

informática **Y** **DERECHO**

2^A
Época

ISSN: 2530-4496



Revista Iberoamericana de Derecho Informático
(Segunda Época - Primer Semestre 2018 - Número 4)



informática **Y** **DERECHO** 2^A Época

Revista Iberoamericana de Derecho Informático
(Segunda Época - Primer Semestre 2018 - Número 4)



DIRECTOR ACADÉMICO

PROF. DR. FEDERICO BUENO DE MATA

DIRECTOR ADJUNTO

PROF. MAG. CARLOS REUSSER MONSÁLVEZ

EDITORA GENERAL

PROF. MÁSTER. BIBIANA LUZ CLARA

CONSEJO ASESOR

PROF. MÁSTER. AUGUSTO HO SÁNCHEZ

PROF. HORACIO FERNÁNDEZ DELPECH

PROF. DR. JULIO TÉLLEZ VALDÉZ

PROF. DRA. MARILIANA RICO CARRILLO

PROF. DRA. MYRNA ELIA GARCÍA BARRERA

PROF. DR. VALENTÍN CARRASCOSA LÓPEZ

REPRESENTANTE LEGAL

PROF. AUGUSTO HO SÁNCHEZ

Presidente de la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática

COORDINADORES

MAG. ERIKA YAMEL MUNIVE CORTÉS

LIC. ERNESTO IBARRA SÁNCHEZ

LIC. HUMBERTO MARTÍN RUANI

PROF. DRA. JACQUELINE GUERRERO CARRERA

PROF. DRA. NAYIBE CHACÓN GÓMEZ

PROF. MÁSTER. YOSSELIN VOS CASTRO

COMITÉ EDITORIAL

PROF. DR. FELIPE MIGUEL CARRASCO FERNÁNDEZ

*Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla.
Doctor en Estudios Legales por la Atlantic International University. México.*

PROF. DR. FERNANDO CARBAJO CASCÓN

Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. España.

PROF. DR. HORACIO ROBERTO GRANERO

Profesor Titular de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Argentina.

PROF. DR. JOSÉ HERIBERTO GARCÍA PEÑA

Profesor e Investigador del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. México.

PROF. DRA. LAURA NAHABETIÁN BRUNET

Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Católica del Uruguay. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República. Uruguay.

PROF. DR. LORENZO COTINO HUESO

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universitat de València. Doctor en Derecho por la Universitat de València. España.

PROF. DR. LORENZO MATEO BUJOSA VADELL

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca. Doctor en Derecho por la Universidad d Salamanca. España.

PROF. DRA. MÓNICA LASTIRI SANTIAGO

Profesora de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III. España.

PROF. DR. NELSON REMOLINA ANGARITA

Profesor de Derecho Comercial de la Universidad de los Andes. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Javeriana. Colombia.

PROF. DR. RUPERTO PINOCHET OLAVE

Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Talca. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Chile.

PROF. DRA. TERESA RODRÍGUEZ DE HERAS BALLEL

Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. España.

DRA. VILMA SÁNCHEZ DEL CASTILLO

Letrada de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Costa Rica.

INFORMÁTICA Y DERECHO
REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO INFORMÁTICO (SEGUNDA ÉPOCA)
PRIMER SEMESTRE 2018 - NÚMERO 4

PRESENTACIÓN	9
PRÓLOGO	11
PATRICIA LLOPIS NADAL	
Intermediarios, proveedores de contenidos y anonimato en la Red: cómo identificar a los prestadores de servicios que infringen derechos de propiedad intelectual en Internet	13
ROBERTO GABRIEL NIETO RÍOS	
El régimen de responsabilidad civil de los intermediarios en internet por infracciones a los derechos de propiedad intelectual: un breve estudio comparativo entre el derecho continental europeo, la legislación española y la legislación panameña.	37
ANTONIO ALONSO BARTOL BUSTOS	
Evolución de la jurisprudencia sobre la responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de la información como facilitadores de infracciones directas	71
RODRIGO CORTÉS BORRERO y MARÍA CAMILA BUITRAGO VERA	
El estado actual de la protección al consumidor electrónico en Colombia: una realidad digital y jurídica	57
LAINIVER MENDOZA MUNAR	
El derecho a la intimidad y las redes sociales	73

PRESENTACIÓN

Con el cuarto número de la revista *Informática y Derecho* segunda época se cierra un ciclo importante en mi trayectoria como Vicepresidente de Investigación e Innovación de la FIADI durante el periodo 2015-2018.

Reflotar una publicación con periodicidad semestral no es una tarea fácil pero ha sido posible gracias a un incasable trabajo para con esta Federación, pues siempre creí que la FIADI debe ser el motor generador del desarrollo y la investigación en Iberoamérica en el terreno del derecho y la informática. He tenido la suerte de contar con un gran equipo dentro de mi Vicepresidencia, personas que supieron mirar por el bien común y a los que considero grandes trabajadores y buenos amigos, pues sin la ayuda del director adjunto Carlos Reusser, así como de la secretaria académica de la revista Bibiana Luz Clara, nada de esto hubiese sido posible.

Continuar la labor empezada hace décadas por el Dr. Valentín Carrascosa López no era una tarea inicialmente sencilla, al tiempo que llevaba aparejada una gran responsabilidad dado el impacto y la relevancia que alcanzó en su día la primera época de la revista y la gran cantidad de autores de una gran relevancia académica que escribieron para ella. Sin duda, multitud de artículos y tesis doctorales se han ido realizando gracias al fondo bibliográfico que ha supuesto, y aún supone, los 34 volúmenes que se editaron desde 1992 a 2002.

Desde finales de 2015 hasta la actualidad hemos logrado refrescar la revista con temas nuevos, autores de mi primera línea y vincular la edición de la misma de manera directa a la FIADI...estamos por tanto ante el mayor de los legados que el Dr. Carrascosa López ha podido dejar a la Federación y no me puede hacer sentir más orgulloso haber sido el primer director de esta segunda época.

Leen bien, el primero de los siguientes directores que tendrá la revista; pues así debe de ser siguiendo la estela de aquella revolución democrática que vivió nuestra Federación en la ciudad de Medellín en 2015 y por la que, a través de un proceso inclusivo, renovamos la Directiva en su totalidad. Esa renovación debe seguir su curso y hacer que otras personas, a través de un trabajo colaborativo común, importen e imposten su impronta en esta revista con la ayuda de todos los que conformamos esta comunidad.

Nos encontramos en un escenario en el que la revista ha logrado resurgir cumpliendo una serie de exigencias académicas de primer nivel, creando una nueva página web, actualizando nuestras normas editoriales y tejiendo una red de pares académicos a través de un formidable consejo editorial. Así, con cuatro números publicados el siguiente paso es optar por rankear e indexar la revista al tiempo que se deberán informatizar los procedimientos de revisión de artículos. Una segunda etapa de, valga la redundancia, esta segunda época, en la que por supuesto seguiré ayudando muy de cerca pero desde otra posición y con el fin último de ayudar a la FIADI a seguir creciendo en el plano de la investigación científica en el terreno del derecho y la informática.

Con estas palabras, las cuales no pido que tomen como una despedida, les presento el número 4 de la revista sobre Comercio Electrónico e Intermediarios en Internet. Un tema de plena actualidad en el que hemos apostado por una serie de artículos que apuestan por temas de plena vanguardia científica y que espero resulten de su interés.

Mis mejores deseos a la nueva persona que ocupe la Vicepresidencia de Investigación en el periodo 2018-2021, y por tanto, la dirección de la Revista, así como al equipo que conforme para dirigir y seguir mejorando la revista *Informática y Derecho*: 2ª época, la revista de la FIADI.

Dr. D. Federico Bueno de Mata
Vicepresidente de Investigación e Innovación de la FIADI

Informática y Derecho
Revista Iberoamericana de Derecho Informático
(segunda época)

Domicilio Electrónico en España
revista@fiadi.org

Domicilio Postal en Chile
Huérfanos 979, oficina 609
8320182 Santiago de Chile

Edita:

Ratio Legis
Paseo de Francisco Tomás y Valiente, n.º 14, local 3
Tel.: (34) 923 227 037
37007 Salamanca
www.ratiolegis.net



RATIO LEGIS

ISSN:
2530-4496

Informática y Derecho, Revista Iberoamericana de Derecho Informático, es publicada en los meses de noviembre y mayo de cada año en formatos electrónicos (pdf, epub y mobi) que están disponibles para descarga en la página web:
<http://www.informaticayderecho.org/>

Una guía para la presentación de manuscritos está disponible en el enlace:
<http://www.informaticayderecho.org/manuscritos/>

Algunos derechos reservados. Publicada bajo los términos de la licencia:
Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada.

PRÓLOGO
REVISTA FIADI SEGUNDA ÉPOCA. Nº4

A la vista tiene el lector el volumen 4 de la revista Informática y Derecho, publicación semestral de la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática en su segunda época.

Han sido cuatro volúmenes a cargo de connotados articulistas, quienes con su aporte doctrinal nutren esta publicación que marca un hito no solo para la FIADI sino para comunidad jurídica iberoamericana ávida de investigaciones frescas y actualizadas.

Este volumen cuenta con una compilación de trabajos que giran en torno al Comercio Electrónico, tema que apasiona y que más que allanarse, día a día retoma fuerza en nuestras legislaciones y doctrina, sobre todo en el afán de adecuar dichas legislaciones a la realidad comercial y empresarial de la sociedad actual. Hoy menos que nunca podemos desconocer el carácter transfronterizo de la moderna práctica comercial. Alguna vez escuchamos a un orador denominar a ésta rama de estudio como el Derecho Electrónico Transcontinental. En efecto, el carácter transfronterizo de los actos de comercio llevados a cabo por medios digitales, nos obliga a proyectarnos más allá de la forzada aplicación de normas estrictamente territoriales. El uso de la red internet, de naturaleza aterritorial, implica una serie de desafíos para el campo del derecho. Un fenómeno que no se rige por horarios ni por límites geográficos, despierta una serie de situaciones curiosas por decir lo menos, como complejas en otros casos.

Cuáles son las materias susceptibles de ser tratadas electrónicamente? ¿Qué sujetos serían considerados como intervinientes de los servicios de la sociedad de la información? ¿Sobre qué sujetos recaerían las prerrogativas sentadas en una ordenación que regule al Comercio electrónico? ¿Cuáles serán los deberes y responsabilidades de los prestadores de servicios de la sociedad de la información? En los diferente trabajos aquí contenidos, los autores responden directa o indirectamente a estas preguntas y además traen a colación otras inquietudes, tales como el análisis de los cambios al derecho preexistente de obligaciones y contratos que deben aplicarse a la dinámica mercantil desplegada por medios electrónicos; la estandarización e inserción de los elementos objetivos y subjetivos que completarán el detalle técnico propio del Derecho del comercio electrónico.

Es notable la presencia y trascendencia de las plataformas digitales que hoy día permiten y coadyuvan a materializar un negocio. La facilidad con que cerramos tratos comerciales en la palma de la mano, no es otra cosa que el resultado de una nueva forma de hacer negocios; cuando pensamos que el comercio electrónico se limitaba al negocio entre ausentes, las plataformas digitales tan fáciles de operar nos permiten adquirir bienes y servicios con solo disponer o acceder a alguna de ellas. Ahora bien, una vez más las consecuencias jurídicas del uso de tecnologías en la sociedad moderna lanzan un nuevo desafío. Se encuentra en extinción el modelo tradicional de hacer actos de comercio? Sin duda. Cómo solucionamos ello? Es otro de los grandes desafíos. Estamos acaso poniendo a los clásicos operadores de comercio a borde del abismo? quizás. Lo cierto es que las plataformas digitales están aquí y por lo visto llegaron para quedarse.

Poco a poco las circunstancias nos obligan a considerar la reforma y actualización de nuestras codificaciones locales en materia de comercio electrónico. Vacíos legales e incongruencias frente a una legislación tradicional y arcaica seguramente se subsanarán. Siendo el derecho mercantil sumamente consuetudinario, la doctrina no deja de jugar un papel preponderante a la hora de llevar adelante esas actualizaciones.

Creo que la publicación es propicia para cerrar con esta cuarta entrega la misión de la actual Junta Directiva de la FIADI. Han sido tres años de trabajo en pro de la federación y de la comunidad jurídica en general, quienes nos regalan el privilegio de consultar estas publicaciones. Tres años comprometidos a seguir trabajando desde la academia en pro del desarrollo de esta especialidad del derecho que cada día gana más adeptos; quedan a un lado los comentarios de aquellos que desconociendo el crecimiento exponencial de esta especialidad, osaron un día descalificarla o demeritarla. El tiempo y las circunstancias de la sociedad actual conspiraron en darnos la razón a quienes ya algunos años atrás vimos con luces largas el nacimiento y proyección de un sin número de temas fascinantes, todos ellos desprendidos de la relación entre tecnología y derecho.

Agosto, 2018

Augusto Ho
Presidente de la FIADI

REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO INFORMÁTICO (SEGUNDA ÉPOCA).
FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE ASOCIACIONES DE DERECHO E INFORMÁTICA.
ISSN 2530-4496 – AÑO 1, N° 4, 2018, PÁGS. 13-36

INTERMEDIARIOS, PROVEEDORES DE CONTENIDOS Y ANONIMATO
EN LA RED: CÓMO IDENTIFICAR A LOS PRESTADORES DE SERVI-
CIOS QUE INFRINGEN DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN
INTERNET.

INTERMEDIARIES, CONTENT PROVIDERS AND ANONYMITY ON THE
NET: HOW TO IDENTIFY THE SERVICE PROVIDERS THAT INFRINGE
COPYRIGHTS ON THE INTERNET.

Patricia Llopis Nadal¹

¹ Abogada en Derecho por la Universitat de València. Master en Estudios Internacionales y de la Unión Europea por la Universitat de València. Doctora en Derecho Procesal por la Universitat de València. Premio Antonio Licenciada Delgado sobre derechos de autor y derechos conexos.

RESUMEN

El anonimato con el que es posible actuar en Internet puede representar un obstáculo para el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto se desconoce la identidad del sujeto contra quien presentar la demanda. Consciente de esto, el legislador español ha introducido en el art. 256.1 de la LEC una diligencia preliminar dirigida a obtener la identidad del prestador de servicios –intermediario o proveedor de contenidos- que está infringiendo derechos de propiedad industrial o intelectual en la Red. El presente trabajo tiene por objeto el examen de este instrumento pre-procesal, estableciendo los aspectos principales de su régimen jurídico cuando se pretende la protección de los derechos de propiedad intelectual que han sido infringidos en Internet.

PALABRAS CLAVE

Prestadores de servicios de la sociedad de la información, intermediarios, proveedores de contenidos, diligencia preliminar, propiedad intelectual.

ABSTRACT

The anonymity with which it is possible to conduct activities on the Internet can represent an obstacle to the right to an effective legal protection, inasmuch as the identity of the person against whom file the lawsuit is unknown. Being aware of that, the legislator has introduced in the art. 256.1 of the Spanish Civil Procedure Act a preliminary proceeding aimed at discovering the identity of the information society service provider –intermediary or content provider- that is infringing intellectual property rights on the Net. This paper aims to examine the pre-trial proceeding by setting the main characteristics of its legal regime when the protection of copyrights infringed on the Internet is requested.

KEY WORDS

Information society service providers, intermediaries, content providers, preliminary proceeding, copyright.

I.- INTRODUCCIÓN

El anonimato en Internet constituye uno de los principales problemas a los que se enfrentan quienes pretenden la tutela en vía civil de los derechos que son infringidos en este medio. Así, a diferencia de lo que sucede en el proceso penal –donde la fase de instrucción se realiza, entre otros, con el propósito de conocer al presunto autor del delito-, en el proceso civil deviene necesario, en el momento en que se presenta la demanda, concretar la identidad del infractor contra el que se dirige la misma¹.

Con el propósito de hacer posible la tutela judicial efectiva, la Ley 21/2014² introdujo en nuestro ordenamiento una diligencia preliminar dirigida a conocer la identidad del prestador de servicios que,

¹ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Antonio. «El nuevo régimen de diligencias preliminares en propiedad intelectual frente a las defraudaciones en el entorno digital», en Juan Pablo APARICIO VAQUERO (coord.), ET AL., *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual: últimas reformas y materiales pendientes*, editorial Dykinson, Madrid, 2016, pág. 122 y nota de pág. 2; LEDESMA IBÁÑEZ, Jorge. *Piratería digital en la propiedad intelectual: análisis jurídico de la piratería digital en el ámbito español e internacional*, editorial Bosch, Barcelona, 2011, pág. 103.

² Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *B.O.E.*, núm. 268, de 5 de noviembre de 2014.

presuntamente, está realizando actividades ilícitas en Internet. De este modo, si bien limitado a la infracción de los derechos de propiedad industrial y a la infracción de los derechos de propiedad intelectual, el art. 256.1.10.º de la LEC³ permite al demandante sortear el obstáculo del anonimato en Internet, en cuanto le facilita la obtención, en fase pre-procesal, de los datos necesarios para identificar al prestador de servicios que va a ser demandado.

Para la solicitud de esta diligencia será suficiente con que haya indicios razonables de que el prestador está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta contenidos, obras o prestaciones protegidas sin respetar los requisitos exigidos por las normas que regulan los derechos de propiedad industrial o los derechos de propiedad intelectual. La concesión de estas diligencias preliminares será posible siempre que el prestador tenga un nivel apreciable de audiencia en España o un volumen, también apreciable, de contenidos puestos a disposición o difundidos sin autorización.

Así, a través de la diligencia preliminar podrán obtenerse los datos necesarios para identificar al prestador de servicios de la sociedad de la información que está cometiendo las infracciones; de acuerdo con el art. 13 de la LSSI⁴ –y el Anexo de la misma norma-, esto incluye tanto a los intermediarios como a los proveedores de contenidos. Los *intermediarios* son aquellos prestadores de servicios cuya función consiste en facilitar la prestación o la utilización de otros servicios de la sociedad de la información o en proporcionar acceso a la información –es decir, quienes desarrollan, en Internet, actividades de intermediación-; esta categoría, a su vez, se compone de cuatro grupos de prestadores intermediarios cuya regulación se prevé en los arts. 14 a 17 de la LSSI⁵. Por su parte, los *proveedores de contenidos* son aquellos prestadores que no ofrecen servicios de intermediación, sino que su actividad consiste en difundir información –mediante contenidos de cualquier tipo- haciendo uso de los servicios que son ofrecidos por los intermediarios⁶.

A efectos de obtener los datos que nos permitan identificar al intermediario o al proveedor de contenidos infractor, el sujeto pasivo de la diligencia preliminar será otro prestador de servicios de la sociedad de la información, un prestador de servicios de pagos electrónicos o un prestador de servicios de publicidad –de modo que, según las circunstancias del caso concreto, los intermediarios pueden ser el sujeto a identificar o el sujeto a quien se le solicita la información-. Estos agentes, que desarrollan sus actividades en Internet, únicamente podrán colaborar si han mantenido relaciones en los últimos doce meses con el prestador de servicios cuya identidad se pretende descubrir. Ahora bien, para que proporcionen la información solicitada, la propia Ley exige que esta pueda extraerse de los datos de que dispongan como resultado de su relación con el prestador, pero quedan excluidos aquellos datos que solo estuvieran siendo tratados por el proveedor de servicios de Internet en cumplimiento de la Ley 25/2007⁷.

Expuesto el tenor literal del art. 256.1.10.º de la LEC, procede analizar con detalle el régimen

³ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *B.O.E.*, núm. 7, de 8 de enero de 2000.

⁴ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, *B.O.E.*, núm. 166, de 12 de julio de 2002.

⁵ Se trata de los operadores de redes y los proveedores de acceso, los que realizan copia temporal de los datos que son transmitidos, los que ofrecen servicios de alojamiento o de almacenamiento de datos y los que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

⁶ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. *Derecho privado de Internet*, editorial Thomson Reuters Civitas - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 5ª edición, 2015, punto 129, págs. 143 y 144; CAVANILLAS MÚGICA habla de “la existencia de una marcadísima frontera en la LSSICE que separa la responsabilidad de los proveedores intermediarios de la de los proveedores «finales», como son los que facilitan información” [CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, GARAU SOBRINO, Federico, GRIMALT SERVERA, Pedro, ET AL. *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, editorial Comares, Granada, 2007, pág. [1]].

⁷ Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, *B.O.E.*, núm. 151, de 19 de octubre de 2007.

jurídico de esta diligencia preliminar dirigida a obtener la identidad del prestador de servicios que está realizando actividades ilícitas en Internet –sea intermediario o sea proveedor de contenidos-. Para ello, acotando nuestro estudio a los supuestos en que son infringidos, de manera directa o indirecta, derechos de propiedad intelectual en Internet, en primer lugar, se expone quiénes tienen legitimación activa para solicitar la intervención de los tribunales en fase pre-procesal; en segundo lugar, se concretan los distintos agentes de Internet que pueden ser sujetos pasivos de esta diligencia; en tercer lugar, se especifica qué intermediarios y qué proveedores de contenidos son susceptibles de ser identificados mediante este instrumento procesal; y, en cuarto lugar, se ofrecen soluciones frente a una posible negativa a la práctica de esta diligencia preliminar.

II.- LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA SOLICITAR LA DILIGENCIA PRELIMINAR DEL ART. 256.1.10.º DE LA LEC.

Cuando la diligencia preliminar regulada en el art. 256.1.10.º de la LEC es utilizada en materia de propiedad intelectual, los sujetos que pueden pedir información sobre el prestador de servicios coinciden con quienes tienen reconocida legitimación activa para ejercer las acciones previstas en los arts. 138 y ss. de la LPI⁸. A este propósito, la LEC atribuye legitimación para instar la referida diligencia preliminar a “quien pretenda ejercitar una acción por infracción de [...] un derecho de propiedad intelectual”.

Por tanto, no solo podrá solicitar esta diligencia el titular de los derechos de propiedad intelectual que están siendo infringidos –sean derechos de autor o derechos afines o conexos-, sino también el cesionario de los mismos –en el caso de que sean beneficiarios de una cesión en régimen de exclusividad, conforme al art. 48.I de la LPI- y las entidades de gestión –al margen de que en el litigio principal actúen en defensa de intereses colectivos o de intereses particulares de uno o varios representados, de acuerdo con el art. 150 de la LPI-.

No obstante, la solicitud de diligencias preliminares no puede realizarse en abstracto, sino que será necesario justificar ante el órgano jurisdiccional la intención de interponer una demanda, por la infracción de un derecho propiedad intelectual, contra quien sea designado como responsable a partir de la información obtenida. En este sentido, el art. 258.1 de la LEC exige, al tribunal que ha de decidir sobre la práctica de la diligencia, la realización de un examen sobre su adecuación respecto de la finalidad que se persigue, así como sobre la concurrencia de justa causa e interés legítimo⁹; esto supone la obligación del solicitante de la diligencia preliminar de convencer al juez competente sobre los señalados extremos a fin de que su petición prospere¹⁰.

La *adecuación* de la diligencia para preparar el posterior proceso civil se justifica por el carácter instrumental de la misma en relación con el futuro proceso, por tanto, coincide con el propósito del solicitante de la diligencia de ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva, esto es, de interponer una demanda contra el prestador de servicios cuya identidad se obtenga mediante la diligencia preliminar. La *justa causa* para la petición de esta diligencia es la existencia de presuntas infracciones que afectan a derechos que el solicitante está legitimado para defender ante los tribunales civiles. Finalmente, el *interés legítimo* de la diligencia reside en la imposibilidad de obtener por sí mismo, recurriendo a otras vías, los datos de identificación del prestador de servicios –presunto infractor de los

⁸ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, *B.O.E.*, núm. 97, de 22 de abril de 1996.

⁹ MONTESINOS GARCÍA, Ana. «Las diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual tras la reforma operada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre», en *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, nº 50, 2015, pág. 64.

¹⁰ MARÍN CASTÁN, Francisco, (dir.), ET AL. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 1451 y 1452.

derechos de propiedad intelectual- contra quien va a dirigirse la demanda.

En consecuencia, aquel que esté legitimado activamente para ejercer las acciones de los arts. 138 y ss. de la LPI y para solicitar la diligencia preliminar del art. 256.1.10.º, no podrá realizar peticiones genéricas ni desproporcionadas dirigidas a identificar al presunto infractor, sino que deberá demostrar su intención de perseguir en vía civil estos ilícitos, así como el carácter imprescindible de la información para poder iniciar este proceso¹¹.

III.- EL SUJETO PASIVO DE LA DILIGENCIA PRELIMINAR DEL ART. 256.1.10.º DE LA LEC.

El propio art. 256.1.10.º de la LEC enumera, pero no limita, los sujetos que pueden proporcionar los datos necesarios para identificar al prestador de servicios que está, presuntamente, infringiendo derechos de propiedad intelectual. De este modo, mediante una regulación que recuerda a la prevista en el art. 158.ter de la LPI para la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual¹², la LEC señala tres agentes de Internet a quienes se les puede solicitar la información relativa al presunto infractor: los prestadores de servicios de la sociedad de la información, los prestadores de servicios de pagos electrónicos y los prestadores de servicios de publicidad –siempre a condición de que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de prestación de servicios con el prestador cuya identidad se pretende obtener-.

En este sentido, el art. 256.1.10.º.II de la LEC, al referirse al sujeto pasivo de la diligencia preliminar, utiliza los siguientes términos “La solicitud [...] *podrá* dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, de pagos electrónicos y de publicidad” (énfasis añadido). Como señala DÍAZ PITA tras destacar el recurso al verbo *poder*, en lugar de *deber*, “no necesariamente la petición de práctica de la diligencia preliminar ha de tener como destinatario alguno de los prestadores de servicios antes mencionados, pudiendo formularse frente a otros sujetos que no aparecen relacionados en el nº 10; por lo que, de ser así, resultaría que este número 10 no prevé un catálogo cerrado de sujetos legitimados pasivamente en la práctica de esta diligencia preliminar”¹³.

Si bien es cierta la interpretación realizada por la autora –y, en consecuencia, debemos mantener la posibilidad de solicitar la diligencia del art. 256.1.10.º frente a sujetos distintos de los expresamente referidos en la citada disposición-, no es menos cierto que, en la actualidad, resulta difícil imaginar la existencia de otros agentes diferentes a los prestadores mencionados, que sean capaces de proporcionar datos que permitan identificar al prestador de servicios presunto infractor de los derechos de propiedad intelectual, y que dispongan o conserven estos datos como consecuencia de la relación mantenida con el prestador.

En todo caso, el sujeto pasivo de la diligencia preliminar nunca coincidirá con el demandado del proceso civil para la tutela de los derechos de propiedad intelectual que se inicie a partir de la información obtenida; sin embargo, no cabe excluir que, de darse las circunstancias, se realice una acumulación de pretensiones mediante la cual se demande, adicionalmente, al sujeto pasivo de la

¹¹ GARCÍA SANZ, F. Javier y VENDRELL CERVANTES, Carles. «Doctrina judicial en torno a las diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual», en *Diario La Ley*, nº 8128, 17 de Julio de 2013, pág. 5 de la versión electrónica.

¹² De no retirarse de forma voluntaria los contenidos ilícitos tras haber sido dictada la resolución de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, el art. 158.ter.5 de la LPI establece que este órgano administrativo podrá requerir a los prestadores de servicios de intermediación, de pagos electrónicos y de publicidad que colaboren mediante la suspensión del servicio prestado al infractor.

¹³ DÍAZ PITA, María Paula. «Diligencias preliminares y propiedad intelectual tras la reforma operada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero», en Inmaculada VIVAS TESÓN (dir.), ET AL. *Cuestiones de actualidad en el ámbito de la propiedad intelectual*, editorial Dykinson, Madrid, 2015, pág. 210.

diligencia preliminar en virtud del art. 138.II o 138.IV de la LPI –es decir, junto al infractor directo cuya identificación nos ha facilitado-. Así, quien ha proporcionado los datos necesarios para preparar el proceso civil puede, en el marco del mismo, ser demandado bien como infractor indirecto de los derechos de propiedad intelectual –por inducir la conducta infractora, por cooperar con la misma o por tener interés económico directo y capacidad de control sobre esta-, o bien en calidad de intermediario –pidiéndole que cese en la prestación del servicio que está siendo utilizado por terceros para infringir derechos de propiedad intelectual-.

1.- LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN COMO SUJETOS PASIVOS DE LA DILIGENCIA PRELIMINAR DEL ART. 256.1.10.º DE LA LEC.

Conforme a lo establecido en el art. 256.1.10.º.II de la LEC, la petición de diligencia preliminar puede dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Recordando la clasificación de los prestadores en dos categorías que realiza el art. 13 de la LSSI junto al Anexo de la misma norma –intermediarios y proveedores de contenidos-, el sujeto pasivo de la diligencia preliminar será siempre un prestador que realice actividades de intermediación –es decir, los regulados en los arts. 14 a 17 de la LSSI-, quedando excluidos los proveedores de contenidos. El motivo de esto es que solo quienes prestan servicios de intermediación habrán mantenido –o mantienen- una relación contractual con el prestador presunto infractor.

No obstante lo indicado, de los cuatro tipos de intermediarios previstos en la LSSI, el prestador de servicios de alojamiento o de almacenamiento de datos constituirá, generalmente, aquel a quien se dirija la diligencia del art. 256.1.10.º de la LEC para que ofrezca información sobre el presunto infractor, puesto que el prestador cuya identidad se quiere obtener habrá celebrado un contrato de alojamiento o de almacenamiento de datos con este¹⁴ –y, por tanto, el intermediario dispondrá de la información que se solicita-. En consecuencia, dadas las características de las actividades que desempeñan, debemos descartar al resto de prestadores de servicios de intermediación –de acceso, de copia temporal y de enlaces o de instrumentos de búsqueda- como posibles sujetos pasivos de esta diligencia.

En todo caso, el legitimado para solicitar la diligencia preliminar frente a quien presta servicios de alojamiento o de almacenamiento de datos deberá conocer, con carácter previo, la identidad del prestador que será sujeto pasivo de su petición; no obstante, conseguir esta información, habitualmente, no es una tarea que plantee especiales dificultades. De este modo, la información relativa al servidor que hospeda una página web puede conseguirse, en principio, por cualquier usuario de Internet –ayudan a ello sitios que, a partir de la dirección URL de la página, ofrecen datos como quién es el prestador de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos de ese espacio de Internet¹⁵-.

Sin embargo, saber quién presta estos servicios al presunto infractor se complica –e incluso deviene imposible para los expertos- cuando se recurre a un proxy para ocultar la identidad del servidor –de modo que ninguna herramienta de Internet puede informar sobre la empresa que está ofreciendo el servicio de hospedaje¹⁶-. Lo anterior impide conocer al prestador que será el sujeto pasivo de la

¹⁴ “Es muy habitual que los titulares de sitios y páginas web carezcan de un servidor propio en el que alojar sus contenidos y recurran a terceros para que les presten ese servicio y otros conexos, mediante la celebración de un contrato de *web hosting* o alojamiento web” [PUERTO MENDOZA, Alejandro. *Introducción al derecho de Internet; régimen jurídico básico de los contenidos digitales*, editorial CEF, Madrid, 2015, pág. 139]. Es este contrato el que determina la existencia de una relación previa entre el prestador intermediario de servicios de alojamiento o almacenamiento y el prestador de servicios cuyos datos se solicitan mediante el ejercicio de la diligencia preliminar.

¹⁵ A título de ejemplo, la página web *WhoIsHostingThis.com*.

¹⁶ P. ej., la página web de enlaces *ThePirateBay* oculta su servidor haciendo uso del proxy CloudFlare.

diligencia preliminar, así como al prestador contra quien, de acuerdo con el art. 138.IV de la LPI, podremos ejercer la acción de cese.

2.- LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE PAGO ELECTRÓNICOS COMO SUJETOS PASIVOS DE LA DILIGENCIA PRELIMINAR DEL ART. 256.1.10.º DE LA LEC.

De acuerdo con lo establecido en el art. 256.1.10.º.II de la LEC, el prestador de servicios de pagos electrónicos también puede ser sujeto pasivo de la diligencia preliminar dirigida a identificar al prestador que, presuntamente, comete las infracciones. Nuestro ordenamiento jurídico no define a estos agentes de Internet en ninguna disposición, sin embargo, conforme a la definición que de los mismos realiza DE MIGUEL ASENSIO¹⁷, el prestador de pagos electrónicos al que se refiere la LEC es aquel que ha celebrado un contrato con el prestador a quien se pretende identificar para, en virtud del mismo, gestionar mediante un sistema de pagos y cobros electrónicos –generalmente en tiempo real- las contraprestaciones que recibe de los usuarios o abonados a su servicio.

La contratación de servicios que permitan el pago y el cobro electrónico es habitual cuando, para acceder a la página desde la que se ofrecen los contenidos ilícitos, es necesario tener la condición de abonado –previo pago de una suscripción y/o cuota-, o cuando, para obtener copias de las obras ilícitamente puestas a disposición, los usuarios deben pagar una cantidad de dinero –a fin de poder realizar la descarga-. En tales casos, el prestador de servicios de pago electrónico podrá facilitar los datos del prestador de servicios de la sociedad de la información con quien mantiene o ha mantenido una relación contractual.

Por su parte, es fácil conocer cuál es la plataforma que ofrece el servicio de pago electrónico –y que será sujeto pasivo de la diligencia preliminar-, puesto que su marca identificativa consta cuando el usuario o abonado pone en funcionamiento el sistema de pago electrónico. A este propósito, conviene recordar que los prestadores de servicios de pago electrónico se corresponden con lo que PUERTO MENDOZA denomina “pago a través de intermediario” o “pago derivado”, definiéndolos como “servicio que proporciona un prestador intermediario que custodia lo datos de las tarjetas bancarias del cliente de forma segura y permanente, de manera que no es necesario que los facilite en cada transacción, basta con ingresar la clave elegida por el cliente en la plataforma”, el mismo autor cita, a modo de ejemplo, plataformas como *Paypal* o *Iupay*¹⁸.

3.- LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE PUBLICIDAD COMO SUJETOS PASIVOS DE LA DILIGENCIA PRELIMINAR DEL ART. 256.1.10.º DE LA LEC.

La diligencia preliminar regulada en el art. 256.1.10.º de la LEC puede tener como sujeto pasivo al prestador de servicios de publicidad. Se trata de las empresas que explotan espacios publicitarios –en los que ofrecen sus productos o servicios terceros anunciantes-, previstos en las páginas o plataformas desde las que el prestador está, presuntamente, infringiendo los derechos de propiedad intelectual. PUERTO MENDOZA denomina a estos prestadores “proveedores de redes de publicidad” –si bien únicamente hace referencia a estos respecto de la denominada *publicidad comportamental*-, y los define

¹⁷ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. *Derecho privado de Internet, op. cit.*, punto 954, págs. 941-942. El autor se refiere a los *proveedores de pagos electrónicos* como sistemas de pago “con los que el consumidor abre una cuenta [...] creados específicamente para este entorno [Internet] que hacen posible el pago en tiempo real y en ocasiones con alcance global”, a lo que añade “algunos de estos sistemas se basan en la creación también de una cuenta para quienes comercializan productos o servicios a través de Internet, en la que se ingresan las cantidades que generan sus ventas por Internet abonadas mediante las principales formas de pago en el marco del sistema del proveedor del servicio de cobro”.

¹⁸ PUERTO MENDOZA, Alejandro. *Introducción al derecho de Internet; régimen jurídico básico de los contenidos digitales, op. cit.*, pág. 301.

como los intermediarios que ponen en contacto al propietario del sitio de Internet con los anunciantes que quieren mostrar su publicidad¹⁹.

Por ello, con carácter previo, estas redes o agencias de publicidad han celebrado un contrato con el prestador cuya identidad se pretende averiguar, pagándole una contraprestación económica a cambio de la cesión de este espacio de Internet²⁰. En tales supuestos, la empresa de publicidad podrá proporcionar los datos necesarios para identificar al prestador de servicios de la sociedad de la información; esto será posible ya que mantiene o ha mantenido una relación contractual con él a fin de poder utilizar los espacios publicitarios de su sitio de Internet.

Sin embargo, conocer la identidad de quien presta servicios de publicidad puede plantear dificultades o, en todo caso, no será tan sencillo como conocer la identidad de los otros dos prestadores expresamente previstos en el ordinal 10.º. Esta dificultad reside en el hecho de que, salvo excepciones, no es la marca distintiva de la empresa de publicidad la que está visible en el espacio publicitario ofrecido desde la página o plataforma del prestador, sino la del tercero anunciante que ha contratado con esta.

4.- LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO REQUISITO IMPRESCINDIBLE PARA SER SUJETO PASIVO DE LA DILIGENCIA PRELIMINAR.

El art. 256.1.10.º de la LEC añade, como exigencia común a los tres prestadores mencionados, que mantengan o hayan mantenidos en los últimos doce meses, relaciones de prestación de servicios con el prestador cuya identidad se pretende obtener; en los distintos supuestos, esta relación de prestación se articula mediante un contrato celebrado con quien, presuntamente, infringe los derechos de propiedad intelectual.

Lo anterior implica la irrelevancia de que la relación contractual entre ambas partes persista o se haya extinguido cuando se soliciten las diligencias preliminares ante el tribunal competente. Asimismo, también carece de importancia el tiempo que duró esa relación contractual entre los dos prestadores de servicios; lo único determinante es el hecho de que, en el margen máximo de un año previo a la solicitud de la diligencia preliminar, el prestador a quien se solicitan los datos haya celebrado un contrato con el presunto infractor y, por ello, esté en una situación que le permita proporcionar la información necesaria para identificarle.

En consecuencia, y atendiendo a la rapidez con la que se producen los cambios en Internet, nada impide que, en el momento de solicitar y/o de practicar la diligencia preliminar, el sujeto pasivo de la misma no mantenga relación contractual alguna con el prestador de servicios cuyos datos se solicitan; a pesar de lo indicado, en cuanto disponga de los mismos y estemos dentro del marco de los doce meses precedentes, podrá facilitarlos.

Ahora bien, a lo señalado debe añadirse que a los prestadores a quienes se dirige la diligencia no se les obliga a proporcionar toda la información interesada por el solicitante de la misma, sino, únicamente, aquella que pueda extraerse a partir de los datos que conserven como resultado de la relación mantenida con el prestador a quien se quiere identificar. En todo caso, cabe presuponer que esta información incluirá, respecto de aquellos con quienes han celebrado el contrato de prestación de servicios, como mínimo, su nombre y apellidos –de tratarse de personas físicas- o su denominación estatutaria –cuando sean personas jurídicas-; siendo estos datos necesarios –como exige el segundo párrafo del ordinal 10.º-, y también suficientes para identificar al prestador de servicios presunto

¹⁹ PUERTO MENDOZA, Alejandro. *Introducción al derecho de Internet; régimen jurídico básico de los contenidos digitales*, op. cit., págs. 353 y 354.

