 de la Directiva 2000/31¹⁸.

2.- De la interpretación señalada por el TJCE del artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE, frente a lo opinado por el Abogado General con respecto a “AdWords”.

Antes de entrar a resolver el TJCE si GOOGLE pudiera acogerse a la exención de responsabilidad por alojamiento de datos del artículo 14 de la Directiva 2000/31, por los servicios intermediarios de la sociedad de la información prestados vía

¹⁷ Puesto que por el Abogado General se llegó a razonar como: i) en parte alguna de la Directiva 2000/31 aparecía una exclusión expresa de los servicios prestados por operadores de motores de búsquedas o por suministradores de hipervínculos como GOOGLE (apartados 132 a 134 de las Conclusiones); ii) no habría nada del tenor de dicha Norma y de su definición de servicios de la sociedad de la información que impidiera su aplicación a ambos tipos de servicios (apartado 131), y; iii) estos servicios se prestarían a distancia, por vía electrónica, a petición individual del destinatario de los mismos así como a cambio de una remuneración directa o indirecta (apartado 131), por lo que reunirían todos los requisitos necesarios para ser considerados servicios de la sociedad de la información.

¹⁸ Razonamiento, el anterior, que sin embargo hubiera sido deseable se realizara, para evitar futuras controversias con respecto a los resultados naturales mostrados por dicha compañía, es decir por GOOGLE, no sólo desde la perspectiva del Derecho de marcas sino incluso de otros derechos de propiedad industrial e intelectual, y dado que como palabras claves pudieran funcionar una marca pero también, por ejemplo, varias palabras que constituyeran el título de un libro, una película, una canción etc.

“AdWords”, se realizan por dicho órgano judicial una serie de interesantísimas reflexiones, en los apartados 106, 107 y 109 de su Sentencia.

Dichas reflexiones aparecen referidas a:

1º) La consideración aparente, por el TJCE, de la regulación contenida en la Directiva Comunitaria 2000/31 como norma de mínimos; en donde se establecen las exenciones mínimas o ineludibles de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, que habrían de respetarse por todos y cada uno de los Estados Miembros de la Comunidad (apartado 107).

Todo ello con arreglo a una aproximación más precisa, que la realizada en su momento por su Abogado General, a la regulación de los “puertos seguros”¹⁹ contenida en los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico.

De tal manera que conforme a lo expuesto por el TJCE, en el apartado 107 de su Sentencia, sería a los Estados Miembros a quienes correspondería establecer, en sus propias legislaciones nacionales, los requisitos con arreglo a los cuales se pudiera declarar la responsabilidad de los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información, siempre que se respeten las exenciones establecidas en la Directiva 2000/31²⁰.

¹⁹ Véase, XALABARDER PLANTADA, R.: “La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet ISP por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios” en *Internet, Derecho y Política, Las transformaciones del Derecho y la Política en 15 artículos*, Barcelona, Editorial UOC, Primera Edición en lengua castellana de enero de 2009, Págs. 303-326; quien utiliza para las exenciones de responsabilidad contempladas en la Directiva 2000/31 la misma terminología de “safe-harbors” (puertos seguros) propia de la DMCA o “Digital Millennium Copyright Act” norteamericana, de 28 de octubre de 1998; aparte de realizar un interesantísimo estudio comparativo entre la legislación norteamericana y la Comunitaria. Y asimismo disponible en “[http:// www.idp.uoc.edu](http://www.idp.uoc.edu)”, *IDP- Internet, Derecho y Política*, número 2 de 2006.

²⁰ La consideración de la Directiva 2000/31 como una norma de mínimos tiene, por otro lado, una gran trascendencia para legislaciones como la española; en las cuales, al realizar la trasposición de dicha Norma comunitaria, se han establecido otros supuestos expresos de exoneración de responsabilidad, como en el caso de los buscadores o motores de búsqueda y los servicios de suministros de hipervínculos o enlaces contemplados en el artículo 17 de la LSSI.

