

## **Cuestiones abiertas en materia de responsabilidad de los intermediarios por infracciones de propiedad intelectual e industrial**

Miquel Peguera  
Profesor Agregado de Derecho Mercantil de la *Universitat Oberta de Catalunya*  
mpeguera@uoc.edu

En el breve tiempo de que dispongo me gustaría tratar de modo sucinto dos cuestiones. La primera de ellas relativa a los derechos de autor, y en particular al concepto de comunicación pública y a la actividad de las páginas de enlaces a obras protegidas, a raíz de las sentencias dictadas en este campo, especialmente la reciente sentencia del caso fenixp2p. La segunda cuestión que quisiera abordar brevemente se refiere a la interpretación de las reglas de exclusión de responsabilidad establecidas en la Directiva sobre el comercio electrónico y en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, tomando ocasión de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales en España y en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (casos Google France y L'Oréal v eBay).

### **1. Comunicación pública y páginas de enlaces.**

El derecho de autor se ve atrapado por la tecnología. No sólo porque la tecnología propicia nuevos modos de burlar la protección de los derechos exclusivos, sino también porque constituye un elemento fundamental a tener en cuenta por los jueces y tribunales al analizar las actividades supuestamente infractoras. Una mejor o peor comprensión de los elementos tecnológicos pueden determinar una diversa calificación jurídica de la actividad por parte del juez.

En algunas jurisdicciones la relevancia que se otorga al elemento tecnológico es máxima. Así en la jurisprudencia estadounidense [cfr. *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007)] se ha seguido el denominado “test del servidor” para dilucidar la existencia de infracción directa de los derechos de *copyright*. Conforme a este test lo determinante es en qué servidor se halla alojado el archivo que contiene la obra protegida. De este modo, si el sitio web demandado no aloja la obra sino que simplemente proporciona un enlace a la misma, dicho sitio web no incurre en infracción directa y su responsabilidad sólo podrá valorarse en el marco de los estándares de la contribución a la infracción y de la responsabilidad vicaria. El Noveno Circuito aplicó este criterio hasta el punto de distinguir entre el texto y las fotografías que aparecen en las copias caché de Google. Cuando Google muestra su copia caché de una página web, en la pantalla aparecen tanto el texto como las imágenes de dicha página. Sin embargo los servidores de Google sólo almacenan el texto de la misma, ya que lo que copia y alberga Google es el código html de la página, pero no las imágenes. Las fotografías están alojadas en el servidor original, y si aparecen en la “copia caché” es porque son invocadas por la correspondiente instrucción obrante en el código html, que es ejecutada automáticamente por el navegador del usuario. De este modo, en un análisis muy vinculado a la realidad tecnológica, el tribunal estadounidense concluye que, en aplicación del “test del servidor”, Google no incurre en infracción directa del *copyright*, ya que si bien la copia caché muestra las imágenes, estas proceden del servidor de un tercero y no son alojadas por el buscador.

Huelga decir que nuestros tribunales no nos tienen precisamente acostumbrados a un análisis tan fino de los elementos tecnológicos. De todos modos, la tecnología resulta a menudo determinante para calificar jurídicamente la conducta cuando se trata de páginas de enlaces a

archivos protegidos. Resulta ilustrativo en este sentido el caso de la web elrincondejesus (cfr. Sentencia 83/2011, AP Barcelona, Sección 15ª, 24 de febrero de 2011), donde la Audiencia Provincial de Barcelona entendió que los enlaces a archivos situados en redes P2P no constituyen un acto de comunicación pública, mientras que sí lo serían las denominadas descargas directas (que no eran otra cosa que enlaces a servidores tipo Megaupload). El solo intento de la sala de describir estas “descargas directas” muestra que las partes no fueron capaces de exponer con suficiente claridad en qué consistían tales descargas desde el punto de vista tecnológico. Por el contrario, en una sentencia posterior, la misma sección de la AP muestra haber comprendido correctamente el proceso técnico que tiene lugar en ese tipo de descargas, lo que le lleva a entender que no existe comunicación pública al constatar que se trata de enlaces a archivos alojados en otro servidor (Sentencia 301/2011, AP Barcelona, Sección 15ª, 7 de julio de 2011).