²⁰ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. *Derecho privado de Internet*, op. cit., puntos 84 y ss., págs. 103 y ss.

infractor²¹.

Lo indicado supone excluir la posibilidad de requerir a estos sujetos pasivos que, con base en la diligencia preliminar del art. 256.1.10.º de la LEC, proporcionen otros datos que puedan tener a su disposición, p. ej., los relativos al tráfico de la página web desde la que se cometen las infracciones o a los ingresos obtenidos por parte de los titulares de este sitio de Internet. No obstante, esta información podría obtenerse haciendo uso de otras diligencias preliminares reguladas en el art. 256.1 de la LEC, en particular, las previstas en los ordinales 7.º y 8.º, mediante una aplicación por analogía a los supuestos de infracción en el ámbito digital.

5.- EL ALCANCE DE LA EXCEPCIÓN QUE IMPIDE PROPORCIONAR LOS DATOS OBJETO DE TRATAMIENTO EN CUMPLIMIENTO DE LA LEY 25/2007.

El art. 256.1.10.º *in fine* excluye de la obligación de proporcionar la información solicitada “los datos que exclusivamente estuvieran siendo objeto de tratamiento por un proveedor de servicios de Internet en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 25/2007”; sin embargo, no está clara cuál es la intención del legislador con lo previsto en esta norma y la interpretación que realicemos de sus términos puede restringir significativamente el ámbito de aplicación de esta diligencia preliminar.

La Ley 25/2007 regula la conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas, el objetivo de esta norma es, fundamentalmente, imponer dos obligaciones a los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, de una parte, la conservación de los datos tratados en el marco de la prestación de su servicio y, de otra parte, la cesión de estos datos previa autorización judicial y con el propósito de investigar o enjuiciar delitos graves.

Por tanto, para evitar vaciar de contenido la diligencia preliminar del art. 256.1.10.º de la LEC, la excepción que permite al prestador de servicios eludir la obligación de facilitar la información solicitada no ha de extenderse a todos los datos que tiene la obligación de conservar de acuerdo con la Ley 25/2007 –puesto que estos incluirían, de forma inevitable, los necesarios para identificar al prestador que, presuntamente, está infringiendo los derechos de propiedad intelectual-, sino limitarse, con carácter exclusivo, a aquellos datos que hubieran sido tratados por el prestador para cederlos al órgano competente, mediante una autorización judicial donde se justifique que estos se necesitan en el marco de un proceso penal –en otras palabras, cuando existan indicios de la comisión de un delito grave y, en consecuencia, se requiera esta información para poder realizar su instrucción y enjuiciamiento-²².

IV.- EL PRESTADOR DE SERVICIOS CUYA IDENTIDAD SE SOLICITA SOBRE LA BASE DEL ART. 256.1.10.º DE LA LEC.

La finalidad de la diligencia preliminar del art. 256.1.10.º de la LEC es identificar al prestador de servicios de la sociedad de la información –intermediario o proveedor de contenidos-, presunto infractor de los derechos de propiedad intelectual. Para ello, como ha sido expuesto, permite al legitimado activo solicitar los datos necesarios a otros prestadores que mantengan o hayan mantenido

²¹ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Antonio. «El nuevo régimen de diligencias preliminares en propiedad intelectual frente a las defraudaciones en el entorno digital», *op. cit.*, págs. 143 y 144.

²² En este sentido lo entiende CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, quien mantiene “la referencia a la Ley 25/2007 no puede significar que a los sujetos y datos que se encuentran bajo su órbita no les alcanza la obligación establecida en el nuevo ordinal 10º [...]. Es probable que se quieran dejar a salvo aquellos supuestos en que los datos ya han sido cedidos en el contexto de una investigación criminal o estén siendo tratados en el momento preciso en que se recibe la orden” [«El nuevo régimen de diligencias preliminares en propiedad intelectual frente a las defraudaciones en el entorno digital», *op. cit.*, págs. 145 y 146].

relaciones con este en los últimos doce meses.

Sin embargo, la propia disposición añade una serie de requisitos adicionales que, necesariamente, habrán de concurrir en el presunto infractor –siendo el solicitante quien deberá probar su existencia ante el tribunal competente–, de lo contrario, no podrá obligarse al sujeto pasivo de la diligencia preliminar a proporcionar tales informaciones²³. En los apartados que componen este epígrafe se estudian los distintos requisitos que exige la LEC, así como los prestadores cuya identidad podrá obtenerse haciendo uso de la diligencia del ordinal 10.º.

1.- LA EXISTENCIA DE INDICIOS RAZONABLES DE QUE EL PRESTADOR PONE A DISPOSICIÓN O DIFUNDE DE FORMA DIRECTA O INDIRECTA MATERIALES PROTEGIDOS.

1.1.- La necesaria interpretación autónoma de la expresión indicios razonables en fase pre-procesal.

El art. 256.1.10.º de la LEC exige, como requisito para solicitar la diligencia preliminar, que haya *indicios razonables* de que el prestador está poniendo a disposición, o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos protegidos por la propiedad intelectual sin cumplir los requisitos exigidos por la ley. Esta prueba indiciaria de la existencia de infracción en fase pre-procesal debe ser objeto de interpretación autónoma.

En este sentido, ha de entenderse que el art. 256.1.10.º de la LEC no impone al solicitante de la diligencia preliminar la obligación de probar la efectiva infracción de los derechos de propiedad intelectual y el alcance de la misma, del modo en que habrá de demostrarlo en el proceso civil que finalmente se desarrolle a fin de obtener una sentencia estimatoria²⁴. Lo que requiere la ley procesal es que se demuestre, simplemente, la existencia de indicios razonables de dos aspectos: de una parte, indicios de que el prestador *está poniendo a disposición o difundiendo* contenidos protegidos; y, de otra parte, indicios de que el prestador realiza esta actividad *sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad intelectual* –lo que implica que el acto de explotación no haya sido autorizado por el titular de derechos, ni pueda ser incluido dentro de los límites de los arts. 31 a 40.bis de la LPI–.

Por tanto, para la concesión de la diligencia preliminar será suficiente con que se acredite, ante el tribunal competente, la concurrencia de dos circunstancias que justifican la necesidad de identificar al prestador para poder demandarle; en otras palabras es imprescindible que estos *indicios razonables* recaigan, en todo caso, sobre el acto de explotación y sobre el carácter ilícito del mismo²⁵.

²³ Los requisitos que se exponen a continuación han sido interpretados en el marco de la diligencia preliminar de distintas formas por la doctrina. A este propósito, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ considera que la *justa causa* que exige el art. 258 de la LEC “se bifurca en dos *presupuestos*”, y entiende que estos son la existencia de indicios razonables y el nivel de audiencia o el volumen de obras y prestaciones apreciable, de forma que demostrando ambos se acredita la *justa causa* necesaria para la concesión de la diligencia [«El nuevo régimen de diligencias preliminares en propiedad intelectual frente a las defraudaciones en el entorno digital”, *op. cit.*, págs. 142 y 143]. Por su parte, DÍAZ PITA interrelaciona los *indicios razonables* con el nivel apreciable de audiencia o el volumen apreciable de contenidos, de modo que “el propio texto del nº 10 viene a concretar qué habría de entenderse por *indicios razonables* cuando se refiere a que ha de tomarse en consideración, a efectos de estimar una posible infracción del derecho de propiedad intelectual, «la existencia de un *nivel apreciable de audiencia* en España de dicho prestador o un *volumen, asimismo apreciable*, de obras y prestaciones protegidas no autorizadas puestas a disposición o difundidas»” [«Diligencias preliminares y propiedad intelectual tras la reforma operada por la Ley 21/2014...», *op. cit.*, pág. 210].

²⁴ DÍAZ PITA mantiene que el término *indicios* “no obliga al solicitante de la diligencia a aportar ningún «principio de prueba» de la infracción” [«Diligencias preliminares y propiedad intelectual tras la reforma operada por la Ley 21/2014...», *op. cit.*, pág. 210].

²⁵ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ realiza una interpretación diferente del art. 256.1.10º de la LEC en cuanto señala “Lo importante aquí es que los indicios no recaen sobre la *infracción* en sí misma (lo que hubiera

En cuanto se exige únicamente una demostración de carácter indiciario, estas infracciones cometidas a través de un medio electrónico como Internet podrán demostrarse, en la solicitud de diligencias preliminares, mediante capturas de pantalla de la página web controvertida –en las que quede constancia de los actos de puesta a disposición-, junto a la alegación del titular de derechos de no haber ofrecido su consentimiento para la realización de esas actividades. Si bien para la diligencia preliminar y para obtener una sentencia favorable será necesario demostrar que se trata de actividades ilícitas –que no cumplen los requisitos de la LPI-, no cabe, en ningún caso, que los diferentes extremos sean probados en este momento pre-procesal con el mismo nivel de exigencia que se impondrá, durante el posterior proceso civil, a efectos de obtener un pronunciamiento favorable.

1.2.- La puesta a disposición y la difusión directa o indirecta de contenidos protegidos como actuaciones tipificadas.

No todas las actividades que realice el prestador de servicios presunto infractor permiten solicitar las diligencias preliminares del art. 256.1.10.º de la LEC, siendo únicamente posible su petición si el mismo realiza una de estas dos actuaciones: la puesta a disposición del público de contenidos protegidos o su difusión directa o indirecta.

La actividad consistente en la puesta a disposición se corresponde con la modalidad de comunicación pública definida en el art. 20.2.i) de la LPI, lo que, en el caso de los prestadores de servicios de la sociedad de la información –esto es, de agentes cuyas actividades se desarrollan en Internet-, implica hacer uso de procedimientos inalámbricos de forma que cualquier persona pueda acceder a los contenidos, obras o prestaciones desde el lugar y en el momento que elija. Esto sucederá cuando desde la página web administrada por el prestador cuya identidad se pretende conocer, son ofrecidos al público materiales protegidos por la propiedad intelectual.

Por su parte, la difusión de forma directa o indirecta no podemos incluirla, *a priori*, en ninguno de los cuatro actos de explotación regulados en los arts. 18 a 21 de la LPI –no se trata, por definición, de la reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de obras protegidas-. En particular, respecto de los actos afectados cuando los derechos de propiedad intelectual son infringidos a través de Internet, no es posible considerar la difusión directa o indirecta como una modalidad de reproducción –de acuerdo con el art. 18 de la LPI- ni como una modalidad de comunicación pública –conforme al art. 20 de esta norma-. En consecuencia, no existen motivos para considerar la difusión como una actividad ilícita –constitutiva de infracción de los derechos de propiedad intelectual-, que justifique la solicitud de los datos necesarios para averiguar la identidad del prestador.

Sin embargo, si *difundir* es sinónimo de *propagar* o *divulgar*²⁶, la difusión directa o indirecta de contenidos, obras o prestaciones puede realizarse, entre otros, a través de las siguientes actividades desarrolladas por prestadores de servicios de la sociedad de la información.

De una parte, mediante enlaces (*links*) que faciliten acceder a obras o prestaciones, ya que los mismos contribuyen a propagar o a divulgar los materiales protegidos por la propiedad intelectual, algo que deviene imprescindible en algunas modalidades de explotación ilícita, dada la dificultad de encontrar los archivos en la inmensidad del ciberespacio. Este sería el caso, p. ej., de los intercambios mediante redes *peer to peer* (P2P), cuya descarga a partir del resto de pares se articula mediante un enlace (presentado bajo la forma de *enlace magnético* o de *torrent*, según el programa) donde se contiene la información necesaria para embeber el archivo desde los dispositivos de los diferentes

exigido del tribunal una apreciación sobre la prosperabilidad de la acción a la que las diligencias están preordenadas) sino sobre el hecho en sí de la *puesta a disposición o difusión* de los contenidos, obras o prestaciones (lo que parametriza el enjuiciamiento a una cuestión de hecho)” [«El nuevo régimen de diligencias preliminares en propiedad intelectual frente a las defraudaciones en el entorno digital», *op.cit.*, pág. 142].

²⁶ Así lo define el diccionario de la Real Academia Española en su tercera acepción: “Propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres, modas, etc.”.

usuarios que, en ese momento, están conectados a la Red.

De otra parte, también cabe entender que difunden de manera directa o indirecta contenidos protegidos quienes facilitan la infraestructura desde la cual son terceras personas quienes infringen los derechos de propiedad intelectual. Este sería el caso, p. ej., de las webs que se presentan bajo un formato 2.0 (plataformas como redes sociales, foros...), caracterizadas por que la puesta a disposición de contenidos no la lleva a cabo el propio prestador de servicios titular de la página web, sino sus usuarios.

De este modo, a efectos de solicitar diligencias preliminares dirigidas a averiguar la identidad del prestador, permite que puedan incluirse en su definición dos prestadores de servicios que no tienen la condición de proveedores de contenidos: quienes facilitan enlaces –esto es, los intermediarios que facilitan enlaces o instrumentos de búsqueda, regulados en el art. 17 de la LSSI-, y quienes gestionan webs 2.0 desde las que se difunden materiales protegidos –en otras palabras, los intermediarios que prestan servicios de alojamiento y almacenamiento de datos, conforme al art. 16 de la LSSI-.

Sin embargo, en el caso de los enlaces es necesario tener en cuenta que, tras la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos *Svensson*²⁷, *GS Media*²⁸ y *Stichting Brein II*²⁹, a condición de que concurren determinados requisitos, la actividad consistente en enlazar también constituye un acto de puesta a disposición del público³⁰ –y, por este motivo, los prestadores que ofrecen enlaces pueden incluirse en la primera actividad tipificada en el art 256.1.10.º-. A pesar de ello, la decisión del legislador español de introducir la conducta consistente en difundir contenidos, obras o prestaciones, de forma directa o indirecta deviene relevante a efectos de mantener la facultad de solicitar información sobre el prestador que ofrece enlaces en todos los supuestos, incluso, frente a posibles modificaciones en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

Un ejemplo de lo señalado en el párrafo precedente lo representa la sentencia *GS Media*, con la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha delimitado los supuestos en que un enlazador realiza actuaciones que pueden calificarse como actos de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición, excluyendo aquellos supuestos en que el enlace es ofrecido sin ánimo de lucro y quien lo facilita no sabía o no debía saber que la obra a la que remite ha sido puesta a disposición del público en Internet sin haber obtenido el consentimiento de su titular³¹.

En los casos descritos, el solicitante de la diligencia únicamente deberá probar que el prestador proporciona los enlaces –y, con ello, difunde los materiales protegidos por la propiedad intelectual-, sin necesidad de demostrar en fase pre-procesal que esto constituye, respetando la interpretación del Tribunal de Luxemburgo, un acto de puesta a disposición del público –lo que sería necesario si el art. 256.1.10.º de la LEC únicamente hubiera previsto esta conducta-. A pesar de lo indicado, es difícil que las actuaciones de los prestadores de servicios de la sociedad de la información carezcan de ánimo de lucro –ya que, por propia definición de la LSSI, estos han de desarrollar una actividad económica-, en consecuencia, los enlaces a contenidos protegidos que proporcionan estos sujetos implican, en todo caso, realizar un acto de puesta a disposición.

A partir de lo expuesto, podemos concluir que la distinción que realiza el ordinal 10.º entre la puesta

²⁷ Sentencia *Svensson*, C-466/12, EU:C:2014:76.

²⁸ Sentencia *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:644.

²⁹ Sentencia *Stichting Brein II*, C-610/15, EU:C:2017:456.

³⁰ Para una exposición del tratamiento jurídico de los enlaces en materia de propiedad intelectual a partir de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *vid.*, LLOPIS NADAL, Patricia. *La protección de la Propiedad Intelectual vulnerada en Internet: determinación del órgano competente según el sistema español*, editorial Instituto de Derecho de Autor - Colección Premio Antonio Delgado, Madrid, 2018, págs. 13 y ss.

³¹ Sentencia *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:644, apartado 47.

a disposición y la difusión de forma directa o indirecta permite extender el ámbito de aplicación material de esta diligencia –y, con ello, los prestadores cuya identidad podremos averiguar-. La ampliación mencionada se produce en un doble sentido: respecto de la situación actual y respecto de la interpretación de los actos de comunicación pública que realicen los tribunales –en particular, los jueces del Tribunal de Justicia de la Unión Europea-, así como con vistas a la futura aparición de nuevas formas de infringir los derechos de propiedad intelectual o de nuevas formas de facilitar su infracción.

No obstante, la referencia expresa que realiza el subapartado 10.º limita a dos actividades la posibilidad de solicitar diligencias preliminares para identificar al prestador; con la peculiaridad de que la primera –la actividad de poner a disposición-, si se realiza sin la preceptiva autorización, constituirá, en todo caso, un acto ilícito; en cambio, la segunda –consistente en difundir materiales de forma directa o indirecta-, en ocasiones, e incluso llevándose a cabo sin el consentimiento del titular, puede no implicar la realización de actos de explotación por parte del prestador de servicios –esto sucederá, p. ej., si se trata de un intermediario que desarrolla funciones de alojador 2.0³², es decir, del titular de una web 2.0 desde la que son los propios usuarios quienes reproducen y ponen a disposición contenidos protegidos-. De darse la situación descrita para la segunda actividad, el prestador de servicios cuya identidad se ha obtenido mediante la diligencia podría, en todo caso, ser considerado responsable como infractor indirecto de los derechos de propiedad intelectual con base en el art. 138.II de la LPI –si bien esto se concretará mediante el oportuno pronunciamiento sobre el fondo del asunto-.

En cambio, quedan fuera del campo de aplicación de la diligencia preliminar regulada en el art. 256.1.10.º otros actos ilícitos que pueden cometer los prestadores de servicios en relación con las infracciones en línea; entre ellos, la reproducción de contenidos protegidos por la propiedad intelectual –si bien es difícil imaginar un supuesto en que el prestador realice desde su sitio de Internet solo reproducciones (subida de contenidos) sin acompañarlas de actos de puesta a disposición (dejarlos accesibles a los internautas)- y, especialmente, los ilícitos tipificados como infracción indirecta en el art. 138.II de la LPI, esto es, aquellos prestadores de servicios que, sin cometer las infracciones por sí mismos, son considerados responsables –puesto que inducen, cooperan o tienen interés económico directo y capacidad de control sobre la conducta infractora-; aun cuando estos prestadores podrían cumplir el resto de exigencias del art. 256.1.10.º –en concreto, los requisitos que se exponen en el siguiente apartado-.

Conforme a lo indicado, queda fuera del ámbito de aplicación de esta diligencia preliminar, p. ej., el prestador de servicios desde cuya página web es posible descargar el programa que permite el intercambio entre pares, ya que no realiza ninguna de las dos actividades del art. 256.1.10.º de la LEC: no pone a disposición del público materiales ni los difunde de forma directa o indirecta. Este agente puede, en todo caso, ser infractor indirecto de acuerdo con el art. 138.II de la LPI, sin embargo, su identificación parece que no podrá llevarse a cabo mediante las diligencias del ordinal 10.º en cuanto ni ponen a disposición, ni difunden de manera directa o indirecta contenidos protegidos.

2.- LA NECESIDAD DE UN NIVEL APRECIABLE DE AUDIENCIA EN ESPAÑA O DE UN VOLUMEN APRECIABLE DE CONTENIDOS OFRECIDOS SIN AUTORIZACIÓN.

Comprobada la existencia de indicios razonables de la puesta a disposición o de la difusión de materiales protegidos, para solicitar la diligencia preliminar que permita identificar al prestador, el

³² El término alojador 2.0 para designar al titular de estas páginas web fue acuñado por nuestros órganos jurisdiccionales en el asunto *Telecinco c. Youtube*, SJMerc. de Madrid (nº 7), nº 289/2010, de 20 de septiembre AC\2010\1462 (en primera instancia); SAP de Madrid (sección 28ª), nº 11/2014, de 14 de enero, JUR\2014\36900 (en apelación).

art. 256.1.10.º de la LEC impone un requisito adicional relativo a la magnitud de las actividades que desarrolla. En este sentido, la norma exige que el prestador tenga un nivel apreciable de audiencia en España, o un volumen apreciable de contenidos puestos a disposición o difundidos sin el preceptivo consentimiento del titular; es al solicitante de la diligencia preliminar a quien le corresponde demostrar al juez la concurrencia de alguno de estos aspectos.

Sobre la redacción de este requisito debemos destacar dos cosas. De una parte, que no han de darse de manera cumulativa ambas exigencias, sino que es suficiente con una de ellas, en consecuencia, la falta de cumplimiento de uno de los requisitos no condiciona la posibilidad de solicitar la información si el otro requisito concurre³³ –p. ej., puede que la página web tenga un elevado nivel de audiencia en España y, en cambio, se limite a ofrecer a los usuarios una única obra-.

De otra parte, es destacable la falta de precisión de los términos utilizados, tanto el adjetivo *apreciable*, que necesariamente ha de caracterizar el nivel de audiencia y el volumen de contenidos –dejando un amplio margen de apreciación al juez competente para decidir si procede o no la práctica de la diligencia³⁴-, como el verbo *considerando*, que implica que se debe prestar atención a estos aspectos –aunque no les imprime un carácter absolutamente imperativo-; en cualquier caso, debemos reiterar que, la interpretación que se haga de ambos términos, si bien exige que la solicitud se presente de forma motivada, no puede imponer durante la fase pre-procesal de petición de diligencias una carga probatoria excesiva sobre el solicitante.

2.1.- La necesidad de un nivel apreciable de audiencia en España como requisito para solicitar la diligencia preliminar.

El requisito relativo al nivel apreciable de audiencia del prestador en España puede justificarse de diversas formas. Aunque la LEC no establece nada al respecto, interpreta CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, que el requisito relativo a un nivel apreciable de audiencia en España ha de utilizarse “para el caso de que las diligencias se dirijan contra un sitio de Internet *foráneo*”³⁵; no obstante, no encontramos motivos para impedir el recurso al cumplimiento de esta exigencia cuando el prestador de servicios cuya identidad se pretende obtener tenga su establecimiento permanente en territorio español –así como, tratándose de Internet, nada excluye que el prestador establecido en España tenga un nivel de audiencia apreciable en otros Estados, aunque esto, de acuerdo con lo que establece la norma, no ha de ser considerado-.

Tratándose de una página web, su nivel de audiencia en nuestro país viene determinado por el tráfico que genere este sitio de Internet, es decir, por el número de visitas que recibe desde el territorio español; ahora bien, habitualmente, quien ostenta la legitimación activa no tiene acceso a estos datos, sino que ha de pedirlos a terceros –p. ej., al servidor que proporciona alojamiento a esa página web-, con lo que se dificulta la solicitud de la diligencia.

Otra forma de acreditar un nivel de audiencia apreciable en España es demostrar que el público a quien va potencialmente dirigido el sitio de Internet es español, para ello debe atenderse a aspectos como el idioma utilizado en la página, el dominio bajo el que se aloja o las características de los

³³ De nuevo, se trata de una redacción que recuerda a la del art. 158.ter.2.A) de la LPI, con la diferencia de que en el procedimiento para el restablecimiento de la legalidad ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, los dos requisitos –el nivel de audiencia en España y el número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas-, habían de concurrir de manera cumulativa para que pudiera iniciarse el procedimiento administrativo contra el prestador de servicios.

³⁴ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ defiende que ha de realizarse “una interpretación laxa y nada severa de esta exigencia” [«El nuevo régimen de diligencias preliminares en propiedad intelectual frente a las defraudaciones en el entorno digital», *op. cit.*, pág. 142].

³⁵ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Antonio. «El nuevo régimen de diligencias preliminares en propiedad intelectual frente a las defraudaciones en el entorno digital», *op. cit.*, pág. 142.

contenidos que ofrece –que estén en español o que sean de producción española-; sin embargo, nada excluye que, aun cuando no concurren estos elementos, se trate de un prestador que cuente con una audiencia relevante en España –p. ej., cuando se utilizan dominios de terceros Estados o se ponen a disposición del público contenidos en otros idiomas y de distinto origen-. En consecuencia, puede ser difícil para el solicitante de la diligencia preliminar justificar, de forma suficiente, la existencia de un nivel apreciable de audiencia en nuestro país.

2.2.- La existencia de un volumen apreciable de contenidos protegidos que estén siendo ofrecidos sin autorización.

A modo de alternativa al requisito que ha sido desarrollado en el apartado precedente, la LEC exige que haya un volumen apreciable de contenidos protegidos puestos a disposición o difundidos sin autorización como condición para pedir la diligencia preliminar regulada en su art. 256.1.10.º. En este caso, lo que debe demostrar el solicitante de la diligencia es que desde el sitio de Internet que administra el prestador se está ofreciendo un número considerable de materiales protegidos por la propiedad intelectual.

El uso del adjetivo *apreciable* permite rebajar la exigencia relativa a la cantidad, de modo que para pedir información sobre el prestador de servicios no será necesario que las actividades se realicen a gran escala –esto es, aquellas infracciones que se cometen desde páginas web, plataformas o programas en los que se ofrecen de manera indiscriminada contenidos protegidos por la propiedad intelectual o enlaces directos (profundos) a los mismos-. Sin embargo, tampoco podrá recurrirse al mismo cuando se trate de infracciones de menor magnitud, ni, por supuesto, si lo que se comunica o difunde es una única obra o prestación³⁶ –ahora bien, en este segundo grupo de actos ilícitos, siempre será posible intentar justificar la diligencia con base en el requisito anterior, esto es, su nivel de audiencia en España-³⁷.

A este propósito, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ considera que el requisito del volumen apreciable de obras y prestaciones protegidas habrá de aplicarse “si se trata de una web de corte *nacional*”; no obstante, en nuestra opinión no cabe descartar la posibilidad de pedir esta información a prestadores de servicios que tengan su establecimiento permanente en España, incluso, cuando el prestador cuyos datos se pretende averiguar no esté establecido en nuestro país –entre otros motivos, porque es posible que esto únicamente se conozca después de haber practicado la diligencia preliminar-; de ser el caso, el criterio del volumen de contenidos puede ser determinante –en particular, cuando no se disponga de los medios necesarios para demostrar que, efectivamente, tienen un nivel de audiencia apreciable en España-.

En cualquier caso, este segundo requisito deviene, *a priori*, más fácil de acreditar por el solicitante de la diligencia que el relativo al nivel de audiencia en España; no obstante, la dificultad de demostrar la existencia de un volumen apreciable de contenidos depende, en cierta medida, de la interpretación que se realice del mismo; a este propósito, es necesario destacar dos circunstancias.

La primera circunstancia implica que es suficiente con que se pongan a disposición o se difundan obras y/o prestaciones desde la página de Internet o plataforma gestionada por el prestador; ahora bien, a efectos de pedir la diligencia, no es necesario que el solicitante tenga legitimación activa para ejercer las acciones en defensa de todos y cada uno de los contenidos que justifican este *volumen apreciable* –en otras palabras, cabe que, junto a las obras o prestaciones que está legitimado para defender, se pongan a disposición o se difundan otros materiales cuya tutela en juicio habrá de ser solicitada por otra persona, siendo la concurrencia de todos estos contenidos la que permite acreditar el volumen apreciable-.

³⁶ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Antonio. «El nuevo régimen de diligencias preliminares en propiedad intelectual frente a las defraudaciones en el entorno digital», *op. cit.*, pág. 143.

³⁷ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Antonio. «El nuevo régimen de diligencias preliminares en propiedad intelectual frente a las defraudaciones en el entorno digital», *op. cit.*, pág. 142.

La segunda circunstancia es que el propio art. 256.1.10.º de la LEC exige que se trate de obras o prestaciones protegidas *no autorizadas*, sin embargo, imponer al solicitante que demuestre que el prestador carecía de consentimiento deviene excesivo en relación con el fin perseguido: la petición de una diligencia preliminar. Lo anterior ha de mantenerse respecto de los contenidos cuya legitimación activa corresponde al solicitante de la medida –puesto que la inexistencia de autorización habrá de probarse en el marco del proceso civil a efectos de obtener una sentencia estimatoria-, así como en relación con aquellas obras y prestaciones que han de ser defendidas en juicio por otras personas legitimadas –no pudiendo exigirse al solicitante que demuestre que estos contenidos están siendo ofrecidos sin la autorización del tercero que sea titular de los derechos de propiedad intelectual sobre los mismos-. En consecuencia, respecto del carácter no autorizado de la puesta a disposición o de la difusión de obras o prestaciones, ha de regir la idea de indicios razonables de la falta del preceptivo consentimiento, y no la necesidad de probar, a efectos de solicitar una diligencia preliminar, que no había sido autorizada la explotación de todos y cada uno de los contenidos que justifican el volumen apreciable.

3.- LOS PRESTADORES DE SERVICIOS CUYA IDENTIDAD PUEDE OBTENERSE A PARTIR DE LA DILIGENCIA PRELIMINAR DEL ART. 256.1.10.º.

La necesidad de que concurran los requisitos expuestos en los apartados anteriores restringe los prestadores de servicios de los que será posible solicitar información sobre la base del ordinal 10.º. De esta forma, podrá utilizarse la diligencia preliminar para determinar al prestador que actúa como proveedor de contenidos de una página web, así como al titular de un sitio de Internet que presta un servicio de intermediación consistente en ofrecer enlaces.

En el caso del proveedor de contenidos, la posibilidad de solicitar información que permita identificarle tiene su razón de ser en el hecho de que su actividad consiste en poner a disposición del público obras o prestaciones protegidas por la propiedad intelectual.

Por su parte, el intermediario que facilita enlaces puede que realice actos de puesta a disposición del público, algo que sucederá siempre que concurran los requisitos fijados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos *Svensson*, *GS Media* y *Stichting Brein II* –si el enlace incrementa el público inicialmente tomado en consideración por los titulares de derechos y si el enlazador actuó siendo conocedor de la ilicitud del contenido enlazado-. En caso contrario, es decir, si sus actividades no constituyen un acto de explotación, cabe entender que, en todo caso, difunde, mediante los hipervínculos que proporciona, contenidos protegidos por la propiedad intelectual; en este sentido, se tratará de una difusión directa cuando proporcione enlaces profundos –es decir, aquellos que conducen directamente a la obra-, e indirecta cuando facilite enlaces de superficie –esto es, los que conducen a la página web donde se encuentran las obras protegidas-. En consecuencia, sin necesidad de demostrar que sus enlaces constituyen actos de puesta a disposición, el enlazador desarrolla alguna de las actividades previstas en el subapartado 10.º.

Lo expuesto en los párrafos precedentes pone de manifiesto que se podrá solicitar la diligencia preliminar del art. 256.1.10.º de la LEC a fin de obtener los datos necesarios para identificar a cualquiera de estos prestadores, siempre que reúnan los otros requisitos exigidos por la mencionada disposición –los indicios razonables y el nivel de audiencia o volumen de contenidos apreciable-.

A los dos prestadores de servicios de la sociedad de la información cuya identidad puede obtenerse mediante la diligencia del art. 256.1.10.º de la LEC debemos añadir una tercera categoría: los intermediarios que prestan servicios de alojamiento bajo el formato de webs 2.0 desde las que son los usuarios, y no el propio titular de la página, quienes facilitan los contenidos protegidos o los enlaces que permiten su localización.

Como se ha indicado, en estos supuestos, el titular de la web no realiza, por sí mismo, ningún acto de explotación, sino que se limita a ofrecer un espacio desde el que los internautas pueden realizar actos

de comunicación pública. Por este motivo, el prestador no cumple con la primera actividad que regula la LEC, en cuanto no es quien “está poniendo a disposición” los contenidos o enlaces y, en consecuencia, debe descartarse que realice la primera conducta del ordinal 10.³⁸.

A pesar de lo indicado, puede mantenerse que, a través de su página, el alojador 2.0 difunde materiales protegidos por la propiedad intelectual, de forma directa –si se trata de contenidos- o de forma indirecta –cuando sean enlaces-, por ello, sobre la base de la segunda conducta, será posible utilizar esta diligencia preliminar con el objetivo de identificar al intermediario que presta servicios de alojamiento 2.0.

Identificar al prestador de servicios de la sociedad de la información que no provee por sí mismo los contenidos o los enlaces, pero sí facilita la página desde la que los usuarios realizan los actos de puesta a disposición, puede ser relevante por dos motivos. De una parte, por la posibilidad de atribuirle responsabilidad como infractor indirecto, conforme al art. 138.II de la LPI, o, en su defecto, ejercer contra él la acción de cese del art. 138.IV en su condición de intermediario. De otra parte, porque puede que sea necesario conocer quién administra esta página para convertirlo en sujeto pasivo de la diligencia preliminar del art. 256.1.11.º de la LEC, y, de ese modo, obtener los datos que permitan identificar al usuario que infringe los derechos de propiedad intelectual haciendo uso de su web 2.0.

No obstante, cuando el prestador de servicios queda sujeto al derecho de la Unión Europea –algo que sucederá si tiene su establecimiento permanente en el territorio de un Estado Miembro-, deberá respetar el art. 5.1 de la Directiva 2000/31 –una norma que ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico mediante el art. 10.1 de la LSSI-. Esta disposición exige al prestador permitir, tanto a los destinatarios de su servicio como a las autoridades, acceder de forma fácil, directa y permanente a determinada información –entre la que figura su nombre, dirección y un medio de contacto que incluirá su correo electrónico-.

Estos datos, en el caso de los prestadores cuya identidad podemos obtener recurriendo al subapartado 10.º, habrán de constar, *a priori*, en la misma página web o plataforma electrónica 2.0 que administran. En consecuencia, si la solicitud de la diligencia preliminar ha de realizarse únicamente cuando se justifique su adecuación para preparar el posterior proceso civil –esto es, como última vía-, el solicitante deberá acreditar que no fue posible identificar al prestador a partir de la información ofrecida por el mismo desde su sitio de Internet.

V.- SOLUCIONES FRENTE A LA NEGATIVA POR PARTE DEL PRESTADOR A FACILITAR LOS DATOS REQUERIDOS.

La práctica de la diligencia prevista específicamente para conocer la identidad del prestador de servicios que infringe derechos de propiedad intelectual queda sujeta al régimen jurídico propio del resto de diligencias preliminares –esto es, a lo regulado en los arts. 257 a 262 de la de la LEC-. Cuando el sujeto pasivo recibe la citación para la práctica de la diligencia puede reaccionar de tres

³⁸ Debemos destacar que la reciente jurisprudencia *Stichting Brein II* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea introduce una excepción a lo que ha sido afirmado. Así, conforme a lo mantenido por el Tribunal de Luxemburgo, los titulares de webs 2.0 –intermediarios de servicios de alojamiento- en las que son los usuarios quienes ofrecen enlaces a contenidos protegidos –limitándose el intermediario a indexarlos y a proporcionar motores de búsqueda para su localización- también realizan, por sí mismos, actos de puesta a disposición del público siempre que los enlaces amplíen el público inicialmente considerado por el titular de derechos y el intermediario sea conocedor de la ilicitud del contenido enlazado [Sentencia *Stichting Brein II*, C-610/15, EU:C:2017:456, apartados 36 y ss.]. En consecuencia, de darse las circunstancias señaladas por los jueces de Luxemburgo en la referida sentencia, aun cuando se trate de un intermediario que aloja una web de enlaces 2.0, se considerará que, por sí mismo, realiza actos de puesta a disposición y podrá incluirse su conducta en la primera actividad tipificada por el art. 256.1.10.º de la LEC.

modos: atender al requerimiento que le ha sido remitido por el órgano jurisdiccional, formular oposición a la práctica de la diligencia o no realizar conducta alguna, negándose, con ello, a llevar a cabo la diligencia preliminar. En caso de negativa, el art. 261 de la LEC prevé, para cada supuesto, cuál ha de ser la repercusión respecto del litigio principal; sin embargo, con la Ley 21/2014, el legislador no ha incluido referencia alguna a las consecuencias de que el prestador de requerido no acceda a facilitar los datos de quien está, presuntamente, infringiendo los derechos de propiedad intelectual a través de Internet.

La falta de respuesta por parte del sujeto pasivo en relación con la diligencia del ordinal 10.º nos lleva a considerar la posibilidad de aplicar alguna de las medidas del art. 261 de la LEC en caso de que el prestador no atienda al requerimiento ni formule oposición. De entre las distintas medidas que prevé el mencionado precepto, la del subapartado 5.º es la única que podría extenderse a nuestro supuesto de hecho.

El art. 261.5.º de la LEC establece dos consecuencias en caso de negativa. De una parte, en relación con la diligencia preliminar del ordinal 6.º, permite que el tribunal ordene las medidas de intervención que estime necesarias, incluso la entrada y registro, para encontrar los documentos y los datos precisos a fin de preparar el proceso civil. Si bien es cierto que la aplicación de esta diligencia se reduce a la defensa de intereses colectivos de consumidores y usuarios –un ámbito que dista de las infracciones en línea de los derechos de propiedad intelectual–, no es menos cierto que, lo que se pretende con la diligencia preliminar es averiguar la identidad del legitimado para participar en el proceso; por este motivo, no debemos descartar su utilización en caso de negativa del sujeto pasivo en el supuesto de hecho que es objeto de estudio.

De otra parte, respecto de las diligencias en materia de propiedad intelectual de los ordinales 7.º y 8.º también se prevé la posibilidad de adoptar cualquier medida de intervención; sin embargo, el art. 261.5.º *in fine* limita su campo de aplicación a la negativa del requerido a exhibir los documentos –sin incluir otras informaciones que se le podrían solicitar sobre la base de estas previsiones normativas–. Restringido de este modo su ámbito, deviene difícil extender la aplicación de estas medidas a la obtención de datos que permitan identificar al prestador de servicios de la sociedad de la información, puesto que entendemos que proporcionar esta información no consiste en la exhibición de documentos³⁹, sino en la contestación a las preguntas que se formulen mediante un interrogatorio⁴⁰.

En todo caso, no cabe descartar la interpretación contraria, de modo que comunicar la identidad del prestador de servicios sea una diligencia preliminar que pueda practicarse a partir de la presentación de documentos, en concreto, de aquellos que acrediten la relación contractual entre ambos prestadores de servicios de la sociedad de la información –el sujeto pasivo de la diligencia y el presunto infractor de los derechos de propiedad intelectual–. De ser así, frente a la negativa, el tribunal competente podrá autorizar la práctica de la entrada y registro para obtener estos datos realizando, para ello, una

³⁹ De acuerdo con la redacción de los subapartados 7.º y 8.º del art. 256.1 de la LEC, consideramos que la exhibición de documentos ha de entenderse como referida a aquellos registros en virtud de los cuales puedan conocerse datos como las cantidades producidas o los beneficios generados mediante las actuaciones ilícitas –las citadas disposiciones utilizan términos como “cantidades satisfechas”, “precio por las mercancías o servicios”, “documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros...”–.

