

Envío: 02-08-2013

Aceptación: 14-08-2013

Publicación: 30-09-2013

ENLACES, BUSQUEDA, PROPIEDAD INTELLECTUAL Y RESPONSABILIDAD: CASE STATE 2010-2013

LINKS, SEARCH TOOLS, INTELLECTUAL PROPERTY AND RESPONSIBILITY: *CASE STATE 2010-2013*

Asunción Hernández Fernández¹

1. Profesora Contratado Doctor. Departamento de Comercialización e Investigación de Mercados. Facultad de Economía. Universidad de Valencia. España. E-mail: asuncion.hernandez@uv.es

RESUMEN

La expansión digital conlleva, en ciertas ocasiones, un comportamiento refutable de ciertos usuarios que, aprovechando la universalidad y anonimato del medio, lesionan los derechos tanto de particulares como de empresas. En este artículo analizaremos la responsabilidad de los proveedores de servicios en internet (ISP) atendiendo a sus distintas funciones y actividades y la imputación, o no de los ISP, atendiendo el conocimiento efectivo a la luz de la jurisprudencia (*Case State 2010-2013*) y de lo establecido en la Ley 34/2002 (LSSICE) modificada por Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo. En general podemos concluir que, los prestadores de servicios de la sociedad de la información no tienen una obligación general de supervisar los datos que transmiten o almacenan, ni de realizar búsquedas activas de posibles ilícitos que los usuarios pudieran realizar al amparo del servicio contratado. Por tanto, la regla general será la exoneración de la responsabilidad, y las excepciones se darán o bien cuando se trate de contenidos propios, o bien en casos de falta de diligencia con conocimiento efectivo, tratándose en estos casos de supuestos de responsabilidad por hecho ajeno.

ABSTRACT

The digital expansion entails, on occasion, certain rebuttable behavior users, drawing on the universality and anonymity of the medium, that infringe the rights of both individuals and companies. In this paper, we analyze the liability of internet service providers (ISP) according with their different functions and activities, and their imputation attending to the effective knowledge in the light of the case law (*Case State 2010-2013*) and the provisions of the Act 34/2002 (LSSICE) as amended by Royal Decree-Law 13/2012, of March 30. In general, we can conclude that ISP does not have a general obligation to monitor the information they transmit or store, nor actively to seek possible illicit that users could make under the contracted service. Therefore, the general rule is the exemption from liability, and exceptions will appear in the case of ISP will be owners of the content, or in cases of lack of diligence with effective knowledge.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad, proveedores internet, enlaces, búsquedas, propiedad intelectual.

KEY WORDS

Responsibility, internet providers, links, searches tools, intellectual property.

1. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, no es extraño leer noticias sobre la economía digital, la arquitectura virtual, la sociedad del conocimiento y otras formulaciones equivalentes que continúan recuperando su dinámica, congelada a principios del siglo XXI, a causa de sus propios excesos (Hernández, 2013). Actualmente, las redes sociales e internet móvil, la abundancia de innovaciones de productos 4G, el éxito de las comunidades interactivas y el entusiasmo y la expansión de los *blogs*, nos sumergen en un entramado de tecnología y economía, de prosperidad y de servicios convergentes que no serían posibles sin la existencia de los proveedores de servicios de intermediación (ISP).

Sin embargo, esta expansión digital conlleva, en ciertas ocasiones, un comportamiento refutable de ciertos usuarios que, aprovechando la universalidad y anonimato del medio, lesionan los derechos tanto de particulares como de empresas (derechos fundamentales; derechos de la personalidad; los derechos de autor y derechos conexos; los derechos de la propiedad industrial y los derechos de los consumidores y usuarios). En estos casos, los prestadores de servicios de la sociedad de la información no tienen una obligación general de supervisar los datos que transmiten o almacenan, ni de realizar búsquedas activas de posibles ilícitos que los usuarios pudieran realizar al amparo del servicio contratado (Hernández, 2008). Por tanto, la regla general será la exoneración de la responsabilidad, y las excepciones se darán o bien cuando se trate de contenidos propios, o bien en casos de falta de diligencia con conocimiento efectivo, tratándose en estos casos de supuestos de responsabilidad por hecho ajeno.

Aunque la proliferación de supuestos no cesa, en este artículo sólo nos vamos a referir a cuatro de ellos, que entendemos resumen los ilícitos más usuales. En primer lugar, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2013 sobre **Google Inc.** y su director ejecutivo por permitir el enlace a las páginas web de Telecinco (Aquí Hay Tomate), de PRNoticias y de Lobby per la Independencia, que contenían artículos en los que se hacía referencia al afectado (demandante) como implicado en la Operación Malaya.