Es difícil decir hasta qué punto la tecnología seguirá siendo determinante en la calificación jurídica de las actividades que facilitan la infracción de los derechos de autor. La mayoría de resoluciones judiciales dictadas en España han llegado a la conclusión de que la provisión de enlaces no equivale a comunicar públicamente, entendiendo que quien enlaza no lleva a cabo una puesta a disposición de la obra. Cabe pensar, sin embargo, que cuando los jueces y tribunales deban examinar determinados tipos de enlaces, concluyan mayoritariamente que esos sí constituyen actos de comunicación. Me refiero especialmente a los enlaces incrustados que permiten el visionado de películas en *streaming* en la misma página de enlaces. Se trata de enlaces incrustados (*embedded*) que, como todo enlace, invocan el contenido alojado en otro lugar de la red. Es lo que ocurre por ejemplo cuando se inserta un video de YouTube en un blog. El administrador del blog no hace otra cosa que introducir una línea de código que hace que el archivo audiovisual, alojado en los servidores de YouTube, se visualice en el marco del blog. Lo mismo hacen algunas páginas de enlaces, no ya archivos de YouTube sino con películas alojadas servidores como MegaVideo.

Al ejecutarse en enlace, el navegador del usuario solicita al servidor MegaVideo que le suministre los bits que constituyen la película, sin abandonar la página de enlaces. Así, desde el punto de vista tecnológico, el usuario está visionando por una parte la página de enlaces (contenido que proviene del sitio de enlaces), y a la vez, en un recuadro, está viendo una película que se transmite directamente desde MegaVideo a su ordenador, sin pasar por el servidor en el que se ubica la página de enlaces. Una aplicación estricta del “test del servidor”, o de la idea de que quien enlaza no pone a disposición, debería llevar a concluir que el sitio de enlaces no está comunicando públicamente la película. Sin embargo, algo me indica que los tribunales no admitirán tal distinción y calificarán esa actividad como un acto de comunicación.

En efecto, no está de más recordar que el concepto de comunicación pública en la LPI no se limita a los ejemplos concretos del artículo 20.2, que son en todo caso un listado meramente enunciativo. Ni se limitan por tanto –tampoco en el ámbito de las redes digitales– al supuesto específico de “puesta a disposición” interactiva o “*making available*” que recoge la letra i) del artículo 20.2. La amplia dicción de la cláusula general del artículo 20.1 (“todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”) permite interpretaciones que incluyan actos que *facilitan* el acceso a una obra que ha sido puesta a disposición por un tercero en la red. Cuanto más faciliten ese acceso, más posibilidades habrá de que los tribunales lo entienda como “un acto” por el que cualquier usuario “puede tener acceso a la obra”, esto es, un acto de comunicación pública, por más que la transmisión de los datos se realice del servidor original al ordenador del usuario sin pasar por el servidor de la web de enlaces.

Conviene advertir que una concepción tan amplia del derecho de comunicación pública puede generar una elevada inseguridad jurídica. Y, en cualquier caso, creo que el ámbito en el que se debe proceder a fijar los criterios interpretativos es el de la jurisdicción ordinaria, y no el de la autoridad gubernativa como ha previsto la disposición final 43ª de la Ley de Economía Sostenible, pendiente todavía de desarrollo reglamentario. Y aun en la jurisdicción ordinaria, la subsunción de ciertos tipos de enlaces en la categoría de la comunicación pública, debe justificarse con el detalle y la solidez necesaria, a diferencia de lo que hemos podido ver en algunas sentencias como la de la Audiencia de Bizcacia de 27 de Septiembre de 2011 en el caso fenixp2p.

## **2. La interpretación de las reglas de exclusión de responsabilidad**

Las reglas de exclusión de responsabilidad que estableció la Directiva sobre el comercio electrónico y que transpuso nuestra Ley de Servicios de la Sociedad de la Información siguen siendo un punto clave en el debate sobre la protección de los derechos de propiedad intelectual en la red. Quisiera apuntar brevemente algunas cuestiones sobre el modo en que dichas reglas se están interpretando por parte de los tribunales.