⁴⁰ ARMENGOT VILAPLANA, Alicia. «Las nuevas diligencias preliminares y las normas sobre prueba en materia de propiedad intelectual e industrial», en *Diario La Ley*, nº 6819, 13 de noviembre de 2007, págs. 18 y 19 de la versión electrónica. A este propósito, explica la autora “Es importante observar que la adopción de estas medidas de intervención sólo se contempla por el art. 261.5.º para el supuesto de que el sujeto requerido *se niegue a la exhibición de documentos* [...]. De este modo, cuando el sujeto sólo sea requerido para ofrecer cierta información pero no para exhibir documentos, no contempla la LEC las medidas aplicables ante la negativa del requerido a contestar a las preguntas que se le formulen”.

aplicación por analogía del art. 261.5.º a la diligencia regulada en el art. 256.1.10.º –esta autorización judicial es imprescindible, pues se trata de una medida que afecta al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, previsto en el art. 18.2 de la CE⁴¹–.

Aun cuando no sea posible aplicar ninguna medida de intervención de las previstas en la LEC si el que se niega a la práctica de la diligencia preliminar del art. 256.1.10.º de la LEC es un prestador de servicios de la sociedad de la información, no debe olvidarse que, en cuanto ha de respetar la LSSI, tiene unas obligaciones adicionales a las del resto de sujetos pasivos –y un régimen propio de sanciones en caso de que no incumpla su deber de colaboración, regulado en los arts. 37 y ss. de esta Ley–.

En particular, el art. 8.2 de la LSSI hace referencia expresa a la cesión de los datos necesarios para identificar al prestador de servicios que está infringiendo derechos de propiedad intelectual –algo que puede solicitarse, entre otros órganos, por los tribunales civiles–; si bien su identificación se prevé a los solos efectos de instar la interrupción de la prestación del servicio o la retirada de los contenidos, esta obligación se corresponde, en parte, con la diligencia preliminar del subapartado 10º –por ello, en principio, debería ser mayor el apremio de la orden del Juzgado de la Mercantil sobre estos sujetos pasivos–.

Adicionalmente, no ha de olvidarse que los intermediarios quedan, en virtud de la LSSI, sujetos a un deber de colaboración. Así, conforme al art. 36.1.II de la citada norma, los prestadores de servicios de intermediación están obligados a permitir que agentes de, entre otros, los órganos jurisdiccionales accedan a sus instalaciones y consulten cualquier documentación que entiendan relevante. En cumplimiento de este deber de colaboración y previa autorización judicial –necesaria en defecto de autorización del titular del lugar donde se acceda a fin de efectuar la búsqueda de información–, a partir de las diligencias preliminares podrán obtenerse los datos necesarios para identificar a otros prestadores de servicios –expresamente previstos en el art. 8.2 de la LSSI– sobre la base del art. 256.1.10º de la LEC.

Por último, debe señalarse que una actitud contraria a esta obligación de colaborar constituye una “resistencia, excusa o negativa a la actuación inspectora de los órganos facultados”, por lo que será considerada infracción grave (art. 38.3.g) de la LSSI) y podrá ser castigada con multa de 30.001 hasta 150.000 euros (art. 39.1.b) de la LSSI). En consecuencia, por lo que respecta a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, la solución ante una posible negativa a la práctica de la diligencia preliminar no la encontramos en la norma procesal civil –esto es, la propia LEC–, sino en la ley que regula específicamente a estos operadores de Internet –es decir, la LSSI–.

VI.- CONCLUSIÓN

La diligencia preliminar regulada en el art. 256.1.10.º de la LEC permite averiguar la identidad de los intermediarios y de los proveedores de contenidos que, sin la preceptiva autorización de su titular, explotan en la Red contenidos, obras o prestaciones protegidos por derechos de propiedad industrial o de propiedad intelectual.

Si bien limitado con carácter exclusivo a las dos materias mencionadas, es innegable que este instrumento pre-procesal representa un notable avance para la protección de los derechos frente a las infracciones cometidas en Internet, en cuanto posibilita que los legitimados para su defensa sorteen el obstáculo del anonimato que caracteriza a este medio.

No obstante, la obtención de los datos necesarios para demandar al prestador de servicios presunto infractor exige realizar un correcto uso de esta diligencia; esto implica conocer no solo a los agentes de Internet a quienes se les puede pedir la información, sino también las características que ha de

⁴¹ MARÍN CASTÁN, Francisco, (dir.), ET AL. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, pág. 1462 y 1463.

reunir el prestador a identificar, así como las vías alternativas en caso de negativa a la práctica de la diligencia.

Respecto de los sujetos pasivos de la diligencia preliminar, la propia LEC menciona, sin que se trate de una enumeración exhaustiva, a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, de pagos electrónicos y de publicidad. No obstante, dadas las características de las actividades que desarrollan y la facilidad de su identificación, lo más adecuado es instar la práctica de la diligencia frente a los intermediarios que prestan servicios de alojamiento o de almacenamiento de datos al prestador infractor, o a los prestadores que facilitan la plataforma de pagos electrónicos a quien está cometiendo las infracciones.

Particularmente exigentes son los requisitos que deben concurrir en el prestador presunto infractor para que sea posible identificarle; sin embargo, en cuanto la diligencia preliminar se solicita en fase pre-procesal, la carga de la prueba que se imponga habrá de ser inferior a la necesaria para obtener una sentencia favorable en el marco de un proceso civil. En todo caso, el solicitante de la diligencia tendrá que probar dos extremos respecto de las actuaciones del prestador a identificar: que carecía de autorización para poner a disposición o difundir esos contenidos y que sus actividades tienen una audiencia o volumen considerable.

Así descritas las condiciones que impone el art. 256.1.10.º de la LEC para solicitar la diligencia preliminar, son tres, básicamente, los prestadores que podrán ser identificados. En primer lugar, el prestador titular de una página web que actúa como proveedor de los contenidos que son ofrecidos en la misma. En segundo lugar, el prestador del servicio de intermediación consistente en ofrecer enlaces que permiten, de manera directa o indirecta, la localización de contenidos protegidos. Y, en tercer lugar, el intermediario que presta servicios de alojamiento o de almacenamiento de datos como titular de una web 2.0; la identidad de este prestador podrá obtenerse tanto si desde su página se ofrecen contenidos protegidos como si se proporcionan enlaces que permiten su localización –y al margen de que hayan sido los usuarios quienes han publicado esta información en su sitio de Internet-

Finalmente, no cabe descartar que el prestador requerido para proporcionar los datos se niegue a la práctica de la diligencia preliminar. En tal caso, es posible aplicar por analogía lo previsto en el art. 261.5.º de la LEC, de modo que el tribunal competente ordene las medidas de intervención que sean necesarias, incluidas la entrada y registro. Asimismo, no debe olvidarse que, si se trata de prestador de servicios de la sociedad de la información, queda sujeto al régimen de la LSSI, por este motivo, debe respetar su deber de colaboración y ceder los datos necesarios para identificar al prestador que está infringiendo derechos de propiedad intelectual, puesto que, de lo contrario, incurrirá en una infracción grave de sus obligaciones y podrá ser castigado con multa.

BIBLIOGRAFÍA

ARMENGOT VILAPLANA, Alicia. «Las nuevas diligencias preliminares y las normas sobre prueba en materia de propiedad intelectual e industrial», en *Diario La Ley*, nº 6819, 13 de noviembre de 2007, 46 págs.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Antonio. «El nuevo régimen de diligencias preliminares en propiedad intelectual frente a las defraudaciones en el entorno digital», en Juan Pablo APARICIO VAQUERO (coord.), ET AL., *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual: últimas reformas y materiales pendientes*, editorial Dykinson, Madrid, 2016, págs. 121 a 154.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, GARAU SOBRINO, Federico, GRIMALT SERVERA, Pedro, ET AL. *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, editorial Comares, Granada, 2007.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. *Derecho privado de Internet*, editorial Thomson Reuters Civitas - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 5ª edición, 2015

DÍAZ PITA, María Paula. «Diligencias preliminares y propiedad intelectual tras la reforma operada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero», en Inmaculada VIVAS TESÓN (dir.), ET AL. *Cuestiones de actualidad en el ámbito de la propiedad intelectual*, editorial Dykinson, Madrid, 2015, págs. 175 a 214.

GARCÍA SANZ, F. Javier y VENDRELL CERVANTES, Carles. «Doctrina judicial en torno a las diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual», en *Diario La Ley*, nº 8128, 17 de Julio de 2013, 10 págs.

LEDESMA IBÁÑEZ, Jorge. *Piratería digital en la propiedad intelectual: análisis jurídico de la piratería digital en el ámbito español e internacional*, editorial Bosch, Barcelona, 2011.

LLOPIS NADAL, Patricia. *La protección de la Propiedad Intelectual vulnerada en Internet: determinación del órgano competente según el sistema español*, editorial Instituto de Derecho de Autor - Colección Premio Antonio Delgado, Madrid, 2018.

MARÍN CASTÁN, Francisco, (dir.), ET AL. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MONTESINOS GARCÍA, Ana. «Las diligencias preliminares en materia de propiedad intelectual tras la reforma operada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre», en *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, nº 50, 2015, págs. 35 a 70.

PUERTO MENDOZA, Alejandro. *Introducción al derecho de Internet; régimen jurídico básico de los contenidos digitales*, editorial CEF, Madrid, 2015

JURISPRUDENCIA

SJMerc. de Madrid (nº 7), nº 289/2010, de 20 de septiembre AC\2010\1462 (asunto *Telecinco c. Youtube*).

SAP de Madrid (sección 28ª), nº 11/2014, de 14 de enero, JUR\2014\36900 (asunto *Telecinco c. Youtube*).

STJUE, *Svensson*, C-466/12, EU:C:2014:76.

STJUE, *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:644.

STJUE, *Stichting Brein II*, C-610/15, EU:C:2017:456.

LEGISLACIÓN

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, *B.O.E.*, núm. 97, de 22 de abril de 1996 (abreviatura: LPI).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *B.O.E.*, núm. 7, de 8 de enero de 2000 (abreviatura: LEC).

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, *B.O.E.*, núm. 166, de 12 de julio de 2002 (abreviatura: LSSI).

Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, *B.O.E.*, núm. 151, de 19 de octubre de 2007.

Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *B.O.E.*, núm. 268, de 5 de noviembre de 2014.

REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO INFORMÁTICO (SEGUNDA ÉPOCA).
FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE ASOCIACIONES DE DERECHO E INFORMÁTICA.
ISSN 2530-4496 – AÑO 1, N° 4, 2018, PÁGS. 37-70

EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS INTERMEDIARIOS EN
INTERNET POR INFRACCIONES A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD
INTELECTUAL: UN BREVE ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE EL DERECHO
CONTINENTAL EUROPEO, LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y LA
LEGISLACIÓN PANAMEÑA

THE REGIME OF CIVIL LIABILITY OF INTERMEDIARIES ON THE INTER-
NET FOR INFRINGEMENTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: A
BRIEF COMPARATIVE STUDY AMONG CONTINENTAL EUROPEAN LAW,
SPANISH LAW AND PANAMANIAN LAW

Roberto Gabriel Nieto Ríos¹

¹ Abogado en Ejercicio de la República de Panamá. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá (Capítulo de Honor *Sigma Lambda*). Magister en Propiedad Intelectual, Industrial y Nuevas Tecnologías por la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: rnieto22@gmail.com Teléfono móvil: (+49)157 88110822

RESUMEN

El presente trabajo analiza el régimen de responsabilidad civil de los intermediarios en Internet según las actuaciones de terceros que utilizan los servicios en línea por ellos prestados para infringir un derecho de propiedad intelectual, siguiendo una metodología de estudio comparado entre el derecho continental europeo, la legislación española y la legislación panameña. Segmentamos este estudio de acuerdo a las categorías de prestadores de servicios, a saber, los que proporcionan acceso a redes de telecomunicación, transmisión temporal de datos, alojamiento de datos, indexación y enlaces a contenidos. Hacemos hincapié en las limitaciones a la responsabilidad civil conocidas como “puertos seguro” y a la jurisprudencia y la casuística del sistema continental europeo y el derecho español en la presente materia.

PALABRAS CLAVES

Responsabilidad civil, derecho de propiedad intelectual, derecho de autor, comercio electrónico, prestadores de servicios de intermediación

ABSTRACT

This paper analyses the civil liability regime of intermediaries on the Internet in light of the actions of third parties who use the online services of the former to infringe an intellectual property right, following a comparative-study methodology among continental European law, Spanish law and Panamanian law. This study is segmented according to the service provider’s categories, namely, those who provide access to telecommunication networks, temporary data transmission, data hosting, indexing and links to content on the Internet. Emphasis is given to the limitations to civil liability known as “safe harbours”, according to the jurisprudence and casuistry of the European continental system and Spanish law in this area.

KEYWORDS

Civil liability, intellectual property law, copyright, e-commerce, intermediary service providers

INTRODUCCIÓN

Cada día millones de personas alrededor del mundo interactúan entre sí al conectar sus vidas en el ciberespacio por medio de distintas plataformas¹ digitales que permiten la comunicación sin fronteras o barreras y a tan solo un clic de distancia. Estas plataformas conocidas como intermediarios en Internet² son medios tecnológicos proveídos por terceros³, los cuales permiten acceder, alojar, transmitir

¹ A lo largo del presente estudio utilizaremos el término “plataforma” según la acepción consistente en un grupo de servicios basados en la Web y orientados al usuario que proporcionan herramientas fáciles para que las personas publiquen sus propios contenidos digitales e interactúen entre sí de nuevas maneras. Ver, en este sentido, ANDERSON, Paul. *Web 2.0 and BEYOND. Principles and Technologies*. Editorial Taylor & Francis Group, LLC. 2012.

² Deseamos subrayar que debido a la falta de armonización entre las normas citadas para referirse a los proveedores de servicios en Internet, nos tomaremos la libertad de emplear el término “intermediarios en Internet” a través del presente estudio en aras de producir un texto claro y consistente, salvo que por razón de una cita textual o un mejor sentido en la oración utilicemos el término “prestador de servicios de intermediación en Internet” o la correspondiente frase según la legislación en ese momento examinada.

³ RUIZ GALLARDO, Claudio y LARA GALVEZ, Juan Carlos. «Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISPs) en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en

e indexar contenidos, productos y servicios originados por terceros en Internet o prestar servicios basados en Internet a terceros⁴. Dentro de este término podemos englobar un espectro de actividades incorporadas al concepto de Web 2.0⁵, entre ellas: los servicios de mensajería instantánea como *Whatapps*, *Telegram* o *Signal*; los mercados en línea para vender o subastar productos nuevos o de segunda mano como *eBay* o *Amazon*; los enlazadores o motores de búsqueda como *Google*, *Yahoo!* o *Bing* que recolectan, indexan y proveen enlaces a la información dispersa en Internet con el propósito de mostrar resultado específicos de acuerdo al uso de algoritmos complejos y palabras claves y, por último pero no menos importante, las variadas plataformas de redes sociales que alojan contenidos específicos generados por los usuarios (UGC por su siglas en inglés)⁶ como: *YouTube*, para compartir videos; *Blogger*, para la creación de blogs; *Instagram*, para compartir fotografías o *Twitter*, para discutir temas de tendencia (*trending topics*). En fin, todos estos intermediarios contribuyen vitalmente en la puesta a disposición de los contenidos en línea de los usuarios⁷ y, por tanto, son esenciales para el funcionamiento de la Internet.

Empero, con el auge y crecimiento paulatino de estas plataformas en línea, son cada vez más constantes las infracciones de derechos de terceros debido a la actividad ilícita de sus usuarios. En Internet la anonimidad es la regla imperante y muchas veces perseguir a los infractores directos e impedir que continúen su actividad ilícita resulta una tarea imposible, por no decir utópica, debido a las cuantiosas sumas de recursos y tiempo requeridos para detectar al autor primario de cada violación en la red. Como resultado, la gran mayoría de titulares de derechos infringidos optan por tomar la acción legal contra los intermediarios en Internet, que aun no siendo los autores de la actividad ilícita, podrían responder civilmente por hallarse culpa o negligencia en su actuar o por faltar a su deber de diligencia. Bajo este marco se abre el debate en las distintas jurisdicciones sobre si el rol que los intermediarios desempeñan es verdaderamente pasivo, o por el contrario, sus modelos de negocio y el diseño de sus algoritmos influyen activamente en el control de las actividades de sus usuarios y, por consiguiente, resultan conjuntamente responsables.

En este debate surgen preguntas tales como ¿hasta qué punto un intermediario de Internet puede ser responsable por las acciones de sus usuarios? De existir responsabilidad ¿con qué exenciones o limitaciones cuentan los intermediarios para no ser responsables? Y si estas medidas pueden excluirles de responsabilidad ¿existen otras vías legales para impedir que la infracción continúe en el tiempo? Las respuestas a estas preguntas son el objeto del presente trabajo.

La propiedad intelectual resulta el bien vulnerado por excelencia en el mundo digital al ser un producto con contenido intangible de fácil reproducción, distribución y comunicación al público en Internet de forma extremadamente rápida. Es por ello que el presente estudio se limitará a analizar la responsabilidad civil de los intermediarios en Internet, específicamente en el marco de las infracciones sobre derecho de autor. Por otra parte, excluirémos del presente estudio el análisis de la responsabilidad de los intermediarios frente a otros tipos de derecho como el penal -con casos de pornografía infantil,

Latinoamérica» compilado por BERTONI, Eduardo en «*Hacia una Internet libre de censura: Propuestas para América Latina*» edición al cuidado de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina. ISBN: 978-987-1716-54-8, p. 46

⁴ OECD. *The Role of Internet Intermediaries in Advancing Public Policy Objectives*, OECD Publishing, 2001. ISBN: 978-92-64-11563-7, p. 21

⁵ Para mayor comprensión de las Web 2.0, ver, O'REILLY, Tim. *What is Web 2.0? Design Patterns and Business Model for the Next Generation of Software*. O'Reilly Media, Inc., United States of America, 2009.

⁶ CARSLISLE, George and Jackie SCERRI. «*Web 2.0 and User-Generated Content: legal challenges in the new frontier*» in *Journal of Information, Law and Technology*. Editorial Manish Narayan, vol.2, 3007

⁷ MARSOOF, Althaf. «*Notice and Takedown: A Copyright Perspective*» in *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, vol. 5, issue 2, London, 2015. p. 183-205

robo de datos personales, terrorismo, difamación, calumnia e injuria, entre otros delitos-, la competencia desleal o los derechos humanos como la libertad de expresión y la libertad de prensa.

Dividiremos el presente trabajo en cinco partes esbozando, primero, unos breves comentarios sobre los modelos existentes de responsabilidad de los intermediarios en Internet. Evaluaremos posteriormente la responsabilidad general de los prestadores de servicios de la sociedad de la información de acuerdo al derecho continental europeo, su casuística y la jurisprudencia más importante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En tercer lugar, nos referiremos a la situación del derecho nacional español de acuerdo a la Ley de Servicios de Sociedad de la Información y Comercio Electrónico y la jurisprudencia más relevante de sus tribunales de justicia. Compararemos en cuarto lugar la situación europea con el marco legal de responsabilidad civil de los prestadores de servicios comerciales a través de Internet en la República de Panamá, a fin de contextualizar el marco legal panameño de acuerdo a la Ley de Firma Electrónica y Comercio Electrónico. Por último expondremos nuestras conclusiones.

BREVES COMENTARIOS SOBRE LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS EN INTERNET

En la actualidad, son varios los países que cuentan con leyes que regulan la responsabilidad de los intermediarios en Internet de acuerdo, esencialmente, a tres modelos de responsabilidad: objetiva, intermediaria o de puerto seguro “*safe harbour*” e inmunidad extendida⁸.

En primer lugar, la responsabilidad objetiva es el modelo en donde los intermediarios son responsables por el contenido alojado en sus servidores o compartido por sus usuarios sin importar si el intermediario tiene o no conocimiento previo sobre la ilicitud del material. Los intermediarios, por consiguiente, tienen la obligación de constantemente monitorear, filtrar y remover cualquier contenido presuntamente ilícito a fin de cumplir con la ley, de lo contrario, serán directamente responsables tanto en la vía civil como en la penal. Este modelo, que es aplicado en países como Tailandia⁹ y China¹⁰, es sumamente criticado debido al severo deber impuesto a los intermediarios de detectar y remover rápidamente de Internet absolutamente todo el material presuntamente ilícito que sea transmitido, almacenado y direccionado por sus servidores, sin la posibilidad de beneficiarse de exenciones que limiten su responsabilidad. Además, resulta un modelo que vulnera abiertamente la libertad de expresión e información al censurar todo tipo de contenido que critique, parodie o proteste contra el gobierno y sus decisiones por considerarlos actos difamatorios¹¹.

En segundo lugar, el modelo de inmunidad extendida le brinda a los intermediarios un blindaje condicional frente al contenido creado o transmitido por sus usuarios a la vez que les exceptúa de efectuar obligaciones de monitoreo general. De acuerdo a este modelo, los intermediarios son considerados

⁸ MACKINON, Rebecca, Elonnai HICKOK, Allon BAR and Hae-in LIM. *Fostering Freedom Online – The Role of Internet Intermediaries*, UNESCO series on internet freedom, 2014. ISBN: 978-92-3-100039-3

⁹ ARTICLE 19. *Internet Intermediaries: Dilemma of Liability*, London, United Kingdom, 2013. ISBN: 978-1-906586-61-4. https://www.article19.org/data/files/Intermediaries_ENGLISH.pdf En virtud de la Ley de delitos informáticos de Tailandia de 2007 (CCA 2007) se pueden imponer sanciones penales, entre otras cosas, por la publicación de información en computadoras públicas en circunstancias en que la información difundida es falsa y es probable que cause daños a un tercero o a la seguridad nacional de país.

¹⁰ CENTER FOR DEMOCRACY & TECHNOLOGY (CDT). *Shielding the Messengers: Protecting Platforms of Expression and Innovation* (second edition), December 2012 <https://cdt.org/files/pdfs/CDT-Intermediary-Liability-2012.pdf>,

¹¹ Por ejemplo, *Chiranuch Premchaiporn*, el editor de un sitio de noticias en línea, fue célebramente juzgado y condenado bajo las disposiciones de la CCA 2007 por no haber logrado eliminar de manera expedita un comentario anónimo, que se consideró insultante hacia el Rey.

como meros proveedores de la infraestructura física de la plataforma o simples mensajeros del contenido de sus usuarios sin participar activamente en la transmisión del contenido. Este modelo de responsabilidad nace con la implementación de la Sección 230 del Acta de Comunicación Decente (CDA) que reza que “ningún proveedor o usuario de un servicio de ordenador interactivo deberá ser tratado como el editor o el autor de cualquier información proporcionada por otro proveedor de contenido”¹². Los intermediarios en Internet estarán así protegidos frente a los comportamientos ilícitos de sus usuarios como también de los comentarios emitidos por ellos. A modo de ejemplo, en los Estados Unidos de América, plataformas como *YouTube* y *Facebook* se benefician de este modelo al eximirse de responsabilidad por los comentarios de difamación u odio emitidos entre sus usuarios durante el uso de sus servicios en línea, evitándoles tener que tomar medidas de remoción o censura de dichos contenidos que coactarían, en algunos casos, la libertad de expresión y desincentivarían la innovación en la creación de contenidos propios.

Sin embargo, tanto el modelo de responsabilidad primaria como el modelo de inmunidad extendida escapan del contexto del presente estudio. El primero porque no contiene una lista de exenciones o limitaciones para la salvaguarda de los prestadores de servicios de intermediación en Internet, que nos permita efectuar un estudio comparado de los grados de responsabilidad existentes y, el segundo, por expresamente excluir de su competencia a los derechos de propiedad intelectual¹³. Nos enfocaremos, por consiguiente, en el tercer modelo de responsabilidad comúnmente conocido como “de puerto seguro” (*safe harbour*) dado que es éste el modelo de responsabilidad mayormente aplicado entre los países que cuentan con una legislación especial sobre responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en Internet.

El *safe harbour* tiene su génesis básicamente en dos vertientes: una vertical de aplicación única y exclusiva sobre los derechos de autor (*copyright*) y basada en el US Digital Copyright Millenium Act 1998 (DMCA)¹⁴ y otra horizontal, extendida no sólo a los derechos de autor sino también a todos los demás derechos de propiedad intelectual como las marcas, los diseños y las patentes, basada en la Directiva Europea de Comercio Electrónico (DEC)¹⁵, esta última analizada detalladamente en la tercera parte de este trabajo. No obstante, cabe mencionar que ambas modalidades permiten que los intermediarios puedan gozar de una exención de responsabilidad si cumplen con ciertos requerimientos estipulados en la ley.

De acuerdo al modelo norteamericano, el DMCA es aplicado a cuatro categorías de intermediarios en Internet, a saber: a) los proveedores de servicio de acceso a Internet (o ISP por sus siglas en inglés)¹⁶, que están a salvo de cualquier reclamo por compensación monetaria siempre y cuando la transmisión de los datos sea iniciada a solicitud de un tercero, mediante un proceso técnico automático donde los destinatarios del contenido no sean seleccionados por el proveedor del servicio ni puedan modificar el contenido en el curso de la transmisión de los datos y no se mantenga durante un periodo que no exceda el tiempo razonablemente requerido para su transmisión¹⁷; b) los proveedores de servicio de memoria tampón o *caching*, los cuales analizaremos detalladamente bajo la DEC por ser prácticamente idénticos; c) los proveedores de servicios de alojamiento o *hosting* y d) los proveedores de servicios

¹² SECTION 230 OF THE COMMUNICATIONS DECENCY ACT OF 1996, codificado por 47 U.S. Code §230 – Protection for private blocking and screening of offensive material

¹³ 47 U.S. Code §230 (e) (2). Ningún efecto sobre el régimen de la propiedad intelectual (traducido por el autor).

¹⁴ THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT OF 1998, publicado en Law No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998)

¹⁵ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio De 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)

¹⁶ 17 U.S. Code § 512(a)

¹⁷ 17 U.S. Code §512(a) (1) – (5).

de enlaces o motores de búsqueda (*link service providers or search engines*), ambos los cuales podrán acogerse al *safe harbour* si no tienen conocimiento efectivo¹⁸ de la naturaleza infractora del contenido almacenado en su plataforma o desconozcan de hechos o circunstancias¹⁹ que evidencien su ilegalidad y tomen las medidas necesarias para rápidamente eliminar el contenido infractor²⁰ -en particular a través de un mecanismo de *notice-and-takedown*²¹ (detección y retirada) que hayan establecido en su plataforma-, con la condición de que el intermediario no obtenga ningún beneficio financiero directo de la actividad infractora en circunstancias en las que tenga control sobre los datos alojados o enlazados²².

A diferencia del modelo europeo, el DMCA estipula claramente el mecanismo de *notice-and-takedown* a implementar por los intermediarios en Internet para beneficiarse de la exención de responsabilidad de los proveedores de alojamiento de datos y enlazadores de contenidos. Sin embargo, este mecanismo es muy controvertido por dos razones, en principio, adversas. Primero, porque le permite a una entidad privada (intermediario) determinar extrajudicialmente la existencia o no de una infracción de propiedad intelectual basándose únicamente en la reclamación hecha por el titular de derecho de autor que siempre querrá eliminar o retirar el contenido presuntamente infractor. Así, este mecanismo resulta en favor de los intereses patrimoniales en juego del titular de derecho por la reproducción, distribución y puesta a disposición del público de sus contenidos en línea, ya que el intermediario en Internet por miedo a perder la protección del *safe harbour*, eliminaría el contenido alojado o suprimiría el enlace al material o sitio web infractor que permita la realización de la actividad infractora²³. Consecuentemente, esta acción del intermediario es ejecutada sin entrar a valorar detenidamente la posible afectación de los derechos de la persona que generó o autorizó el contenido que se pretende suprimir o incluso pudiendo limitar la libre circulación de contenido lícito en Internet²⁴.

La segunda razón *a contrario sensu* requiere de la participación activa de los derechohabientes para localizar cada uno de los contenidos ilícitos alojados en la plataforma y posteriormente requerir individualmente su retirada, sin garantía de que el mismo contenido ilícito sea subido nuevamente a la plataforma, convirtiendo así el proceso en costoso e ineficiente²⁵. Es por ello que ANGELOPOULOS sostiene que:

“el sistema de elección en el área de los derechos de autor debería ser, en cambio, el mecanismo de *notice-and-notice*²⁶, donde los intermediarios deben actuar como meros mensajeros reenviando al supuesto usuario infractor la notificación que identifica la infracción de derecho de autor en la plataforma e informando de vuelta al titular del derecho una vez el usuario infractor haya sido contactado” (ANGELOPOULOS, 2016).

¹⁸ 17 U.S. Code §512(c)(1)(A)(i).

¹⁹ 17 U.S. Code §512(c)(1)(A)(ii).

²⁰ 17 U.S. Code §512(c)(1)(A)(iii).

²¹ 17 U.S. Code §512(c)(1)(C).

²² 17 U.S. Code §512(c)(1)(B).

²³ 17 U.S. Code §512(d)

²⁴ MARSOOF, Althaf. *Op. cit.*, p.11

²⁵ MEYER, Trisha. *The Politics of Online Copyright Enforcement in EU* (first edition), Information Technology and Global Governance, Palgrave Macmillan, 2017. ISB: 978-3-319-50973-0, p. 217, where she points out that notice and take down procedures are costly and ineffective since a high volume of notifications is required to remove illegal content without the right holders having guarantees that the infringement material will not pop again after takedown, making the procedure cumbersome.

²⁶ ANGELOPOULOS, Christina & Stijn SMET. «*Notice-and-fair-balance: how to reach a compromise between fundamental rights in European intermediary liability*» in *Journal of Media Law*, vol. 8, issue 2, Taylor & Francis, 2016, p. 275

De este modo, la participación y responsabilidad del intermediario en Internet termina, sin perjuicio de que el titular de derecho -en caso tal que el supuesto usuario infractor no remueva el contenido o no responda a la notificación en tiempo oportuno- pueda demandar al infractor directo por la vía judicial mediando la previa cooperación del intermediario, ya sea a través de una medida cautelar, un requerimiento judicial u otro sistema que se establezca para identificarlo.

PANORAMA JURÍDICO EUROPEO: DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS A LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

En Europa, existe un cierto nivel de armonización con relación al grado de responsabilidad de los intermediarios en Internet frente a la transmisión y alojamiento de contenidos presuntamente ilícitos. La DEC es la directiva que recoge, bajo la sección IV, las exenciones de responsabilidad o *safe harbours* que los intermediarios en Internet pueden acogerse cuando estos realizan actividades comerciales de intermediación como la mera transmisión²⁷ de datos, el almacenamiento de la memoria tampón (*caching*)²⁸ y el alojamiento de datos (*hosting*)²⁹. Esencialmente, estas exenciones les otorgan inmunidad por los servicios antes mencionados en relación a reclamos por daños y perjuicios en la esfera de lo civil, penal y administrativo, teniendo presente que la DEC no estipula nada sobre la responsabilidad intermediaria, pero tampoco impide que sean los Estados Miembros los que determinen las situaciones donde sí resulten secundariamente responsables³⁰. Esto quiere decir que aun cuando una plataforma que aloja contenidos generados por usuarios no califica para la protección del *safe harbour*, no por ello acaecerá inmediatamente en responsabilidad y, por tanto, deberá ser juzgado según las normas de responsabilidad civil, penal y administrativa nacional de cada Estado Miembro. Esta falta de armonización de responsabilidad secundaria da como resultado muchas sentencias discordantes entre las distintas jurisdicciones europeas³¹.

Cabe destacar que la DEC reconoce solo tres tipos de actividades de intermediación en Internet, por lo que los motores de búsqueda y los enlaces por hipervínculos quedan excluidos del espíritu de la directiva. No obstante, estos últimos han sido objeto de extensa interpretación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su jurisprudencia como también motivo de inclusión en la legislación nacional de ciertos Estados Miembro al momento que transpusieron la DEC.

En principio, tanto la mera transmisión de datos como el almacenamiento de la memoria tampón o caché no engloban ningún problema práctico en materia de responsabilidad civil de los intermediarios. Así, de acuerdo al artículo 12 DEC, la exención en la transmisión de datos facilitados por un tercero (en el caso de los operadores de redes de telecomunicaciones) y el acceso a una red de comunicaciones (en el caso de los ISP) consiste en no poder considerar responsable a los prestadores de dichos servicios

²⁷ Artículo 12 de la DEC

²⁸ Artículo 13 de la DEC

²⁹ Artículo 14 de la DEC

³⁰ ANGELOPOULOS, Christina. *Beyond the Safe Harbours: Harmonising Substantive Intermediary Liability for Copyright Infringement in Europe* in Intellectual Property Quarterly, Amsterdam Law School Research Paper, November 28, 2013, p. 253-274.; Amsterdam Law School, Institute for Information Law Research Paper No. 2013-11, p. 3 <https://ssrn.com/abstract=2360997>

³¹ COOK Trevor. «*Online Intermediary Liability in the European Union*» in Journal of Intellectual Property Rights, vol. 17, March 2012, p.157 acerca del hecho que los códigos civiles de algunos países no distinguen expresamente entre los distintos tipos de responsabilidad, sino entre la responsabilidad por culpa basada en el incumplimiento de un deber de diligencia. En Alemania, como ejemplo de país basado en el sistema civil de derecho, su código prevé específicamente lo que se denomina *Storerhaftung* (responsabilidad perturbadora) y se ha utilizado para garantizar la interposición de acciones de cesación, pero no por daños y perjuicios contra el denominado *distuber* (perturbador del derecho) [traducción hecha por el autor].

sobre los datos transmitidos con la condición de que el prestador no haya originado él mismo la transmisión, no seleccione al destinatario de la transmisión y no seleccione ni modifique los datos transmitidos. El prestador de estos servicios realiza básicamente una operación técnica de almacenamiento efímera de los datos para posteriormente transmitirlos de forma automática al destinatario en un tiempo razonable. En consecuencia, la excepción de responsabilidad se desencadena cuando dicho almacenamiento sea exclusivo para ejecutar la transmisión de los datos en una red de comunicación de forma automática, pasiva y transitoria³². Es muy difícil, por tanto, responsabilizar a un intermediario que presta exclusivamente un servicio técnico de conexión a Internet por las posibles infracciones de derecho de autor que los usuarios a los que les brinda dicho servicio de acceso puedan cometer durante su navegación a través de la Internet. Además, el artículo 5.1 de la Directiva 2001/29 (Infosoc)³³ excluye expresamente del alcance de prohibición del derecho de reproducción de una obra protegida a todo acto de reproducción individual que sea transitorio o accesorio y forme parte integrante y esencial de un proceso tecnológico, cuya única finalidad sea facilitar la transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario.

La segunda actividad recogida por la DEC es el almacenamiento de la memoria tampón o caché (*caching*) que consiste en almacenar información (páginas web, imágenes, videos, etc.) que hayan sido recientemente solicitadas por los usuarios de una red de comunicación para una referencia futura³⁴, permitiendo así reducir las congestiones en la red y la lentitud de carga de páginas web³⁵. Por ejemplo, cuando un ISP recibe una solicitud de acceso a una página web este conserva una copia de ella en su propio servidor de modo tal que las subsiguientes peticiones para visitar esa misma página web serán respondidas rápidamente por el contenido almacenado en la memoria caché del ISP, en vez de buscar y extraer la información del servidor original donde esta se aloja. En ese sentido, de acuerdo al artículo 13 DEC, la excepción de responsabilidad se aplica cuando el prestador de un servicio de intermediación que transmite datos a través de una red de comunicación facilitados por un destinatario del servicio almacene dichos datos de forma automática, provisional y temporal con el único propósito de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que lo soliciten, con la condición de que: a) no modifique la información³⁶, b) cumpla con las condiciones de acceso a la información³⁷, c) cumpla con las normas relativas a la actualización de la información³⁸, d) no interfiera en la utilización lícita

³² Artículo 12.2 DEC

³³ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información

³⁴ WESSELS, Duane. *Web Caching* (first edition), Editorial O'Reilly, Junio 2001, p. 1

³⁵ PEGUERA, Miquel y otros. *Derecho y Nuevas Tecnologías* (primera edición), Editorial UOC, Barcelona, España, Enero 2005. ISBN: 9788497882118, p. 163

³⁶ El considerando 43 DEC recoge que un prestador de servicios puede beneficiarse de las exenciones por mera transmisión (*mere conduit*) y por la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada "memoria tampón" (*caching*) cuando no tenga participación alguna en el contenido de los datos transmitidos; esto requiere, entre otras cosas, que no modifique los datos que transmite. Este requisito no abarca las manipulaciones de carácter técnico que tienen lugar en el transcurso de la transmisión, puesto que no alteran la integridad de los datos contenidos en la misma.

³⁷ El titular de una página web puede imponer medidas de acceso para visualizar todo o parte de su contenido, por ejemplo, el inicio de sesión mediante registro previo de datos personales y la creación de una contraseña, por lo que la copia caché debe exigir las mismas medidas de acceso que la página original.

³⁸ Basado en el principio de consistencia donde la copia caché debe ser mantenida al día con respecto a la información original. Suele decirse que la copia caché es *fresh* o *stale* dependiendo si la información enviada al solicitante fue o no antes validada.

de tecnología destinada a obtener datos sobre la utilización de la información³⁹ y e) retire con prontitud la información almacenada o imposibilite su acceso en cuanto tenga conocimiento efectivo de que la información ha sido retirada del lugar donde se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado su acceso o de que un tribunal o autoridad administrativa ha ordenado su retirarla o impedir que se acceda a ella⁴⁰. Por tanto, si un prestador de servicios de almacenamiento de memoria caché incumple con alguno de los mencionados requisitos, por ejemplo, modificando la información, quedará desprovisto de la protección del *safe harbour*; más no por ello será inmediatamente responsable por los datos almacenados y transmitidos.

Por último, la DEC en su artículo 14 exime de responsabilidad a los intermediarios que prestan el servicio de *hosting* o alojamiento de datos sobre el almacenamiento de los datos facilitados por el destinatario de este servicio, con la condición de que:

- a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que,
- b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

En principio, dado que la DEC fue adoptada en el año 2000 y muchas de las plataformas de la Web 2.0 no existían o apenas iniciaban su modelo de negocio en línea, esta exención de responsabilidad fue concebida para los casos donde un intermediario alojaba en su servidor los datos solicitados por el dueño de un sitio web⁴¹. No obstante, debido a que el mayor número de infracciones de derechos de propiedad intelectual acaecen por el uso de las plataformas Web 2.0, el TJUE ha ido ampliando el alcance de la DEC a fin de que el término ‘almacenamiento’ pueda abarcar las actividades de estas nuevas plataformas.⁴² Así, en los asuntos acumulados *Google France* y *Google v. Louis Vuitton*⁴³ se le fue consultado al TJUE, entre otras cosas, si el servicio de referenciación de Google denominado

³⁹ La copia caché debe permitir que el titular de la página original pueda sustraer los datos de navegación de los usuarios que la visitan a fin de medir, recopilar y analizar dicha información con el fin de mejorar la eficacia de la web y optimizar su uso; por ejemplo, mediante el uso de ‘contadores de visitas’ (*hit counter*).