No obstante lo anterior, el problema de cualquier norma de mínimos sería la posible fragmentación del mercado que pudiera llegar a provocar, dependiendo del régimen más amplio o menos extenso de exenciones añadidas de responsabilidades que se acabase adoptando por cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, y el mayor grado de certidumbre para los operadores de servicios de la sociedad de la información que pudieran ofrecerles aquellas legislaciones en donde si se estableciese

“107... Por tanto, los requisitos para que se declare la existencia de esta responsabilidad se encuentran en el Derecho nacional, en el buen 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. A partir de la expiración del plazo fijado para la adaptación del Derecho nacional a la Directiva, las normas internas relativas a la responsabilidad de tales prestadores deben incluir las limitaciones de responsabilidad previstas en dichos artículos

2º) La consideración diferenciada por el TJCE, en el apartado 109 de su Sentencia, de un servicio de la sociedad de la información que consistiría solamente en el almacenamiento de datos o información²¹ frente al almacenamiento de datos que se realizaría como parte del servicio de referenciación de “AdWords”, mencionado en sus apartados 110 a 120; y dados los caracteres del mismo amen de su naturaleza híbrida²².

Asimismo habría de señalarse como, en todo caso, las conclusiones del TJCE serían consecuencia, desde un plano factico, de lo considerado con respecto al funcionamiento de “AdWords” en los apartados 23 a 27 y 53 a 57 de su Sentencia y, desde un enfoque normativo, de las normas y considerandos que estima debe citar en relación con la Directiva 2000/31; debiendo reseñarse en relación con la perspectiva fáctica los apartados 23 a 27 y 53 a 57 de su Sentencia, en tanto que la cita normativa la encontraríamos en los apartados 12 a 21²³.

una exoneración de responsabilidad específica para los motores de búsqueda y los suministradores de hipervínculos.

²¹ Se parece aceptar, en cualquier caso, por el TJCE, atendiendo a la lectura combinada de sus reflexiones a propósito del artículo 14 de la Directiva 2000/31, como pudiera acogerse a dicha exención de responsabilidad todo aquel prestador de servicios de la sociedad de la información que proceda a almacenar cualesquiera datos de terceros, por cuenta de los mismos y a distancia, así como siempre que no supiera de su ilicitud ni los pudiese controlar; conforme una configuración generosa del concepto de “hosting” manejado en el mismo. Por ello, que atendiendo a la anterior configuración o interpretación amplia del concepto de almacenamiento de datos u hosting, aludido en el artículo 14 de la Directiva 2000/31, pudiera darse dicha actividad por quienes: 1) se limitarían a alquilar el espacio de sus servidores, o redes internas, en orden al almacenamiento de los datos de terceros, así como; 2) por todos aquellos que alojasen, en una o varias Web o redes externas, cualquier tipo de datos, desde páginas Web propias a espacios promocionales, anuncios o banners en páginas de terceros o en sus servidores y redes, espacios o secciones comerciales, blogs, documentos, archivos, hiperlinks etc.

²² Servicio de “AdWords” que parece considerarse por dicho tribunal participa de una naturaleza mixta, por comprender servicios de almacenamiento de datos pero también de transmisión de la información.

²³ Y siendo mencionados desde esta última óptica:

Por un lado los considerandos 42 a 46 y los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31 en lo que se referiría a una necesaria interpretación sistemática de su artículo 14; la cual es realizada por el TJCE, en los apartados 112 a 114 de la Sentencia, pese a que en su día fuese obviada en gran medida por su Abogado General.

Finalmente, el TJCE aborda la interpretación del servicio de referenciación de “Adwords” a la luz de los preceptos de la Directiva 2000/31 así como en orden a una eventual exención de responsabilidades de GOOGLE, y concluye con un “Sí” condicionado o “lleno de matices”, en los apartados 110 a 120 de su Sentencia de 23 de marzo de 2010²⁴.

Pues bien, pasando ya al análisis de los mencionados apartados debería señalar, en cualquier caso, como **las consideraciones del TJCE en este punto siguen una triple línea discursiva**, ya que:

-En un primer momento define el tipo de comportamiento exigible para que GOOGLE pueda ser considerado un «prestador intermediario» en el sentido querido por el legislador comunitario para la aplicabilidad de las exenciones de responsabilidad establecidas en la Directiva 2000/31 (Apartados 112 a 114 de la Sentencia).

“112. Es también necesario, para que el almacenamiento por el prestador del servicio de referenciación quede incluido en el artículo 14 de la Directiva 2000/31, que su comportamiento se ciña al de un «prestador intermediario» en el sentido que el legislador ha querido dar a esta expresión en la sección 4 de esta Directiva”.

“113. A este respecto, 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»”

Así cupiera destacar como la recomendación final que diere el Abogado General en los apartados 141, 143 y 146 de sus Conclusiones, de que no se aceptase por el TJCE que GOOGLE pudiera acogerse a la exención de responsabilidad del artículo 14, encontraba su respaldo normativo más bien en una interpretación “peculiar” de dicho artículo puesto en relación a su vez con lo dispuesto en el artículo 15, pero sin tener en consideración: i) ni la ubicación sistemática de dichos artículos de la Directiva 2000/31; ii) ni su debida lectura a la luz de los Considerandos referidos a las exenciones de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios.