### **2.1. La interpretación del artículo 17 LSSICE en la sentencia del caso fenixp2p**

La reciente sentencia de la AP de Bizcacia de 27 de Septiembre de 2011 (caso fenixp2p) es un ejemplo de las dificultades con que pueden enfrentarse los tribunales al interpretar el artículo 17 de la LSSICE, en el que se establece una exclusión de responsabilidad para los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

La sentencia sostiene que los acusados –administradores de dos páginas web de enlaces a obras protegidas– realizaban una actividad de comunicación pública y que no pueden beneficiarse de la exclusión de responsabilidad prevista en el artículo 17 de la LSSICE. En síntesis, la sala argumenta que no está valorando una actividad de intermediación consistente en enlazar a contenidos ilícitos, sino que analiza una conducta ilícita consistente en comunicar públicamente sin autorización.

El análisis del art. 17, sin embargo, es francamente confuso. Por una parte (FJ 3), dice que los acusados no enlazan a contenidos o actividades ilícitas. Creo que aquí la sala se equivoca, porque está claro que se enlaza a un archivo que se comunica públicamente sin autorización, lo que constituye –en el sitio enlazado o en el ordenador al que se dirige el enlace p2p– una infracción de los derechos exclusivos. Por otra parte, señala que “esta labor técnica y de alteración de la naturaleza de la página a la que dan acceso (permitiendo una descarga directa de su contenido fuera de ese contexto de intercambio), hace muy cuestionable que el art. 17 sea aplicable a tal actividad. Como hemos visto, el art. 17 se preocupa por la ilicitud del contenido enlazado por un prestador de servicios de intermediación”. Y concluye que lo que realizan los acusados es un acto propio de comunicación.

La interpretación del artículo 17 me parece francamente inadecuada, si bien en parte los problemas deben atribuirse también a la deficiente redacción de la norma. Este precepto considera que proporcionar enlaces es un acto de *intermediación* porque intermedia entre quien pone a disposición el contenido en origen y quien accede al mismo. (La actividad no sería de intermediación si quien proporciona el enlace lo hace a un contenido propio, por ejemplo si enlaza a un contenido subido por él mismo al servidor al que se dirige el enlace). Pues bien, el sentido de la exclusión de responsabilidad es precisamente evitar que, sea cual sea la calificación jurídica que deba darse al enlace (incluso si debe entenderse como acto de

comunicación), quien proporciona el enlace a un contenido que ha sido *puesto a disposición por un tercero* debe quedar libre de responsabilidad si carece de conocimiento efectivo de que enlaza a una información ilícita (en nuestro caso, a una información comunicada públicamente sin autorización desde el sitio enlazado).

A mi entender, pues, el artículo 17 era aplicable al caso enjuiciado, y lo decisivo a los efectos de determinar si los acusados quedan amparados por la exclusión de responsabilidad es la existencia o no de conocimiento efectivo que el mismo precepto establece como condición para gozar del beneficio de la exclusión. En todo caso, el ejemplo pone de relieve el tipo de conflictos que plantea la interpretación de la norma.

Problemas similares de interpretación se plantean en relación con la regla exclusión de responsabilidad por el alojamiento de datos (art. 14 Directiva, art. 16 LSSICE), a los que quiero referirme muy brevemente a continuación.

## **2.2. La exclusión de responsabilidad por alojamiento de datos**

A pesar de que la Directiva pretende lograr un umbral común de exclusión de responsabilidad para los prestadores de servicios de alojamiento en toda la UE, las resoluciones judiciales dictadas hasta el momento en los diversos estados miembros han realizado a menudo interpretaciones divergentes del alcance de la cobertura de responsabilidad, dando lugar a resultados contradictorios.

Uno de los puntos que más debate ha suscitado es el de la determinación del ámbito de aplicación del precepto. Ciertamente se ha abierto paso una interpretación amplia respecto de la noción de alojamiento, entendiéndose que no sólo se da en los supuestos de hosting en sentido estricto (p. ej. servicios de alojamiento de sitios web), sino también en el almacenamiento de datos (comentarios, archivos, etc) enviados por los usuarios a un sitio web. Así, el TJUE, tanto en el caso [Google France](#) como en el caso [L'Oréal v eBay](#), considera que los “enlaces patrocinados” que muestra Google, o los anuncios de venta que aparecen en eBay, son contenidos proporcionados por terceros y son objeto de “alojamiento” por parte de Google o de eBay en el sentido del artículo 14 de la Directiva sobre el comercio electrónico.