⁴⁰ Este tipo de retirada no presenta problemas prácticos ya que el prestador de servicio de almacenamiento de memoria caché solo debe actuar cuando la información ha sido removida del lugar donde se alojaba inicialmente, ya sea por el propio titular de la página web o por orden de un tribunal o autoridad administrativa, resultando el almacenamiento de la copia caché, en ambos casos, innecesaria.

⁴¹ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid No. 18, *SGAE v. Frikipedia*, 516/07, Octubre 8, 2007 la AP considera a *Frikipedia* responsable de ciertos contenidos y comentarios difamatorios vertidos su página web en contra de la SGAE. Por tanto, no puede beneficiarse de la excepción del *safe harbour* dado que el intermediario no actuaba como mero prestador del servicio de alojamiento. Por el contrario, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid No. 12, *Relevance v. Derecho.com*, 278/08, Abril 17, 2008 la AP considera que el titular de la página web *Derecho.com* no era responsable de los comentarios difamatorios vertidos por sus usuarios en su foro. El conocimiento efectivo se obtuvo al momento de la notificación de la resolución que admitía la medida cautelar del cese de las publicaciones difamatorias y el intermediario procedía a retirarlas, beneficiándose por tanto de la protección otorgada por el *safe harbour*; sin embargo, se le prohibió al demandado publicar comentarios similares en el futuro.

⁴² ANGELOPOULOS Christina. *Online Platforms and the Commission’s New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*. Centre for Intellectual Property and Information Law (CIPIIL), University of Cambridge, January 2017, p. 10

⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010, asuntos C-236/08 a C-238/08, *Google France* y *Google v. Louis Vuitton*

*AdWords*⁴⁴ podía ser un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por terceros, de modo que dichos datos fueran objeto de un “alojamiento” de acuerdo al artículo 14 DEC, y por tanto, incluido dentro de la exención de responsabilidad⁴⁵. Dando respuesta a la cuestión planteada el TJUE sostiene que dicho servicio reunía todos los elementos que definen a un servicio de la sociedad de la información⁴⁶, al poder transmitir información del anunciante en Internet y almacenar cierto datos en su servidor tales como las palabras claves seleccionadas, el enlace promocional, el mensaje comercial que acompaña al enlace y la dirección del sitio del anunciante⁴⁷. Como fuese mencionado antes, aun cuando la DEC no reconoce una exención específica para los motores de búsqueda, al ser Google un servicio de la sociedad de la información que realiza una actividad comercial donde almacena metadatos de las palabras claves introducidas para ofrecer enlaces indexados según el criterio de la búsqueda, puede entonces ser beneficiado del alcance del *safe harbour* proveído para los alojadores de datos en Internet.

Por lo que respecta a la exención de responsabilidad *per se*, el TJUE detalla que para que un prestador de servicio de alojamiento de datos se beneficie de dicha exención es necesario que su comportamiento se ciña al de un ‘prestador intermediario’⁴⁸, el cual realice una actividad de naturaleza ‘meramente técnica, automática y pasiva’⁴⁹, lo que implica que no tenga conocimiento ni control de la información que almacena⁵⁰. Por tanto, la exención de responsabilidad se aplicará cuando el prestador del servicio no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados, de lo contrario, será responsable de su almacenamiento a petición del anunciante, a menos que tras obtener conocimiento de la ilicitud de estos datos, actúe con prontitud para retirarlos o imposibilitar el acceso a ellos⁵¹.

Podemos entender que de acuerdo a la sentencia *Google France* el TJUE infiere que la exención de responsabilidad sólo se aplicaría a los prestadores de servicio que no hubieran desempeñado un papel activo que le permitiese tener conocimiento efectivo de los datos almacenados o controlados. Como bien señala ROSATI:

“esta interpretación restrictiva se da por el enfoque incorrecto que el TJUE tomó al vincular la interpretación del artículo 14 con el considerando 42 de la DEC -que recoge la exención de los servicios de mera transmisión de datos y almacenamiento de la memoria caché- y no ligarla al considerando 46 sobre la limitación del proveedor de servicios de alojamiento de datos” Por tanto, aun cuando el considerando 42 DEC es necesario resulta insuficiente al momento de aplicarlo a los proveedores de *hosting*, puesto que el simple hecho de no tener conocimiento o control sobre la información ilícita no significa que el proveedor necesariamente actúe de forma neutral o pasiva”⁵² (ROSATI, 2016) (traducido por el autor).

⁴⁴ Google France, apartado 23, señala que el servicio remunerado de referenciación *AdWords* permite a los operadores económicos seleccionar una o varias palabras clave para que, en el caso de que coincidan con las introducidas en el motor de búsqueda [de Google], se muestre un enlace promocional a su sitio...bajo la rúbrica «enlaces patrocinados».

⁴⁵ Google France, apartado 106

⁴⁶ Google France, apartado 110

⁴⁷ Google France, apartado 111

⁴⁸ Google France, apartado 112

⁴⁹ Google France, apartado 113

⁵⁰ Google France, apartado 111

⁵¹ Google France, apartado 120

⁵² ROSATI, Eleonora. *Why a reform of hosting providers' safe harbour is unnecessary under EU copyright law*. European Intellectual Property Review. Zenodo, p. 7 <https://zenodo.org/record/60953#.WuboRZVIJgs>

En el asunto *L’Oreal v. eBay*⁵³, el TJUE pudo clarificar lo antedicho en *Google France* y correctamente aplicar la exención recogida en el artículo 14 DEC. El presente asunto versaba sobre si un operador de mercado electrónico, como *eBay*, le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 14(1) DEC (exención por alojamiento de datos) y, en caso afirmativo, en qué condiciones se entiende que el operador de un mercado electrónico tiene ‘conocimiento’ de acuerdo con esta provisión⁵⁴. El TJUE, recalando lo señalado en *Google France*, reconoce que un prestador de servicio de Internet quedará comprendido bajo la exención del artículo 14 DEC si el rol que desempeña es de acuerdo al de un prestador intermediario en el sentido que el legislador le ha querido dar en la DEC⁵⁵. Este sentido es de carácter negativo cuando el proveedor en lugar de limitarse a prestar un servicio meramente técnico y automático de tratamiento de datos, desempeña un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control sobre los datos almacenados⁵⁶, entendiéndose ejercido ese papel activo – y contrario a lo concluido en *Google France* – cuando el operador brinda una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas⁵⁷.

En este nuevo sentido, dado por el TJUE en el asunto *L’Oreal*, podemos entender que no es el (des)conocimiento lo que determina el papel activo del operador del mercado electrónico, sino su actitud no neutra desempeñada con relación a las ofertas publicadas por los vendedores y adquiridas por los potenciales compradores la que le permite obtener un conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas. El prestar activamente servicios que le permiten a los usuarios registrados como vendedores mejorar la presentación visual de la tienda o promoverla mediante el asesoramiento a medida para usuarios específicos, como los *Top-rated seller* (los mejores vendedores)⁵⁸, son presunciones en contra del cumplimiento de los requisitos del artículo 14 DEC para beneficiarse de la exención.

Debemos subrayar también que el papel pasivo de un intermediario en Internet debe complementarse con la ausencia de conocimiento sobre el carácter ilícito de los datos almacenados a fin de beneficiarse de la exención de responsabilidad recogida por la DEC. Esta ausencia de conocimiento se divide en dos supuestos: 1) el intermediario (des)conozca acerca de la ilicitud de la información almacenada y, en el caso de una acción por daños y perjuicios, (des)conozca de hechos o circunstancias que revelen la ilicitud de la actividad o la información, o 2) que al obtener conocimiento de dicha ilicitud, actué con celeridad retirando los datos o haciendo que el acceso a ellos sea imposible. Justamente el TJUE en *L’Oreal* estimó, en sentido negativo, que un prestador de servicio de Internet no podrá acogerse a la exención de responsabilidad cuando haya tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido deducir el carácter ilícito de los datos almacenados y, en caso de adquirir tal conocimiento, no haya actuado con celeridad de acuerdo al artículo 14(1)(b)DEC⁵⁹. Sin embargo, el TJUE deja la puerta abierta a las jurisdicciones nacionales para

⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, *L’Oréal v. eBay*

⁵⁴ *L’Oreal*, apartado 106

⁵⁵ *L’Oreal*, apartado 112

⁵⁶ *L’Oreal*, apartado 113

⁵⁷ *L’Oreal*, apartado 116

⁵⁸ ANGELOPOULOS, Christina. *Online Platforms and the Commission’s New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*. *Op. cit.*, p. 11, en referencia al caso remitente en Gran Bretaña donde se entiende que eBay presta dos tipos de servicio de soporte al usuario para optimizar y promover su tienda: servicio general disponible a todos los usuarios en forma de páginas de pregunta frecuentes, videos tutoriales, plantillas y herramientas de marketing, y un servicio específico de creación de cuentas personales, soporte telefónico personal, descuentos en la tarifa del valor final y el acceso a un servicio de *PowerSeller*; presumiéndose así la neutralidad en el primero, pero jugando un papel activo en el segundo que por tanto lo desprotegería de la exención de responsabilidad (traducido por el autor).

⁵⁹ *L’Oreal*, apartado 124

que estimen los casos específicos en que se produce el conocimiento efectivo, facilitando solamente posibles indicios para adquirir dicho conocimiento, verbigracia, por medio de una investigación realizada por iniciativa propia del operador del mercado en línea o en el hipotético caso de que un tercero le notifique la existencia del contenido ilícito alojado en su servidor. Cabe destacar del matiz coyuntural del TJUE que aunque dicha notificación no determina automáticamente la existencia de responsabilidad, sí constituye un elemento adicional a tomar en cuenta por el juez nacional para determinar si el intermediario en Internet contaba con un conocimiento efectivo de tal ilegalidad⁶⁰. Así, tanto el texto de la directiva como la jurisprudencia del TJUE ceden la tutela de examinar la responsabilidad de un intermediario que presta un servicio de almacenamiento de datos al nivel de ausencia de conocimiento general o conocimiento indiciario del derecho nacional de los Estados Miembros⁶¹. En la tercera parte veremos dicho nivel de ausencia desde la perspectiva de la legislación española.

Importante decir que la protección que el *safe harbour* le brinda a los prestadores de servicios de intermediación no es absoluta. Los artículos 12.3, 13.2 y 14.3 de la DEC permiten que los titulares de derechos de propiedad intelectual puedan igualmente entablar acciones de cesación frente a los tribunales o autoridades administrativas para poner fin a la infracción cometida o evitar que se reitere en el futuro, ya sea retirando el material infractor o deshabilitando el acceso a él⁶². Estas acciones van de la mano del artículo 8(3) de la Directiva Infosoc y el artículo 11 de la Directiva 2004/48 (*Enforcement*)⁶³ que permiten a los titulares de derecho de propiedad intelectual solicitar una medida cautelar o un mandamiento judicial, respectivamente, tanto contra el infractor directo para impedir que continúe con su infracción como contra los intermediarios cuyo terceros utilicen sus servicios para infringir un derecho de propiedad intelectual. En *L'Oreal*, el TJUE determinó que los mandamientos judiciales referidos en la tercera frase del artículo 11 de la Directiva *Enforcement* permiten a los órganos jurisdiccionales nacionales ordenar que los intermediarios adopten medidas que no sólo pongan fin a las lesiones de derecho de propiedad intelectual causadas por los usuarios de sus servicios, sino también a evitar que se produzcan nuevas lesiones en el futuro⁶⁴. Esta interpretación del alcance de los mandamientos judiciales queda corroborada tanto por el artículo 18 de la DEC⁶⁵ y el considerando 24 de la Directiva *Enforcement*⁶⁶, pero a su vez restringidas por las limitaciones establecidas en la posterior directiva y el sistema de fuentes del Derecho al que hace referencia; entendiéndose que estos recursos

⁶⁰ L'Oreal, apartado 123

⁶¹ XALABARDER PLANTADA, Raquel. «La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios» en Revista de Internet, Derecho y Política, Edición IDP, Universidad Oberta de Catalunya, Barcelona, España, 2006, p.6

⁶² El considerando 45 de la Directiva de Comercio Electrónico señala que las limitaciones de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios establecida en la presente Directiva no afecta a la posibilidad de entablar acciones de cesación de distintos tipos. Dichas acciones de cesación pueden consistir, en particular, en órdenes de los tribunales o de las autoridades administrativas por los que se exija poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella.

⁶³ Directiva de 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual

⁶⁴ L'Oreal, apartado 127

⁶⁵ L'Oreal, apartado 132. Esta disposición exige que los Estados miembros velen por que los recursos judiciales establecidos por su legislación nacional en relación con las actividades de servicios de la sociedad de la información permitan adoptar medidas «destinadas a poner término a cualquier presunta infracción y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados».

⁶⁶ L'Oreal, apartado 134. El considerando 24 afirma que 'según los casos y si las circunstancias lo justifican, entre las medidas, procedimientos y recursos que han de establecerse deben incluirse medidas de prohibición destinadas a impedir nuevas infracciones de los derechos de propiedad intelectual'.

deben ser equitativos, proporcionados, disuasorios y no dificulten al comercio legítimo, por ejemplo, imponiendo una prohibición general y permanente de venta de productos específicos de una marca⁶⁷. Partiendo de esta base, analizaremos el alcance de las acciones de cesación contra los intermediarios en Internet de acuerdo a dos tipos de medidas: primero, aquellas acciones que buscan desenmascarar la identidad de los usuarios considerados infractores directos, para que posteriormente puedan ser demandados ante los tribunales civiles o penales y, segundo, las acciones tendientes al bloqueo de acceso al contenido infractor o remoción del material ilícito.

En el primer tipo tenemos como caso de referencia el asunto *Promusicae v. Telefonica*⁶⁸ donde la asociación sin ánimo de lucro española compuesta por productores y editores de grabaciones musicales y audiovisuales solicitó que se ordenase al prestador de servicio de acceso a Internet, Telefónica, revelar los datos de carácter personal de los usuarios a los que este le prestaba el servicio de conexión a Internet por tener acceso a fonogramas protegidos por derecho de autor de su repertorio y compartirlos sin su autorización a través de una red *peer to peer* (P2P). En ese sentido, la principal cuestión planteada al TJUE era si un proveedor de servicios de Internet (ISP) podía verse obligado a revelar datos personales sobre sus usuarios a fin de recopilar la información necesaria para iniciar un procedimiento civil por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios. En respuesta a la cuestión preliminar planteada, el TJUE consideró que mientras que la Directiva 2002/58⁶⁹ no excluye la posibilidad de que los Estados miembros impongan el deber de divulgar datos personales para iniciar un procedimiento civil⁷⁰, tampoco permite interpretar que lo imponga como una obligación⁷¹. Esta distinción representa una acentuación significativa del derecho europeo dado que independientemente que las directivas Infosoc, *Enforcement* y DEC tengan un mismo nivel de jerarquía y su finalidad ulterior repose en garantizar la protección efectiva de la propiedad intelectual, dicha premisa no puede ir en perjuicio de las exigencias relativas a la protección de los datos personales⁷². Por tanto, aunque las Directivas mencionadas no obligan a los Estados Miembros a imponer a los ISP un deber de comunicar datos personales que garanticen la tutela efectiva de los derechos de autor, cada Estado Miembro debe al momento de trasponer todas las directivas avalar un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos, precisando que su interpretación no entre en conflicto con derechos fundamentales de la Unión Europea ni con otros principios generales del derecho, como el principio de proporcionalidad⁷³. Esta interpretación, por tanto, concedió al Reino de España poder excluir de la jurisdicción civil –pero no la penal⁷⁴– provisiones que permitiesen a los titulares de derecho de propiedad intelectual requerir a los prestadores de servicio de Internet revelar los datos personales que identifican a un usuario con una determinada dirección de IP que presuntamente infringe algún

⁶⁷ L’Oreal, apartados 136 a 144.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) C-275/06 de 29 de enero de 2008, asunto C-275/06, *Productores de Musica de España (Promusicae) v Telefonica de España, S.A.U*

⁶⁹ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas

⁷⁰ *Promusicae v Telefonica*, apartado 54

⁷¹ *Promusicae v Telefonica*, apartado 55

⁷² *Promusicae v Telefonica*, apartado 57

⁷³ *Promusicae v Telefonica*, apartado 70

⁷⁴ La ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, establece la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

derecho⁷⁵. Teniendo en cuenta el desliz de sus anteriores pretensiones contra el infractor directo de sus derechos, en *Promusicae v. R. Cable y Telecomunicaciones Galicia* la asociación de productores y editores musicales y audiovisuales procede de forma contraria y acciona así en contra del proveedor de acceso a Internet, requiriéndole judicialmente que realice la desconexión a Internet de una sola IP identificada bajo el *username* de un individuo registrado en una red P2P que comparte ilícitamente contenido de su repertorio protegido por derecho de autor sin que sean necesarios los datos personales del infractor para ejecutar la medida⁷⁶.

Para el segundo tipo, y donde mayor debate se ha generado, se incluyen los requerimientos judiciales de bloqueo de acceso al material infractor o la imposición de filtros proclives a remover el contenido ilícito una vez detectado y notificado al proveedor de servicio en Internet. Debido a que las directivas *Infosoc* y *Enforcement* permiten que los Estados ordenen requerimientos judiciales contra aquellos intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor, los derechohabientes mayormente optan por solicitar estas medidas, aun cuando dichos intermediarios no sean responsables directos o indirectos de la actividad ilícita cometida o puedan beneficiarse de una de las exenciones de responsabilidad comprendidas en la DEC. Estos requerimientos, sin embargo, encuentran una limitante en el artículo 15(1) DEC que prohíbe a los Estados Miembros imponer a los intermediarios una obligación general de supervisión de los datos que transmiten o almacenan, ni de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas en sus redes. El empleo de esta prohibición como limitante de responsabilidad en defensa de los intermediarios en Internet ha visto su respuesta positiva en los asuntos gemelos *Scarlet Extended v. SABAM*⁷⁷ y *SABAM v. Netlog*⁷⁸.

En el primero, la sociedad de gestión de autores, compositores y editores de obras musicales en Bélgica (SABAM) requería al proveedor de acceso a Internet, Scarlet Extended, que bloqueara el acceso a programas P2P utilizados por sus clientes para descargar y compartir ilícitamente contenido musicales de su repertorio protegido por derecho de autor. Para ello SABAM pedía al tribunal de *première instance de Bruxelles* que dictara un requerimiento judicial contra el ISP ordenándole que impusiera en sus servidores un sistema de bloqueo o filtrado de todas las comunicaciones electrónicas que circularan en sus redes, sobre toda su clientela, con carácter preventivo, a su propia expensas, de forma permanente, y con la capacidad técnica de detectar los archivos compartidos ilícitamente y bloquear su transmisión. Como medio de defensa en la apelación, Scarlet adujo que un requerimiento judicial con dichas características supondría supervisar todas las comunicaciones electrónicas transmitidas en su

⁷⁵ Ciertamente la Ley de Enjuiciamiento Civil Española en su artículo 256.1.7 como el Real Decreto Legislativo 1/1996 que aprueba la Ley de Propiedad Intelectual en sus artículos 138 y 141. 6 permiten que el titular de un derecho de propiedad que pretenda ejercitar una acción por infracción de sus derechos puede requerir una diligencia preliminar o medidas cautelares urgentes que le permita obtener el nombre y la dirección de los infractores, siempre y cuando estos no sean realizados por meros consumidores finales actuando de buena fe y sin ánimo de obtener beneficios económicos o comerciales. Los datos personales de un usuario ligados a una IP específica y suministrados por un ISP podrían entenderse incluidos en dicha provisión; sin embargo, dado que los casos de intercambio P2P y *streaming* son realizados por los usuarios en el ámbito doméstico y sin un ánimo de lucro, los juzgados españoles son reacios a otorgar dichas diligencias preliminares o medidas cautelares por faltar el requisito lucrativo o comercial. Ve, por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona No. 15 del 10 de Diciembre de 2009 (JUR 2010/117525) y del 15 de Diciembre de 2009 (JUR 2010/117178).

⁷⁶ «HUSOVEC, Martin and Miquel PEGUERA. *Much Ado About Little: Privately Litigated Internet Disconnection Injunctions*» in IIC - The International Review of Intellectual Property and Competition Law. Springer Berlin Heidelberg, vol. 46, issue 1, February 2015. ISSN: 0018-9855, p. 21

⁷⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 24 de noviembre de 2011, asunto C-70/10, *Scarlet Extended v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*

⁷⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v. Netlog NV*

red vulnerando así el artículo 21 de la Ley 11 de marzo de 2003, provisión que traspuso el artículo 15 de la DEC a la legislación belga. El TJUE en respuesta a la cuestión preliminar planteada por la *Cour d'appel de Bruxelles* afirmó, dando la razón al ISP Scarlet, que un requerimiento judicial que ordenara imponer un sistema de filtrado que identifique: primero, entre todas las comunicaciones electrónicas transmitidas cuales son P2P; segundo, entre todas las obras compartidas cuales son titularidad de SABAM; tercero, cuales son los contenidos compartidos de forma ilícita y cuarto, bloquee solamente las que cumplan con los tres pasos anteriores sería contrario al artículo 15(1) DEC⁷⁹. Hoy en día estos sistemas de filtrado de contenido no son del todo utópicos, ya que como veremos más adelante con el *Content ID* de YouTube, permiten detectar material presuntamente infractor en cuestión de minutos, pero con consecuencias que pueden mermar el debido proceso y las garantías fundamentales al ejecutar sus algoritmos, limitando el disfrute de las exenciones y el uso libre de obras en el dominio público⁸⁰. Esto último es lo que direcciona el TJUE en *Scarlet Extended* al señalar que un sistema de filtrado que supervise la totalidad de las comunicaciones electrónicas efectuadas en la red del ISP, de forma permanente, exclusivamente a costa de sus recursos y comprendiendo no solo las lesiones sobre las obras existentes, sino también las obras futuras que aún no se hayan creado cuando se establezca ese sistema vulneraría abiertamente la libertad de empresa consagrada en el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸¹.

En un segundo round –pero contra un oponente distinto– SABAM solicitaba nuevamente al tribunal de *première instance de Bruxelles* un requerimiento judicial contra la red social Netlog –conocida como el Facebook belga– para que instalará un sistema de filtrado de contenido que impidiera a sus usuarios poder compartir, a través de la plataforma, el repertorio de obras musicales protegidas por derecho de autor sin su previa autorización o compensación. Al igual que el ISP Scarlet Extended, el proveedor de alojamiento de datos Netlog empleó la misma defensa invocando que un mandamiento judicial que obligara a instalar un sistema de filtrado general dirigido hacia todos sus usuarios, con carácter preventivo, por tiempo ilimitado y a sus expensas con el único propósito de identificar en sus servidores el material infringido de SABAM y, subsecuentemente, bloquearlo violaría el artículo 15(1) DEC. Tal como con su gemelo Scarlet, el TJUE (re)confirmó la posición antes tomada y concluyó, igualmente, que un requerimiento judicial que imponga una obligación general de monitoreo de todos los datos alojados en los servidores de la red social, tanto para detectar el contenido infractor como para prevenir futuras infracciones, resulta incompatible con la prohibición del artículo 15(1) DEC. Asimismo, el TJUE valoró que dicho sistema de filtrado vulneraría el derecho a la libertad de empresa dado que su desarrollo sería técnicamente complicado, oneroso y de aplicación indefinida en el tiempo.

Con estas sentencias similares vemos la *ultima ratio* que el TJUE merita a la supremacía de los derechos fundamentales de las personas naturales y jurídicas en aras de valorar el bien común de la sociedad, anteponiendo así su efectivo cumplimiento al de la protección patrimonial de los derechos de propiedad intelectual por las infracciones cometidas.

⁷⁹ Scarlet Extended, apartados 37-40

⁸⁰ FROSIO, Giancarlo. *The Death of 'No Monitoring Obligations': A Story of Untameable Monsters* in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC)*, vol. 8, issue 3, June 5, 2017. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2980786

⁸¹ Scarlet Extended, apartados 46-48

PANORAMA JURÍDICO EN EL DERECHO ESPAÑOL: DE LAS LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA DE SUS TRIBUNALES

El marco legal sobre la responsabilidad de los intermediarios en Internet reposa en la ley de servicios de sociedad de la información y comercio electrónico (LSSICE)⁸², la cual traspuso la DEC al derecho español. Las exenciones de responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información se encuentran recogidas en la sección 2 sobre el régimen de responsabilidad bajo los artículos 13 a 17 de la mencionada ley. Primeramente, el artículo 13 menciona que los intermediarios estarán sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico. A nuestro entender, salvos los casos expresamente recogidos en la LSSICE, un intermediario en Internet difícilmente será civilmente responsable de las infracciones cometidas por sus usuarios en el uso de sus servicios de transmisión o alojamiento de datos en Internet, ya que el sistema de responsabilidad civil extracontractual español exige una atribución de culpa o negligencia en la comisión u omisión de acciones que causen un daño⁸³, por lo que el nexo causal entre el hecho que causa el daño y el daño en sí resulta inexistente. El análisis de la responsabilidad penal y administrativa, por el contrario, se excluye al sobrepasar el ámbito de análisis del presente trabajo.

En relación a la exención de responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso y la responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios, nos remitimos a lo manifestado en la segunda parte sobre las actividades recogidas por la DEC dado que la trasposición hecha por el legislador español se asimila al texto de la directiva.

Por el contrario, el artículo 16 LSSICE sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento de datos recoge una atenuante relevante con respecto al texto de la directiva en virtud del nivel de ausencia de conocimiento efectivo requerido. En ese sentido, mientras que la DEC estima aplicable una ausencia de conocimiento de carácter general para cualquier tipo de responsabilidad civil, penal o administrativa; el nivel de ausencia de conocimiento se eleva en el caso específico de una acción civil por daños y perjuicios, ya que se incluye la falta de conocimiento de los hechos o circunstancias por la que la actividad revele su carácter ilícito (*constructive knowledge*). La LSSICE *a contrario sensu* limita a un desconocimiento general de la ilicitud de la información almacenada o de la actividad realizada junto con las acciones que lesionan bienes o derechos de terceros susceptibles de indemnización. Esta distinción, en un principio, resultaba favorable al proveedor de servicios de Internet ya que no perdía el beneficio del *safe harbour* mediante un conocimiento meramente indiciario o aparente de la actividad o información ilícita alojada, sino solamente por su completa ignorancia. Sin embargo, como veremos en los párrafos siguientes, han sido tanto el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) como las Audiencias Provinciales (AP) las encargadas de esclarecer el concepto “conocimiento efectivo” y sus formas de obtención. Respecto a la remoción o restricción de acceso al material ilícito una vez se tenga conocimiento efectivo, su trasposición fue similar a lo que dicta la DEC.

Otra importante distinción se recoge en el último párrafo del artículo 16.1 LSSICE acerca del momento en que se infiere que el prestador de un servicio en Internet adquiere conocimiento efectivo del ilícito. Esta provisión dispone que:

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

En principio, la obtención de conocimiento efectivo pareciera estar limitada a un sentido estricto, en-

⁸² Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico

⁸³ Artículo 1902 del Código Civil Español

tendiéndose como un sistema cerrado de posibles conocimientos donde un tribunal o autoridad por medio de una sentencia o resolución, respectivamente, debía declarar la ilicitud de la información alojada por el intermediario u ordenará la retirada del contenido infractor o la restricción a su acceso, o declarará la existencia de una lesión del derecho de un tercero, previa su notificación, independientemente de los procedimientos de detección y retirada (*notice and take down*) que los prestadores implementen o de otros medios de conocimiento efectivo que se establezcan. No es sino hasta el asunto *Asociación de Internautas v. SGAE*⁸⁴, comúnmente conocida como “*putasgae*”, donde el Tribunal Supremo de Justicia matizó la noción de conocimiento efectivo contenida en el artículo 16.1 LSSICE al afirmar que una interpretación en sentido estricto sería contrario al objetivo perseguido por la DEC que dispone en armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios y, en consecuencia, reduciría injustificadamente las posibilidades de obtención del “conocimiento efectivo” de la ilicitud de los contenidos almacenados por restringir los instrumentos aptos para alcanzar dicho conocimiento⁸⁵. Pero además el TSJ consigue rescatar el (des)conocimiento indiciario o aparente omitido por el legislador, pero salvaguardado por la DEC para las acciones por daños y perjuicios, al agrupar bajo la frase ‘otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse’ el conocimiento efectivo obtenido por hechos o circunstancias *ex re ipsa* o inferidos lógicamente del tenor injurioso de los datos alojados⁸⁶. Así, el primer grupo de conocimiento efectivo reconoce tanto la falta de conocimiento actual o su ignorancia como el conocimiento meramente indiciario.

En el segundo grupo vemos que el legislador reconoce un tipo de conocimiento efectivo mediante la implementación voluntaria de procedimientos de detección y retirada del contenido ilícito. Es importante destacar que aun cuando el texto de la DEC no recoge expresamente un sistema de *notice and take down*, tampoco le supone un obstáculo para que las partes interesadas –titulares de derechos y prestadores de servicios– puedan desarrollar y aplicar sistemas técnicos de protección e identificación y de supervisión que permitan retirar la información ilícita o restringir su acceso a ella⁸⁷. En virtud de esto, el legislador español, basándose en el modelo de *notice and take down* americano⁸⁸, acoge en su legislación el conocimiento efectivo cimentado en la notificación de la información presuntamente infractora mediante un aviso de infracción por el titular del derecho de propiedad intelectual. Sin embargo, tal notificación debe poder identificar con precisión los archivos específicos de la infracción para que el proveedor pueda adquirir un conocimiento efectivo. Esto se desprende de la sentencia *Telecinco v. YouTube*⁸⁹, que versaba sobre una reclamación por infracción de derecho de autor de Telecinco por emisiones y grabaciones audiovisuales de su titularidad alojadas en los servidores de *YouTube* (*youtube.es* y *es.youtube.com*) sin su autorización. La Audiencia Provincial de Madrid, basándose en *L’Oreal*, afirmó que una notificación de carácter general no determina la pérdida automática de la exención de responsabilidad dada su excesiva imprecisión o falta de fundamentación⁹⁰; por tanto, el hecho de que Telecinco no conceda licencia de sus programas, manifieste con carácter general una utilización masiva de videos que vulneran sus derechos de propiedad intelectual –sin individualizar el material infractor– o atribuya especial relevancia al hecho de que la “mosca” (entiéndase por logotipo) de Telecinco aparece en todos los videos alojados en la plataforma no son indicadores válidos para identificar indudablemente el material ilícito que le permita a *YouTube* obtener conocimiento

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Civil STS 7684/2009, *Asociación de Internautas v. SGAE*, 773/2009, de 9 de Diciembre de 2009, referida también como *putasgae*

⁸⁵ *Putasgae*, fundamento cuarto, párrafo cuarto, p. 5

⁸⁶ *Putasgae*, fundamento cuarto, párrafo cuarto, p. 6

⁸⁷ Considerando 40 de la DEC

⁸⁸ MARSOOF. *Op. cit.*, p. 10

⁸⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid N°11/2014 de 14 de enero de 2014, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28 Civil, *Telecinco v. YouTube*

⁹⁰ *Telecinco v. Youtube*, apartado 28

efectivo de los derechos infringidos⁹¹. Estos factores sólo serían relevantes si se le impusiera a *YouTube* una obligación de supervisión general de los contenidos almacenados o de realización de búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen la ilicitud de aquellos, lo cual resulta prohibido por el artículo 15 de la DEC⁹².

Vemos que al estimar de obligatorio cumplimiento la prohibición recogida en el artículo 15 de la DEC, la Audiencia Provincial de Madrid tiene en su mente –aunque no lo refleja en su sentencia– lo concluido en los antemencionados asuntos gemelos *Scarlet Extended* y *Netlog*, ya que si *YouTube* tuviera que verificar la presencia de la “mosca” de Telecinco en todos los videos alojados en su plataforma esto le supondría una obligación constante de supervisión general de cada video “subido” por sus usuarios a fin de determinar si vulneran o no los derechos de autor de Telecinco. Esta conclusión cobra mayor importancia dado el hecho que la LSSICE no contiene una provisión similar que prohíba imponer a los prestadores de servicios en Internet una obligación de supervisión general⁹³. Ciertamente lo que la DEC prohíbe es el establecimiento de un mandato de carácter obligatorio hacia los prestadores de servicios para que constantemente vigilen en sus servidores el posible alojamiento de contenido ilícito, pero no impide que en cumplimiento de su deber de diligencia puedan desarrollar y aplicar sistemas voluntarios de detección y retirada de contenidos para beneficiarse de la exención de responsabilidad en una segunda etapa⁹⁴; es decir, actúen con prontitud para retirar el contenido o hacer imposible su acceso a ellos.

En el caso de *YouTube*, el *Content ID*⁹⁵ es el sistema voluntario de detección y retirada instalado en su plataforma para remover los audios y videos que vulneren los derechos de autor de terceros. El *Content ID* funciona mediante el uso de una huella digital (*digital fingerprint*) sobre las copias de grabaciones musicales y audiovisuales enviadas a *YouTube* por los titulares de derecho autor y posteriormente almacenadas en una base de datos privada que le permite comparar dicha huella digital con cada uno de los videos subidos por los usuarios de la plataforma a fin de encontrar alguna coincidencia parcial o total con material protegido por derecho de autor⁹⁶. En caso de coincidencia, *YouTube* le envía una notificación al titular de derecho de autor con tres acciones para ejercer: 1) el bloqueo completo del video para impedir su visualización, 2) hacer un seguimiento de las estadísticas del video o 3) la monetización del video, ya sea mediante anuncios publicitarios o compartiendo los ingresos generados con el usuario que “subió” el video. Esta última opción es la más escogida por los titulares de derecho de autor debido a los beneficios económicos y publicitarios que le generan. Además, evitan tener que censurar todo tipo de contenido generado por usuario, el cual muchas veces está amparado por doctrinas de *fair use* o uso justificado del material protegido por derecho de autor. El sistema de *Content ID* permite, a su vez, que los usuarios no conformes con la reclamación hecha sobre su contenido pueden impugnar y hasta apelar en caso de que el titular de derecho de autor mantenga su reclamación; sin embargo, la mayoría de los usuarios no utilizan esta función por propio desconocimiento de ella, de sus derechos o por el temor a ser demandados por la empresa multinacional titular de los derechos de autor en disputa⁹⁷.

Por último, la LSSICE contiene una provisión específica para los prestadores de servicios que facilitan

⁹¹ Telecinco v YouTube, apartados 29 y 30

⁹² Telecinco v YouTube, apartados 31

⁹³ Telecinco v YouTube, apartados 32

⁹⁴ ORTEGO RUIZ, Miguel. *Prestadores de servicios de Internet y alojamiento de contenidos ilícitos* (primera edición), Editorial Reus, S.A., 2015, p. 57

⁹⁵ <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=es>

⁹⁶ SOLOMON, Leron. *Fair Users or Content Abusers? The Automatic Flagging of Non-Infringing Videos by Content ID on YouTube*. Hofstra Law Review, vol. 44, Issue 1, Article 8, 2015, p. 20, <http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol44/iss1/8>

⁹⁷ *Ibidem*

enlaces a contenidos (*hyperlinking*) y los instrumentos o motores de búsqueda (i.e. Google) que la DEC, por el contrario, obvia dentro de las actividades de intermediación que pueden beneficiarse de las exenciones de responsabilidad. No obstante, el TJUE ha esbozado la responsabilidad civil de los proveedores de hipervínculos de acuerdo a tres sentencias de referencia: *GS Media v Sanoma*⁹⁸-enlace a una página web para descargar fotos de una modelo *Playboy* sin la autorización del titular de las fotografías-, *Filmspeler*⁹⁹-aparatos reproductores de audio y video vía *streaming* con complementos preinstalados que enlazan a páginas web donde se emiten contenidos protegidos sin autorización de los titulares de derechos de autor- y *Ziggo v. Brein*,, mejor conocido como *The Pirate Bay*¹⁰⁰, -indexación y categorización de los metadatos de obras protegidas por derecho de autor alojados en los ordenadores de los usuarios de una red P2P para su posterior carga/descarga. Si bien es cierto todas ellas versan sobre la interpretación del alcance del derecho a prohibir que intermediarios realicen actos de comunicación al público de obras protegidas por derecho de autor a la luz de lo consagrado en el artículo 3(1) de la Directiva *Infosoc*, no es menos cierto que indirectamente hacen eco al criterio de actuación diligente de los operadores económicos establecido en *L'Oreal*. De este modo, no solo el conocimiento efectivo genera responsabilidad sino también el conocimiento de hechos o circunstancias que revelen el carácter ilícito de la información o actividad alojada, coyuntura circunscrita a la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento de datos (*hosting*)¹⁰¹. Sin embargo, un matiz importante –e inexistente dentro de las exenciones de responsabilidad incluidas en la DEC- es el hecho de ligar el ánimo de lucro perseguido por el intermediario como presunción de conocimiento de la actividad ilícita¹⁰². En cambio, la responsabilidad civil de los motores de búsqueda encaja en la noción de hospedaje de datos según lo antemencionado en *Google France*¹⁰³.

Por esta relación intrínseca existente entre los proveedores de hospedaje de datos y los proveedores de hipervínculos y los motores de búsqueda vemos atinada la expresa inclusión en la LSSICE del artículo 17 dedicado a la exención de responsabilidad de los dos últimos al disponer que los prestadores de servicios en Internet que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o que si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. Así, en el asunto *Palomo v. Google*¹⁰⁴ el TSJ afirmó que el motor de búsqueda Google no incurría en responsabilidad por proporcionar enlaces a artículos en páginas web contentivas de falsas acusaciones del demandante en detrimento de su derecho al honor. Primero, porque de los hechos acreditados no podía inferirse de forma lógica que la información, en efecto, fuese falsa o que revelase de manera notoria su carácter ilícito. Tampoco era suficiente que la parte ofendida se

⁹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2016, asunto C-160/15, *GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV*.

⁹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 26 de abril de 2017, asunto C-527/15, *Stichting Brein v. Jack Frederik Wullems*, que también actúa bajo el nombre de *Filmspeler*

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de junio de 2017, asunto C-610/1 , *Stichting Brein v. Ziggo BV*, que también actúa bajo el nombre de *The Pirate Bay*.