Y, por otro, los considerandos 29, 40, y 41 así como el artículo 6 de la Directiva 2000/31, en un enfoque teleológico de los objetivos y prioridades de la Directiva afecta, apartados 12, 13 y 16 de la STJCE.

Enfoque el anterior que, en su momento, sí trató de realizar igualmente su Abogado General, en el apartado 142 de sus Conclusiones, si bien sin tener a la vista aquellos considerandos que el TJCE acaba estimando serian especialmente aplicables, dado el tenor de su Sentencia.

²⁴ Analizándose en particular el posible acogimiento de GOOGLE a la exención de responsabilidad contemplada en el artículo 14 de la Directiva 2000/31, habida cuenta de las cuestiones prejudiciales al mismo planteadas.

“114. Por lo tanto, para comprobar si la responsabilidad, del prestador del servicio de referenciación, podría verse limitada con arreglo al artículo 14 de la Directiva 2000/31, es necesario examinar si el papel desempeñado por el prestador es neutro, es decir, si su comportamiento es meramente técnico, automático y pasivo, lo que implica que no tiene conocimiento ni control de la información que almacena.”

-Acto seguido, en un segundo estadio, en los apartados 115 a 118, desciende el Tribunal al caso concreto, para resolverlo así como pronunciarse sobre la relevancia de algunas de las cuestiones problemáticas suscitadas, en el procedimiento, con respecto a la actuación de GOOGLE; las cuales se habrían apuntado previamente por su Abogado General en sus Conclusiones de 22 de septiembre de 2009.

“116. Ha de señalarse que la mera circunstancia de que el servicio de referenciación sea remunerado, de que Google fije las formas de remuneración o, incluso, de que dé información general a sus clientes no puede implicar que se excluya a Google de las exenciones de responsabilidad previstas por la Directiva 2000/31”.

“117. De igual modo, la concordancia de la palabra clave seleccionada y del término de búsqueda introducido por un internauta no basta por sí mismo para que se considere que Google tiene conocimiento o control de los datos introducidos en su sistema por los anunciantes y grabados en su servidor”.

“115. En lo que atañe al servicio de referenciación controvertido en los asuntos principales, se deriva de los autos y de la descripción que figura en los apartados 23 y siguientes de la presente sentencia que Google procede, utilizando los programas que ha desarrollado, a un tratamiento de los datos introducidos por los anunciantes, del que resulta la aparición en pantalla de anuncios en condiciones que Google controla. De este modo, Google determina el orden de aparición, que depende, en particular, de la cantidad pagada por los anunciantes”.

“118. Sin embargo, si es pertinente, en el marco del examen al que alude el apartado 114 de la presente sentencia, el papel que desempeña Google en la redacción del mensaje comercial que acompaña al enlace promocional o en el establecimiento o la selección de palabras clave”

- Por último, en los apartados 119 a 120 de su Sentencia, el TJCE deja finalmente el análisis de la eventual responsabilidad de GOOGLE o la determinación del posible acogimiento de dicha compañía, a las exenciones de responsabilidad de la Directiva 2000/31, en manos del tribunal francés remitente, es decir la “Cour de Cassation”

119. El órgano jurisdiccional nacional, que es el mejor situado para determinar el modo concreto en que se presta el servicio controvertido en los asuntos principales, debe partir de las anteriores consideraciones al apreciar si el papel que desempeña Google en ese contexto se corresponde con el descrito en el apartado 114 de la presente sentencia.

*120. Por consiguiente, procede responder a las cuestiones formuladas con los números 3, 2 y 3 en los asuntos C-236/08, C-237/08 y C-238/08, respectivamente, que el artículo 14 de la Directiva 2000/31 debe interpretarse en el sentido de que la norma que establece se aplica al prestador de un servicio de referenciación en Internet cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados. **Si no desempeña un papel de este tipo, no puede considerarse responsable al prestador de los datos almacenados a petición del anunciante, a menos que, tras llegar a su conocimiento la ilicitud de estos datos o de las actividades del anunciante, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.***

Mostrándose la anterior solución como la más acorde con la desconfianza mostrada por el TJCE hacia la neutralidad de GOOGLE, ya que se duda que su intervención pudiera llegar a calificarse como meramente técnica, automática y pasiva; recelándose del tratamiento que pudiera realizar de los datos introducidos por los anunciantes de “AdWords” y “del que resulta la aparición en pantalla de anuncios en condiciones que GOOGLE controla” (Apartado 115).