En segundo lugar, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de febrero de 2012, en el caso **SABAM vs. Plataforma Netlog**. SABAM había solicitado que Netlog, una empresa que explota una plataforma de red social en línea en la que decenas de miles de usuarios pueden crear un perfil e incluir en él contenidos de diverso tipo, cesara inmediatamente en la puesta a disposición ilícita de obras musicales o audiovisuales del repertorio de SABAM.

En tercer lugar, la conocida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2011 en el caso **L’Oreal SA vs. EBay**. Se trataba de la comercialización on line, sin el consentimiento de L’Oreal, de productos de ésta a través de la plataforma electrónica gestionada por eBay.

Y en cuarto lugar, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de 20 de septiembre de 2010 en el asunto **Telecinco vs. YouTube**. El objeto de esta Sentencia reviste especial interés desde la perspectiva de la regulación del régimen de responsabilidad de las actividades llevadas a cabo en ciertos servicios de la denominada Web 2.0, y en particular de ciertos modelos de negocio que giran en torno a la explotación de servicios que se basan en la difusión de contenidos introducidos por los propios usuarios del servicio. En este caso, Youtube difundía diversos videos sobre los que la parte demandante, integrada por dos sociedades del Grupo Telecinco, era titular de derechos.

Un análisis en profundidad de la materia enunciada resulta difícilmente abarcable debido a su gran extensión. En este orden de ideas nos hemos visto obligados a acotarla, reduciéndola al estudio de dos cuestiones básicas: la responsabilidad de los ISP atendiendo a sus distintas funciones y actividades y la imputación, o no de los ISP, atendiendo el *conocimiento efectivo* a la luz de la jurisprudencia (*Case State 2010-2013*) y de lo establecido en la Ley 34/2002 (LSSICE) modificada por Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo.

2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN

La regla general de la responsabilidad de todo prestador de servicios de Internet o ISP, sea o no intermediario, se contiene en el artículo 13 de la LSSICE (modificada por Real Decreto ley 13/2012, de 30 de marzo), siguiendo lo establecido por la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico, según el cual, los *“prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa, establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley. Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes”*.

Ello determina, con carácter general, que los prestadores de servicios de la sociedad de la información o proveedores de servicios de Internet, serán responsables por los contenidos que ellos mismos elaboren o que se hayan elaborado por cuenta suya, lo cual queda claro respecto de los proveedores destinatarios de los servicios de intermediación (auténticos prestadores de servicios de la sociedad de la información), pero ¿qué ocurre con los prestadores de servicios de Internet como intermediarios respecto de los ilícitos que cometen los destinatarios de sus servicios (los cuales están sometidos al régimen general de responsabilidad civil)?, ¿Tales intermediarios son o no responsables de los daños que éstos causen a terceros, sobre la base de que posibilitan su realización y difusión, y si lo son directa o subsidiariamente?

Las posibilidades, como afirma la literatura (Fundinaga, 2006), oscilan entre la total exoneración de las entidades prestadoras de servicios de la información intermediarias, hasta la configuración de un responsabilidad civil directa y por hecho ajeno de dichas entidades por las infracciones e ilícitos dañosos que causen los destinatarios de los servicios de la información que operan en ellas.

Los prestadores de servicios de intermediación tienen en común que no ejercen control sobre la elaboración o la distribución de los contenidos que se ofrecen en Internet, de ahí que el régimen especial de responsabilidad establecido por la LSSICE se base en la información suministrada y el grado de conocimiento que el ISP tenía sobre la misma, para deslindar responsabilidades.

2.1- LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE ALOJAMIENTO O *HOSTING*.

La actividad de los proveedores de *Hosting* o, como los denomina la LSSICE, prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, es la más sensible de las realizadas por los intermediarios, ya que, por regla general, es en sus propios ordenadores donde se almacena los contenidos ilícitos o desde los cuales se extienden las informaciones, virus, injurias, ect... que ocasionan los daños a terceros.

En estos casos, se parte de un principio general de no responsabilidad del proveedor de *Hosting* por los contenidos que sus servidores almacenen (art. 16 LSSICE), siempre que se reúnan dos requisitos:

- a) desconocimiento del carácter ilícito de la información, o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización; y
- b) una actuación diligente tendente a la retirada de los datos o a hacer imposible el acceso a los mismos en el momento en que tienen conocimiento de la ilicitud de los contenidos.