¹⁰¹ A diferencia de las sentencias sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación según la DEC, el TJUE incluye la presunción de conocimiento de la ilicitud cuando existe ánimo de lucro por parte del intermediario. Para información más detalla ver, ROSATI, Eleonora. *The CJUE Pirate Bay judgment and its impact on the liability of online platforms in European Intellectual Property Review*, July 21, 2017. <https://ssrn.com/abstract=3006591>

¹⁰² *GS Media*, apartado 51; *Filmspeler*, apartado 50 ; *The Pirate Bay*, apartado 46

¹⁰³ Ver *supra* pie de página 44

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Civil STS 2245/013, *Palomo v. Google*, 144/2013, de 4 de marzo de 2013

hubiera dirigido a Google para requerir la retirada de la información considerada ilícita, dado que dicha comunicación carecía de la resolución judicial del proceso civil incoado contra el autor original de la noticia enlazada. Por tanto, Google estaba exento de responsabilidad por falta de conocimiento efectivo acerca de la falsedad de la información.

PANORAMA JURÍDICO EN EL DERECHO PANAMEÑO: DE LA LEY 51 DE 22 DE JULIO DE 2008 A LA INEXISTENCIA JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS INTERMEDIARIOS

A diferencia de la técnica legislativa utilizada en el marco europeo con la trasposición de la DEC a la legislación nacional de cada Estado Miembro de la Unión Europea, el modelo de exclusión de responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet en Latinoamérica es abierto a la libertad parlamentaria de cada Estado de acuerdo a su soberanía territorial. No obstante, la marcada influencia de la DMCA como consecuencia de la firma de Tratados de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos de América ha sido el factor común en la región para impulsar leyes, decretos y reglamentos que regulen los límites de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en Internet. De ese modo, países como Chile¹⁰⁵ y Costa Rica¹⁰⁶ han cumplido con estos compromisos internacionales y, por tanto, transpuesto de diferentes formas las exenciones de responsabilidad de los intermediarios en beneficio de una protección tripartita entre los derechos de autor, los derechos de los intermediarios y los derechos de los usuarios.

La República de Panamá, como país centroamericano, no escapó del escenario colectivo de la región y firmó, a su vez, un tratado internacional conocido como el Tratado de Promoción Comercial (TPC) entre la República de Panamá y los Estados Unidos de América, el cual fue aprobado y acogido en la legislación panameña mediante Ley 53 de 13 de diciembre de 2007. De acuerdo al mencionado texto aprobado, los gobiernos de ambos Estados acordaron, entre otras cosas, principios básicos de protección y reconocimiento de distintos derechos de propiedad intelectual (Capítulo XV), y -esencial para el presente estudio- los primeros cimientos del derecho panameño en materia de exención de responsabilidad de intermediarios en Internet, bajo el título “Limitaciones en la Responsabilidad de los Proveedores de Servicios” por infracciones de derechos de autor y derechos conexos¹⁰⁷. Este antecedente supuso para Panamá el deber de garantizar procedimientos civiles y penales con recursos expeditos para prevenir cualquier infracción de derechos de autor y disuadir las futuras infracciones en Internet, que a la postre fueron implementados con la reforma de la Ley 64 de 10 de octubre de 2012 sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, específicamente, introduciendo las acciones civiles para cesar la actividad ilícita y prohibir su reanudación¹⁰⁸. De igual forma, zanjó la carencia de reglas básicas para la constitución de una estructura de limitaciones relativas al alcance de los recursos disponibles contra los proveedores de servicios que no controlen el contenido de la información, ni hayan iniciado o dirigido su transmisión o alojamiento, y ocurran a través de sistemas de redes operados por ellos. Por último, describió el proceso de aplicación de dichas limitaciones (entiéndase por exenciones) según

¹⁰⁵ Ley N° 20.435 de 4 de mayo de 2010 que modifica la ley N° 17.336 de sobre Propiedad Intelectual. Para un análisis más profundo ver: ÁLVAREZ, Daniel. 2011. The Quest for a Normative Balance: The Recent Reforms to Chile’s Copyright Law. Policy Brief 12. International Centre for Trade and Sustainable Development, [en línea] [consultado el 15 de noviembre de 2015], p. 3.

¹⁰⁶ Reglamento N°36880-COMEX-JP sobre la limitación a la responsabilidad de los proveedores de servicio por Infracciones a Derechos de Autor y Conexos de acuerdo con el Artículo 15.11.27 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos

¹⁰⁷ Cabe mencionar que tanto las limitaciones estipuladas en el TLC firmado con Centroamérica y República Dominicana como las incluidas en el TPC con Panamá descansan sobre la misma provisión del artículo 15.11.27.

¹⁰⁸ Artículos 167 y 168 de la Ley N°64 de 10 de octubre de 2012 sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, publicada en Gaceta Oficial N°27139-B de 10 de octubre de 2012

cuatro servicios conocidos: (A) transmisión, enrutamiento o suministros de conexiones para materiales sin modificaciones en su contenido, o el almacenamiento intermedio y transitorio de dicho material en el curso de ello; (B) almacenamiento temporal llevado a cabo mediante un proceso automático (*ca-ching*); (C) almacenamiento a petición del usuario del material que se aloja en un sistema o red controlado u operado por o para el proveedor de servicios; y (D) referir o vincular a los usuarios a un sitio en línea mediante la utilización de herramientas de búsqueda de información, incluyendo hipervínculos y directorios.

En principio, las exenciones de responsabilidad de los intermediarios en Internet eran previstas sólo para las presuntas infracciones de derecho de autor y derechos conexos y no para las otras infracciones de derechos de propiedad intelectual como las marcas, los diseños y las patentes. Esto se debió a la similitud existente entre las limitaciones estipuladas en el TPC y el modelo vertical del DMCA¹⁰⁹ aplicable solamente a las infracciones de derecho de autor, que en cambio, el sistema europeo extiende a todas aquellas infracciones llevadas cabo por los servicios de la sociedad de información. Sin embargo, el legislador panameño solo tomó de guía este marco regulatorio y lo adaptó con motivo de la reforma a la Ley 43 de 31 de junio de 2001 que definía y regulaba los documentos y firmas electrónicas y el intercambio de documentos electrónicos. Así la Ley 51 de 22 de julio de 2008¹¹⁰ (en adelante: LDFCE) es la vigente ley orgánica sobre comercio electrónico en la República de Panamá que contiene la provisión sobre el sistema de exención de responsabilidad de los intermediarios en Internet secundado según el sentido amplio contenido en el sistema de la LSSICE española para las actividades comercio en línea sometidas a su competencia.

El principal objeto perseguido por esta ley era el desarrollo de la firma electrónica y los certificados electrónicos en Panamá. No obstante, el legislador recordando la necesidad de protección tripartita de derechos dentro del comercio electrónico crea el marco regulador de "... obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios comerciales a través de Internet, incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de comunicación, el intercambio de información y documentación comercial por vía electrónica..."¹¹¹ concibiéndose así las limitaciones de responsabilidad en el ejercicio de actividades de intermediación. Estos prestadores de servicios de intermediación son definidos en la ley como:

Toda persona natural o jurídica que:

- a Facilite el servicio de acceso a Internet.*
- b Transmite datos por redes de telecomunicaciones.*
- c Realiza copias temporales de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios.*
- d Aloja en sus propios servidores datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros.*
- e Provee de instrumentos de búsquedas, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet¹¹².*

Cabe destacar que, contrario a la LSSICE, la ley panameña matiza el contenido del alcance de los proveedores de acceso a redes –desde una perspectiva técnica- a solo aquellos que faciliten el acceso a redes que utilicen el protocolo TCP/IP; lenguaje de comunicación utilizado entre todos los ordena-

¹⁰⁹ Ver *supra* pie de página p. 15

¹¹⁰ Que define y regula los documentos electrónicos y la firmas electrónicas y la prestación de servicios de almacenamiento tecnológico de documentos y de certificación de firmas electrónicas y adopta otras disposiciones para el desarrollo del comercio electrónico, publicada en Gaceta Oficial N° 26090 de 24 de julio de 2008

¹¹¹ Artículo 1 de la Ley 51 de 2008

¹¹² Artículo 2, numeral 29 de la Ley 51 de 2008

dores y demás dispositivos conectados a la red de Internet¹¹³. Este matiz genera, por tanto, una indefensión jurídica sobre las personas naturales y jurídicas que faciliten el servicio de acceso a otras redes de telecomunicación por medio de protocolos distintos al citado (como Usernet, BITNET o Compu-Serve) por no estar expresamente incluidos en la definición de la ley. Curiosamente la técnica legislativa utilizada por el legislador panameño, siguiendo los parámetros de la LSSICE al pie de la letra, no produce un resultado satisfactorio, sino más bien inconsistente y peligroso ya que olvida la anterior definición y por tanto amplía arbitrariamente el alcance de las limitaciones de responsabilidad a todos los operadores y proveedores de acceso a redes de telecomunicación, más allá de la Internet.

Entrando ya en la materia que nos compete, las obligaciones y limitaciones a la responsabilidad de los intermediarios en Internet se encuentran recogidas entre los artículos 84 al 91 de la LDFCE. Como punto de partida, la ley reconoce que los prestadores de servicio están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en la legislación, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley¹¹⁴. Tal cual como suscita con la legislación española, la LDFCE refiere a una lista de exenciones de responsabilidad que los intermediarios pueden acogerse en caso que terceros utilicen sus servicios para infringir un derecho protegido, más no determina las circunstancias o situaciones en que los intermediarios resultan responsables. Para establecer esta responsabilidad debemos remitirnos a las normas del Código Civil panameño¹¹⁵ que regulan las obligaciones que nacen por culpa o negligencia del actor¹¹⁶, donde se estipula que “[aquel] que por acción u omisión cause un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño”¹¹⁷ incluyendo “no sólo [sus] actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”¹¹⁸. A primera vista, fuera de las limitaciones estipuladas en la LDFCE, el intermediario en Internet pareciera no fuera responsable por los servicios prestados en línea a solicitud de terceros, dada la inexistencia del nexo causal entre la acción causante del daño y el propio daño. Sin embargo, resulta válido considerar el escenario contrario por el hecho de no existir en la LDFCE una norma que prohíba una obligación general de supervisión y monitoreo de los datos transmitidos y almacenados por los prestadores de servicios en Internet. Dado que el *onus probandi* de la debida diligencia empleada para evitar el daño recae sobre el prestador de servicios comerciales a través de Internet¹¹⁹-en caso de no gozar de protección bajo alguna de las limitaciones establecidas en la ley- se desencadenaría una posible responsabilidad subjetiva por omisión de su deber de diligencia al no prever el uso de sistemas de filtrado de contenidos o aparatos tecnológicos que monitoreen constantemente los datos transmitidos y/o almacenados en sus redes para detectar el material ilícito o posibles hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas. Debido a la falta de jurisprudencia a este respecto, queda sólo esperar los futuros pronunciamientos de los Tribunales de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor¹²⁰ para dilucidar

¹¹³ BARRIO ANDRÉS, Moisés. *Derecho público e Internet: la actividad administrativa de la Red* en Colección de Estudios y Documentos (primera edición), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, España, 2017. ISBN: 9788473516150, p. 2-3

¹¹⁴ Artículo 84 de la Ley 51 de 2008, el cual se inspira en el artículo 13 LSSICE

¹¹⁵ Código Civil de la República de Panamá, Editorial Mizrahi & Pujol, S.A., Décimo Quinta Edición, enero 2009.

¹¹⁶ Título XVI, Capítulo II del Código Civil de Panamá

¹¹⁷ Artículo 1644 del Código Civil de Panamá

¹¹⁸ Artículo 1645 del Código Civil de Panamá

¹¹⁹ Artículo 1645, último párrafo señala que: la responsabilidad cesará cuando las personas de derecho privado prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

¹²⁰ La Jurisdicción de Libre Competencia y Asuntos al Consumidor son los órganos competentes en conflictos de propiedad intelectual. Está compuesta por el Tercer Tribunal Superior Superior de Justicia del Primer Circuito Judicial de Panamá, los juzgados Octavo y Noveno de Circuito Civil y el Juzgado Séptimo Municipal.

la existencia o no de una responsabilidad por culpa o negligencia del intermediario en Internet ante la situación descrita.

Antes de entrar a valorar las limitaciones de responsabilidad recogidas la LDFCE, resulta importante acentuar la obligación específica que la ley impone a los operadores de redes y proveedores de acceso (ISP), la cual a nuestro juicio instaura serias dudas acerca del alcance de su obligatoriedad. El artículo lee:

Artículo 87. Obligaciones de los operadores de redes y proveedores de acceso.

Cuando una autoridad competente, por razón de la materia, hubiera ordenado que se interrumpa la prestación de un servicio comercial por Internet o la eliminación de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en el territorio nacional, y para ello fuera necesaria la colaboración de prestador de servicios de intermediación, podrá ordenar a dicho prestador, mediante solicitud motivada a la Dirección General de Comercio Electrónico, que se suspenda la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de comunicación o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación que realizarán.

La provisión desatina jurídicamente debido a que el legislador confunde la terminología empleada con la magnitud de los servicios prestados por los operadores de redes y proveedores de acceso. Recordemos que la definición enmarcada en el artículo 2, numeral 29 de la LDFCE reconoce cinco tipos diferentes de prestadores de servicios; sin embargo, tan sólo dos de ellos, verbigracia, los que facilitan el acceso a Internet (acápite a.) y los que transmiten datos por redes de telecomunicaciones (acápite b.) serían los incluidos dentro de la definición de operadores de redes y proveedores de acceso y por tanto los obligados a cumplir con la imposición del artículo 87 LDFCE. La ley bien define como independientes a los prestadores de servicio de *caching* (acápite c.), los prestadores de servicio de *hosting* (acápite d.) y los motores de búsqueda (i.e. Google) y proveedores de hipervínculos (acápite e.). No obstante, el legislador omite esta distinción y decide otorgar *ex abrupto* a la Dirección General de Comercio Electrónico (DGCE) la facultad para suspender, mediando previa solicitud de autoridad competente, no solo la transmisión de datos y el acceso a redes de comunicación, sino también a los datos alojados en sus servidores y cualquier otro servicio equivalente de intermediación en Internet. Así, aun cuando se pudiera entender que la obligación se dirige solamente a los prestadores de servicios de acceso a Internet (ISP) dado que la misma versa sobre la acción de suspensión de acceso a la dirección IP del infractor¹²¹, no es menos cierto que la inclusión de los demás servicios permite ejercer la acción de suspensión indistintamente del tipo de servicio de comercio electrónico prestado por el intermediario. Por consiguiente, esta atribución dada a una autoridad administrativa para suspender todos los servicios comerciales prestados en Internet supondría –a nuestro entender– una infracción a la norma por exceder su competencia. En este punto también recalamos la carente jurisprudencia en el tema que no permite su desarrollo más allá de las ideas esbozadas en el presente trabajo.

A continuación analizaremos las limitaciones de responsabilidad que la LDFCE establece en favor de los intermediarios en Internet.

Artículo 88. Limitación de la responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso.

El operador de redes de comunicación o el proveedor de acceso a una red de comunicación que transmita datos facilitados por el destinatario del servicio no será responsable por la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado o seleccionado los datos o a los destinatarios de dichos datos.

No se entenderá por modificación la manipulación estrictamente técnica de los archivos que alberguen los datos y que tiene lugar durante la transmisión de dichos archivos.

¹²¹ El Decreto Ejecutivo 40 de 19 de mayo de 2009 que reglamenta la Ley 51 de 2008 establece en su artículo 52 permite entender que la solicitud de suspensión ordenada por autoridad competente posee un carácter dualista refiriéndose a la suspensión de servicios comerciales a través de Internet de forma general y la suspensión de acceso a una dirección IP de forma específica.

Las actividades de transmisión y provisión de acceso a que se refiere el apartado anterior incluyen el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de comunicación y su duración no supere el tiempo establecido en la reglamentación técnica de esta Ley.

Esta limitación deviene en una copia parafraseada de la exención de responsabilidad del artículo 14 LSSICE, por lo que nos remitimos a lo antes analizado¹²². No obstante, debemos señalar una diferencia negativa con respecto a la duración de la transmisión de los datos en la red. De acuerdo a la LSSICE se requiere que la duración de la transmisión de los datos no supere el tiempo razonablemente necesario para ello, permitiendo que sean los usos y costumbres del comercio de los operadores de redes y proveedores de Internet y, a falta de consenso, los tribunales de justicia los que cuantifiquen el tiempo necesario para realizar la transmisión. Por el contrario, el legislador panameño deja dicha labor a la reglamentación técnica de la LDFCE, que a fecha de hoy continua pendiente. Consecuentemente entendemos que hasta que no se conciba la reglamentación técnica de la ley, los tribunales de justicia serán los competentes, de acuerdo a las pruebas presentadas y los dictámenes técnicos de los peritos, los que determinen el tiempo razonablemente necesario para beneficiarse de la limitación de responsabilidad.

Por lo que respecta a la limitación del artículo 89 LDFCE sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios de comercio a través de Internet que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios, o en pocas palabras, prestan el servicio de memoria tampón o *caching*, nuevamente la ley panameña copia fidedignamente la letra y el espíritu del artículo 15 LSSICE. Nos remitimos por tanto a lo previamente desarrollado bajo la DEC¹²³.

Artículo 90. Limitación de la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.

El prestador de un servicio comercial a través de Internet que alberga datos proporcionados por el destinatario de este servicio no será responsable por la información almacenada a petición del destinatario cuando no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptible de indemnización.

Sin perjuicio de los procedimientos de detección y eliminación de contenidos de una red de comunicación que el prestador de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos aplique en virtud de reglamentos, acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse, se entenderá que no concurren las circunstancias señaladas en el primer párrafo, cuando una autoridad competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su eliminación de una red de comunicación o que se imposibilite el acceso a estos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución y el prestador de servicios actúe con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

La exención de responsabilidad establecida en este artículo no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.

Como hemos desarrollado a través de este trabajo, el conocimiento efectivo resulta clave para determinar si el intermediario en Internet le es aplicable la exención de responsabilidad por alojar datos que son ilícitos o que violan derechos de terceros susceptibles de una compensación económica. La provisión entiende que es la ausencia de conocimiento del contenido ilícito lo que permite beneficiarse de la exención y que sólo se adquiere dicho conocimiento en sentido restrictivo; es decir, cuando una autoridad competente declare la existencia de la ilicitud de los datos alojados y por tanto ordene al intermediario en Internet su inmediata eliminación o imposibilite el acceso a ellos. Presuponemos que

¹²² Ver *supra* notas y texto de la página 17

¹²³ *Ibidem*

el sentido restrictivo de obtención de conocimiento podrá ser ampliado al dejarse la puerta abierta para que los titulares de derecho de autor tengan otras vías de puesta en conocimiento de la actividad ilícita al intermediario. Ya sea que se implementen sistemas de *notice-and-takedown* o *notice-and-no-tice* con base a acuerdos voluntarios, como el *Content ID* de *YouTube*, o la DGCE emita reglamentos¹²⁴, en su calidad de entidad reguladora de los prestadores de servicios comerciales en Internet, contentivos de principios básicos¹²⁵ para entender el cómo y el cuándo se entiende obtenido el conocimiento efectivo o se extienda su alcance por la vía judicial tal como el Tribunal Supremo de Justicia y la Audiencia Provincial de Madrid en España hicieron en los asuntos de *putasgae*¹²⁶ y *Telecinco*¹²⁷ referente a otros medios de conocimiento efectivo que puedan establecerse.

Por otra parte, no comprendemos ¿por qué la diligencia del intermediario para suprimir o inutilizar el contenido ilícito es una condición adicional para entender que no concurre la circunstancia de desconocimiento y no responsabilidad si la resolución emitida por la autoridad competente que ordena la retirada o el bloqueo del contenido ya lo pone en conocimiento? El hecho de usar la conjunción copulativa “y” en la frase “...el prestador conociera la correspondiente resolución y el prestador de servicios actúe con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente” resulta ambigua porque da a entender que la notificación de la resolución emitida por la autoridad competente no posee la fuerza legal suficiente para exigir *per se* el cumplimiento de la orden de supresión o inutilización del material ilícito contenida en dicha resolución. En nuestra opinión, esta confusión se crea nuevamente por la mala técnica legislativa empleada al transcribir la provisión con base a la LSSICE. En la mencionada norma española la exención de responsabilidad depende de dos pasos o circunstancias alternas, a saber, que exista un (des)conocimiento efectivo sobre la ilicitud de la actividad o que al momento de obtener el conocimiento efectivo el intermediario en Internet actúe con la diligencia debida para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Significa que aun cuando el intermediario obtenga conocimiento efectivo que en sus servidores almacena datos con carácter ilícito, la ley le otorga una segunda oportunidad para estar dentro de la exención si diligentemente elimina o bloquea el acceso a ellos. Además, es en un párrafo independiente que se reconoce la obtención de conocimiento efectivo cuando una autoridad competente declare la ilicitud de los datos alojados o una lesión de derechos de terceros y se le notifique al intermediario por medio de una resolución. Esto permite entender que la debida diligencia opera como un requisito distinto a la obtención de conocimiento efectivo pero necesario para que el intermediario goce de la protección de la exención de responsabilidad una vez haya adquirido dicho conocimiento. Tampoco comprendemos porque la provisión sobre servicios de alojamiento de datos hace referencia a “*suprimir o inutilizar el enlace correspondiente*” cuando el facilitar enlaces a otros contenidos no es un servicio realizado por un alojador de datos, sino más bien lo contrario, al basar su modelo de negocio en la capacidad de enlazar a contenidos digitales que no están almacenados en sus servidores. Además, el artículo 91 LDFCE regula, a parte, el alcance de la exención de responsabilidad de los enlazadores y motores de búsqueda como veremos a continuación.

Artículo 91. Limitación de la responsabilidad del prestador de servicio que facilite enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

El prestador de servicios comerciales a través de Internet que facilite enlaces a otros contenidos o incluya en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no será responsable

¹²⁴ Tanto el artículo 70 de la ley 51 de 2008 como el artículo 9 del decreto ejecutivo 40 de 2009 que la reglamenta, conceden a la Dirección General de Comercio Electrónico facultades para emitir reglamentos y resoluciones técnicas que establezcan las condiciones técnicas mínimas a cumplir por las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la prestación de servicios regulados por ellos.

¹²⁵ The Manila Principles on Intermediary Liability Background Paper version 1.0, 30 de Mayo. <https://www.eff.org/document/manila-principles-background-paper-10>

¹²⁶ Ver *supra* pie de página 85

¹²⁷ Ver *supra* pie de página 90

por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remite o recomienda es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización.

Sin perjuicio de los procedimientos de detección y eliminación de contenidos de una red de comunicación que el prestador aplique en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse, se entenderá que no concurren las circunstancias señaladas en el párrafo anterior, cuando una autoridad competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su eliminación de una red de comunicación o que se imposibilite su acceso, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución y el prestador de servicios actúe con negligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

La exención de responsabilidad establecida en el apartado primero no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador de servicios que facilite enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

Por último, la exención de responsabilidad de los enlazadores y motores de búsqueda se aplica para los servicios de provisión a terceros de enlaces a otros contenidos esparcidos en la Internet, facilitando su búsqueda y los resultados deseados de forma indexada o categorizada para su mejor visualización. Hay una concordancia *mens legis* entre la presente norma y la contenida en el artículo 17 de la LSSICE como, análogamente, con la anterior provisión sobre limitación de los prestadores de servicios de alojamiento de datos al basar el ejercicio de la exención en la existencia o no de conocimiento efectivo de la ilicitud. Por lo tanto, nos referimos a lo antes analizado para ambos casos. Empero, deseamos subrayar que el uso de la frase “actúe con negligencia” en esta norma y “actúe con diligencia” para suprimir o inutilizar los enlaces declarados ilícitos o infractores de derechos de terceros en la anterior, evidencian claramente que el criterio de responsabilidad derivada de la culpa o responsabilidad secundaria es el que impera en la legislación panameña y, que por tanto, será el accionado por los titulares de derecho de autor en defensa a la protección de sus derechos patrimoniales y morales.

CONCLUSIONES

El Internet ha revolucionado la manera en que vivimos, trabajamos y nos relacionamos con otras personas de forma tal que el acceso público a la información y otros contenidos digitales lo conseguimos de manera rápida, barata y al tiempo que deseamos. Estas virtudes del Internet, a su vez, representan sus mayores críticas debido al ecosistema de vulneración de derechos de terceros, especialmente de infracciones de propiedad intelectual, instaurado bajo el manto del anonimato digital con que se cubren sus infractores. Las grandes dificultades técnicas, económicas y de tiempo que les simbolizan a los titulares de derecho de propiedad intelectual tener que perseguir individualmente a los millones de ciberusuarios que -consciente o negligente- infringen sus derechos en Internet, ha desencadenado la tendencia horizontal o vertical de litigar no contra los infractores directos, sino en contra de los intermediarios cuyo terceros utilicen sus servicios para infringir un derecho de propiedad intelectual.

Como respuesta al conflicto surgido entre derechohabientes e intermediarios, se originan distintos modelos de responsabilidad distendidos a nivel mundial de acuerdo a las políticas públicas que los gobiernos regentes promueven según el nivel de flexibilidad con que los datos se transmitan en las redes y se almacenen en los servidores. En conformidad con ello, la mayor maleabilidad se produce en los sistemas de inmunidad absoluta, donde el intermediario es blindado de toda responsabilidad sobre el contenido en línea objeto de intermediación, mientras que la mayor restricción se da dentro de los sistemas con responsabilidad objetiva que obliga directamente a remover, bloquear y censurar todo contenido presuntamente ilícito, difamatorio e incluso paródico que se transmite y/o aloje en sus redes, so pena de sanción monetaria y hasta privativa de libertad. El tercer modelo conocido como de *safe harbour* es, por tanto, la solución intermedia al justo equilibrio entre el interés privado del titular de derecho de propiedad intelectual y el interés público de todos aquellos usuarios que promulgan una Internet libre con matiz de *copyleft*.

En Europa el debate sobre la responsabilidad civil de los intermediarios en Internet se centra en los nuevos modelos de negocio de alojamiento de datos que exceden el clásico rol de almacenamiento meramente técnico, automático y pasivo, *a contrario sensu*, controlan con ciertos límites el contenido almacenado en sus servidores a fin de optimizar la experiencia de sus usuarios durante el uso de las plataformas en línea como eBay. Es en este panorama donde el conocimiento efectivo juega un papel determinante para la aplicación de la exención de responsabilidad y que, gracias a al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *L'Oreal*, se pudo trazar la estrecha pero marcada línea que define cuando se tiene entiendo su obtención. Así, tanto un rol activo desempeñado durante la transmisión y/o alojamiento de datos como la falta de diligencia que un operador económico confrontado frente a hechos o circunstancias evidentes que permiten deducir su carácter ilícito son modos de adquirir el conocimiento efectivo y que, por tanto, desprotegen de la exención de responsabilidad de puerto seguro.

Un enfoque proclive a cesar la infracción y su futura continuación mediante la interposición de medidas cautelares y mandamientos judiciales que ordenen el retiro del material infractor o bloquen las rutas para su acceso han ido ganando simpatía entre los titulares de derecho de autor y de a poco conseguido desplazar a las clásicas acciones por daños y perjuicios contra los intermediarios. Este cambio en la actitud del litigio por parte del titular de derecho de autor se deriva del hecho que el ejercicio de un requerimiento judicial en el ámbito de la propiedad intelectual es independiente de la existencia o no de responsabilidad civil del intermediario. Por ello, aunque el *safe harbour* proteja al intermediario, un mandamiento judicial que ordene la remoción del material ilícito será viable siempre y cuando no imponga una obligación general de supervisión de todos los datos que circulan a través de las redes y servidores del intermediario por ser contrario al artículo 15 DEC y—de acuerdo a los gemelos *Scarlet* y *Netlog*—vulnerador de la garantías fundamentales consagradas en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Además, la falta de armonización a nivel europeo sobre la responsabilidad civil secundaria dificultaría saber con exactitud el resultado de cada litigio accionado en Europa por la necesaria dependencia de la aplicación de la ley nacional por jueces nacionales de cada Estado Miembro donde se litigue y que fácilmente daría como resultado sentencias discordantes y hasta excluyentes; un alto coste que no todos los titulares de derecho están dispuestos a correr.

La actividad de enlazar usando hipervínculos es el corazón que mueve a la Internet, por lo que limitar su responsabilidad frente a posibles infracciones de derecho resultaba de vital importancia en el Reino de España para tener una red donde la información fluyera libremente. La inclusión expresa de una categoría de limitación de responsabilidad dirigida a los prestadores que facilitan enlaces a contenido o instrumentos de búsqueda consiguió cubrir completamente el vacío dejado por la DEC acerca del estatus jurídico de los nuevos modelo de negocio tipo motores de búsqueda —Google— y plataformas de intercambio de archivo *peer to peer* —*The Pirate Bay*—. Por otra parte, la sentencia *Promusicae v. Telefonica* sentó las bases para la protección y el debido respeto de los datos personales de los usuarios detrás de direcciones IP, permitiéndole al Reino de España requerir a los ISP que desvelen los datos de aquellas personas que cometan un delito penal grave, pero no así para proceder civilmente contra el infractor directo de un derecho de propiedad intelectual. En tanto que el famoso asunto *putasgae* logró expandir el sentido estricto de obtención de conocimiento efectivo e introdujo, a su vez, el conocimiento efectivo indiciario o *constructive knowledge* anglosajón. Por su parte, el caso *Telecinco v. YouTube* consiguió introducir la prohibición general de supervisión y monitoreo de los datos en las redes y servidores de los intermediarios olvidada por el legislador español al trasponer la DEC.

Por último, la incipiente situación de la responsabilidad civil de los intermediarios en la República de Panamá augura un tormentoso panorama para aquellos prestadores de servicios comerciales en Internet que realicen actividades dirigidas al territorio panameño y por tanto sean objeto de futuras demandas por responsabilidad civil. Los grandes desaciertos en la redacción de la ley 51 de 2008 dejan más dudas que respuestas acerca de la coyuntura legal de los intermediario en Internet y la capacidad real de las limitaciones de responsabilidad civil para salvaguardar ambos intereses por las actuaciones de

terceros que utilicen los servicios de un intermediario en Internet para infringir un derecho de propiedad intelectual. La carencia de reglamentos jurídicos que esclarezcan mejor el tema y de reglamentos técnicos que desarrollen las condiciones técnicas mínimas requeridas para beneficiarse de la exención, por ejemplo, para entender cuál sería el tiempo razonable que debe durar la transmisión de la memoria caché, tampoco son señales muy esperanzadoras. Una nueva reforma a la ley 51 de 2008, por tanto, sería lo ideal para enmendar los vacíos legales existentes y promulgar una ley más sólida tendiente a la protección no sólo de la responsabilidad civil del intermediario en sí, sino también de todos los derechos y garantías fundamentales que la Unión Europea vela proteger para la eficacia del comercio electrónico europeo. En este sentido, un especial énfasis se debe otorgar a la urgente y necesaria protección de los datos de carácter personal; asignatura todavía pendiente en el parlamento panameño al haberse retirado el Proyecto de Ley N° 463 por falta de capacidad presupuestaria y estructural de la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI), entidad rectora designada para implementar dicha protección de los datos de carácter personal. Otra solución sería el desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad de los intermediarios en Internet por los tribunales de la jurisdicción de libre competencia y asuntos del consumidor. No obstante, somos de la opinión que debido a la carencia de sentencias en la actualidad –inclusive de resoluciones de juzgados municipales de primera instancia– este plan de acción para elaborar una casuística importante en el tema de responsabilidad civil de los intermediarios en Internet tomaría mucho tiempo, dejando en el ínterin a muchas personas naturales y jurídicas que prestan el servicio comercial de intermediación en Internet sin un panorama claro de su situación legal. En consecuencia, vemos más viable que el parlamento le dé prioridad a la reforma de la ley.

BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ, Daniel. *The Quest for a Normative Balance: The Recent Reforms to Chile's Copyright Law*. Policy Brief 12. International Centre for Trade and Sustainable Development. Geneva, Switzerland. 2011. <https://www.ictsd.org/sites/default/files/research/2012/03/the-quest-for-a-normative-balance-the-recent-reforms-to-chilee28099s-copyright-law.pdf> (Consultado en línea: 1 de abril de 2018)

ANDERSON, PAUL. *Web 2.0 and BEYOND. Principles and Technologies*. Editorial Taylor & Francis Group, LLC. 2012.

ANGELOPOULOS, Christina. *Beyond the Safe Harbours: Harmonising Substantive Intermediary Liability for Copyright Infringement in Europe* in *Intellectual Property Quarterly*, Amsterdam Law School Research Paper, November 28, 2013, p. 253-274.; Amsterdam Law School Research Paper No. 2013-72; Institute for Information Law Research Paper No. 2013-11., <https://ssrn.com/abstract=2360997> (Consultado en línea: 9 de marzo de 2018)

ANGELOPOULOS, Christina. *Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*. Centre for Intellectual Property and Information Law (CIPIL). University of Cambridge. January 2017.

ANGELOPOULOS, Christina & Stijn SMET. «*Notice-and-fair-balance: how to reach a compromise between fundamental rights in European intermediary liability*» in *Journal of Media Law*, vol. 8, Issue 2, Taylor & Francis, 2016. p. 266-301.

ARTICLE 19. *Internet Intermediaries: Dilemma of Liability*. London, United Kingdom. 2013 ISBN: 978-1-906586-61-4. https://www.article19.org/data/files/Intermediaries_ENGLISH.pdf (Consultado en línea: 4 de febrero de 2018)

BARRIO ANDRÉS, Moisés. «*Derecho Público e Internet: la actividad administrativa de la Red*» en *Colección de Estudios y Documentos* (primera edición), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, España, 2017. ISBN: 9788473516150

COOK, Trevor «*Online Intermediary Liability in the European Union*» in *Journal of Intellectual Property Rights*, vol. 17, March 2012. p. 157-159.

CENTER FOR DEMOCRACY & TECHNOLOGY (CDT). *Shielding the Messengers: Protecting Platforms of Expression and Innovation* (second edition), December, 2012. <https://cdt.org/files/pdfs/CDT-Intermediary-Liability-2012.pdf> (Consultado en línea: 6 de febrero de 2018)

CARLISLE, George and Jackie SCERRI. «*Web 2.0 and User-Generated content: legal challenges in the new frontier*» in *Journal of Information, Law and Technology*. Editorial Manish Narayan, vol. 2, 2007.

FROSIO, Giancarlo. *The Death of 'No Monitoring Obligations': A Story of Untameable Monsters* in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* (JIPITEC), vol. 8, issue 3, June 5, 2017. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2980786 (Consultado en línea: 17 de marzo de 2018)

HUSOVEC, Martin and Miquel PEGUERA. «*Much Ado About Little: Privately Litigated Internet Disconnection Injunctions*» in *IIC – The International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Springer Berlin Heidelberg, vol. 46, issue 1, February 2015. p. 10–37. ISSN: 0018-9855.

MARSOOF, Althaf. «*Notice and Takedown: A Copyright Perspective*» in *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, vol. 5, issue 2, London, 2015. p. 183-205

MEYER, Trisha. *The Politics of Online Copyright Enforcement in the EU*. Information Technology and Global Governance (first edition), Palgrave Macmillan, 2017. ISBN: 978-3-319-50973-0

- PEQUERA Miguel y otros. *Derecho y Nuevas Tecnologías* (primera edición), Editorial UOC, Catalunya, España, Enero 2005. ISBN: 9788497882118
- O'REILLY, Tim. *What is Web 2.0? Design Patterns and Business Model for the Next Generation of Software*. O'Reilly Media, Inc., United States of America, 2009.
- OECD. *The Role of Internet Intermediaries in Advancing Public Policy Objectives*, OECD Publishing, 2011. ISBN 978-92-64-11563-7
- ORTEGO RUIZ, Miguel. *Prestadores de servicios de Internet y alojamiento de contenidos ilícitos* (primera edición), Editorial Reus, S.A., 2015.
- MACKINON, Rebecca, Elonnai HICKOK, Allon BAR and Hae-in LIM. *Fostering Freedom Online – The Role of Internet Intermediaries*. UNESCO series on internet freedom, 2014. ISBN: 978-92-3-100039-3
- ROSATI, Eleonora. «*The CJUE Pirate Bay judgment and its impact on the liability of online platforms*» in *European Intellectual Property Review*, July 21, 2017. <https://ssrn.com/abstract=3006591> (Consultado en línea: 6 de abril de 2018)
- ROSATI, Eleonora. *Why a reform of hosting providers' safe harbour is unnecessary under EU copyright law*. *European Intellectual Property Review*. Zenodo <https://zenodo.org/record/60953/files/CREATE-Working-Paper-2016-11.pdf> (Consultado en línea: 21 de marzo de 2018)
- RUIZ GALLARDO, Claudio y LARA GALVEZ, Juan Carlos. «*Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISPs) en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Latinoamérica*» compilado por BERTONI, Eduardo en «*Hacia una Internet libre de censura: Propuestas para América Latina*» edición al cuidado de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina. ISBN: 978-987-1716-54-8.
- SOLOMON, Leron. *Fair Users or Content Abusers? The Automatic Flagging of Non-Infringing Videos by Content ID on YouTube*. *Hofstra Law Review*, vol. 44, issue 1, Article 8, 2015. http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol44/iss1/8_ (Consultado en Línea: 18 de febrero de 2018)
- The Manila Principles on Intermediary Liability*. Background Paper version 1.0, 30 de Mayo. https://www.eff.org/document/manila-principles-background-paper-10_ (Consultado en línea: 25 de abril de 2018)
- WESSELS, Duane. *Web Caching*, Editorial O'Reilly (first edition), June, 2001. ISBN: 1-56592-536-X.
- XALABARDER PLANTADA, Raquel. «*La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios*» en *Revista de Internet, Derecho y Política*, Edición IDP, Universidad Oberta de Catalunya, Barcelona, España, 2006.

LEYES Y TEXTOS

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, Editorial Mizrachi & Pujol, S.A., Décimo Quinta Edición, enero 2009

DIRECTIVA 2000/31/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 8 DE JUNIO DE 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

DIRECTIVA 2001/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 22 DE MAYO DE 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

DIRECTIVA 2002/58/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 12 DE JULIO DE 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

DIRECTIVA DE 2004/48/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 29 DE ABRIL DE 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual

LEY 34/2002, DE 11 DE JULIO, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, publicado en BOE núm. 166 de 12 de Julio de 2002

LEY N°51 DE 22 DE JULIO DE 2008 que define y regula los documentos electrónicos y la firmas electrónicas y la prestación de servicios de almacenamiento tecnológico de documentos y de certificación de firmas electrónicas y adopta otras disposiciones para el desarrollo del comercio electrónico, publicada en Gaceta Oficial N° 26090 de 24 de julio de 2008

LEY N°20.435 DE 4 DE MAYO DE 2010 que modifica la ley N° 17.336 de sobre Propiedad

LEY N°64 DE 10 DE OCTUBRE DE 2012 sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, publicada en Gaceta Oficial N°27139-B de 10 de octubre de 2012

SECTION 230 OF THE COMMUNICATIONS DECENCY ACT OF 1996, codificado por 47 U.S. Code §230 – Protection for private blocking and screening of offensive material

THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT OF 1998, publicado en Law No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998).