Y es que el TJCE se cuestiona cómo la posible neutralidad de GOOGLE pudiera verse afectada por: 1) el papel desempeñado por dicha compañía en la redacción del mensaje comercial que acompañaría a los enlaces promocionales que acaba mostrando en las páginas de resultados de su buscador, y; 2) su grado de protagonismo en el establecimiento de las palabras clave que pudieran llegar a usarse en “AdWords”, e incluso en su selección por sus anunciantes potenciales (Apartado 118).

A pesar de lo expuesto el TJCE no dictamina si GOOGLE puede acogerse o no a las limitaciones de responsabilidad contempladas en la Directiva 2000/31 porque: 1º) considera que sería el órgano jurisdiccional nacional “*el mejor situado para determinar el modo concreto en que se presta el servicio controvertido en los asuntos principales*” en orden a determinar el carácter neutro del papel que desempeñaría a la hora de prestar su servicio de referenciación en Internet, y; 2º) estima que la concurrencia de los requisitos para establecer su responsabilidad, fuera de los casos de limitación de la misma contemplados en la Directiva, sería una cuestión a dilucidar conforme al derecho francés, así como, en buena lógica, por los tribunales franceses (Apartado 119 puesto en relación con los apartados 114 y 107 de su Sentencia).

En cualquier caso en las soluciones e interpretaciones propuestas se vuelve a distanciar el TJCE de lo opinado por su Abogado General a propósito de las

exenciones de responsabilidad contempladas en la Directiva 2000/31, puesto que si bien es cierto que fue el Sr. Poiars Maduro quién aludió por primera vez al requisito de la exigible neutralidad de GOOGLE al prestar sus servicios vía “AdWords”, también lo sería que vino a establecerla sin llegar a precisar o dejar cerrado el significado de la precitada “neutralidad”, con respecto a cualquier prestador de servicios de la sociedad de la información.

Además de vincularse por el Abogado General la anterior exigencia de neutralidad a la obligación de GOOGLE de la transmisión de información neutral y a su ausencia de interés directo u económico en los contenidos y enlaces patrocinados, almacenados así como mostrados en sus servidores y en su buscador (Apartados 143, 144 y 146 de sus Conclusiones de 22 de septiembre de 2009).

Cuestiones, las anteriores, que el TJCE se encarga de precisar, rechazar y matizar, en los apartados 113, 116 y 117 de su Sentencia de 23 de marzo de 2010.

Así, el TJCE le exige “neutralidad” a GOOGLE, en la prestación de sus servicios de referenciación en Internet con “AdWords”, pero la deja perfectamente definida, identificándola con la necesidad de actuaciones “meramente técnicas, automáticas y pasivas”; sin que pudiese tener conocimiento o control de los datos o información, almacenada, tratada o mostrada, para poder quedar exento, conforme a las excepciones de la Directiva 2000/31.

Por otro lado, el TJCE, a diferencia de lo opinado por su Abogado General, no considera que la facilitación de información por parte de GOOGLE en relación con la prestación de sus servicios de referenciación vía “AdWords” pueda conllevar “*ab initio*” que se excluya a dicho operador de las exenciones de responsabilidad contempladas en la Directiva 2000/31.

E, igualmente, la mera circunstancia de que el servicio de referenciación sea remunerado e incluso de que GOOGLE establezca las formas de remuneración no bastaría -a juicio del TJCE- para que se la pudiera excluir, sin más, de las mencionadas exenciones de responsabilidad contempladas en la Directiva (Apartado 116).

En otro orden, los pronunciamientos del TJCE no pivotan, como ocurriera en el caso de las conclusiones de su Abogado General, en torno a una interpretación “laxa” amén de errónea del artículo 15 de la Directiva 2000/31 puesto en relación con su artículo 14, sino en la interpretación sistemática de los artículos 12 a 14 de la igual norma, conexas fundamentalmente con su Considerando 42, y relacionada además con el caso concreto del servicio de referenciación de “AdWords”.

Debiendo reseñarse como la obligación que se le impone a GOOGLE, de deber permanecer neutral con respecto a los datos que pudiera tener que almacenar, a petición de los anunciantes destinatarios de sus servicios de “AdWords”, no estaría específicamente contemplada en el artículo 14 ni tampoco en el texto del artículo 15 de la Directiva 2000/31 pero sí que aparecería, en cierta medida mencionada, en el sentido de “pasividad” así como en relación con la prestación de ciertos servicios intermediarios, en el Considerando 42 de igual Norma.