Así, más que en el hecho de si hay o no un verdadero alojamiento de contenidos de terceros, la discusión se ha centrado en si caen dentro del ámbito de aplicación de la norma aquellos prestadores cuya actividad no se limita a la función técnica de alojar sino que desarrollan también una serie de tareas adicionales, como el diseño y estructura de la página, la clasificación y organización de los contenidos, la promoción de los mismos, etc; actividades habituales en plataformas web 2.0 como YouTube o como eBay. Los tribunales han dado respuestas diversas.

En el caso de las plataformas de subastas, cabe recordar, por ejemplo [tres sentencias](#) de de la misma fecha del Tribunal de Comercio de París, de 30 de junio de 2008 (Christian Dior, Louis Vuitton y otros contra eBay), que condenaron a eBay a cerca de 40 millones de euros en total. La tesis del tribunal fue que no es posible separar la función del mero alojamiento del resto de funciones de promoción activa de las ventas, asistencia a los vendedores, etc; de modo que la actividad de eBay no encaja en el supuesto previsto por la exención de responsabilidad por hosting, que por tanto no le es de aplicación. En cambio, en [sentencia](#) de 13 mayo 2009 (L'Oréal contra eBay), el *Tribunal de Grande Instance* de Paris concluyó que sí pueden distinguirse las funciones y que por tanto eBay puede acogerse a la exclusión de responsabilidad de la LCEN (la ley que transpone en Francia las exclusiones de responsabilidad de la Directiva). La primera tesis (inaplicabilidad de la norma y consiguiente condena a eBay)

fue [confirmada más tarde en apelación](#), aunque con variaciones en las cuantías indemnizatorias, que se rebajan en total a unos 5,6 millones de Euros entre los tres pleitos. La sentencia de apelación tiene en cuenta ya el criterio sentado por el TJUE en el caso [Google France](#), y así entiende que la actividad de las sociedades eBay no es la propia de un prestador que actúa de modo puramente técnico, automático y pasivo.

Es oportuno recordar que en [Google France](#), el TJUE consideró que “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». Se trata de un criterio a mi juicio inadecuado, por cuanto el considerando 42 de la Directiva (a pesar de su equívoca redacción) no se refiere al conjunto de las exenciones de la Directiva sino tan sólo a la exención por la actividad de transmisión de datos, como acertadamente puso de manifiesto el Abogado General en las [conclusiones](#) del caso L’Oreal v eBay. Con el criterio del TJUE, por lo menos tal como lo interpretó el tribunal de apelación de París, lo relevante no es que el prestador haya efectuado un control de los contenidos, o haya tenido conocimiento de los mismos, sino simplemente el hecho de que la naturaleza de su actividad sea tal que le *permita* tener tal control o conocimiento.

En su [sentencia](#) de 12 de julio de 2011, en el caso L’Oréal v eBay, el TJUE sostiene que “el mero hecho de que el operador de un mercado electrónico almacene en su servidor ofertas de venta, determine las condiciones de su servicio, sea remunerado por el mismo y dé información general a sus clientes no puede implicar que se le excluya de las exenciones de responsabilidad previstas por la Directiva 2000/31” (núm. 115), pero “[c]uando, por el contrario, este operador presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas, cabe considerar que no ha ocupado una posición neutra entre el cliente vendedor correspondiente y los potenciales compradores, sino que ha desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas. De este modo y por lo que se refiere a esos datos, tal operador no puede acogerse a la excepción en materia de responsabilidad prevista por el artículo 14 de la Directiva 2000/31” (núm. 116).

Todo ello parece llevar a excluir del ámbito de la exención lo que algunas sentencias han denominado “hosting activo”, para indicar que no se trata de un mero alojamiento técnico y pasivo. Este criterio ha servido por ejemplo para que en Italia se condene a Yahoo video (sentencia del Tribunal de Milán de 19 de mayo de 2011) a raíz de una demanda presentada por Reti Televisive Italiane s.p.a., sociedad perteneciente al grupo Mediaset. Un caso muy parecido al de Telecinco (también del grupo Mediaset) frente a YouTube, que en primera instancia se resolvió a favor de YouTube, considerando de aplicación el artículo 16 LSSICE (cfr. Sentencia 289/2010, del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, de 20 de septiembre de 2010).

Si esta es la tendencia que finalmente se consolida se verá severamente reducida la utilidad de las reglas de exclusión de responsabilidad para dar respuesta a los conflictos que se generan en el marco de los nuevos servicios digitales.