Obsérvese que, conforme al tenor literal de la norma y de las sentencias jurisprudenciales, no basta la mera sospecha de la actividad ilícita o un conocimiento abstracto de la posibilidad de que se estén lesionando bienes o derechos de terceros, sino que ha de ser un conocimiento actual, real o, como dice la ley, efectivo. Este conocimiento efectivo, que ha de probar quien pretenda una indemnización a cargo del ISP de *Hosting*, puede haberse obtenido por cualquier mecanismo o procedimiento.

Así pues, ¿Cuáles son los medios para llegar a ese conocimiento efectivo? Se pueden establecer tres posibles medios:

- Tal conocimiento efectivo existirá cuando el proveedor conozca la correspondiente resolución dictada por un órgano competente que declare la ilicitud de los contenidos y ordene su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, así como cuando declare la existencia de una lesión.
- Se presume el conocimiento efectivo cuando éste tenga lugar como consecuencia de los procedimientos de detección y retirada de los contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios de los que forme parte el proveedor del servicio de *Hosting*, o de cualquier medio de detección o retirada aplicado por iniciativa del propio ISP e incluso previsto como cláusula contractual expresa.
- Y por último, la ley menciona que pueden establecerse *otros medios de conocimiento efectivo*, bien convencionalmente por acuerdo de las partes, bien por una norma jurídica.

El segundo requisito para la exoneración de responsabilidad del ISP de *Hosting* se refiere a que, una vez que ha tenido conocimiento de que la actividad realizada o la información almacenada eran ilícitas, ha actuado con diligencia procediendo a la retirada de los datos o informaciones o impidiendo el acceso a los mismos.

En todo caso, no parece razonable interpretar la obligación de reacción diligente, que impone la ley (art. 16.1.b) de LSSICE) al prestador de *Hosting*, como una intervención automática o mecánica, salvo en aquellos supuestos en los que el requerido conocimiento efectivo de la ilicitud provenga de una resolución judicial o administrativa que así lo haya declarado y también en los supuestos en los que la ilicitud resulte manifiesta.

En los demás casos, precisamente por la necesidad de ponderar, por una parte, la obligación de retirar o impedir el acceso a los contenidos albergados de carácter ilícito, y por otra, las obligaciones contractuales asumidas con el destinatario del servicio, cuando el conocimiento

de la ilicitud provenga de los sistemas convencionales utilizados, bien por estar previstos en normas deontológicas o códigos de conducta suscritos por el ISP, bien porque así lo haya estimado conveniente o incluso lo hay previsto contractualmente (Moles, 2004), el ISP de *Hosting* habrá de actuar prudentemente valorando los derechos e intereses en juego, lo que presupone la realización de indagaciones y diligencias previas a la adopción de la medida de bloqueo de los contenidos, necesario periodo que excluye cualquier exigencia de automatismo. Una vez identificado el autor del contenido o de la información ilícita dañosa, sobre éste recaerá la responsabilidad civil, de manera que el proveedor de servicios de *Hosting* sólo será responsable en caso de incumplimiento de sus obligaciones de retirar o impedir el acceso una vez tenga conocimiento de aquella ilicitud.

En el campo de los derechos de propiedad intelectual, que es donde más casos de responsabilidad se han dado (De miguel, 2010), la actividad de almacenamiento o alojamiento (*Hosting*) de una obra previamente digitalizada en un medio que permita su comunicación y obtención de copias, es el ejercicio de un Derecho de puesta a disposición al público. La duda que surge es la de determinar si este derecho de puesta a disposición al público *on demand* (en Internet y otras redes) es un derecho que forma parte del de comunicación pública, o si es un derecho distinto.

El problema tiene su origen en el hecho de que lo que en el ámbito analógico se concibe como un acto único, en el entorno digital, la comunicación al público de una obra se disocia en dos actos distintos que ni siquiera tienen porqué coincidir cronológicamente: la puesta a disposición de la obra y el acceso a ella por parte de los destinatarios, los cuales pueden elegir libremente el momento en el que desean acceder a la misma

La Ley 23/2006 de 7 de julio (que incorporó la Directiva 2001/29/CE), supuso una apuesta por la inclusión del derecho de puesta a disposición al público para explotar obras en la red dentro del ámbito del derecho de comunicación pública, al incluir en el art. 20.2 un nuevo apartado i) que afirma que *“Especialmente son actos de comunicación pública (...) i) La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija”*.