E, ignorándose, en su momento, por el Abogado General, como el artículo 15 estaría dirigido claramente y tendría como únicos destinatarios de sus previsiones a los Estados Miembros de la UE²⁵.

Es más, cupiera reseñar como las Conclusiones del Abogado General, en relación con la imposibilidad de acogimiento de GOOGLE a la exención de responsabilidad contemplada en el artículo 14 de la Directiva 2000/31 por los servicios prestados vía “AdWords”, en su momento fueran objeto de varias críticas²⁶, no sólo

²⁵ Así en el apartado 1 de dicho artículo 15 se establece claramente una obligación para los Estados Miembros, que no sólo afectaría a los mismos sino que generaría derechos o garantías a favor de determinados prestadores de servicios de la sociedad de la información, y a quienes no se les podría imponer la obligación de supervisar, e investigar, en cuanto a su eventual ilicitud, los datos e informaciones que almacenarían o transmitirían; debiendo tener solo efectos verticales ascendentes, de acuerdo a la doctrina del propio TJCE sobre el alcance limitado de las Directivas comunitarias.

²⁶ Véanse: **JIMENEZ BATALLA, E y SANMARTIN, M. J.**: “Lights And Shades on the Future of Keyword Advertising” en *CRI Computers Lawn Rebién International*, Sig 6, 15 Decender 2009, Germain; **LOBATO, M y PORCUNA, F.**: “La responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información” en la *Sección Tribuna del Diario la Ley*, numero 7304, año XXX, Madrid, 16 de diciembre de 2009; **RIBAS, X.**: “El conocimiento efectivo en el caso de buscadores y páginas web de enlaces”, en *Aspectos juridicos de las tecnologías de la información*, <http://www.xribas.typepad.com>, Textos y Tablas, 31 de diciembre de 2009, y; **RUESSMANN, L y MERLIN, H.**: “Oder Toh the Digital Single Marquet” en *CRI Computers Lawn Rebién International*, Sig 6, 15 Decender 2009, Germain.

por la exigencia de una ausencia de todo interés pecuniario de dicho operador así como con respecto a los datos que almacenaría o a sus clientes anunciantes, sino también por los razonamientos que le llevaron a tal conclusión.

V.- CONCLUSIONES.

1.- Principales consideraciones a propósito de la Sentencia del TJCE de 23 de marzo de 2010.

La Sentencia del TJCE de 23 de marzo de 2010 no es una sentencia sencilla, que pueda o deba ser analizada en una única lectura, dados los múltiples matices que la adornarían.

Tampoco es una Sentencia que -entienda esta autora- quepa desvincular o leer sin tener en consideración las Conclusiones antecedentes del Abogado General ante el TJCE, Sr. Poiares Maduro, de 22 de septiembre de 2009, tanto por lo que precisa con respecto a las mismas, como por aquellas consideraciones que viene a asumir o rechazar, expresa o implícitamente, e incluso por los aspectos en los que no profundiza.

Es más, **se trataría de una Sentencia que pudiera resultar aconsejable que se leyera poniéndose en relación con: la ingente Jurisprudencia del TJCE que es citada por el propio Tribunal o por su Abogado General**, sobre todo en relación con la interpretación debida de ciertos artículos propios del Derecho, (comunitario y armonizado) en materia de marcas, así como; atendiendo a aquellas Sentencias posteriores que asumen sus postulados.

En línea con lo previamente expuesto quizá pudiera resultar especialmente interesante la lectura en su caso de las sentencias: L'Oreal, Intel, Adidas vs Adidas Benelux, Celine y Arsenal, en el caso del Derecho de marcas que interpreta la STJCE

de 23 de marzo de 2010, así como; BergSpechte Outdoor Reisen en relación con la publicidad por palabras clave en Internet o “Keyword Advertising”²⁷.

Finalmente, cupiera reseñar como se trataría de una Sentencia “muy política”²⁸, conforme a la cual el TJCE trata de sortear los problemas de un ataque frontal a GOOGLE²⁹ con la necesidad de no dejar totalmente desamparados los derechos de los titulares de signos distintivos en el marco del ciberespacio así como proteger especialmente a las marcas renombradas, como fuente importante de inversiones e innovaciones en la Comunidad.