DECRETO EJECUTIVO 40 DE 19 DE MAYO DE 2009 por medio del cual se reglamenta la Ley No. 51 de 22 de julio de 2008, publicado en Gaceta Oficial N°. 26291-A de 28 de mayo de 2009

REAL DECRETO DE 24 DE JULIO DE 1889, por el que se publica el Código Civil, publicado en BOE núm. 206 de 25 de Julio de 1889

LEY N°53 DE 13 DE DICIEMBRE DE 2007 que aprueba el tratado de Promoción Comercial entre la República de Panamá y los Estados Unidos de América

SENTENCIAS

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010, asuntos C-236/08 a C-238/08, *Google France y Google v. Louis Vuitton*

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, *L'Oréal, SA v. eBay*

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 24 de noviembre de 2011, asunto C-70/10, *Scarlet Extended v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v. Netlog NV*

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) C-275/06 de 29 de enero de 2008, asunto C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefonica de España, S.A.U*

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 26 de abril de 2017, asunto C-527/15, *Stichting Brein v. Jack Frederik Wullems*, que también actúa bajo el nombre de *Filmspeler*

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de junio de 2017, asunto C-610/1 , *Stichting Brein v. Ziggo BV*, que también actúa bajo el nombre de *The Pirate Bay*.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2016, asunto C-160/15, *GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV*

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Civil STS 2245/013, *Palomo v. Google*, 144/2013, de 4 de marzo de 2013

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid N°11/2014 de 14 de enero de 2014, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28 Civil, *Telecinco v. YouTube*

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Civil STS 7684/2009, *Asociación de Internautas v. SGAE*, 773/2009, de 9 de Diciembre de 2009

REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO INFORMÁTICO (SEGUNDA ÉPOCA).
FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE ASOCIACIONES DE DERECHO E INFORMÁTICA.
ISSN 2530-4496 – AÑO 1, N° 4, 2017, PÁGS. 71-92

EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN COMO FACILITADORES DE INFRACCIONES DIRECTAS

Antonio Alonso Bartol Bustos

1. CUESTIONES PREVIAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS

Este artículo tiene como objetivo fundamental analizar como ha evolucionado la jurisprudencia respecto de la posibilidad de imputar responsabilidad extracontractual a los intermediarios de la sociedad de la información por facilitar la comisión de infracciones directas de derechos de autor, centrándonos en el derecho patrimonial de comunicación pública.

Antes de analizar en profundidad esta evolución hay que tratar varias cuestiones de interés que nos ayuden a ver el calado de los diferentes pronunciamientos y si nos acercan o no a una adecuada protección de los intereses de los autores equilibrada con la promoción de la competencia en el mercado.

Debemos saber a qué problema responde la tipificación de estas infracciones. El supuesto del que partimos es la comunicación pública de obras originales protegidas por derecho de autor en formato digital, un derecho exclusivo del autor. Dentro de este contexto, la responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de la información deriva de su posición como facilitadores de comunicaciones públicas de contenidos protegidos por derechos de autor sin contar con licencia del titular. Así, el núcleo de este artículo van a ser los intermediarios de la sociedad de la información, que no cometen la infracción directamente (recogida en el Art. 138.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en adelante TRLPI, y en el Art. 8 Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información) sino que proporcionan un espacio donde los usuarios de su red o de su tecnología pueden cometerla. Por tanto, trataremos de determinar si es necesario y racional imponer sanciones civiles por la realización de la actividad que acabamos de describir.

A estos efectos, debemos plantear un breve ejercicio de análisis económico del derecho que nos permita ver el impacto que tendría la aplicación por parte de los tribunales de esta institución jurídica en el mercado. A favor de la inclusión de las infracciones indirectas debemos señalar que en términos de coste social es más barato demandar al intermediario de la sociedad de la información que interponer demandas individualmente contra todos los infractores directos. Esto es así no solo en términos de economía procesal, al tener que demandar de forma individual a cada infractor en, seguramente, varios países, sino que además implica unos costes de información extraordinariamente elevados al no ser tan fácil localizar a cada infractor directo. De hecho la identificación de los intermediarios puede ser más sencilla dado que este opera bajo una dirección web, lo que requiere un nombre de dominio, fácilmente localizable gracias a la actividad de la ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers). Así mismo, debemos tener en cuenta que con una única demanda que sea estimada se pueden eliminar a numerosos infractores directos y destruir el canal de comunicación entre oferente y demandante, eliminando la posibilidad de infringir el derecho de comunicación al público por esa vía en el futuro. Otro elemento a favor de incluir un castigo para los facilitadores de infracciones lo encontramos en la adecuada remuneración de los autores, algo esencial para la promoción de la competencia en el mercado. Como indican Landes, W. M., & Posner, R. A. (1989), desde el punto de vista del análisis económico del derecho, el estándar de protección que se da a las obras es determinante en los incentivos para la innovación subsiguiente. Una deficiente protección de las obras implica que terceros no autorizados por el autor pueden acceder a la obra sin necesidad de autorización del primero. Estos terceros, al no tener que hacer frente a la inversión que implica crear, lo que Landes y Posner denominan *costes de expresión*, van a poder vender a un precio que iguale al coste marginal. De esta manera, dado que va a haber operadores en el mercado que vendan a este precio, el propio autor para ser competitivo se verá obligado a vender al mismo precio. El resultado sería tal que al restarle a los ingresos obtenidos por el aprovechamiento de la obra los costes de distribución por el medio que considere oportuno, va a ser prácticamente imposible que el autor recupere los costes de expresión, reduciendo así los incentivos a la innovación cultural subsiguiente.

En contra de la aplicación de las infracciones indirectas debemos señalar una serie de efectos perniciosos en términos de incentivos para los operadores del mercado. Si se fomenta la interposición de demandas por infracciones indirectas por su ahorro en términos de coste social llegaremos a un punto

en que las demandas por infracciones directas quedarán reducidas a una cuantía totalmente irrelevante o, incluso, inexistente. De esta manera, para los infractores directos desaparecerán los incentivos a dejar de infringir dado que en todo caso los costes de asumir la demanda, de ir a juicio y de la indemnización, en su caso, los soportará el intermediario de la sociedad de la información y no él. Otro efecto negativo de la tipificación de las infracciones indirectas es el freno a la innovación tecnológica que ello implica. Si se hace responsables a los intermediarios de la sociedad de la información de las infracciones que cometan sus usuarios se está imponiendo una carga que desincentiva claramente a estos sujetos a seguir desarrollando su actividad al tener que asumir los costes derivados de la infracción. Como resultado de este riesgo algunos intermediarios pueden tomar la decisión de salir del mercado o de dejar de innovar por no prever unos ingresos razonables que les permitan cubrir dichos costes. En resumen, debemos tener en cuenta que las infracciones indirectas implican obstáculos al comercio legítimo y al desarrollo tecnológico que no pueden ser obviadas.

Es importante señalar que el objetivo último de la normativa de propiedad intelectual es el fomento de la innovación. En la actualidad, no podemos seguir manteniendo la concepción de la propiedad intelectual como un derecho dominical que requiere el consentimiento del titular para interferir en el pleno goce y disfrute de las facultades que otorga el derecho, sino que es necesario entenderla como un instrumento para fomentar la competencia en el mercado. La propiedad intelectual tiene una perspectiva de mercado que hace imposible ignorar la visión utilitarista. En esta línea debemos añadir, como señalan Lemley y Reese (2003), que no se trata de eliminar la piratería, sino de mantenerla en un punto en que se mantengan los incentivos para la innovación en la industria cultural, esto es, para la creación de obras. Así mismo, como también señalan Lemley y Reese (2003), la erradicación total de la piratería en internet es imposible y nos llevaría a un punto de ineficiencia en términos de coste social.

Dentro de este análisis, un aspecto que debemos definir es sobre qué sujetos vamos a centrar el estudio de la jurisprudencia. Existen muchos intermediarios de la sociedad de la información que contribuyen a infringir derechos de propiedad intelectual en sentido amplio (marcas, patentes, derechos de autor, etc.), de hecho, en la jurisprudencia podemos encontrar casos que afectan a motores de búsqueda, servicios de compraventa online peer-to-peer como Ebay, servicios como Google-AdWords, etc. No obstante, ante esta enorme variedad el estudio se centrará en dos sujetos: las páginas de enlaces y las redes de distribución de contenidos peer-to-peer o P2P.

Las páginas de enlaces aportan a los usuarios un enlace a un servidor externo u otra página web que aloja la obra protegida. Sin embargo, no todos los enlaces son iguales, existiendo diferentes tipos:

- Enlaces simples o de superficie: redirigen a la página principal de una web diferente.
- Enlaces de profundidad: redirigen al interior de una web sin necesidad de pasar por la página principal.
- Enlaces marco, ventana o *frame*: mediante estos enlaces en la propia página web se presentan contenidos alojados en otra web diferente. Así, aunque el contenido procede de otra fuente a la vista del usuario no se ha cambiado de sitio web.
- Enlaces involuntarios: son aquellos enlaces generados por los motores de búsqueda para localizar archivos.
- Enlaces P2P: son enlaces generados en el contexto de redes de distribución P2P que vinculan archivos alojados en los ordenadores de los particulares que pertenecen a la red.

Debemos tener en cuenta que la web de enlaces no interviene directamente en el acto de comunicación pública, sino que este se produce entre el usuario y el alojador del contenido.

En cuanto a las redes P2P antes de analizar su forma de operar es necesario señalar la existencia de tres tipos o generaciones de redes P2P¹:

¹ Clasificación obtenida de la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, 2/2016, de 5 de febrero.

- Redes P2P centralizadas. Todas las comunicaciones que se hagan entre los usuarios de la red tienen que pasar por un servidor central perteneciente a la red de distribución.
- Redes P2P semicentralizadas o mixtas. En este caso, existe un servidor central que proporciona soporte técnico a los diferentes usuarios, pero no almacena información de ningún tipo, no participando en la actividad de sus usuarios.
- Redes P2P descentralizadas o puras. Este tipo de redes carecen de un servidor central, los propios usuarios actúan como almacenadores de información y como nodos de conexión, esto es las comunicaciones se producen directamente de usuario a usuario. De esta manera, los clientes no tienen que acudir a un mismo servidor para la descarga de la totalidad del contenido, sino que pueden acudir a diferentes fuentes de información para descargar pequeños fragmentos de la totalidad de la obra, haciendo mucho más rápida la transmisión de información.

Las redes P2P más modernas y que vamos a encontrar en la mayoría de los casos son las descentralizadas o puras, dadas las mayores ventajas que presentan en la transmisión de información. A su vez, son las que más problemas jurídicos plantean pues no existe ningún servidor central que participe en la transmisión de información, lo que dificulta la imputación de responsabilidad al titular de la red.

Estas redes, para la localización de los archivos, suelen contener un motor de búsqueda interno que ayuda a localizar los diferentes archivos contenidos en la red mediante enlaces involuntarios, pero también es habitual el uso de enlaces (P2P links) que ordenan el contenido almacenado en la red. En resumen, se lleva a cabo una labor de indexación o de toma de contacto con el contenido.

A pesar de estas diferencias en su funcionamiento, la función que cumplen en relación con la facilitación de la comisión de infracciones directas, a mi modo de ver, es exactamente la misma, agregar la información facilitando su acceso. En definitiva, reducen los costes de transacción de llevar a cabo esta infracción directa, contribuyendo así a su realización. En el caso de las páginas de enlaces, si el usuario no utilizara la página sería prácticamente imposible localizar las obras, dado que los costes que ello implica serían elevadísimos. Con las redes P2P ocurre lo mismo, de hecho los costes de transacción serían incluso mayores ya que los servidores de descarga del contenido son exponencialmente superiores, y por lo tanto localizar los archivos sería imposible sin la participación y el soporte que aporta la red.

Aunque en abstracto podamos considerar a estos sujetos como iguales, no podemos eludir las diferencias en su forma de facilitar las infracciones, ya que tiene importantes efectos a la hora de probar la presencia de algunos de los requisitos para calificar un hecho como infracción indirecta. En concreto, debemos resaltar la diferencia existente entre la actividad que realiza el intermediario, *facilitar*, con la labor que hacen los usuarios, *comunicar*. Ambas labores son interdependientes, sin la existencia de una, la otra nunca se produciría. En otras palabras, son las dos caras de una misma moneda, pero el tratamiento jurídico que han dado la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico en ocasiones es diferenciado.

Teniendo en cuenta estas consideraciones y para alcanzar los objetivos planteados y responder a las cuestiones formuladas revisaremos la jurisprudencia más relevante sobre estos asuntos hasta el momento. A partir de ella, el trabajo lo iniciamos con un repaso general al panorama legislativo actual en España y en la UE viendo la evolución que ha sufrido en los últimos años. En segundo lugar, haremos un análisis crítico de la evolución de la jurisprudencia civil y penal de los últimos años que ha tratado el supuesto de hecho analizado. Finalmente, en las conclusiones recogeremos los principales resultados obtenidos en el trabajo realizado.

2. PANORAMA LEGISLATIVO EN ESPAÑA Y EN LA UE

En el desarrollo jurisprudencial que veremos en el punto siguiente ha tenido una importante influencia tanto el estado actual de la legislación como su más reciente evolución.

En el plano español, dentro del ordenamiento jurídico-privado contamos con un importante cambio acometido con la entrada en vigor de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad intelectual que introduce un nuevo apartado segundo al Art. 138 LPI en el que, entre otras cuestiones, incluye las infracciones indirectas como cooperación material consciente². Antes de la entrada en vigor de este texto, ni la LPI ni ninguna otra norma de nuestro ordenamiento jurídico contenía disposición alguna que castigara expresamente los actos destinados a facilitar la comisión de infracciones directas. En el ámbito penal la inclusión de las infracciones indirectas vino de la mano de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que introdujo una nueva previsión en el Art. 270.2 CP que castiga penalmente a las webs de enlaces por su labor de facilitadores de infracciones de derechos de autor en su posición de intermediarios de la sociedad de la información.

No obstante, aunque estas reformas suponen un avance importante no permite dar plena eficacia a esta institución jurídica dado que los Arts. 13-17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (LSSICE, en adelante) establece una serie de exenciones de responsabilidad a intermediarios de la sociedad de la información.

Dentro de las múltiples características de la legislación española actual podemos destacar los siguientes elementos. En primer lugar, estamos ante una responsabilidad subjetiva o culpabilística, es necesario que exista culpa o negligencia para poder imputar responsabilidad al ISI. Para poder apreciar esa culpa, como indican Lemley y Reese (2003) los intermediarios debían conocer de forma efectiva o hipotética que gracias a su tecnología se estaba cometiendo una infracción directa y no hicieron nada para evitarlo. Este conocimiento se puede encontrar de dos formas: conocimiento efectivo y conocimiento hipotético, *constructive knowledge* o *red flag knowledge*. El más relevante y el que más problemas puede dar en la práctica al tener que establecer un nivel de diligencia suficiente para exonerar de responsabilidad al intermediario. El conocimiento hipotético se apoya en que el intermediario encuentra indicios razonables en su ámbito de actuación para conocer que se está produciendo una infracción gracias a él. Como se puede apreciar, disponer un nivel de diligencia que sirva de forma general para cualquier caso es imposible, todo dependerá de cómo se desarrolle la actividad del intermediario y de qué indicios cuente, algo que puede variar enormemente en cada supuesto. Como señala el TJUE en las sentencias de 23 de marzo de 2010, Asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08, Ap. 113 y de 12 de julio de 2011, Asunto C-324/09, Ap. 123, se podrá imputar conocimiento hipotético cuando se haga un tratamiento no neutral, no automático y activo de los datos que circulan por la plataforma. Debemos ser muy cautelosos porque diversas disposiciones legales (Art. 15 Directiva 2000/31/CE, DCE en adelante, y el Art. 3 Directiva 2004/48) impiden a los Estados Miembros imponer obligaciones de supervisión sobre su actividad a los ISI como indica Sánchez Arísti (2013). Estos extremos han sido reafirmados por el TJUE en las sentencias de 24 de noviembre de 2011, as. C-70/10 y de 16 de febrero de 2012, as. C-360/10. No obstante, lo que han dicho los tribunales y establece el Art. 138.2 LPI no es que tengan que vigilar las comunicaciones públicas que facilitan, sino que si en su obrar normal y razonable encuentran indicios suficientes como para extraer la conclusión de que gracias a su actividad se está cometiendo una infracción, tienen obligación de actuar dentro de sus posibilidades legítimas para evitar que dicha infracción se cometa.

Como podemos ver, la apreciación del conocimiento hipotético no está exenta de polémica por la actuación de los tribunales ante la dificultad de apreciar su existencia, pero además, durante la tramitación legislativa de la Ley 21/2014 se plantearon ciertas dudas sobre la legitimidad de este. En este sentido, el Grupo Parlamentario UPyD presentó la Enmienda N° 73³ con la siguiente justificación:

“Parece desmedido presuponer, indicios razonables de conocimiento de una conducta infractora en cualquier intermediario que haya enlazado una página con contenidos ilícitos. Esa presun-

² “Quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla”.

³ BOCG, Congreso de los Diputados, X Legislatura, 9 de julio de 2014, Serie A, n° 81-2 pp. 84-85.

ción puede significar serias dificultades para el desarrollo de la intermediación de contenidos, básica en la sociedad de la información”

Con la llegada de la era digital la legislación de propiedad intelectual debe tratar de encontrar un equilibrio entre la protección de los autores, en concreto de su remuneración, ya sea mediante licencias o mediante indemnizaciones por daños y perjuicios, y la eliminación de trabas para el desarrollo tecnológico. Esta enmienda sigue el camino de favorecer el desarrollo tecnológico en la sociedad de la información, pero a costa de la correcta y adecuada remuneración de los autores.

Como podemos ver, la responsabilidad por infracciones indirectas es de tipo culpabilística, pero no podemos obviar la clara tendencia a la objetivación. Esta tendencia la podemos apreciar sobre todo en la inversión de la carga de la prueba. Conforme a las reglas generales en España (Art. 217.2 LEC) quien alega algo debe probarlo, sin embargo, en determinados pleitos (principalmente el caso de YouTube en diferentes tribunales) hemos visto como ha sido el intermediario de la sociedad de la información el que ha tenido que probar que no tenía conocimiento efectivo o hipotético de que se estaban produciendo infracciones bajo su amparo, esto es que realizaban una labor de intermediación neutral, automática y pasiva. Esta inversión de la carga de la prueba se apoya en la teoría del riesgo, evidentemente la existencia de los ISI incrementa notablemente el riesgo de que se produzcan infracciones directas y estos se están aprovechando de dicho riesgo, luego deben soportar las consecuencias negativas de su actividad. Así mismo, la justificación de la inversión de la carga de la prueba la encontramos en la economía procesal, es mucho menos costoso que el intermediario demuestre su propio funcionamiento.

En segundo lugar, otra nota importante del sistema español es la presencia de las exenciones de puerto seguro o *safe harbour* reguladas en los Arts. 13-17 LSSICE, a las que ya hace referencia el Art. 138.2 LPI dando a entender que deben ser aplicadas en todo caso. No obstante, debemos tener en cuenta qué se regula en estos preceptos y cómo. Estas exenciones cuando se regulan se centran en los intermediarios conocidos como Web 1.0, lo que Carbajo Cascón (2014) llama servicios meramente técnicos sin los cuales internet no podría funcionar (transmisión de datos, acceso a internet, memoria tampón, servicios de búsqueda...). Sin embargo, los intermediarios que estamos estudiando en este texto tales como las webs de enlaces y las redes de distribución P2P van más allá de la mera intermediación, son agregadores de información (Carbajo Cascón, 2011) que llevan a cabo una actuación no neutral, no automática y activa, la conocida como Web 2.0 que la Exposición de Motivos de la Ley 21/2014 llama “modelos de negocio ilícitos fundamentados en el desarrollo de actividades vulneradoras de terceros”, esto es actividades parasitarias (Sánchez Aristi, 2015: 363). En parámetros similares se pronunció el Senador del Grupo Mixto perteneciente al partido político Foro Asturias (FAC) que cuestionó este último inciso del Art. 138.2 LPI bajo la siguiente justificación⁴:

“Debe darse la vuelta a la cautela del segundo inciso. Si alguien coopera a la infracción ajena, la induce o se beneficia económicamente de ella pudiendo controlarla, es obvio que no puede ser calificado a la vez como prestador meramente intermediario, y por tanto no debería ni siquiera sugerirse la posibilidad hipotética de que fueran de aplicación los puertos seguros de la LSSI que benefician a prestadores intermediarios de la sociedad de la información”.

Está claro que el espíritu de la norma no permite exonerar de responsabilidad a los intermediarios de la Web 2.0 y el TS lo ha entendido claramente como se puede apreciar en la STS de 9 de diciembre de 2009⁵ e impone una interpretación de la norma que permita vencer la exención cuando exista co-

⁴ BOCG, Senado, X Legislatura, 22 de septiembre de 2014, nº 401, p. 269.

⁵ “Por su parte y en primer término, niega la recurrente que supiera de la ilicitud de las opiniones de "Plataforma " y para ello se sirve del significado que a las palabras "conocimiento efectivo " atribuye el legislador español en el artículo 16, apartado 1, de la Ley 34/2.002 -"se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución" - y añade que, en el caso, ningún órgano competente había declarado previamente a la

nocimiento efectivo o hipotético de la comisión de la infracción.

En el plano europeo, a diferencia del español, no encontramos ninguna disposición legal que castigue los actos de facilitación de una infracción directa, únicamente se castigan estas últimas (Art. 3.1 Directiva 2001/29/CE). A pesar de que no haya habido ninguna evolución de la normativa hacia la inclusión de las infracciones indirectas, la inactividad del legislador europeo ha motivado un posicionamiento claro del TJUE como veremos en el punto siguiente.

En relación con las exenciones de responsabilidad a los intermediarios de la sociedad de la información la legislación española deriva de la europea, luego los preceptos son tremendamente similares. Entre ma legislación española y la europea no hay grandes diferencias, pero la más importante la encontramos en el Art. 14.1.a) DCE que sí admite la dada por el TS español para inaplicar la exención de responsabilidad si el intermediario conocía de forma efectiva o hipotética de la comisión de una actividad ilícita bajo su amparo.

3. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN ESPAÑA Y EN LA UE

El debate doctrinal que se ha propuesto y se sigue desarrollando en la jurisprudencia se plantea entorno a dos posiciones diferentes. Por un lado, hay quien entiende que el concepto de infracción directa de los derechos de comunicación pública debe ser interpretado de manera amplia, de tal forma que quepan actuaciones tales como facilitar la comisión de una infracción directa. Esta posición se ve apoyada por una interpretación extensiva del Art. 17 TRLPI que dice expresamente que “corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma”, y del Art. 3.1 Directiva 2001/29/CE⁶ que también permite tal amplitud al establecer que el autor tiene derecho a controlar cualquier tipo de comunicación al público. Además, aunque no se refiere directamente a este asunto, no podemos dejar de mencionar la STJCE en el Asunto SGAE c. Rafael Hoteles de 7 de diciembre de 2006, en la cual el tribunal afirma que el concepto de comunicación al público debe ser interpretado en un sentido amplio, de tal manera que se procure una protección integral de los derechos de los autores o cesionarios de los mismos.

Por otro lado, los defensores de la segunda posición consideran que los intermediarios de la sociedad de la información no intervienen de forma directa en la infracción, optando por un concepto estricto de infracción directa del derecho de comunicación pública que separe claramente las dos actividades presentes en la lesión del derecho de autor, la comunicación y la facilitación de la misma. De esta manera, dado que no consideran que la tipificación de la infracción directa sea suficiente para castigar este comportamiento entienden necesaria una previsión legal específica que castigue la infracción indirecta aferrándose al principio de legalidad recogido en el Art. 9.3 de la Constitución Española.

demanda la ilicitud de los datos almacenados o la lesión de los derechos de los actores y, menos, ordenado la retirada de contenidos.

No es conforme a la Directiva - cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios - una interpretación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2.002 como la propuesta por la recurrente, ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del "conocimiento efectivo" de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo. Además de que el propio artículo 16 permite esa interpretación favorable a la Directiva - al dejar a salvo la posibilidad de "otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse" -, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al "conocimiento efectivo" a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate”

⁶ “1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”.

En la jurisdicción penal, aunque el debate es esencialmente el mismo, la forma de argumentar una u otra posición no ha seguido el mismo camino que en la jurisdicción civil y aporta elementos muy interesantes al razonamiento jurídico sobre esta cuestión. La disyuntiva la plantea muy claramente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1ª, Nº 426/2014, de 12 de noviembre, al indicar que la cuestión determinante es ver qué tiene mayor relevancia en el obrar de los intermediarios: el hecho de facilitar el acceso a la obra desde cualquier lugar sin autorización del titular de los derechos, o el hecho de que el intermediario aloje las obras protegidas objeto del litigio. Así, si consideramos que pesa más el primer elemento estaremos asumiendo el concepto amplio de comunicación pública, y si, por el contrario, damos más relevancia al segundo elemento, optaremos por el concepto estricto que exige un reconocimiento expreso de las infracciones indirectas para poder ser sancionadas, por supuesto penalmente⁷ en virtud del principio de legalidad, pero también civilmente.

Por tanto, tenemos que dirimir qué es más riguroso desde el punto de vista de la técnica jurídica, utilizar el macroconcepto de infracción directa del derecho de comunicación pública planteado por el TJUE o la necesidad de reconocimiento legal de las infracciones indirectas para castigar estas conductas.

3.1. Los tribunales rechazan la responsabilidad de los intermediarios

En un primer momento, los tribunales negaron la posibilidad de imputar responsabilidad a estos intermediarios por las infracciones indirectas, dado que los sujetos contra los que se dirigía la demanda en ningún momento realizan actos vulneradores de los derechos de distribución, reproducción y/o comunicación pública, protegidos por el TRLPI, existiendo varias resoluciones judiciales que ejemplifican esta posición jurisprudencial.

La primera sentencia es la del Juzgado de lo Mercantil Nº 7 de Barcelona de 9 de marzo de 2010 en el Asunto “El Rincón de Jesús”. En esta resolución, en el Fundamento de Derecho Segundo, se sostiene que no existe infracción⁸. En esta sentencia se analiza la posibilidad de imputar responsabilidad por la realización de los siguientes actos constitutivos de infracción:

- En lo que respecta a los actos de reproducción no es posible imputar responsabilidad a los intermediarios dado que el servidor de intercambio de datos P2P en ningún caso está realizando una fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, como indica el Art. 18 TRLPI. En las redes descentralizadas o puras, el verdadero acto de reproducción lo realizan los usuarios de la red de distribución de contenidos, por lo que podemos considerar que los intermediarios de la sociedad de la información solo facilitan la comunicación del material protegido. De hacerlo estaríamos extendiendo de manera excesiva e injustificada su responsabilidad.
- En lo relativo a los actos de distribución, a mi modo de ver, nunca va a ser posible una imputación de responsabilidad por estos hechos. Esto se debe a que tal y como aparecen descritos en el Art. 19 TRLPI no se puede subsumir la distribución online en el tipo legal al exigir este que el corpus mechanicum utilizado en la distribución sea tangible.

⁷ La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal ha introducido una previsión en el Art. 270.2 CP que castiga penalmente a las webs de enlaces por su labor de facilitadores de infracciones de derechos de autor en su posición de intermediarios de la sociedad de la información.

⁸ “La página web de enlace a redes P2P, de la manera en que se configura la web de DIRECCION000, no vulnera en la actualidad los derechos de explotación que les confiere a los autores la Ley de Propiedad Intelectual. El sistema de enlaces o links que se ha descrito, desarrollado por el demandado en este caso, no supone ni distribución, ni reproducción, ni comunicación pública. Dicho de otra forma, enlazar en la web de la manera que lo hace DIRECCION000 no supone distribuir, ni reproducir, ni comunicar públicamente obras protegidas. La conducta desarrollada por el demandado es la de crear un índice que favorece y orienta a los usuarios para acceder a las redes de intercambio de archivos P2P mediante el sistema de menús, carteles o portadas con títulos de películas u obras musicales.”

- El magistrado, al analizar la posible presencia de un acto de comunicación pública parece no distinguir correctamente los conceptos de infracción directa e infracción indirecta, pues, por un lado, en el Fundamento de Derecho Segundo considera que a la página web que proporciona enlaces a una red de distribución de archivos P2P no se le puede imputar responsabilidad directa por actos de comunicación pública alegando que “no se contiene previsión alguna que prohíba favorecer, permitir u orientar a los usuarios de la red de Internet que acceden a esta página, la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes P2P”. Sin embargo, en el Fundamento de Derecho Cuarto analiza la presencia de un acto de comunicación al público en el sentido del apartado i) del Art. 20.2 TRLPI dentro de las redes P2P. En este proceso se está ventilando la responsabilidad que pueda tener un intermediario de la sociedad de la información, esto es una posible infracción indirecta, pero el magistrado en este punto está considerando la infracción directa que únicamente puede ser cometida por el usuario de la red al ser quien realmente pone a disposición del público el material protegido por derechos de propiedad intelectual.

En mi opinión, al realizar este análisis se produce una confusión importante a la hora de distinguir la actividad desempeñada por el intermediario de la sociedad de la información y la realizada por el usuario del servicio del primero. Ambas tareas son necesarias y esenciales para que se produzca la infracción, pero debemos establecer una separación entre ellas porque cada una constituye una infracción diferente. Además, en esta sentencia la exención de responsabilidad al intermediario se justifica con dos argumentos bastante criticables, aunque finalmente el magistrado aduce un tercer argumento ampliamente aceptado por la doctrina predominante en el momento:

- Considera que solamente se puede imputar responsabilidad al intermediario si el usuario es consciente de que los archivos que introduce en la red de distribución están siendo descargados por otros usuarios⁹, un planteamiento absolutamente erróneo. Si la responsabilidad se está depurando respecto del intermediario, será este quien debe conocer de forma efectiva o hipotética que gracias a su red se están cometiendo infracciones.
- Alude a una presunta duda razonable en relación con la ilicitud de los archivos intercambiados mediante esta red de distribución¹⁰, dando a entender que solamente podrá considerarse que el intermediario tiene obligación de indemnizar a los damnificados si su actividad está exclusivamente dirigida a la infracción. No obstante, un requisito para exigir responsabilidad de estas características no es admisible pues haría esta institución jurídica inservible.
- El argumento más sólido para motivar la exención de responsabilidad a los intermediarios de la sociedad de la información se basa en que estos no intervienen en la transmisión del material protegido, simplemente la facilitan. Siendo cierto que facilitan la comisión de una infracción, el juez alega de forma impecable que “no se contiene previsión alguna que prohíba favorecer, permitir u orientar a los usuarios de la red de Internet que acceden a esta página, la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes P2P”. En consecuencia, es imposible imputar responsabilidad a los intermediarios de la sociedad de la información como el enjuiciado en este proceso por las infracciones que realizan sus usuarios.

En el ámbito de la jurisdicción penal se siguió un tratamiento similar, entendiendo que las infracciones

⁹ “El usuario tiene como única intención descargar un archivo desconociendo si de la parte de ese archivo que tiene descargada en una parte del disco duro de su ordenador se están descargando a su vez otro usuario o una pluralidad de usuarios. Puede ser perfectamente posible que el intercambio de archivo sea con una única persona o con un escaso número de personas (FD Cuarto).”

¹⁰ “A ello se ha de añadir, como se ha indicado, que puede haber archivos que no son protegidos, u obras que ya no son objeto de protección porque ha transcurrido el plazo de duración de los derechos, o también obras que cuya protección no está encomendada, en este caso concreto, a la SGAE.”

indirectas no son sancionables. Entre otros, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid en Autos 159/2011 de 10 de marzo (www.indicedonkey.com) y 364/2010 de 27 de abril (Asunto www.rojadirecta.com), entiende que es posible que la labor de seleccionar, ordenar e informar pueda ser constitutiva de delito por ser un acto de comunicación pública no autorizado, aunque sean los usuarios los que ponen a disposición del público los archivos y no el intermediario. No obstante, pese a hacer esta valoración considera que no se puede imputar el delito del Art. 270.1º CP porque no aloja contenidos, ni realiza directamente la descarga, en definitiva, porque facilitar la infracción directa no es sinónimo de cometerla.

En la misma línea que los Autos señalados en el párrafo anterior la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 7 de julio de 2011 sigue considerando que estos actos no son constitutivos de infracción porque ninguna norma recoge tal supuesto de hecho. No obstante, recoge una consideración similar a la planteada por la AP de Madrid¹¹. Es decir, aunque el tribunal reconoce que los intermediarios de la sociedad de la información contribuyen a la infracción, sigue negando la posibilidad de imputarles responsabilidad por este motivo, sin realizar valoración alguna sobre la necesidad de incluir una institución jurídica que castigue estos actos.

En definitiva, en esta etapa los tribunales acogen un concepto estricto de acto de comunicación pública, motivo por el cual no se puede imputar responsabilidad civil o penal a los intermediarios de la sociedad de la información. Además, en ningún momento se hace una valoración sobre la necesidad de incluir un tipo legal que imponga la obligación de indemnizar por la comisión de infracciones indirectas.

3.2. Los tribunales señalan la necesidad de responsabilizar a los intermediarios

En esta segunda etapa encontramos una resolución paradigmática, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 31 de marzo de 2014, en la que, a diferencia de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 7 de julio de 2011, por fin reconoce la necesidad de imputar responsabilidad a los intermediarios de la sociedad de la información por facilitar la comisión de infracción directas de derechos de propiedad intelectual¹².

Esta valoración realmente no supone un cambio efectivo en la práctica dado que sigue sin existir un precepto que castigue estos actos, pero sí implica un avance muy relevante en la doctrina, ya que pronunciamientos como este se hacen eco de una reclamación doctrinal presente desde hacía tiempo.

Aunque el texto pueda plantear algunas dudas interpretativas, la doctrina ha visto en este pronunciamiento una llamada de atención al legislador para que incluya en el ordenamiento jurídico las infracciones indirectas. La Audiencia Provincial de Madrid entiende que hay un sector de la doctrina, en aquel momento minoritario, que considera posible exigir responsabilidad a los intermediarios de la sociedad de la información por la comisión de infracciones indirectas. No obstante, la AP sigue la línea interpretativa anterior, sin una previsión legal (como la que ahora existe en el Art. 138.2º TRLPI) esta exigencia de responsabilidad supondría una lesión injustificada al derecho a la libre iniciativa empresarial reconocido en el Art. 38 CE y, además, una intromisión del poder judicial en las facultades

¹¹ “Aunque contribuye indirectamente a esta infracción de los derechos de propiedad intelectual afectados por la comunicación pública, no lleva a cabo directamente estos actos”

¹² “Sin una previsión legal que tipifique el alcance de la cooperación necesaria o de la complicidad en esta materia, lo que depende de un designio del poder legislativo (y no puede ser suplido en nuestro ordenamiento jurídico por la mera opinión del judicial, que no es el encargado de marcar la política legislativa), resulta complicado que pueda encontrarse un soporte jurídico suficientemente sólido (no constituyen tal, dado su carácter específico y su incidencia colateral, las normas citadas por la actora a las que nos hemos referido en el párrafo segundo del presente fundamento jurídico) para que el juez pueda condenar por infracción indirecta en este ámbito. En la medida en que una imputación de ese tipo implicaría bien adelantar las posibilidades de defensa del titular para dotarle de una protección más eficaz o bien imputar la comisión de la vulneración del derecho a alguien diferente del propio autor material de la misma, haría falta un soporte legal para poder fundar una condena por tales motivos que el juez español no tiene a su alcance porque el legislador no ha dado el paso de tipificar como infractora tal contingencia.”

del poder legislativo. Por este motivo, la AP de Madrid exonera de responsabilidad al intermediario, pero ya sienta un precedente en la jurisprudencia al reconocer la figura de las infracciones indirectas como una forma de protección más eficaz de los derechos de propiedad intelectual, en palabras del propio tribunal.

3.3. Los tribunales reconocen la responsabilidad de los intermediarios

La primera sentencia que vamos a tratar es el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3ª Nº 630/2010, de 26 de octubre. Esta resolución hace un análisis poco profundo de la cuestión y simplemente indica que el intermediario www.divxonline.info desarrolla una actividad que va más allá de la mera intermediación, al facilitar el visionado de material audiovisual afectando al derecho de comunicación pública, lo que en opinión de esta AP merece un reproche penal. De este pronunciamiento parece desprenderse que la AP de Valencia entiende que todo comportamiento que exceda la mera intermediación es comunicación pública, sin admitir ningún punto intermedio como lo que en resoluciones posteriores denominará el TJUE como intermediación no neutral, no automática y activa. A este respecto la AP de Valencia cita la STS de 19 de mayo de 2001¹³, que parece decantarse por un concepto amplio de comunicación pública en el que no importa el medio por el que se produzca. Aunque la sentencia no lo dice expresamente, se podría entender que permite imputar responsabilidad a un intermediario aunque este no aloje en sus servidores el contenido litigioso o sus servidores no intervengan en la descarga.

La segunda sentencia corresponde a la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª, Nº 530/2011, de 27 de septiembre, también del orden jurisdiccional penal que plantea una solución más interesante al interpretar de una manera cuanto menos curiosa la actividad del intermediario aquí acusado. Los juzgadores, antes de dar el argumento clave para resolver el asunto hacen una serie de consideraciones preliminares en las que destacan que las redes P2P no son ilícitas, como tampoco lo son los contenidos salvo que, como indica el tribunal a título de ejemplo haya archivos de pedofilia o similares, pero en el caso que nos ocupa no lo era. En la misma línea el tribunal considera que tampoco es ilícito dar acceso a la red porque su actividad no es ilícita ni lo son sus contenidos, en principio. Lo que sí es contrario a derecho es la conclusión de determinadas comunicaciones públicas al no contar con la autorización de los titulares de las obras afectadas.

En resumen, el tribunal entiende que los imputados extraen un enlace de la página de intercambio, sacándolo del contexto de la misma, para convertirlo en un archivo de descarga o de visionado directo. De esta manera cuando se accede al enlace P2P se pasa por la red de intercambio, pero como mero trámite informático para acceder al archivo. Aquí está el quid de la resolución, pues considera que la labor de los intermediarios (indexación, clasificación y reseña de las obras protegidas) supone la puesta a disposición de obras de manera directa mediante su descarga, y que el paso por la red de intercambio de información P2P es absolutamente irrelevante, un mero trámite sin relevancia jurídica alguna. Así, se puede entender que el hecho de que sean los usuarios los que alojen los contenidos que se comunican ilícitamente es una forma de descentralizar su actividad que, en opinión de esta AP no puede servir a los intermediarios para eludir su responsabilidad dado que son estos los que prestan el servicio de comunicación pública al completo sirviéndose de terceros para ello. En definitiva, al recoger el enlace en su página web están permitiendo un acceso directo a los contenidos, convirtiéndose en una página de descarga directa, aunque no alojen los contenidos ni participen en la descarga.