En marzo del **2013**, el Consejo de Ministros aprobó el **Anteproyecto de reforma de la ley de Propiedad Intelectual**, con la que se pretende potenciar los instrumentos de lucha contra la piratería en Internet, otorgar más transparencia a las entidades de gestión de los derechos de autor y transponer la Directiva del 2011. En lo que a los ISP respecta, y si la redacción actual sigue adelante, este anteproyecto establece sanciones para el prestador de servicios de la sociedad de la información sobre el que concurra "indicios razonables de estar poniendo a disposición contenidos protegidos a gran escala".

2. 2- LA RESPONSABILIDAD DE LOS OPERADORES DE REDES Y PROVEEDORES DE ACCESO.

En principio, dada la actividad que desempeñan los proveedores de acceso (facilitar el acceso a una red de telecomunicaciones) y los operadores de redes (disponer del cableado, satélites y nodos, y ser meros transmisores de datos a través de la red), estos ISP se encuentran exentos de responsabilidad por los contenidos que transmitan ("*routing*"), salvo que, se demuestre que ellos mismos generaron información o modificaron datos (naturalmente siempre que excedan la mera manipulación técnica necesaria para la transmisión), los seleccionaron o seleccionaron a sus destinatarios, entonces, en estos casos, sí podrán incurrir en responsabilidad por la información suministrada (artículo 14.1 de la LSSICE). Igualmente se entiende que no incurrir en responsabilidad por el almacenaje de los datos siempre que el mismo tenga carácter automático, provisional y transitorio.

Dicho de otra forma, si los operadores de redes y proveedores de acceso sólo operan con esta cualidad, sobre ellos no recae ninguna obligación de supervisión de los contenidos a los que facilitan o permiten el acceso, ni de búsqueda de indicios de actividades ilícitas, ni de proporcionar mecanismos de filtrado de determinados contenidos o de información y sensibilización a sus abonados acerca de la existencia de determinados contenidos, ni siquiera, por último, de actuar de manera diligente para descubrir y bloquear el acceso a contenidos o informaciones ilícitas.

Esta última afirmación debemos matizarla, en un triple sentido, primero, en el sentido de que pueden ser legitimados pasivos en el ejercicio de la acción de cesación regulada por los art. 30 y 31 LSSICE, segundo, en el sentido de que la exoneración de responsabilidad de estos ISP que hemos avanzado, no se extiende al prestador que colabora con ellos al margen de la actividad de mero acceso o transmisión de contenidos ajenos, y tercero, en función del deber de colaboración con el órgano administrativo o judicial competente (art. 11 LSSICE) en orden a interrumpir la prestación del servicio o a retirar determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España en caso de que para ello fuese necesaria la colaboración de los ISP (Busto, 2004).

En definitiva, sólo es posible la imputación de responsabilidad civil a estos prestadores de servicios de intermediación en los siguientes supuestos:

- a) En el caso de que no se hayan limitado a llevar a cabo una actividad técnica, automática y pasiva sino que han hecho propios contenidos ajenos;
- b) En el caso de que hayan tomado la iniciativa originando la transmisión o hayan tenido control sobre tales contenidos modificando o seleccionando los datos transmitidos;
- c) En el caso de que el ISP seleccione a los destinatarios de los datos que transmite;
- d) También responderán de los daños causados a terceros cuando incumplan los requisitos técnicos de seguridad establecidos para la transmisión de datos de carácter personal, y

- e) Sin olvidar que podrán incurrir en responsabilidad por haber incumplido la orden del órgano competente de suspender la transmisión de contenidos ilícitos.

2.3- LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS QUE REALIZAN COPIA TEMPORAL DE LOS DATOS SOLICITADOS POR LOS USUARIOS.

El artículo 15 de la LSSICE regula la responsabilidad en que pueden incurrir quienes presten el servicio llamado “memoria tapón” o *caching* (englobándose en la denominación las modalidades técnicas de “system” o “Proxy caching” y “mirror caching”), es decir, el almacenamiento automático, provisional y temporal de la información con la finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos. Desde el punto de vista técnico, las copias, provisionales y transitorias, realizadas por estos operadores no son estrictamente necesarias para la transmisión, pero cumplen una importante labor, pues contribuyen a agilizar el tráfico electrónico guardando en sus ordenadores copias de los datos más solicitados por los usuarios

En la prestación de este servicio la regla general también es la ausencia de responsabilidad, siempre que el prestador:

- a) no modifique la información;
- b) cumpla con las condiciones de acceso a la información;
- c) cumpla las normas relativas a la actualización de la información;
- d) no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector;
- e) actúe con prontitud para retirar la información almacenada o imposibilitar el acceso a la misma al tener conocimiento de que ha sido retirada del lugar de la red donde inicialmente se encontraba, o se haya imposibilitado el acceso a la misma, o si un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o que se impida el acceso a ella.