Así, conforme a los intereses contrapuestos en juego, el TJCE mantiene, en esencia, las tesis de su Abogado General, en relación con la ausencia de responsabilidades de GOOGLE con respecto al Derecho de marcas, al tiempo que no parece asumir sus opiniones sociales progresistas con respecto a la posible limitación incondicionada en Internet de dichos derechos de propiedad industrial, sobre todo al socaire de las libertades de información, comercio y expresión que consideraría el Sr. Poiares Maduro la debieran informar principalmente (apartados 102, 108 a 111 de sus Conclusiones)³⁰.

²⁷ STJCE de 25 de marzo de 2010, Diem BergSpechte Outdoor Reisen Unda Alpainschule Edi Koblmüller GmbH, C-278/08; STJCE de 18 de junio de 2009, L’Oreal y otros, C-487/07; STJCE de 27 de noviembre de 2008, Intel Corporation, C-252/07; STJCE de 10 de abril de 2008, Adidas vs Adidas Benelux, C-102/07; STJCE de 11 de septiembre de 2007, Celine, C-17/06; STJCE de 12 de noviembre de 2002, Arsenal Football Club, C-206/01.

²⁸ Pudiendo intuirse, dado el tenor de muchos de sus pronunciamientos, la importancia de un papel activo por parte de los Estados Miembros en la resolución o debate de las cuestiones prejudiciales que son suscitadas ante el TJCE; y mostrando a este respecto Francia un interés encomiable por defender los márgenes de influencia de su propia legislación interna.

²⁹ E incluso, las eventuales amen de desastrosas consecuencias que pudiere conllevar abrir la “la veda” contra GOOGLE, por su posible “responsabilidad contributiva” conforme al Derecho de marcas, así como por no permitirle a dicha compañía acogerse, en ningún caso, a las exenciones de responsabilidad de la Directiva 2000/31, o a las exenciones que pudieran haberse previsto más ampliamente en la legislación de algunos de los Estados Miembros de la Unión Europea.

³⁰ Siendo muy posible que por el TJCE se hubiera tenido en consideración a la hora de no asumir los postulados progresistas de su Abogado General, en pro de una defensa a ultranza de las libertades de expresión e información que debieran caracterizar a Internet, y en el momento de resolver sobre la interpretación debida de las exenciones de responsabilidad de la Directiva 2000/31, no solo la posible afectación de ciertos derechos de marca, por la concreta actuación de un prestador de servicios de la sociedad de la información como GOOGLE, sino de otros derechos o intereses jurídicamente tutelables,

Además y de manera paralela, el TJCE, acaba concluyendo sobre la posible exigencia de responsabilidades a los anunciantes que pretendan servirse ilícitamente de marcas registradas como palabras clave³¹ (sobre todo atendiendo a la capacidad de convocatoria de las mismas en el ciberespacio) para, por otra parte, mostrarle una salida a GOOGLE³², para poder acogerse a las exenciones de responsabilidad contempladas en la Directiva 2000/31; pero sin dejar de ofrecerle la posibilidad a los titulares de ciertos derechos de exclusiva, en el caso de que dicho operador no ajustare su conducta a parámetros meramente técnicos y pasivos, de buscar su responsabilidad, si bien conforme a normas propias de su Derecho interno y no con arreglo al Derecho de marcas³³.

Poniéndose de manifiesto todo lo anterior porque con arreglo a los anteriores condicionantes -que entiende esta autora concurrirían- es evidente que pudiera ser la sentencia tributaria de los mismos, en cuanto a sus aciertos, cuestiones no resueltas, pronunciamientos expresos no realizados e incluso interrogantes generadas.

2.- De algunos de los aciertos de la Sentencia y de las interrogantes que dejaría abiertas.

Es de señalar como con carácter previo a que fuese dictada la Sentencia ahora comentada ya se le indicaba al TJCE, por su propio Abogado General, de la importancia de la resolución de las cuestiones suscitadas ante el mismo y sus

como, por ejemplo, los derechos de autor que pudieran verse perjudicados por la conducta de terceros operadores; y de ahí quizá la alusión al “Derecho nacional aplicable en la materia”.

³¹ En detrimento de los derechos de los titulares de los signos distintivos registrados así como de su eventual poder de atracción

³² Alternativa o salida que en su momento no se le ofreciera a GOOGLE por su Abogado General.