En tercer lugar, ya en la jurisdicción civil la sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº2 de A Coruña en el Asunto Roja Directa, es una resolución muy interesante porque antes de que el TJUE se pronunciara en el Asunto “The Pirate Bay”, ya analiza la posibilidad de interpretar las infracciones directas

¹³ *Lo verdaderamente integrador del tipo penal es la modalidad de comunicación pública, que pueda llevarse a cabo por cualquiera de los medios descritos legalmente e incluso sin necesidad de modificar el tipo, por cualquier otro sistema o avance tecnológico que pueda surgir en el futuro.*

del derecho de comunicación pública de forma amplia como ya hicieron algunos órganos jurisdiccionales penales anteriormente. No obstante, debemos recordar que antes de ser llevado por la vía civil, se intentó acabar con esta plataforma por la vía penal, algo que denegó la AP de Madrid en Auto 364/2010 de 27 abril al considerar que los hechos que se enjuiciaban no podían ser castigados como infracción directa porque facilitar la comisión de una infracción no es lo mismo que cometerla y entonces no existía ninguna norma que permitiera castigar la realización de estos actos.

Ya en el Juzgado de lo Mercantil N° 2 de A Coruña, el magistrado cita la STJUE en el Asunto C-466/12, “Asunto Svensson” que interpreta el Art. 3.1 Directiva 2001/29/CE diciendo que todo acto de comunicación al público de una obra debe ser autorizado por el titular de los derechos. Así, si a través de la actuación de la web de enlaces se está produciendo una comunicación pública, esta tiene que ser autorizada por el titular. De esta manera, el magistrado entiende que al existir un acto de comunicación a un público nuevo no autorizado, se puede calificar como infracción directa. Sin embargo, aunque considera que estos actos pueden ser calificados como comunicación pública no autorizada, en el Fundamento de Derecho Sexto cita el Auto de la AP de Madrid, Sec. 28ª de 15 de abril de 2016, que le sirve de base para calificar los hechos como una infracción indirecta, recogida en el Art. 138.2 TRLPI. Es decir, el magistrado está considerando ambas calificaciones, tanto el concepto amplio de infracción directa de los derechos de comunicación pública como la infracción indirecta de los mismos sin establecer una preferencia por alguna de las dos.

Estas dudas no quedan disipadas en el Fundamento de Derecho Séptimo, que lleva por título “Consecuencias de la estimación de la demanda”, dado que indica que los hechos descritos dan lugar a una indemnización por daños y perjuicios recogida en el Art. 138.1 TRLPI, sin indicar si esta indemnización es consecuencia de una infracción directa o indirecta. Esta ausencia de distinción puede deberse a que la ley en ningún momento establece una diferencia entre ambas. De hecho, en el apartado 2 del Art. 138 únicamente amplía la legitimación pasiva de las acciones recogidas en el apartado 1 a los infractores indirectos, motivo por el cual, el fundamento de la acción indemnizatoria siempre será el Art. 138.1 TRLPI, sin importar que la infracción haya sido directa o indirecta.

Estas dudas sí se resuelven con la cita del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, que señala que la modificación legislativa operada por la Ley 21/2014 supone un cambio en la forma de tratar las posibles infracciones que se pudieran imputar a las páginas de enlaces. De esta forma, se hace ver de forma bastante clara que aunque antes de la reforma las infracciones de una página de enlaces pudieran ser calificadas como infracciones directas, con la reforma del año 2014, la voluntad del legislador es que se califiquen como infracciones indirectas.

Antes de terminar el análisis de esta sentencia, debemos destacar una consideración muy importante que hace el magistrado en el Fundamento de Derecho Tercero. Como regla general, las páginas de enlaces son consideradas webs de hosting, esto es, sitios web donde usuarios de esta acudían para difundir su contenido mediante la publicación de enlaces a otros sitios web de almacenamiento de datos. Sin embargo, este magistrado entiende que la calificación de “hoster” no es adecuada para la web Roja Directa sino que debe ser calificada como editor, “dado el papel activo de conocimiento y control de los enlaces”, intermediarios que Carbajo Cascón (2011) denomina “hosting web 2.0”. Debemos recordar que diversas resoluciones de órganos jurisdiccionales penales, como las analizadas anteriormente ya recogieron valoraciones similares. Aunque no llegaron a calificar a estos intermediarios de la sociedad de la información como editores consideraron que era una actividad que no se correspondía con la de un mero enlazador sino que iba más allá, mereciendo por ello un reproche penal. Se trata de nuevo de entender que todo aquello que excede de la mera intermediación o intermediación neutral, automática y pasiva constituye un acto de comunicación pública, sin admitir operadores que lleven a cabo una actividad intermedia.

El paso más importante en esta materia lo da el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con la STJUE de 14 de junio de 2017 en el Asunto C/610-15, “The Pirate Bay” al reinterpretar el concepto de comunicación al público del Art. 3.1 de la Directiva 2001/39/CE, dándole un contenido extremadamente

amplio en el que caben sin problema lo que en la introducción definimos como infracciones indirectas. A estos efectos, el TJUE se basa en tres aspectos para determinar si un intermediario de la sociedad de la información incurre o no en un ilícito contra los derechos de propiedad intelectual:

- Si nos encontramos ante un acto de comunicación.
- Si dicha comunicación tiene carácter de pública.
- Si esa comunicación pública está dirigida a un público nuevo.

I. Acto de comunicación

Conforme a la jurisprudencia de este tribunal (STJUE de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15, Apartado 31) “un sujeto, (en nuestro caso un intermediario de la sociedad de la información), realiza un acto de comunicación cuando interviene, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para dar a sus clientes acceso a una obra protegida, especialmente cuando si no tuviera lugar tal intervención, los clientes no podrían, en principio, disfrutar de la obra difundida”.

En este punto es donde se da el salto para entender que facilitar una comunicación pública no autorizada constituye una infracción directa o lo que es lo mismo interpretar de forma amplia el concepto de comunicación al público y admitir que facilitar es equivalente a comunicar. No obstante, el TJUE ha ido demasiado lejos a la hora de castigar esta conducta dado que se establece que en el caso de que el intermediario sea esencial para la realización de la comunicación pública que facilita, esto es que “si no tuviera lugar tal intervención, los clientes no podrían, en principio, disfrutar de la obra difundida”, ya existe responsabilidad. A mi modo de ver, no podemos ser tan poco exigentes a la hora de reclamar responsabilidad, parece necesario requerir algún elemento adicional que justifique plenamente la obligación de indemnizar al titular de los derechos de propiedad intelectual vulnerados.

Aunque el TJUE interpreta que facilitar y comunicar son conductas equivalentes a efectos jurídicos, en la práctica debemos diferenciar estas conductas. La práctica que está enjuiciando el TJUE es facilitar, un elemento esencial para que se produzca la infracción. Debemos recordar que los intermediarios de la sociedad de la información no realizan directamente un acto de comunicación dado que los servidores de las redes P2P no se utilizan en ningún momento para este acto y lo mismo ocurre con las páginas de enlaces, donde la comunicación pública se produce entre la página de alojamiento de datos desde la que se descarga o se ve en streaming el contenido y los usuarios de la página de enlaces.

II. Comunicación pública

El TJUE en sentencias anteriores ha aportado ciertos criterios para determinar cuándo un acto de comunicación tiene la condición de público. Así, en el Apartado 41 de la sentencia del Asunto TPB y en los Apartados 35 y 36 de la sentencia en el asunto ITV Broadcasting, se señala la necesidad de establecer un umbral de *minimis*, esto es tiene que haber un público suficiente para producir un daño considerable a los derechos del legítimo titular de los derechos de propiedad intelectual afectados. Debemos tener en cuenta que el tribunal simplemente ha señalado la necesidad de superar un umbral mínimo, pero no ha dado criterios precisos que permitan a los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros distinguir en qué casos se supera dicho umbral y en cuáles no, considerando en la mayoría de las ocasiones que sí se supera por la amplia exposición que tienen los intermediarios de la sociedad de la información en el momento presente. En definitiva, se trata de fijar un punto donde la piratería de una determinada obra no tiene efectos reales sobre la distribución de la misma y donde, en términos de coste social, el coste asociado a la acción del sector público para evitar la piratería es mayor que el generado por la infracción.

A este respecto podemos considerar que hay un daño considerable que supera el umbral de *minimis* cuando el número de personas que acceden a los contenidos gracias a los medios proporcionados por

los intermediarios es suficiente como para perjudicar la normal explotación de la obra. A mi modo de ver, no parece lógico establecer un número de visitas mínimo general y válido para cualquier caso puesto que cada obra afectada es sustancialmente diferente, el público potencial de cada una varía en función de las características de esta. Por este motivo, para fijar este umbral parece más oportuno hacer una valoración de tipo económico. Abundando en este punto, el Apartado 33 de la STJUE ITV Broadcasting dispone que se debe tener en cuenta el efecto acumulativo del hecho de poner la obra a disposición de los destinatarios potenciales. Esto supone que, como dicta la lógica, para determinar si en un caso concreto se supera el umbral de minimis hay que considerar todos los accesos a la obra facilitados por el intermediario de la sociedad de la información enjuiciado.

Desde mi punto de vista debemos dar un paso más para ver si se supera el mínimo del que habla el TJUE, habría que comparar los accesos por medios legítimos frente a las comunicaciones no autorizadas facilitadas por el intermediario demandado en cada caso. Debemos plantearnos si dentro de los accesos autorizados por el titular de los derechos debemos incluir cualquier acceso del público a esa obra o solamente los actos de comunicación pública en su modalidad de acceso digital, que es lo que facilita el intermediario de la sociedad de la información. En mi opinión, hay que tener en cuenta cualquier forma de explotación de la obra. No podemos considerar que las diferentes formas de explotación, comunicación al público en sus diferentes variantes y distribución de ejemplares físicos, son compartimentos estancos que no se ven afectados los unos por los otros. Esta valoración sería absolutamente errónea, es evidente que las diferentes formas de distribución están interconectadas y que la piratería afecta a todos. Tomemos el ejemplo de la distribución de un libro que puede ser accesible al público mediante distribución de ejemplares físicos o mediante actos de comunicación al público en forma digital en formato .epub, .pdf u otros equivalentes. Por supuesto, la piratería disminuye las comunicaciones públicas en formatos digitales, pero también afecta a la distribución en formato físico dado que al consumidor le es más beneficioso adquirir el libro mediante técnicas “piratas” que pagando el precio correspondiente para adquirirlo bien en papel o bien en formato digital.

III. Dirigido a un público nuevo

El TJUE en la Sentencia de 13 de febrero de 2014 en el Asunto C-466/12, Svensson, en concreto en su Apartado 24, ya se pronunció sobre la necesidad de que el público al que se distribuye debe ser un público nuevo. En este punto, el tribunal considera que al enlazar habrá un público nuevo si este no fue tomado en consideración por el autor o autores cuando autorizaron la comunicación inicial de la obra. En relación con este pronunciamiento, también debemos considerar el Apartado 42 de la STJUE en el Asunto GS Media en el que el tribunal determina que cuando los titulares de los derechos de propiedad intelectual publican las obras protegidas para su acceso libre, no existe un público nuevo aunque haya personas que accedan mediante un enlace puesto a disposición por personas distintas de los titulares de los derechos o personas autorizadas para ello. Tomando este pronunciamiento como referencia y realizando una interpretación a sensu contrario del mismo, podemos afirmar que si los titulares de los derechos de explotación no han distribuido la obra libremente en internet, esto es establecen restricciones para visualizar el contenido, y el acceso mediante el enlace permite eludir dichas restricciones, estaremos ante un público nuevo.

Una vez vistos los tres requisitos que se tienen que dar en opinión del TJUE para imputar responsabilidad civil a los intermediarios de la sociedad de la información, corresponde hacer una valoración de esta nueva interpretación, que ya puedo adelantar que no me parece positiva. Por un lado, es conveniente señalar que, si queremos dar una adecuada protección a los titulares de derechos de propiedad intelectual en aras de mantener los incentivos a la innovación, una de las opciones posibles es la introducción de las infracciones indirectas en el ordenamiento jurídico o de cualquier otra forma de castigar los actos de facilitación de comunicaciones públicas no autorizadas. Pero, por otro lado, como indicó la AP de Madrid, Sec. 28^a, en su sentencia de 31 de marzo de 2014, esta labor corresponde en exclusiva al legislador.

Es cierto que el TJUE se ha limitado a dar una nueva interpretación de la noción de comunicación pública. Sin embargo, en la práctica, está dando entrada al ordenamiento jurídico europeo a una nueva categoría jurídica, y como bien indicó la Audiencia Provincial de Madrid, esta labor corresponde al legislador y no a los tribunales.

En último lugar, una de las resoluciones más recientes en nuestro país respecto a la responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de la información es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 4 de diciembre de 2017 en el Asunto Sharemula, que muestra un panorama similar al del Asunto Roja Directa, al decidir el tribunal condenar al demandado por su actividad como intermediario de la sociedad de la información por una infracción directa de los derechos de comunicación pública del titular. En un primer momento, el tribunal considera que estamos ante un claro caso de responsabilidad indirecta. Sin embargo, como ya señaló el mismo tribunal en la SAP Madrid, Sec. 28ª, de 31 de marzo de 2014, sin una previsión legal, el tribunal no puede imponer la indemnización y dado que este amparo legal no llega a nuestro ordenamiento hasta noviembre de 2014 y los hechos enjuiciados se produjeron antes de la modificación legislativa, no se puede condenar por infracción indirecta. Así las cosas, como el tribunal no puede aplicar esta institución jurídica, decide acudir al concepto amplio de infracción directa y, de esta manera, parece estar estableciendo una regla de subsidiariedad de la aplicación del régimen de infracciones directas frente al régimen de infracciones indirectas, que tendría carácter preferente.

En resumen, encontramos cierta confusión en la jurisprudencia a la hora de aplicar las sanciones a los intermediarios de la sociedad de la información por facilitar actos de comunicación pública ilegales. Por un lado, órganos jurisdiccionales como el Juzgado de lo Mercantil N° 2 de A Coruña, entienden que hay que aplicar la infracción indirecta del Art. 138.2 TRLPI, pero a la vez considera posible la calificación como infracción directa dentro del concepto amplio de comunicación pública (Art. 3.1 de la Directiva 2001/29/CE y Art. 20 TRLPI), estableciendo una alternatividad entre ambas en el plano doctrinal, aunque en la práctica se deba favorecer la aplicación de la infracción indirecta porque así lo quiso el legislador. Por otro lado, el TJUE considera que los hechos se deben calificar como infracción directa con la utilización del amplísimo concepto de infracción directa del derecho de comunicación pública que considera amparado en el Art. 3.1 de la Directiva 2001/29/CE. La misma línea sigue la AP de Vizcaya, aunque con una argumentación diferente a la empleada por el TJUE y el JM N°2 de A Coruña. Por último, está la posición mantenida, entre otros, por la Audiencia Provincial de Madrid que entiende que debe prevalecer el análisis como infracción indirecta, pero de forma subsidiaria, cuando no se pueda aplicar el Art. 138.2 TRLPI, podemos acudir al concepto amplio de infracción directa para sancionar a los intermediarios de la sociedad de la información. Esta posición es cuanto menos sorprendente teniendo en cuenta su doctrina previa (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 28ª 61/2016 de 15 de abril de 2016 y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 28ª 103/2014, de 31 de marzo de 2014) que, en definitiva, defiende que la calificación de estos hechos debe ser únicamente de infracción indirecta para lo cual debe existir una expresa tipificación legal. Por un lado, la Sentencia de 2014 entiende que los hechos enjuiciados no podían ser sancionados porque no existía ninguna disposición en el ordenamiento jurídico español que sancionara a los infractores indirectos y negaba la posibilidad de calificarlo como infracción directa utilizando el concepto amplio de comunicación al público. Por otro lado, en el Auto de 2016 la Audiencia considera que la modificación legislativa “influye en el tratamiento que corresponde a la problemática relativa a las páginas web de enlace”, dando a entender que a pesar de los posibles razonamientos jurídicos que permiten la calificación de estos actos como infracción directa, tras la reforma legislativa de 2014 el tratamiento debe ser únicamente el planteado por el Art. 138.2 TRLPI.

A mi entender, estos actos únicamente deben ser calificados como infracciones indirectas prescindiendo de las directas, entre otros motivos, porque esta ha sido la voluntad del legislador al introducir el nuevo apartado 2º del Art. 138 TRLPI. La calificación como infracción directa utilizando el amplísimo concepto de comunicación al público establecido por el TJUE y planteado por el Juzgado de lo

Mercantil N° 2 de A Coruña en España en el año 2016 y por la AP de Madrid 2017 puede tener sentido cuando el ordenamiento jurídico aplicable no ampara las infracciones indirectas, como sucede en la regulación de la UE, aunque todavía me caben serias dudas sobre su admisibilidad al equiparar actividades que, aunque interdependientes, son distintas. Además, debemos recordar lo mencionado en la introducción, la seguridad jurídica en esta materia es esencial y los límites a los derechos de propiedad intelectual deben estar perfectamente definidos por el ordenamiento jurídico. Teniendo esto en cuenta, en España, a partir de la reforma del TRLPI en el año 2014 las infracciones indirectas entran en nuestro ordenamiento mediante el Art. 138.2. Por lo tanto, esta conducta errática de los tribunales españoles utilizando ambas calificaciones de diversa forma debe ser sustituida por una única tipificación como infracción indirecta.

4. ALTERNATIVAS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS INTERMEDIARIOS

Como señalamos en la introducción, castigar la labor de los intermediarios de la sociedad de la información tiene sus puntos negativos en términos de incentivos a la innovación en el mercado de la comunicación digital de material audiovisual. Además, debemos tener en cuenta que la solución consistente en imponer indemnizaciones a los intermediarios y cerrar páginas web de enlaces o redes de distribución P2P no soluciona el problema. En el momento en que se cierra una página web aparece otra u otras que ocupan su lugar. Por tanto, es necesario explorar posibles alternativas a la posición que han adoptado los tribunales y los legisladores en estos últimos años. Una de las alternativas la encontramos en el Art. 13 de la Propuesta de Directiva de derechos de autor en el mercado único digital, rechazada por el pleno del Parlamento Europeo el 5 de julio de 2018. A pesar de haber sido rechazada, es una solución que no debemos perder de vista y que en algún futuro el legislador debería retomar dado que facilitaría enormemente la labor de los tribunales.

La principal problemática que nos encontramos con la labor de los intermediarios de la sociedad de la información está en el remuneración de los autores, los intermediarios están generando un valor añadido que no se reparte equitativamente con el autor, algo que ya puso de manifiesto la Comisión Europea con la Comunicación “Hacia un marco más moderno y más europeo de los derechos de autor” de 9 de diciembre de 2015. El Art. 13 de la propuesta menciona “asegurar el correcto funcionamiento de los acuerdos celebrados con los titulares de derechos”, lo que nos da una pista de la vía que pretende seguir la Comisión Europea. Su idea es que los titulares de derechos negocien licencias con estas plataformas para obtener así una remuneración. Esto supone dar una autorización ex ante como ocurre con la copia privada o la comunicación pública de obras protegidas en bares musicales, bares de copas y pubs a cambio de una remuneración.

En última instancia, una disposición de este tipo supondría liberalizar el mercado de la difusión pública de obras y abrirlo a la competencia. Para ello habría que sustituir el derecho exclusivo de comunicación al público por un derecho de mera remuneración. Es decir, el autor ya no tiene derecho a autorizar todas las comunicaciones públicas que se hagan de su obra, sino que tiene derecho a recibir una compensación por las mismas.

Con una regulación como esta garantizamos una remuneración más justa para los autores dado que perciben el valor de la explotación total de su obra. Cuando en la introducción analizábamos el impacto económico que tiene la piratería veíamos que los distribuidores de material “pirata” pueden vender al precio de mercado al no tener que pagar una licencia y obtener ingresos sustanciales por no tener que hacer frente a los costes de creación. Sin embargo, al existir licencias, aunque puedan vender a ese precio de mercado, el beneficio no se va a quedar en manos de los distribuidores de contenidos, sino que se va a repartir con los creadores. De esta forma, los autores se van a aprovechar de cualquier comunicación que se haga de sus obras, garantizando así una remuneración justa y adecuada. En condiciones normales, el mercado nos debería llevar a una situación de estas características, pero es probable que en ciertos casos sea necesaria la intervención del sector público para evitar abusos por parte de las partes fuertes en la relación.

Además, debemos tener en cuenta que un sistema como este garantiza un mejor acceso a la cultura. Al existir la posibilidad de que haya numerosos oferentes en el mercado conforme a sus reglas básicas del funcionamiento, los precios serán más reducidos, abriendo el mercado a más demandantes, algo que en última instancia también beneficia a los autores al dar más ingresos a los distribuidores que pagan su remuneración y al reducir los incentivos a acceder a las obras en mercados de distribución ilegal.

Así mismo, no podemos olvidar otro asunto de gran importancia, si queremos reducir la piratería hasta un punto de eficiencia no basta con atacar únicamente la oferta, la demanda también tiene un efecto poderoso. De esta forma, si sigue existiendo una demanda relevante de material distribuido ilícitamente existirá un mercado para ese producto. Por tanto, si realmente queremos luchar de forma efectiva contra la piratería también habrá que castigar a las personas que acceden al material distribuido ilegalmente. Sin embargo, esto es absolutamente insostenible, ningún sistema judicial podría mantener tal cantidad de demandas y terminaríamos saturando nuestros tribunales aún más.

Por su puesto, lo ideal sería encontrar un sistema que permitiera eliminar de golpe toda la demanda de material distribuido de forma ilícita a un precio predatorio para los legítimos distribuidores, pero la realidad nos demuestra que conseguir un sistema de estas características todavía no está a nuestro alcance.

A pesar de que la proposición es atractiva, la redacción del Art. 13 de la propuesta plantea algunas dudas:

- Uno de los grandes problemas que plantea una proposición de este tipo es que las partes negociadoras no se encuentran en una posición de equidad. Por este motivo, parece más adecuado que sean las entidades de gestión las que negocien estas remuneraciones como permite el Art. 36 de la Ley de derechos de autor y derechos conexos de Alemania de 9 de septiembre de 1965. Otra posibilidad viable es que sea el Estado el que marque los precios.
- Otro problema lo encontramos en que el Art. 13 habla de *proveedores de servicios de la sociedad de la información que almacenen y faciliten acceso público a grandes cantidades de obras*. Con estas palabras parece claro que la propuesta busca que se negocie con las grandes plataformas, pensando posiblemente en YouTube, pero no obstante, aunque las pequeñas plataformas presenten una menor amenaza a la normal explotación de la obra individualmente consideradas, en conjunto pueden afectar de manera grave.
- Un tercer problema está en la mención al establecimiento de medidas técnicas para impedir que determinadas obras aparezcan en los servicios de los intermediarios. A estos efectos no podemos olvidar el Art. 15 DCE, interpretado por el TJUE en las sentencias de los Asuntos Scarlet Extended y L'Oreal, entre otras¹⁴. En resumen, el estado actual de la legislación y la jurisprudencia impide imponer a los intermediarios de la sociedad de la información obligaciones generales de supervisión. En este sentido, el TJUE ha sido muy estricto a la hora de valorar cuando estos mecanismos de supervisión están o no justificados, impidiendo en la mayoría de las ocasiones que se impongan dichas herramientas.

¹⁴ Vid. Infra. 3.2. Cooperación a la infracción.

5. CONCLUSIONES

La amplia revisión que hemos realizado en las páginas precedentes nos lleva a las siguientes conclusiones. En primer lugar, la jurisprudencia ha sido muy reacia a la inclusión de las infracciones indirectas o de cualquier otra institución jurídica que castigue los actos realizados por los intermediarios de la sociedad de la información. En mi opinión, esta oposición de los tribunales deriva de las dudas que supone para los magistrados el análisis de una actividad tan novedosa como esta. No podemos olvidar que la actividad de los intermediarios de la Web 2.0 estaba naciendo en los años en que empiezan a plantearse estos litigios (2010-2011) y todavía hoy está evolucionando a un ritmo desenfrenado. Por tanto, los tribunales han tenido y siguen teniendo ciertas dificultades para comprender el alcance de un supuesto de hecho que está en constante evolución, a lo que hay que añadir a una legislación que no ayuda a dar una solución directa a esta problemática. Si bien es cierto que el Art. 138.2 LPI castiga las infracciones indirectas, en su último inciso sigue haciendo referencia a la aplicación de las exenciones de puerto seguro recogidas en la LSSICE, algo que dificulta la plena aplicación del precepto. Esto ha motivado que los tribunales se hayan tenido que pronunciar a este respecto como hizo el TS en 2009, pero aun así la legislación no ofrece una solución clara y adecuada a este problema que facilite la labor de los tribunales.

En segundo lugar, la confusión de los tribunales ha pasado a una segunda etapa, el debate jurisprudencial ya no se enmarca en la necesidad de castigar o no a los intermediarios de la sociedad de la información por facilitar la comisión de infracciones directas, sino en qué vía jurídica hay que utilizar para su castigo. Como ya hemos señalado entre la jurisprudencia procedente de los tribunales españoles y del TJUE encontramos soluciones muy diversas, ninguna plenamente satisfactoria. El TJUE ha optado por una extensión a mi juicio excesiva del concepto de acto de comunicación pública para sortear los impedimentos que impone la Directiva 2001/29/CE, que no reconoce las infracciones indirectas. No obstante, como señaló AP de Madrid en su sentencia de 31 de marzo de 2014, la labor de reconocer esa nueva institución jurídica no corresponde a los tribunales, sino al legislador dentro de la política legislativa de represión de la piratería. Tampoco me parece del todo correcta la posición que han adoptado los tribunales españoles, a destacar las sentencias de la AP de Madrid en el Asunto Sharemula y del Juzgado de lo Mercantil N° 2 de A Coruña en el Asunto Roja Directa. Estos tribunales están planteando una aplicación subsidiaria y alternativa, respectivamente, de la doctrina del TJUE sobre la expansión del concepto de acto de comunicación al público sobre el Art. 138.2 LPI, algo que prescinde de todo rigor jurídico. La solución que da el TJUE y la que da el legislador español con el Art. 138.2 LPI no son compatibles, hay que optar por una o por otra, no podemos dar dos calificaciones jurídicas diferentes a un mismo supuesto de hecho. Además, los argumentos que justifican la utilización de la infracción indirecta impiden adoptar el concepto amplio de acto de comunicación al público.

En tercer y último lugar, la solución alternativa que planteó la propuesta de directiva de derechos de autor en el mercado único digital debe tomarse muy seriamente. Por supuesto, lo ideal sería encontrar un sistema que permitiera eliminar de golpe toda la demanda de material distribuido de forma ilícita a un precio predatorio para los legítimos distribuidores, pero la realidad nos demuestra que conseguir un sistema de estas características todavía no está a nuestro alcance. Por tanto, dado que controlar internet es imposible es necesario adoptar una solución más pragmática como la que planteó la Comisión Europea.

BIBLIOGRAFÍA

Carbajo Cascón, F. (2011). Sobre la responsabilidad indirecta de los agregadores de información por contribución a la infracción de derechos de propiedad industrial e intelectual en internet. *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, (32), 51-78.

Carbajo Cascón, F. (2014). Delimitación de la responsabilidad de los servicios de intermediación de la sociedad de la información (I). *Iustitia*, (12), 245-278.

Carbajo Cascón, F. (2016). Delimitación de la responsabilidad de los servicios de intermediación de la sociedad de la información (II)(SEGUNDA PARTE)(ESPECIAL ATENCIÓN A LA INFRACCIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL A TRAVÉS DE SERVICIOS HOSTING-WEB 2-0). *Iustitia*, (13), 217-263.

Carrasco Perera, Á y Del Estal Sastre, R (2017). *Artículos 138-141*. En Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1821-1880.

Galán Corona, E. (2005). Algunas cuestiones en torno a la infracción indirecta de la marca. En *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia: colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano* (pp. 433-450). Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial.

Landes, W. M., y Posner, R. A. (1989). An economic analysis of copyright law. *The Journal of Legal Studies*, 18(2), 325-363.

Lemley, M. A., y Reese, R. A. (2003). Reducing digital copyright infringement without restricting innovation. *Stan. L. Rev.*, 56, 1345.

Lichtman, D., y Landes, W. (2002). Indirect liability for copyright infringement: an economic perspective. *Harv. JL & Tech.*, 16, 395.

Oddi, A. S. (1989). Contributory Copyright Infringement: The Tort and Technological Tensions. *Notre Dame L. Rev.*, 64, 47.

Sánchez Aristi, R. (2013). El papel de los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información en las infracciones de la propiedad intelectual en Internet: acciones civiles y procedimiento de salvaguarda ante la Sección 2ª de la Comisión de Propiedad Intelectual (Ley Sinde). En *Curso de Verano URJC* (1 a 5 de julio de 2013). *La propiedad intelectual: abierto por reformas*. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

Sánchez Aristi, R. (2015). Responsables de la infracción (art. 138 LPI). En *La Reforma de la ley de Propiedad Intelectual* (pp. 347-364).

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de diciembre de 2006, as. C-306/05, Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles, S.A.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 15ª de 17 de septiembre de 2008.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 7 de Barcelona 67/2010, de 9 de marzo de 2010.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de marzo de 2010, as. C-236/08 a C-238/08, Google France SARL, Google Inc c. Louis Vuitton Malletier SA (asunto C-236/08); Google France SARL c. Viaticum SA, Luteciel SARL (asunto C-237/08); Google France SARL c. Centre National de recherché en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin y Tiger SARL (asunto C-238/08).

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 1ª 364/2010, de 27 de abril de 2010.

Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. 3ª 630/2010, de 26 de octubre de 2010.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 1ª 159/2011, de 10 de marzo de 2011.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2011, as. C-324/09, L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal (UK) Ltd c. eBay International, eBay Europe SARL, eBay (UK) Ltd, Stephen Potts, Tracy Ratchford, Marie Ormsby, James Clarke,, Joanna Clarke, Glen Fox, Rukhsana Bi.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sec. 1ª 530/2011, de 27 de septiembre de 2011.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011, as. C-70/10 Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014, as. C-466/12, Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd c. Retriever Sverige AB.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 28ª 103/2014, de 31 de marzo de 2014.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sec. 1ª 426/2014, de 12 de noviembre de 2014.

Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sec. 2ª 2/2016, de 5 de febrero de 2016.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 28ª 61/2016 de 15 de abril de 2016.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de A Coruña 247/16, de 22 de noviembre de 2016.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2017, as. C-527/15, Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems, que también actúa bajo el nombre de "Filmspeler".

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2017, as. C-610/15, Stichting Brein c. Siggo BV y XS4ALL Internet BV.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 28ª 550/2017, de 4 de diciembre de 2017.

REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO INFORMÁTICO (SEGUNDA ÉPOCA).
FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE ASOCIACIONES DE DERECHO E INFORMÁTICA.
ISSN 2530-4496 – AÑO 1, N° 4, 2017, PÁGS. 93-102

EL ESTADO ACTUAL DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR ELECTRÓNICO EN COLOMBIA: UNA REALIDAD DIGITAL Y JURÍDICA

Rodrigo Cortés Borrero¹ y María Camila Buitrago Vera²

¹ Abogado “Cum Laude” Universidad Santo Tomás, Especialista en Derecho Administrativo, conciliador en Derecho, Magister en Derecho Contractual Público y Privado de la Universidad Santo Tomás Colombia, Docente investigador y director del semillero de Derecho Informático y de las Tecnologías en la Sociedad de la Información (DITSI) de la Facultad de Derecho de la misma Institución. Cofundador de la Firma IURISTIC “Derecho y Tecnología”. Miembro de la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática

² Abogada, Universidad Santo Tomás, miembro del semillero de Investigación de Derecho Informático y de las Tecnologías en la Sociedad de la Información (DITSI) de la Facultad de Derecho de la misma Institución

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto describir la forma en que ha operado la SIC (Superintendencia de Industria y Comercio) con el fin de garantizar la Protección al Consumidor Electrónico en Colombia de acuerdo a la normatividad vigente, la ley 1480 de 2011, también identificar las principales fortalezas y debilidades jurídicas de la misma frente a lo consagrado en la ley, en cuanto a la protección al consumidor electrónico a la fecha y exponer los principales desafíos que tiene la entidad para la garantía de los Derechos de los consumidores electrónicos en el país. Ello en el contexto de una nueva realidad comercial en el mundo que demanda cambios en materia legislativa que sean efectivos a la hora de mitigar la asimetría que existe entre consumidor y productor o proveedor y alcanzar un grado moderado de equilibrio donde se garanticen y respeten plenamente los derechos de los primeros.

PALABRAS CLAVE

Colombia, consumidor, internet, comercio electrónico.

ABSTRACT

The following article aims at describing the way the SIC (Superintendencia de Industria y Comercio) has operated in order to guarantee the electronic consumer protection in Colombia according to current regulations. The law 1480-2011 also identifies juridical strengths and weaknesses compared to the same ones which have been enshrined in the law. With regard to the electronic consumer protection to date and to show the main challenges that has the entity for the guarantee of the rights of the electronic consumers in the country.

In the context of a new commercial reality in the world this demands changes in legislation which are effective at the time of mitigate the imbalance that exists between the consumer and the producer or supplier and achieve a moderate grade of balance where there are guarantee and plenty respect of the first.

KEY WORDS

Colombia, consumer, internet, e-commerce.

SUMARIO

I. Introducción II. Antecedentes. A. Origen y Desarrollo del Comercio Electrónico. B. Antecedentes del Comercio Electrónico en Colombia. III. Planteamiento del problema. IV. Objetivos. V. Justificación. VI. Marco Teórico. VII. Conclusiones VIII. Bibliografía.

1. INTRODUCCION

El 12 de octubre de 2011 se promulgó la Ley 1480 de 2011 (Congreso de la República de Colombia, 2011) “por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”. Se trata de una reglamentación que en buena parte se pone a tono con las realidades económicas y las necesidades de los consumidores. Particularmente incorpora temas no previstos explícitamente en el estatuto de 1982, como lo es la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico.

La Ley 1480 de 2011 incorporó un capítulo titulado “Protección al consumidor de comercio Electrónico”. Se trata de un aspecto de gran importancia para los empresarios que ofrecen y venden bienes y servicios mediante páginas web y otros medios. Debido al auge del comercio electrónico y la expansión internacional del mercado, las obligaciones y garantías tanto de consumidores como de productores y proveedores deben ser determinadas y examinadas con detenimiento. Por ello, el estatuto se convierte

en una norma general de protección al consumidor, la cual consagra los mínimos que debe garantizar el empresario frente a sus clientes, sin perjuicio de las garantías adicionales que brinden las empresas. Debido a ello, emerge una normatividad en búsqueda de proteger al consumidor electrónico en nuestro ordenamiento, protección que por mandato legal le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (SIC) quien desde su promulgación ha venido siendo la garante desplegando diversas funciones y actividades para la protección de los derechos de los consumidores y es la autoridad correspondiente para dirimir conflictos de protección de los mismos, de allí la relevancia de conocer cómo ha operado esta entidad gubernativa en pro de la protección de este tipo de consumidor que con el paso del tiempo se ha incrementado en Colombia.

A) Antecedentes del Comercio Electrónico en Colombia

La aparición del comercio electrónico siguiendo a (Becerra Rodriguez, 2012, págs. 54-55) quien cita a (O. BURITICÁ y R. BURITICÁ, 2001)¹. en Latinoamérica fue totalmente ajena al desarrollo de estas nuevas tecnologías y se posicionó como importador, realizando las primeras conexiones a comienzos de 1990, con acceso exclusivo para centros académicos y científicos. Colombia tan solo se conectó en 1994, teniendo grandes dificultades, sobre todo, por la baja capacidad de las redes de telecomunicaciones y de los computadores para esa época. Esto sumado al monopolio de las empresas telefónicas en las llamadas a larga distancia.

Empero, el ingreso de grandes multinacionales como AT&T y Global One, en cierta forma impulsó la introducción de nuevas tecnologías en las telecomunicaciones de Colombia, como la fibra óptica, las redes inalámbricas, las redes privadas para transmisión de datos, entre otras; que mejoraron de manera significativa el acceso al Internet, el cubrimiento telefónico y la evolución del comercio electrónico. En el año 2000, el cubrimiento telefónico era del 80 por ciento en las zonas urbanas y del 20 por ciento en las zonas rurales del país.

Las transacciones virtuales se inician en Colombia desde finales de los años noventa, y los pioneros en esa materia aparecieron entre 1998 y 1999, como lo fueron algunos portales horizontales latinoamericanos, masificando, pero a la vez saturando el mercado del comercio electrónico colombiano.

En 1999, en el campo mundial, debido a la incertidumbre y desconfianza de diversos inversionistas, se disminuyó dramáticamente la cotización de las acciones de compañías de comercio electrónico. En Colombia, la idea de colocar las acciones de estas compañías en la Bolsa apenas se contemplaba cuando se desató la crisis, como lo afirman BURITICÁ et al. (2001): “en nuestro país la «fiebre de la red» fue tardía”. Posteriormente, los inversionistas en la industria del e-commerce decidieron planificar mejor sus compañías para así evitar correr mayores riesgos. Ingresaron a Colombia la tecnología del WAP (wireless access protocol), agendas digitales (PDA) y los computadores portátiles, facilitando no solo la venta de productos, sino también la prestación de servicios como la banca en línea.

Frente a esa realidad el legislador no podía quedarse atrás y erige hace algunos años con una norma de comercio electrónico, la ley 527 de 1999, en la cual se regulan aspectos como el principio equivalente funcional, el valor probatorio de los mensajes de datos, la firma electrónica y la firma digital, entre otros. Sin embargo, se trata más de una norma de carácter procesal que de carácter sustancial (Villalba Cuellar, 2012)

Esta ley se basó en la normativa modelo de comercio electrónico, aprobada en 1996 por la Comisión de las Naciones para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre comercio electrónico, obedeció a la necesidad de contar con un régimen jurídico acorde con la evolución de las

¹ BURITICÁ, O. y BURITICÁ, R.: “Implicaciones del comercio electrónico en la tributación” [Universidad Javeriana], 2001 [consultado: 3 de noviembre de 2010]. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis44.pdf>

comunicaciones, de sus elementos técnicos y del comercio. Además, como novedad, la ley agregó dos capítulos: Uno sobre relación que existe entre los documentos de transporte y los medios electrónicos, y otro capítulo sobre entidades certificadoras y su control por la Superintendencia de Industria y Comercio. (Medina Vergara, 2013)

Con la ley 527 de 1999, Colombia se adapta a las modernas tendencias del derecho internacional privado, una de cuyas principales expresiones ha sido la adopción de legislaciones que llenen vacíos normativos para facilitar y regular el uso de los medios de comunicación modernos. (Medina Vergara, 2013)

Sin embargo, aunque ya se encontraba consagrado legalmente el comercio electrónico en Colombia, carecíamos de una normatividad especializada para la protección de los sujetos que intervienen en la multiplicidad de operaciones y negocios en nuevo espacio, que tiene reglas de juego propia y una dimensión que hasta el momento no se había podido diagnosticar.