Evidentemente, el ISP o prestador del servicio de *caching* será responsable:

- A. si modifica la información;
- B. si incumple las condiciones de acceso o las normas sobre actualización de la información, o si interfiere en la utilización de la tecnología, o
- C. si no retira el acceso a la información con prontitud una vez solicitado por la autoridad competente.

2. 4 LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS QUE FACILITAN ENLACES A CONTENIDOS O INSTRUMENTOS DE BÚSQUEDA.

La finalidad de la puesta a disposición de los internautas de un sitio Web, es la de obtener la máxima difusión de su contenido, por ello los instrumentos de búsqueda y de localización (Google) en el ámbito de Internet cumplen una función de vital importancia. Efectivamente, en el ámbito de los servicios de que puede valerse el usuario para orientarse en la red, o de los que pueden servirse quienes facilitan contenidos o informaciones a través de ella con la finalidad de que éstos sean localizables por aquél, ha de diferenciarse entre:

- a) los instrumentos de búsqueda o de localización de información de contenidos, y
- b) la mera actividad consistente en facilitar enlaces a determinados contenidos.

Dentro de los primeros, hay que diferenciar entre los anuarios o repertorios de Internet, y los motores de búsqueda. Los *anuarios o repertorios* no son sino listas de *web sites* clasificados por temas y subtemas, en las que se puede encontrar una jerarquización. Es el propio autor o responsable del *site* el que, mediante un formulario *ad hoc*, lo inscribe en las listas del repertorio de que se trate. En consecuencia la indexación en los anuarios no es automática, sino que requiere la voluntad de una persona física y, en ocasiones el tratamiento manual por los propietarios responsables de anuario. Por otra parte, los *motores de búsqueda* son programas informáticos como robots (*spiders o crawler*) de orientación ubicados en Internet que exploran o rastrean las páginas de éste y realizan de manera automática y a intervalos regulares de tiempo bases de datos de indexaciones sistemáticas y acumulativas que permiten al usuario encontrar, con la ayuda de nombres o conceptos clave, la información que desea obtener y que se encuentra en algún lugar de la red. A los efectos de precisar un régimen de responsabilidad para estos ISP es importante resaltar el hecho de que la indexación de las páginas a las que se remite se realiza de forma automática, sin control humano directo y de forma exhaustiva y no selectiva de la información o de los contenidos.

Tanto los motores de búsqueda como los directorios facilitan el acceso a los sitios referenciados mediante enlaces o vínculos (*Links, Hiperlinks, hypertext links, hypertext reference links...*). Dentro de los segundos, *la mera facilitación o provisión de enlaces o contenidos*, la técnica utilizada es también la utilización de Links, residiendo la peculiaridad en el hecho de que ahora no se trata de servicios de búsqueda o de indexación, automática o no, sino de supuestos en los que el responsable de una página Web establece en la misma un enlace, a través de la utilización de aquella técnica, a otros contenidos o informaciones de los que no es titular o responsable directo.

Dentro de estos enlaces podemos diferenciar diversos tipos, entre ellos destacar, los enlaces de hipertexto simples o de superficie "*surface link*"; los profundos o de profundidad "*Deep Link*" (que reenvían directamente a una determinada página de un *site* sin transitar por la *Home page* del mismo); los enlaces automáticos integrados "*inline link o embedded link*" (que son todos ellos subtipos de enlaces HREF); y los famosos marcos o *framing* (la página llamada se inserta en el interior de la estructura del *site* desde el que se llama).