³³ Resultando plausible que el TJCE tuviera en consideración lo manifestado en su momento por su Abogado General en el apartado 127 de sus Conclusiones de 22 de septiembre de 2009, cuando contempla asimismo la posibilidad de la exigencia a GOOGLE de algún tipo de responsabilidad conforme al Derecho nacional aplicable, por crear las condiciones técnicas necesarias para que un signo pudiera utilizarse o vulnerarse en Internet o; cuando rechaza que dicho operador pueda acogerse sin más a la exención de responsabilidad del artículo 14 de la Directiva 2000/31 a propósito de los servicios prestados vía “AdWords”.

eventuales consecuencias³⁴, en los apartados 5, 13, 58, 71, 73, 77, 102, 106, 108, 109, 110, 111, 112, 118, 121 y 123 de sus Conclusiones de 22 de septiembre de 2009³⁵.

De lo expuesto que debemos insistir en que **la STJCE comentada pudiera considerarse es relevante, no sólo por lo que expresamente señala o resuelve, sino también por todas aquellas pretensiones de las partes que viene a rechazar o aceptar implícitamente**, en la interpretación impuesta de las normas comunitarias afectas.

Pretensiones referidas, por ejemplo a:

1) la declaración, conforme al Derecho de marcas, de una eventual responsabilidad contributiva o indirecta de GOOGLE, por permitir la elección de marcas registradas e incluso renombradas como palabras clave para su motor de búsqueda, así como por mostrar en las páginas de resultados de dicho buscador los enlaces patrocinados, vinculados a las mismas por terceros distintos de sus titulares; viniéndose a rechazar en los apartados 57, 100, 104 y 105 de su Sentencia³⁶;

2) la aceptación de la posibilidad de dejar en manos de los titulares de derechos de marca la prohibición de cualquier uso de sus signos distintivos en Internet, tanto

³⁴ Sobre todo para GOOGLE, el desenvolvimiento de Internet así como la eventual compatibilización de las libertades que informarían a la misma con derechos de marca exclusivos que pudiese ser necesario, referenciar, comparar, describir (apartados 102 a 112 de las Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro).

³⁵ Y cuyas consideraciones entiende esta autora pudieran haber acabado pesando en algunos de los matices y precisiones que presentaría la Sentencia de 23 de marzo de 2010 a la que estaríamos haciendo referencia.

Resultando especialmente relevantes las consideraciones de los apartados 1, 2, 13, 73, 77, 110 y 111 de las conclusiones de su Abogado General a propósito de la dependencia financiera del buscador de GOOGLE con respecto a “AdWords” y la importancia de las palabras clave así como los buscadores para la localización o clasificación de la información en Internet; y que nutriría de información y servicios a unos 1.668.870.408 usuarios en el Mundo www.exitoeportador.com.

³⁶ Debiendo conectarse las respuestas del TJCE en los anteriores apartados con las consideraciones de su Abogado General, a propósito de: las pretensiones, de los titulares de los derechos de marcas afectos, de la derivación con respecto a GOOGLE y conforme al Derecho de marcas de algún tipo de responsabilidad por “contributory infringement”, así como; en relación con su debido rechazo, en los apartados 58, 83, 114, 117 a 122 de sus Conclusiones.

por parte de GOOGLE como de los anunciantes de sus programas de “AdWords”; matizándose bastante, en los apartados 56, 57, 88, 89, 90 y 102 a 105 de la Sentencia;

3) la aceptación del carácter cerrado, defendido por GOOGLE, de las facultades prohibitivas concedidas por esos mismos derechos de marca a sus titulares, así como de una concepción estricta del uso de un signo como marca en el tráfico económico, para la promoción de productos o servicios; viniéndose a rechazar la misma en el apartado 66 de la Sentencia.

Por otro lado en la Sentencia comentada entiende esta autora que el TJCE acierta, pudiendo quizá cuestionarse el grado de precisión de las interpretaciones finalmente dadas pero atinando en definitiva, cuando:

- Rechaza que los anunciantes de “Adwords” puedan usar impunemente como palabras clave todo tipo de marcas registradas, en cualesquiera situaciones y condiciones.

- Singulariza el tratamiento protector de las marcas renombradas.

- Define “AdWords” como un servicio de referenciación en Internet.

- Contempla el carácter de norma de mínimos de la Directiva 2000/31

- Diferencia la interpretación debida del artículo 14 de la Directiva 2000/31 en los supuestos de almacenamientos de datos simples o aislados frente a los casos en los que dichos servicios de “hosting” estarían íntimamente relacionados con otros servicios y actividades, como la transmisión de los datos almacenados en Internet, en el marco de un servicio de referenciación.