Por ello en el año 2011 gracias a la voluntad del legislador es promulgada la ley 1480, que consagraba un capítulo especial a la protección del consumidor electrónico, siendo así el inicio de una era, en donde el derecho es llamado a garantizar unas pautas imperativas que exigen al empresario, protegen al consumidor y permiten que las distintas transacciones se hagan acorde a la legalidad y la justicia.

Siendo la Superintendencia de Industria y Comercio, la autoridad gubernamental la llamada a garantizar los derechos de los consumidores en Colombia, y en este especial acápite de los consumidores electrónicos.

Esto como respuesta a un fenómeno económico y social como lo describe (Peña Valenzuela, 2013, pág. 469) el comercio electrónico ha venido creciendo en importancia en los mercados desarrollados y de manera paulatina también en los mercados emergentes, incluyendo Latinoamérica. Las razones por las cuales han venido despertando nuestra economía a una realidad incontrovertible proviene de varios factores: la mayor eficiencia, las menores barreras de entrada al entorno internacional y el impulso que el uso de medios electrónicos trae consigo para el desarrollo económico que conlleva la consolidación de los mercados digitales.

Debido a que nuestro anterior Estatuto del Consumidor, el Decreto ley 3466 de 1982 fue expedido cuando aún las actividades de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones eran incipientes en nuestro medio y no era previsible que tuvieran una repercusión cotidiana en las actividades mercantiles (Peña Valenzuela, 2013, pág. 474).

Pues como bien señala (Caycedo Espinel, 2013, pág. 162):

En Colombia, con anterioridad a la Ley 1480 de 2011 fueron escasas las disposiciones con carácter de ley de derecho general de protección al consumidor y en su generalidad fueron expedidas con anterioridad a la Constitución Política de 1991. La normativa general básica de protección general a consumidores y usuarios estaba contenida en el Decreto Ley 3466 de 1982. PAG 162

Sin embargo, el nuevo estatuto de protección al consumidor en el entorno digital no solo requiere de normas positivas sino también de la activa participación de las empresas, asociaciones, organizaciones y gremios que contribuyan a la elaboración de códigos de autorregulación que permitan al consumidor una guía sobre el cumplimiento de obligaciones y cargas en su defensa; como lo indica (Peña Valenzuela, 2013, pág. 486)

PLANTEAMIENTO DE LA PREGUNTA O PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Con base en lo anterior es que esta investigación se concentraría en absolver el siguiente problema jurídico:

¿Cuál es El Estado Actual de la Protección al Consumidor Electrónico consagrada en el Estatuto de Protección al Consumidor, ley 1480 de 2011?

Existe una concepción amplia y una restringida de la noción de consumidor. Según la primera acepción, consumidor será toda persona que contrata con el fin de consumir, es decir de utilizar un bien o servicio. La segunda acepción la restringida, consumidor es el que contrata con el fin de consumir para satisfacer necesidades personales y familiares: serán excluidos los que contratan con un fin profesional, bien sea para las necesidades de su profesión o de su empresa.

El Consejo de Europa ha definido al consumidor como “un particular, que, para sus necesidades personales, resulta parte en un contrato relativo al suministro de bienes y servicios. (Velilla Moreno, 2013)

Según nuestro Estatuto de protección al Consumidor (Ley 1480/2011) en su artículo 5 inciso 3 define al consumidor como:

“Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario”.

Es decir que nuestra noción de consumidor en su concreción normativa, realizó una mezcla en las dos acepciones, aunque tienda a ser restringida.

Es así que existe una *Dualidad del Sistema* como lo expone (Caycedo Espinel, 2013, pág. 165):

Las instituciones jurídicas de protección al consumidor, combinan desarrollos propios tanto del ámbito del Derecho público, como del Derecho privado.

En efecto, el esquema de responsabilidad por la idoneidad, calidad y seguridad de bienes y servicios, involucra la responsabilidad en garantía ante el consumidor y por los daños que le cause el producto defectuoso, tópicos propios de Derecho privado; así como lo relativo a la intervención estatal respecto de la seguridad de productos ofrecidos a los consumidores, por medio de la reglamentación técnica 10 y de los procedimientos administrativos.

¿Quién es el encargado pues de velar por esa protección?

Para el control de su cumplimiento, que es actividad de policía administrativa. Igual sucede en relación con la información suministrada en la comercialización, respecto de la cual el Estado establece responsabilidad administrativa y sanciona por infracción a las normas que: prohíben la publicidad engañosa, tópico propio del Derecho público; pero a su vez el consumidor puede involucrar en sus pretensiones el cumplimiento de los ofrecimientos hechos en la publicidad, en acciones del ámbito del Derecho privado; empero, las regulaciones sobre información obligatoria respecto de productos nocivos y sobre fijación pública de precios y el control de su cumplimiento, son del ámbito del Derecho público. De otro lado, es propia del ámbito del Derecho privado la decisión de las controversias que surjan respecto de la validez o de la ejecución de contratos de adhesión y sobre cláusulas abusivas; en tanto corresponden al ámbito del Derecho público las facultades de autoridades de supervisión y control, respecto de contratos de adhesión que se usan en la comercialización masiva. (Caycedo Espinel, 2013, pág. 166)

Superintendencia de Industria y Comercio (2016)

La SIC como entidad gubernamental tiene su principio y fin en la salvaguarda los derechos de los consumidores, protege la libre y sana competencia, actúa como autoridad nacional de la propiedad

industrial y defiende los derechos fundamentales relacionados con la correcta administración de datos personales.

De esta manera, la SIC es parte fundamental en la estrategia estatal en favor de la competitividad y la formalización de la economía, lo cual incluye la vigilancia a las cámaras de comercio y la metrología legal en Colombia.

Protección al consumidor

En los sistemas económicos abiertos basados en la libertad de competencia, como el que opera actualmente en el país, el mercado asume un papel de primer orden ya que constituye la estructura comunicativa de la oferta y la demanda. La política de protección al consumidor tiene su fundamento en el reconocimiento de la necesidad de acciones tendientes a reconocer los derechos de los consumidores, a la seguridad, la salud y protección de los legítimos intereses económicos, así como a la información y a la participación.

La Superintendencia es responsable de vigilar la observancia de las disposiciones contenidas en el estatuto del consumidor, Ley 1480 de 2011, en tal virtud tramita las denuncias que se presentan e inicia investigaciones de oficio tendientes a establecer su contravención. En este campo tiene facultades administrativas para ordenar la suspensión de conductas ilegales, sancionatorias para reprimir a los infractores y jurisdiccionales para resolver sobre la garantía mínima presunta.

Asimismo, tramitará y decidirá sobre las investigaciones relacionadas con las quejas presentadas por incumplimiento de servicios por parte de los prestadores de servicios turísticos y ejercerá la vigilancia y el control sobre el cumplimiento de los reglamentos de los juegos promocionales y verificará que en desarrollo de los mismos se dé cumplimiento a las normas de protección al consumidor (Ley 643 de 2001).

A través de la Dirección de Protección a Usuarios de Servicios de Comunicaciones, la Superintendencia supervisará las instrucciones que imparta en materia de protección a usuarios de los servicios de comunicaciones. Podrá ordenar las modificaciones a los contratos entre proveedores y comercializadores de redes y servicios de telecomunicaciones o entre éstos y sus usuarios, cuando sus estipulaciones sean contrarias al Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones o afecten los derechos de estos últimos (Resolución 3066 de 2011 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC). Además, tramitará y decidirá las quejas o reclamaciones que se presenten por el incumplimiento de las disposiciones sobre protección al consumidor respecto de usuarios de servicios postales y del régimen de protección a usuarios de los servicios postales (Resolución 3038 de 2011 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC).

Sin embargo, esbozado este panorama, debemos preguntarnos Cuales son las ventajas del Comercio Electrónico, para sopesar los distintos riesgos en los que nos vemos expuestos.

Para ello como lo sintetiza (Montoya Naranjo, 2013, pág. 444 y ss), al describir unas ventajas de esta área de la economía, las podemos resumir en lo siguiente:

1. El consumidor online tiene opciones de comparación de ofertas: La variedad de productos en un solo lugar le permite al consumidor comparar productos y ofertas de manera más fácil y le asegura reducción de costos en el proceso de búsqueda. El comercio electrónico facilita que el consumidor compare de manera mucho más fácil uno de los aspectos más relevantes en su decisión de compra: el precio.
2. El vendedor “online” reduce costos y puede ofrecer mejores precios: Los costos del vendedor “online” (y de todas las ventas a distancia) se reducen y por

ende el oferente puede ofrecer mejores precios y otros beneficios lo cual se traduce en beneficios al consumidor.

3. No existen límites territoriales: En las ventas a distancia por transmisión de datos no existen límites geográficos. La velocidad de la transmisión de los mensajes de datos en la red es casi completamente independiente de la ubicación física. Los mensajes de datos para consolidar una venta a distancia se transmiten casi de manera perfecta sin sufrir alteraciones o retrasos considerables. La inexistencia de linderos y la inmensidad del espacio, multiplican las posibilidades de ofertas en calidad y precios y, por lo demás, aminora la posibilidad que tienen los gobiernos de asumir el control total, por lo que se impone la flexibilidad de las reglamentaciones, a fin de que, a partir de principios básicos regulatorios, se puedan sortear diferentes irregularidades que la velocidad de la tecnología no permite prever.
4. El consumidor “online” puede comparar con la oferta “offline”: El consumidor “online” es tan inteligente, que, en muchas ocasiones, luego de realizar una búsqueda importante sobre un producto al mejor precio, decide salir a la calle para revisar físicamente el producto que tiene en mente. El consumidor no compra el producto “offline”; al contrario, su inteligencia es suficiente como para considerar la primera oferta y regresar al mundo “online” a cerrar la compra.

Herramientas de protección al consumidor electrónico, tomado de la Ley 1480 (Congreso de la República de Colombia, 2011):

ARTÍCULO 51. REVERSIÓN DEL PAGO. Cuando las ventas de bienes se realicen mediante mecanismos de comercio electrónico, tales como Internet, PSE y/o call center y/o cualquier otro mecanismo de televenta o tienda virtual, y se haya utilizado para realizar el pago una tarjeta de crédito, débito o cualquier otro instrumento de pago electrónico, los participantes del proceso de pago deberán reversar los pagos que solicite el consumidor cuando sea objeto de fraude, o corresponda a una operación no solicitada, o el producto adquirido no sea recibido, o el producto entregado no corresponda a lo solicitado o sea defectuoso.

ARTÍCULO 52. PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN COMERCIO ELECTRÓNICO. Cuando la venta se haga utilizando herramientas de comercio electrónico, el proveedor deberá tomar las medidas posibles para verificar la edad del consumidor. En caso de que el producto vaya a ser adquirido por un menor de edad, el proveedor deberá dejar constancia de la autorización expresa de los padres para realizar la transacción.

ARTÍCULO 53. PORTALES DE CONTACTO. Quien ponga a disposición una plataforma electrónica en la que personas naturales o jurídicas puedan ofrecer productos para su comercialización y a su vez los consumidores puedan contactarlos por ese mismo mecanismo, deberá exigir a todos los oferentes información que permita su identificación, para lo cual deberán contar con un registro en el que conste, como mínimo, el nombre o razón social, documento de identificación, dirección física de notificaciones y teléfonos. Esta información podrá ser consultada por quien haya comprado un producto con el fin de presentar una queja o reclamo y deberá ser suministrada a la autoridad competente cuando esta lo solicite.

ARTÍCULO 54. MEDIDAS CAUTELARES. La Superintendencia de Industria y Comercio, de oficio o a petición de parte, podrá imponer una medida cautelar hasta por treinta (30) días calendario, prorrogables por treinta (30) días más, de bloqueo temporal de acceso al medio de comercio electrónico, cuando existan indicios graves que por ese medio se están violando los derechos de los consumidores, mientras se adelanta la investigación administrativa correspondiente.

CONCLUSIONES

En Colombia gracias a la expedición del Estatuto de Protección al Consumidor se ha dado un gran paso para garantizarle los derechos a los consumidores, pero en los que nos atañe al consumidor electrónico las normas que contienen son ambiciosas al prever situaciones que busca la autoridad contrarrestar que en el caso de Colombia, es la Superintendencia de Industria y Comercio.

Sin embargo, como lo describe (Peña Valenzuela, 2013, pág. 479) el comercio electrónico tiene en la práctica un alcance internacional; sin embargo, la aplicación territorial del nuevo Estatuto se circunscribe al ámbito nacional. Con lo cual se aprecia su efecto limitado en relación con las operaciones de comercio electrónico cada vez más usuales que ciudadanos colombianos realizan con proveedores de bienes y servicios en línea. PG 479

En la Ley 527 de 1999, es decir de flujos de información que provienen de un emisor y llegan a sistemas de información que están bajo el control del destinatario. La Corte Constitucional ha considerado que esos criterios son aplicables a los flujos de información que tienen como origen o destino el territorio de Colombia 22. La Ley 1341 de 2009 ha establecido un registro TIC para un segmento amplio de operadores relacionados con servicios de tecnología e información sin circunscribir su efecto al ámbito territorial de Colombia.

El principal riesgo de las ventas a distancia es la insatisfacción del consumidor, de manera particular, al momento de la entrega, en el evento en que el producto no llegue o sea entregado dañado o con algún deterioro o falta de conformidad que frustre las expectativas del comprador.

Para proteger al consumidor en las ventas a distancia, el Estatuto consagró varias obligaciones al proveedor que ofrece la venta de sus productos a distancia.

Es así que las vías de solución como lo plantea (Peña Valenzuela, 2013, pág. 478) Una opción es reglamentar de manera minuciosa las cargas y condiciones que deben cumplir los comerciantes que utilizan el canal en línea o más bien se deben dejar sentados principios y vías de regulación para adaptarlos a la realidad mediante reglamentos. También es posible privilegiar la autorregulación en lugar de normas estatales.

La protección al consumidor debe estar al alcance de procedimientos sencillos, y en el entorno electrónico y virtual aún más expeditos, por el índole internacional, omnipresente, anónimo y fugaz.

Es así, que los desafíos para la superintendencia de industria y comercio se avizoran, como una autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales con bastante trabajo por hacer, al enfrentarse a una realidad que la misma economía no ha podido delimitar y que con el paso del tiempo los desarrollos tecnológicos, la inclusión de monedas digitales, y una proliferación de agentes en el mercado que aparecen y desaparecen, se deberán pues garantizar una seguridad para el consumidor que despliega sus actividades en este nuevo entorno, suministrándole herramientas eficaces que equiparen la facilidad con la que hace las operaciones, un mismo trato en operaciones de retracto, búsqueda de garantías o de medidas cautelares.

Una era ha comenzado, el estado, el sector público y privado, el ciudadano debe hacer frente, no desconfiar sino más bien informarse hacer buen uso y materializar con los instrumentos legislativos que nos ha dotado el gobierno una verdadera protección al consumidor electrónico.

BIBLIOGRAFÍA

- BECERRA RODRIGUEZ, R. R. (2012). Retrospectivas de la Regulación del comercio electrónico su evolución y retos. En J. T. Rodrigo Alberto Plazas Estepa, *La Regulación del Comercio Electrónico Mundial*. Bogotá: Temis.
- BRIZZIO, C. R. (2001). Contratos informáticos y contratos por medios informáticos. En A. A. Alterini, J. L. Mozos, & C. A. Soto, *Contratación Contemporánea - Contratación Electrónica y tutela del consumidor* (pág. 648). Lima, Perú: Temis.
- CARDENAS, M. J. (2009). *¿Cuál en la situación del comercio electrónico en Colombia?- Análisis y recomendaciones para mejorar la competitividad empresarial*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- CAYCEDO ESPINEL, C. G. (2013). Principios e instituciones del Derecho de Protección del Consumidor en Colombia. En C. L. Valderrama Rojas, *Perspectivas del Derecho del Consumo* (pág. 708). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (12 de Octubre de 2011). *Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*. Obtenido de:
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html
- CUBILLOS VELANDIA, R., & RINCÓN CARDENAS, E. (2002). *Introducción Jurídica al Comercio Electrónico*. Bogotá: Gustavo Ibañez. .
- MEDINA VERGARA, J. (2013). *Derecho Comercial, parte general*. Bogotá: Temis.
- MONTOYA NARANJO, C. M. (2013). Reflexiones sobre las ventas a distancia y el comercio electrónico. En C. L. Valderrama Rojas, *Perspectivas del Derecho del Consumo* (pág. 708). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- PEÑA VALENZUELA, D. (2013). La protección del consumidor en el comercio electrónico. En C. L. Valderrama Rojas, *Perspectivas del Derecho del Consumo* (pág. 708). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- PIAGGI, A. I. (2001). El Comercio Electrónico y el Nuevo escenario de los Negocios. En A. A. Alterini, J. L. Mozos, & C. A. Soto, *Contratación Contemporánea - Contratación Electrónica y Tutela del Consumidor* (pág. 648 páginas). Lima,: Temis.
- RONALD BECERRA RODRÍGUEZ, R. A. (2012). *La Regulación del Comercio Electrónico Mundial*. Bogotá: Temis.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (Julio de 2016). *Protección al Consumidor*. Obtenido de <http://www.sic.gov.co/drupal/proteccion-del-consumidor>
- TRUJILLO CABRERA, J. (2012). El Comercio Electrónico en el Derecho Comparado. En J. T. Rodrigo Alberto Plazas Estepa, *La Regulación del Comercio Electrónico Mundial* . Bogotá: Temis.
- TRUJILLO CABRERA, J., & BECERRA RODRÍGUEZ, R. (3 de Agosto de 2010). Análisis Histórico y Comparado del Comercio Electrónico. (C. U. Republicana, Ed.) *Revista Republicana*. Recuperado el Julio de 2016, de [file:///D:/Documents/Downloads/78-259-1-PB%20\(1\).pdf](file:///D:/Documents/Downloads/78-259-1-PB%20(1).pdf)
- VELILLA MORENO, M. A. (2013). *Introducción al Derecho Económico y de los Negocios*. Bogotá, Colombia: Planeta-Gestión 2000.
- VILLALBA CUELLAR, J. C. (2012). *Introducción al Derecho del Consumo*. Bogotá: Universidad Militar Nueva granada.

REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO INFORMÁTICO (SEGUNDA ÉPOCA).
FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE ASOCIACIONES DE DERECHO E INFORMÁTICA.
ISSN 2530-4496 – AÑO 1, N° 4, 2017, PÁGS. 103-112

EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LAS REDES SOCIALES¹

Lainiver Mendoza Munar²

¹ El presente artículo surge como avance de la investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Cali, denominada: “Gestión jurídica de la propiedad intelectual: una aproximación desde las Mypimes de desarrollo de software”, investigadora principal: Lainiver Mendoza Munar, Coinvestigadores: Josefina Mayra de Llano Feliú de la Universidad Cooperativa de Colombia y Luis Javier Capote Perez de la Universidad de La Laguna de España.

² *Coordinadora de investigaciones, de la Facultad de Derecho, de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Cali* Abogada de la Universidad Cooperativa de Colombia Magister en Derecho de la Universidad Icesi Candidata a PhD en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, con maestría en derecho con énfasis en derecho empresarial de la Universidad Icesi y abogada de la Universidad Cooperativa de Colombia Seccional Cali, docente investigadora de tiempo completo en las áreas de teoría del acto jurídico en la Universidad Cooperativa de Colombia y docente hora cátedra de la Universidad Icesi en las cátedras Fundamentos jurídicos de la propiedad intelectual y las nuevas tecnologías, correo electrónico: lainiver@lainiver.com.

RESUMEN

El concepto de intimidad es un término utilizado especialmente en materia constitucional y se sanciona su vulneración por medio del derecho penal, sin embargo conforme a las circunstancias, el derecho a la intimidad se encuentra en constante evolución conforme al uso de las redes sociales que cada vez almacenan más información de carácter personal y ponen en riesgo la privacidad personal, en el presente texto se tomaron en cuenta algunas regulaciones españolas y colombianas en la materia.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la intimidad, privacidad, redes sociales, datos personales.

ABSTRAC

The concept of intimacy right, is a term used especially in constitutional law and its violation is sanctioned through criminal law, however, according to the circumstances, the intimacy right is in constant evolution according to the use of social networks that increasingly store more personal information and put personal privacy at risk, in this text some Spanish and Colombian regulations on the subject were taken into account.

KEY WORDS

Intimacy right, Privacy, social networks, personal data.

I. LAS REDES SOCIALES Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD

El almacenamiento de datos personales se realiza en gran medida en servidores web, la nube es una herramienta cada vez más común para el acopio de datos personales que hacen parte de derecho a la intimidad, estos datos son las herramientas que permiten gestionar la información que posteriormente será ofrecer diversos servicios en línea. En la actualidad el uso de las tecnologías de la información ha permeado las relaciones sociales, esas relaciones entre personas del común, incluso menores de edad, por ende el reconocimiento del derecho a la intimidad se relativiza superando lo dispuesto en la norma Superior Constitucional y su regulación se complejiza, ya que es un reto garantizar su protección conforme a lo que sucede en el contexto digital.

Una de las principales preocupaciones, se encuentra en que los usuarios de las redes sociales interactúan entre sí, utilizando como base de esta interacción datos de índole privado, datos amparados por el derecho a la intimidad y la propia imagen, por ende los principales riesgos que se evidencian en la materia son: vulneración al derecho a la intimidad, honor, la propia imagen y la privacidad. (Fernández, 2013).

El término software Social, incluye lo atinente a redes sociales, que tienen como canal principal la internet y muchas posibilidades de lograr conexiones y acceso a la información de otras personas de manera inmediata, en la actualidad el “mundo digital” permite diversas formas de comunicación e intercambio de manera inmediata y trae como consecuencia que este preciado derecho tome aún más valor y que por otro lado se aumente el riesgo de su vulneración, más aún cuando las redes sociales RS existentes en la actualidad tienen diversos fines: amistad, amor, laborales, aficiones, negocios, entre otros y las personas que pertenecen a ellas depositan su información personal y de la información que pertenece a cada uno de sus usuarios se nutre la RS para ofrecer sus servicios y beneficios, de esta forma más allá de las conexiones que brinda, vende información susceptible de ser almacenada, procesada y analizada para ser entregada a los demás usuarios o para ser expuesta con fines comerciales.

Las RS cada vez requieren tener información más específica y actualizada de sus usuarios, información

que va desde el conocimiento de sus perfiles profesionales, sus gustos, edades, pasatiempos, número de hijos, estado civil, preferencias de compras entre otras. Esta información analizada y categorizada es uno de los objetos o fines sociales más importantes de las RS, las cuales permiten a su vez que los usuarios publiquen información de tipo textual, imágenes o fotografías suyas o de terceros, poniendo en riesgo evidente la privacidad e intimidad, el honor y la propia imagen de las personas, que en aunque en contextos diferentes el “mundo digital” y el “mundo real”, se puede considerar el primero como extensión del segundo y por ende la vulneración del derecho a la intimidad en los dos contextos afecta en igual medida los derechos de las personas, sin embargo el para el “mundo físico” la regulación desde la ciencia del derecho es mucho más clara, lo que no sucede en el entorno digital. (Riascos, 2018).

En España, el ordenamiento jurídico configura el derecho a la intimidad, como un derecho vinculado directamente al principio de dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, de esta forma el derecho a la intimidad se hace necesario para garantizar el ejercicio de la libertad personal definido en el artículo 17 Superior, por ende es importante anotar que con el derecho a la intimidad se protege una esfera individualista de del ser humano y por ende es un derecho que se debe garantizar no solo en las relaciones entre particulares y el Estado, sino también en las relaciones entre particulares cuando actúan entre sí, en virtud del artículo 14 del texto Constitucional Español donde se establece: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, por lo anterior este derecho debe ser garantizado sin excepción alguna en virtud de este precepto constitucional, (Volpato, 2016). Frente al derecho a la intimidad el artículo 18 de la Constitución española, estipula lo siguiente:

“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

1. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
2. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
3. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”

Se puede evidenciar como en el texto constitucional, se define el derecho a la intimidad en la esfera del espacio físico, donde no se puede intentar ingresar sin una autorización de tipo judicial y estipula una protección especial en el campo de utilización de las tecnologías; contemplando las postales, telegráficas y telefónicas y finalizando en el numeral tercero donde se establece que la informática estará limitada con el fin de garantizar a el honor , la intimidad y de la propia imagen de la personas.

Sin embargo cada vez las RS permean más ámbitos de la vida, el internet cada vez tiene un mayor número de usuarios, que siente la necesidad de interactuar con mundo real utilizando plataformas digitales. Sin embargo el internet es un “universo” intangible, difícil de dimensionar en todos sus aspectos y la regulación jurídica se ve menguada en su eficacia para lograr garantizar los derechos individuales, por lo cual es importante que cada persona regule su actividad en internet, la información que recibe, que expone en las RS y las personas con quien interactúan, de esta forma es importante tener en cuenta que:

“El que exista una protección de la intimidad frente a la tecnología no significa impedir el proceso electrónico de informaciones que son necesarias en el funcionamiento de cualquier Estado moderno, sino asegurar el uso controlado y no desmesurado de aquella información que se encuentra almacenada. Hoy en día existe la posibilidad de conocer, acceder y controlar las informaciones

concernientes a cada persona y es por ello que resulta necesario aumentar el ámbito de protección para tutelar dicho derecho”. (Díaz, 2013)

Por lo anterior, se hace relevante la propuesta de Anid Vanessa Diaz Buck (2013), frente a la autorregulación en las redes sociales como forma para proteger la intimidad, privacidad y protección de datos personales, ya que estos deben prevalecer a pesar de los cambios tecnológicos existentes y debido a la complicada tarea de regular internet, es importante que los usuarios impongan normas dentro de los espacios virtuales y la creación de códigos éticos serán muy relevantes para su protección (Díaz, 2013) y esta ha sido la apuesta de las diversas plataformas tecnológicas al establecer sus condiciones de uso y términos de utilización, con diversas dificultades una de ellas la falta de armonización con las diversas legislaciones locales.

En definitiva, el uso de redes sociales expone la privacidad, especialmente cuando se pone en riesgo la vulneración al artículo 18 de la Constitución Española ya que es una norma general de orden superior y las demás normas que el ordenamiento español ha desarrollado con el fin de proteger el derecho a la intimidad¹, como lo es La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad familiar y a la propia imagen.

II. EL DERECHO A LA INTIMIDAD, DERECHOS CONEXOS Y REDES SOCIALES

Frente al derecho al honor ligado al derecho a la intimidad se encuentra el caso el accionante solicita amparo constitucional², por la expresiones empleadas por un periodista en su cuenta de la Red Social de twitter las cuales habían sido expresadas en el programa “El Cascabel”, (“chorizo y magante y gilipollas), en este caso el Tribunal Supremo confirma la sentencia en sede de casación pero reduce la indemnización interpuesta por la Audiencia Provincial de Madrid disminuyéndola de 20.000 Euros a 6.000 Euros.

En este caso se revisó la colisión entre el derecho fundamental al honor y la libertad de información, en este caso el Magistrado Ponente Pedro José Vela Torres, sostiene lo siguiente:

1. Para realizar crítica política no es necesario utilizar términos soeces que menoscaben la honra del personaje público y que el derecho a la libre expresión otorga estos derechos a su titular.
2. Además que no hay justificación para que los insultos se sostengan en el tiempo, tal es el caso de la difusión en televisión y luego en otro espacio de tiempo por la redes sociales, donde se verifica una reiteración inoficiosa.
3. Que los dirigentes políticos deben tolerar un nivel de crítica más fuerte que el de las demás personas, ya que al ser políticos está sometidos a un mayor control no solo normativo sino también social.

Según La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad familiar y a la propia imagen, se establece en el artículo séptimo, literal siete lo siguiente: “La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”.

¹ En España la Agencia Española de Protección de datos personales (AEPD), se han establecido tres derechos específicos: Acceso, rectificación, cancelación y oposición, sin embargo hace el nuevo derecho de portabilidad, de supresión que se cambia por el de cancelación y el derecho de limitación. Conforme al reglamento Europeo de Protección de datos personales, se ha insistido sobre el derecho que tienen los ciudadanos sobre sus datos personales, normativa que entrará en vigor el próximo 25 de mayo.

² Sentencia del Tribunal Supremo Sala Civil, Id Cendoj : 28079119912017100031, 11 de octubre de 2017. Magistrado Poente D. Pedro José Vela Torres.

En el Código Penal Español el legislador ha contemplado los Delitos contra la intimidad, el derecho a propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, articulado que va desde el 197 al 204, sin embargo no hay una mención exacta de las vulneraciones que se pueden dar a los derecho de la intimidad, el honor y la imagen de las personas en las RS, además de ello por lo revisado en el texto legal el derecho al propia imagen y al honor son entendidos como parte del derecho al intimidad, ya en el artículo 205 y siguientes del Código Penal se encuentran textualmente los delitos contra el honor y se encuentran la calumnia y la injuria y no se menciona la utilización del canal de internet como medio para consumarlas, por ende la regulación existente es de tipo general desde la interpretación sistemática de la norma, es por ello que se hace necesario revisar las referencias jurisprudenciales para analizar casos concretos.

Frente a los Servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico se encuentra la LEY ORGÁNICA 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. - Boletín Oficial del Estado de 24-11-1995, donde se menciona en su artículo 18 que se impulsarán desde la administración pública los códigos de conducta de conformidad con las asociaciones de consumidores con el fin proteger a los menores de edad y garantizar la dignidad humana. La aplicación de estos códigos de conducta descritos en la Ley, pueden ayudar a garantizar el respeto por la dignidad humana en el mundo de lo digital especialmente en las RS donde se requieren más y mejores índices de convivencia en el ciberespacio, siendo una iniciativa que apunta a la transparencia ya que cuenta desde su concepción normativa con el apoyo del Estado y las asociaciones de consumidores y usuarios, ya en el artículo 212 del Código Penal Español se encuentra estipulado que “En los casos a los que se refiere el artículo anterior, será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria” en este sentido las RS tendrían una responsabilidad solidaria al ser utilizadas como canales de comunicación de mensajes que atentan contra la honra y la imagen personal.

Sin embargo en la mencionada Sentencia motivo de estudio no hace referencia a la responsabilidad de la RS Twitter, red donde fueron expuestos los comentarios que atentaron contra el honor y la imagen del Sr. Juan Alberto, sin embargo se pronuncia frente al derecho al honor de los personajes públicos e indica como este se relativiza ya que estos están expuestos a la opinión pública y en virtud de ellos deben guardar un nivel de tolerancia frente a las críticas que hace la sociedad y los medios de comunicación frente a su persona.

Por lo anterior se puede concluir que la protección de los derechos a la intimidad, la honra y la propia imagen de las personas si tiene una regulación constitucional, normativa y de índole penal, sin embargo es importante considerar como fuentes de interpretación la jurisprudencia y el Reglamento Europeo de Protección de datos personales, se ha insistido sobre el derecho que tienen los ciudadanos sobre sus datos personales, esta normativa el cual entrará en vigor desde el próximo 25 de mayo y desde España la Agencia Española de Protección de datos personales (AEPD), se han establecido tres derechos específicos: Acceso, rectificación, cancelación y oposición, sin embargo nace el nuevo derecho de portabilidad, de supresión que se cambia por el de cancelación y el derecho de limitación, características que enriquecen los términos de privacidad e intimidad en las RS.

En el caso colombiano se encuentra la sentencia de Tutela 695 de 2017, emitida por la Corte Constitucional, en este sentido la accionante instauró demanda de tutela contra un Concejal, debido a la divulgación falsa y deshonrosa en medios de comunicación, radio, televisión y redes sociales. En primera instancia y segunda instancia, no se concedió el amparo de tutela por cuanto la primera instancia consideró que la acción idónea era la penal, por cuanto las afirmaciones eran calumniosas e injuriosas y por ende debían ser dirimidas por la justicia penal colombiana, (Sentencia T 695, 2017), sin embargo la Corte Constitucional Colombiana, consideró:

“(…)En el particular no se presenta un único hecho generador de la vulneración alegada, pues la publicación de la presunta información falsa acerca de las afectadas, ocurrió en primer momento en la sesión del Concejo Municipal de Medellín del día veintinueve (29) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), posteriormente a través de la publicación en la página web y cuenta de Twitter del Concejal el treinta (30) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), y en las entrevistas realizadas tanto el accionado publicada el tres (03) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), como a la accionante, divulgada el ocho (08) de diciembre de la misma anualidad[17]; mientras que la acción de tutela fue interpuesta el catorce (14) de marzo de dos mil diecisiete (2017), esto es, transcurrieron un poco más de tres (03) meses entre los hechos y el reclamo de amparo. Asimismo se observa que la accionante y su hermana acudieron a la Fiscalía General del Nación el seis (06) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), para denunciar a los accionados por la posible comisión de los delitos de injuria y calumnia[18]” (Sentencia T 695, 2017)

Más adelante frente al derecho a la intimidad establece que se clasifica en cuatro niveles: “I. El derecho a ser dejado solo y de guardar silencio frente a aspectos íntimos. II. El derecho al secreto y la privacidad en el núcleo familiar, una de cuyas principales manifestaciones es el derecho a la inmunidad penal. III. La intimidad a las relaciones del individuo en un entorno social determinado, como los vínculos laborales o públicos derivados de la interrelación con sus congéneres. IV. La intimidad gremial que se relaciona estrechamente con las libertades económicas e involucra la posibilidad de reservarse la explotación de cierta información, como el derecho a la propiedad intelectual.” (Sentencia T 695, 2017), y así mismo el desarrollo jurisprudencial a definido las formas como se puede llegar a vulnerar estos derechos y son: “ I. Mediante la intromisión material en los aspectos de la vida que la persona se ha reservado para sí mismo, independiente de que lo encontrado sea publicado; II. con la divulgación de hechos privados, es decir, de información verídica, pero no susceptible de ser divulgada. III. a través de la presentación falsa de aparentes hechos íntimos que no corresponden a la realidad”. Sin embargo la utilización de redes sociales en el caso concreto esta ligado a lo que estima la Corte como derecho al a libertad de expresión que si bien ser garantiza en Colombia , la información que se publique debe veraz y objetiva , por el máximo Tribunal Constitucional Colombiano establece que la libertas de información implica que el dato, mensaje o noticia debe ser real y libre de malas intenciones.

Frente a la conducta del accionado, el para el caso motivo de controversia es un personaje político, asegura el alto tribunal que por su calidad debe tener mayor cautela y responsabilidad y conservar una posición respetuosa frente a las garantías constitucionales, finalmente la Corte Constitucional de Colombia reconoce el derecho al buen nombre, la honra y la intimidad de las afectadas y ordena al accionado el retiro de la información que había publicado en detrimento de las garantías fundamentales de la accionante de su cuenta de Twitter y su página web.

Sin embargo, en ningunos de los casos anteriores se revisan los términos y condiciones de las plataformas web en este caso RS, para analizar bajo el entendido de las legislaciones locales como se establecen y cual es pacto que hacen los usuarios al decidir utilizarlos y revisar cuales son los códigos sociales y éticos que generan, con el fin garantizar la efectividad de la protección de los derechos a la intimidad a la honra y al buen nombre.

III. CONCLUSIÓN

Se puede indicar que el marco regulatorio en materia de derecho a la intimidad, la honra y la propia imagen tienen diversos retos legales en su regulación y en la aplicación de las leyes existentes (Roig, 2009), sin embargo los trabajos que se han adelantado desde las regulaciones europeas, dan cuenta de la estandarización y avances que se han logrado en la materia, uno de los principales desafíos es tener en cuenta el derecho a la libre expresión y su ponderación frente al derecho a la intimidad y sus derechos conexos.

Los administradores de justicia deben tener en cuenta los términos de uso de las redes sociales, como un componente relevante en el proceso de autorregulación de las mismas por parte de usuarios y proveedores, pues es importante considerar la “vida virtual o intangible” como una extensión de la “vida física o tangible”, en este sentido se hace necesario conocer y entender no solo los códigos de conducta social y éticos que se adoptan en virtud de la utilización de las RS, sino también como están redactados los términos y condiciones de las RS y como estos se armonizan o no con las legislaciones locales para garantizar la protección de derechos tan importantes como el derecho a la intimidad.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BARRIUSO C. (2009) Las redes sociales y la protección de datos hoy. Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá II, págs.301-338

CARDONA RUBERT M.B. y CORDERO GORDILLO V. "Redes sociales y derechos colectivos", Revista do curso de direito, núm. 11, 2015, págs.133-149.

DÍAZ BUCK, A. V. " La autorregulación en redes sociales como forma de garantizar los derechos de intimidad, privacidad y protección de datos personales" , Derecom, núm. 13, 2013, págs. 125-143.

MORILLAS FERNADEZ M. " El menor y su derecho a la intimidad ante los riesgos en la utilización de redes sociales", Revista de Derecho, Empresa y Sociedad. Núm. 1,2013, págs. 162-176.

RODRIGUEZ DE LA S HERAS BALLELL T. "Aspectos jurídicos de las redes empresariales en internet". Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales. págs. 393-436

ROIG A. . "Privacidad y redes Sociales", Revista de Internet, derecho y política, Universidad Abierta de Cataluña, núm 9,2009, págs. 42-52

TELLO DÍAZ L. " Intimidad y "extimidad" en las redes sociales. Las demarcaciones éticas de Facebook. Comunicar: revista científica iberoamericana de comunicación y educación, núm. 41,2013, págs. 205-213.

VOLPATO, S. El Derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías de la información. Tesis de doctorado, Universidad de Sevilla (septiembre de 2016)

V. TEXTOS LEGALES

Constitución Española.. BOE, núm.311, diciembre 29 de 1978.

Constitución Política de Colombia.Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

Código Penal de España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Boletín Oficial del Estado de 24-11-1995

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. - Boletín Oficial del Estado de 24-11-1995.

Código Penal de Colombia. Ely 599 de 2000, 24 de julio, Diario Oficial núm. 44.097 de 2000.

VI. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

Sentencia del Tribunal Supremo Español Sala Civil , Id Cendoj : 28079119912017100031, 11 de octubre de 2017. Magistrado Ponente D. Pedro José Vela Torres,

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia núm. T 695 , Expediente T-6.304.122, 24 de noviembre de 2017. Magistrado Ponente José Fernando Reyes Cuartas.

VII. ENTREVISTAS

RIASCOS DIAZ, A. A. Entrevista: "Realidad virtual y realidad física", CAADCO INC. ADSUM S.A.S. (Lainiver Mendoza., Entrevistador), 13 de Junio de 2018.