La LSSICE, en el artículo 17, regula la responsabilidad de los ISP intermediarios que prestan los servicios consistentes en facilitar enlaces a contenidos situados en otros lugares en la red, y los que incluyen en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de aquellos contenidos. De su lectura se deduce que existe un sustancial parecido entre este supuesto de responsabilidad y el de los prestadores de *Hosting*, es decir, estos ISP tampoco responderán de los daños que se puedan causar por los contenidos encontrados merced a la utilización de los instrumentos que ponen a disposición de los usuarios, siempre y cuando cumplan con los dos requisitos siguientes:

- A) No tengan conocimiento efectivo, en el mismo sentido analizado para los ISP de *Hosting*, de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de terceros susceptibles de ser indemnizados; y
- B) Que si la tienen, actúen con la diligencia necesaria para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

A *sensu* contrario, los prestadores del servicio de búsqueda de contenidos responderán si tienen conocimiento efectivo de la ilicitud de la actividad o la información a la que remiten o recomiendan, o si no actúan con diligencia debida para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. En todo caso, no habrá exención de responsabilidad para el ISP si el destinatario (el responsable o titular de estos contenidos o informaciones cuya localización en la red se facilita) del servicio opera bajo la dirección, autoridad o control del proveedor que facilita la localización de aquellos contenidos

Cabe resaltar que el artículo 17 no sólo se refiere a los prestadores de servicios de intermediación, sino a cualquier prestador de servicios de la sociedad de la información, es decir a cualquier persona física o jurídica que ofrezca información a un tercero y que incluya links o buscadores de información que permitan la localización por contenidos de otras páginas. Ahora bien, si quien proporciona enlaces a otros sitios en Internet no desarrolla una actividad económica, no estaremos ante un prestador de servicios de la sociedad de la información, por lo que no serán aplicables las reglas del artículo 17 sino las generales de responsabilidad.

3. ENLACES A CONTENIDOS, INSTRUMENTOS DE BÚSQUEDA, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL: *CASE STATE 2010-2013*

3.1 ENLACES A CONTENIDOS Y/O INSTRUMENTOS DE BÚSQUEDA: "CASO GOOGLE Y OPERACIÓN MALAYA"

Nos encontramos ante supuestos ya analizados por la jurisprudencia en varias ocasiones (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2010 en el caso "quejasonline"; Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero 2011 en el caso "alabarricadas.com"; Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre 2012 en el "casomerodeando.com") pero siempre sorprendentes.

Se trata, en esta ocasión, de una persona física que vio como en diversos medios digitales (las páginas web de "Aquí Hay Tomate" de Telecinco, "PRNoticias" y "Lobby per la Independencia") su nombre se vinculaba falsamente con el caso de corrupción política e inmobiliaria conocido como operación Malaya. Cuando el interesado introducía su nombre como criterio de búsqueda en Google, los resultados incluían enlaces a esas informaciones. El perjudicado requirió al buscador Google para que eliminara dichos resultados, y ante la negativa de este interpuso demanda, reclamando 100.000 euros en concepto de daños morales (Peguera, 2013).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2013, confirmó dos proposiciones bastante relevantes para el mundo digital:

- 1- Aplicación territorial a Google de la Ley 34/2002 modificada por Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, al declarar probado que esta empresa opera en España a través de una oficina permanente con disponibilidad de «forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad». Aplicabilidad territorial que, salvo que el TJUE diga lo contrario, también se podría tener en cuenta en materia de protección de datos personales.
- 2- Conocimiento efectivo. En la Sentencia del 2013 el Tribunal Supremo establece que en el caso examinado, el buscador Google cumplió con los requisitos exigidos por el art. 17 LSSICE y en consecuencia no incurrió en responsabilidad, ya que no podía inferirse, de forma lógica, al alcance de cualquiera, que la información era falsa ni tampoco que se revelara de su contenido su carácter ilícito. La circunstancia de que la persona que se consideraba ofendida se hubiera dirigido a Google para la retirada de la información por considerarla ilícita no es suficiente para que se produzca esta conducta, cuando la información por sí misma tampoco revelaba de manera notoria su carácter ilícito. Así pues, el Tribunal entiende que en este caso concreto el buscador Google solo podía obtener el conocimiento efectivo a través de una resolución judicial que declarara la ilicitud del contenido, sin que fueran suficientes las notificaciones del perjudicado. Al

no haber obtenido conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos enlazados, Google no tenía obligación de atender los requerimientos del perjudicado.