- Define la neutralidad exigida a GOOGLE como una ausencia de conocimiento y/o control con respecto a los datos e información que manejaría en relación con “AdWords”

- Disocia los posibles intereses económicos que pudiera tener GOOGLE en la prestación de sus servicios de “Adwords”, el sistema remuneratorio establecido, la circunstancia de facilitar información relativa a ciertas palabras clave que pudieren haber seleccionado sus anunciantes y su coincidencia con marcas registradas así como con los resultados mostrados en su buscador al teclearse, con la negativa a su posible acogimiento a las exenciones de responsabilidad de la Directiva 2000/31, por no cumplirse los requisitos exigidos en los artículos que las contemplarían.

A modo de corolario cupiera concluir, con cierto atrevimiento quizá y desde luego desde la opinión particular de esta autora, como en la Sentencia comentada no todo resultarían ser aciertos, pudiendo tal vez se objeto de crítica o de una “llamada” a resoluciones posteriores del TJCE, que resolvieran algunos de los puntos oscuros o interrogantes dejados por la misma, cuando:

- Exige unas condiciones de claridad de los anuncios vinculados al uso como palabras clave de marcas registradas que pudieran no ser realistas, atendiendo al carácter breve o escueto de los enlaces patrocinados.

- No realiza ninguna precisión con respecto a la problemática del uso de marcas mixtas o gráficas en Internet, con especial mención a las marcas consistentes en la representación peculiar de determinadas combinaciones de letras u iniciales³⁷.

- No aborda o desarrolla la función social de los derechos de marcas como derechos de propiedad no omnímodos.

- No precisa sí el régimen de responsabilidades que pudiere serle aplicable a los motores de búsqueda y a los suministradores de hipervínculos pudiere acogerse a las exenciones de responsabilidad contempladas en la Directiva 2000/31, de tal manera que el tratamiento de la responsabilidad para dichos servicios, con arreglo a los cuales

³⁷ Cuando lo cierto sería que: 1º las combinaciones simples de letras no dejarían de ser realidades finitas y como tales no debieran poderse sustraer injustamente del dominio público en beneficio de una o varias personas; 2º las marcas que consistirían en ciertas combinaciones de letras en realidad lo que ampararían sería su peculiar representación, y; 3º en los principales motores de búsqueda en Internet no cabrían las representaciones gráficas de las letras.

crecería en gran medida Internet, pudiese quedar armonizado para el conjunto de la UE.

- Y no deja claro si los titulares de derechos de marca pudieren llegar a prohibir el uso o la aparición de las mismas en los resultados naturales del buscador de GOOGLE, o forzar su retirada previa advertencia a dicho operador³⁸.

Si bien, en definitiva, prevalecerían, en conjunto en la Sentencia de 23 de marzo de 2010, los aciertos sobre las imprecisiones o puntos oscuros o poco claros de los que pudiere adolecer.

VI.- BIBLIOGRAFIA.

GRAU & ANGULO, Abogados.: “Sentencia del TJCE sobre infracción de marcas y publicidad comparativa” en “*Newsletter* número 21/09” de julio de 2009, www.gba-ip.com

JIMENEZ BATALLA, E y SANMARTIN, M.J.: “Lights And Shades on the Future of Keyword Advertising” en *CRI Computer Law Review International*, Issue 6, 15 December 2009, Germany.

LOBATO, M y PORCUNA, F.: “La responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información” en la *Sección Tribuna del Diario la Ley*, numero 7304, año XXX, Madrid, 16 de diciembre de 2009.

RIBAS, X.: “El conocimiento efectivo en el caso de buscadores y páginas web de enlaces”, en *Aspectos jurídicos de las tecnologías de la información*, [http:// www.xribas.typepad.com](http://www.xribas.typepad.com), Textos y Tablas, 31 de diciembre de 2009.

RUESSMANN, L y MERLIN, H.: “Ode to the Digital Single Market” en *CRI Computer Law Review International*, Issue 6, 15 December 2009, Germany.

³⁸ Cuestión que, por cierto, ya le habría sido planteada el TJCE, si bien tangencialmente, en el marco de la cuestión prejudicial C-278/08 en el asunto *BergSpetchte*, resuelta por su posterior sentencia de 25 de marzo de 2010; y sin que, dado su carácter incidental, llegase a ser resuelta por dicho Tribunal.

XALABARDER PLANTADA, R.:“La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet ISP por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios” en *Internet, Derecho y Política, Las transformaciones del Derecho y la Política en 15 artículos*, Barcelona, Editorial UOC, Primera Edición en lengua castellana de enero de 2009, págs. 303-326.