3.2 ALOJAMIENTO DE CONTENIDOS Y PROPIEDAD INTELECTUAL: “CASO SABAM VS. PLATAFORMA NETLOG”

En este caso la empresa SABAM había solicitado ante el tribunal belga que Netlog, una empresa que explota una plataforma de red social en línea en la que decenas de miles de usuarios pueden crear un perfil e incluir en él contenidos de diverso tipo, cesara inmediatamente en la puesta a disposición ilícita de obras musicales o audiovisuales del repertorio propiedad de SABAM. Por su parte, el prestador de servicios de alojamiento de datos sostuvo que estimar la acción de SABAM equivaldría a imponerle una obligación general de supervisión contraria al artículo 15, apartado 1, de la Directiva de Comercio Electrónico. Asimismo, le obligaría a tratar datos personales sin cumplir con las disposiciones del Derecho de la Unión sobre la protección de los datos de carácter personal y el secreto de las comunicaciones, ya que para prevenir la infracción de derechos de propiedad intelectual, a la que alude SABAM, debería establecer un sistema de filtrado de la información, almacenada en sus servidores por los usuarios de sus servicios, que se aplicaría indistintamente con respecto a toda su clientela, con carácter preventivo, exclusivamente a sus expensas y sin limitación en el tiempo (Fernández, 2012).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 16 de febrero de 2012, concluyó con dos afirmaciones esenciales:

1. Acción de cesación. El tribunal afirmó que Netlog era un prestador de servicios de intermediación en el sentido de la Directiva de armonización de los derechos autor en Internet y la Directiva antipiratería y, por tanto, que contra él cabía la acción de cesación solicitada por SABAM, pero que no obstante lo anterior, debería haber un equilibrio entre la acción de cesación ejercitable en general contra los intermediarios y la prohibición de imponer a los intermediarios medidas generales de control, sea por la vía de la supervisión previa, o por la de realizar búsquedas activas.
2. No obligación de filtrado. En definitiva, el TJUE consideró que no son admisibles los requerimientos judiciales que obliguen al intermediario de la sociedad de la información, en este caso Netlog, a establecer un sistema de filtrado de la información almacenada en sus servidores por los usuarios de sus servicios, o la información que circula a través de sus sistemas, pues eso supondría una medida de control general de contenidos y actividades, prohibida por la normativa y que vulnerarían, por una lado, la libertad de empresa (ya que el sistema de filtrado controvertido obligaría al prestador de servicios a establecer un sistema informático complejo, gravoso, permanente y exclusivamente a sus expensas); por otro lado, la protección de datos de carácter personal (que se vería comprometida si el prestador de servicios tuviera que supervisar el contenido de los perfiles de sus usuarios o los datos que estos transmiten o reciben por la red asociados a su dirección IP) así como, la libertad de

recibir o comunicar informaciones, ya que el sistema de filtrado podría acabar bloqueando informaciones lícitas (Fernández, 2012)

3.3 COMERCIALIZACIÓN ONLINE Y PROPIEDAD INDUSTRIAL: "CASO L'OREAL VS. EBAY"

En este supuesto L'Oreal SA y sus filiales interpusieron una demanda contra tres filiales de eBay Inc. y tres particulares, en relación con la comercialización, sin el consentimiento de L'Oreal, de productos de ésta a través del mercado electrónico gestionado por eBay. L'Oreal es una multinacional cuya actividad comercial se realiza a través de una red cerrada de distribución selectiva donde los distribuidores autorizados no pueden vender productos a otros suministradores (López, 2011).

El TJUE en su sentencia de 12 de julio de 2011, estableció unas precisiones acerca de la responsabilidad que pueden tener los prestadores de servicios en Internet por las posibles infracciones de Propiedad Industrial cometidas por sus usuarios. (López, 2011). Según el Tribunal, eBay no es un mero intermediario, sino que ostenta un papel activo en la promoción de las ofertas y la comisión que obtiene por las operaciones realizadas con éxito. Por lo tanto, la exención de responsabilidad no se le aplicará ya que *"presta una asistencia consistente, en particular, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o la promoción de tales ofertas"* y además, no actuó con la diligencia debida, pues un operador económico diligente hubiera debido constatar el carácter ilícito de las ofertas de venta en cuestión.

Sin embargo, el TJUE, pone un límite claro, al señalar que las medidas que pueden exigirse al prestador del servicio en línea no pueden consistir en una supervisión activa del conjunto de datos de cada uno de sus clientes dirigida a evitar cualquier futura lesión de derechos marcarios (Rodríguez, 2011), pues esto supondría una vulneración de la normativa de comercio electrónico.

3.4 ALOJAMIENTO DE VIDEOS Y PROPIEDAD INTELECTUAL: "CASO TELECINCO VS. YOUTUBE"

La evolución de Internet y en particular el desarrollo de la llamada Web 2.0 han venido a difuminar aún más la aparentemente clara diferenciación entre proveedores de contenidos y prestadores de servicios de alojamiento (De Miguel, 2010), ya que actualmente resulta bastante usual que los supuestos de alojamiento de datos respondan a una configuración muy alejada de la que es propia de esos tradicionales contratos de alojamiento.

El litigio entre Telecinco y YouTube trataba sobre la infracción de derechos de propiedad intelectual como consecuencia de la difusión en este sitio de Internet de diversos videos sobre los que la parte demandante, integrada por dos sociedades del Grupo Telecinco, era titular de derechos. El Tribunal Mercantil en su sentencia de 20 de septiembre de 2010, al igual que en

anteriores sentencias del Tribunal Supremo, exculpó a la empresa de Google de cualquier responsabilidad derivada de alojar vídeos de programas pertenecientes a Telecinco, por considerar que YouTube no infringía los derechos de propiedad intelectual, pues se trata de un mero intermediario de servicios de alojamiento de contenidos y, por tanto, no puede ser obligado a controlar con carácter previo los vídeos subidos por los usuarios. Se afirma, asimismo, que “YouTube no es un proveedor de contenidos y, por tanto, no tiene la obligación de controlar "ex ante" la ilicitud de aquellos que se alojen en su sitio web; su única obligación es precisamente colaborar con los titulares de los derechos para, una vez identificada la infracción, proceder a la inmediata retirada de los contenidos”

Añade que YouTube ofrece a los titulares de derechos de propiedad intelectual una herramienta tecnológica gratuita, la Content ID, que les permite proteger sus contenidos de forma automática y evitar que sean subidos a la plataforma si así lo desean y que más de 1.000 grupos de comunicación en el mundo utilizan esta herramienta de forma efectiva, incluyendo las principales cadenas de televisión.

CONCLUSIONES

En los cuatro supuestos analizados referidos a enlaces a contenidos, instrumentos de búsqueda, propiedad intelectual e industrial (2010-2013) podemos concluir que, según afirma la jurisprudencia, la regla general será la exoneración de la responsabilidad, y las excepciones se darán o bien cuando se trate de contenidos propios, o bien en casos de falta de diligencia, tratándose en estos casos de supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, si bien sólo nace en supuestos de grave negligencia del prestador de servicios de intermediación. Pero cuando nace, permite a la víctima, consumidor o usuario, reclamar al prestador de servicios intermediarios, directamente, todos los daños causados por el prestador de servicios de la información autor de los daños (y destinatario de los servicios de intermediación), así como los daños derivados de las propias acciones culpables del intermediario.

REFERENCIAS

- [1] **BUSTO, J.M.** “La Responsabilidad civil de los *Internet Service Providers* (ISP) por la infracción en la red de los derechos de propiedad intelectual”. *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, nº 5 (2004), pp. 49-50.
- [2] **DE MIGUEL, PA.** “Derechos de autor y sociedad de la información”2010. disponible en www.blogspot.com
- [3] **FARRÉ, P.** “La defensa de la propiedad intelectual frente a la piratería: medidas de protección en el entorno analógico y en el digital”, en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 5, 2(2004), pp., 181-190.
- [4] **FERNÁNDEZ, A.B.** Caso SABAM vs. Plataforma Netlog”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* / 32-2012.
- [5] **FUNDINAGA, K.** “Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet”, en *Revista de derecho informático*, nº 91(2006), pp. 1-14.
- [6] **HERNÁNDEZ, A.** “La cara oculta de la distribución en el sector de la cosmética: responsabilidad y encroachment”, *3C empresa* nº 112013), pp.6-23.
- [7] **HERNÁNDEZ, A.** “*Aspectos internacionales de la contratación electrónica. El contrato internacional de Hosting*”, Publicaciones de la Universidad de Valencia, (2008). Pág. 440.
- [8] **LÓPEZ, J.** Sentencia en el caso L’Oreal contra eBay, (2011) disponible en www.abanlex.com .
- [9] **MOLES, R.J.** “*Derecho y control en Internet (La regulabilidad de Internet)*”, Ed. Ariel, Barcelona, 2004 pp. 65 -72.
- [10] **PEGUERA, M.** Vulneración del derecho al honor y responsabilidad de los buscadores de Internet, 2013. Disponible en www.elderecho.com .
- [11] **RODRÍGUEZ, A.** El concepto de “conocimiento efectivo” en el caso L’Oreal vs. EBay, (2011) disponible en www.abanlex.com.
- [12] Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. (BOE 166 de 12 de julio de 2002), modificada por el real decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo.
- [13] Ley 23/2006 de 7 de julio por la que se modifica el Texto refundido de la Ley de propiedad intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril. BOE 162 de 8 de julio de 2006.