

ACCIONES CIVILES CONTRA LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD DE LAS PLATAFORMAS P2P. *Su regulación en la Ley 34/2002 y en la Ley de Propiedad Intelectual*

por Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ
Doctor en Derecho
Profesor Ayudante de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PROGRAMAS DE INTERCAMBIO DE ARCHIVOS MEDIANTE INTERNET Y SU ILICITUD DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. 1. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS PROGRAMAS PEER TO PEER. 2. LA ILICITUD DEL INTERCAMBIO EN LOS P2P DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. III. LA INTERPOSICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES Y ACCIONES DE CESACIÓN Y REMOCIÓN FRENTE A LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN. 1. LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN. 2. LA INTERPOSICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN. 3. LAS ACCIONES DE CESACIÓN Y REMOCIÓN FRENTE A LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN (ARTS. 139 TRLPI Y 30 LSSI). A) *La posible aplicación del artículo 139 TRLPI*. B) *El artículo 30 LSSI*. IV. LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA. 1. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN. ÁMBITO DE APLICACIÓN, REGLAS GENERALES Y CARACTERÍSTICAS. A) *Ámbito de aplicación*. B) *La regla general de responsabilidad*. C) *Características de dicha responsabilidad*. 2. LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DE OPERADORES DE REDES Y PRESTADORES DE ACCESO A INTERNET. 3. LA PROVISIÓN DE SYSTEM CACHING (ART. 15 LSSI). 4. ALOJAMIENTO DE PÁGINAS WEB Y OTROS SERVICIOS DE ALMACENAMIENTO (ART. 16 LSSI). 5. EL ESTABLECIMIENTO DE ENLACES EN PÁGINAS WEB Y LA ACTIVIDAD DE LOS BUSCADORES (ART. 17 LSSI). A) *Ámbito de aplicación del artículo 17 LSSI*. B) *El régimen aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información*. C) *La responsabilidad de los sujetos no cubiertos por la exención del artículo 17 LSSI*.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los activos más importantes del comercio electrónico es el intercambio mediante Internet de obras y prestaciones protegidas¹ por la propiedad intelectual, como fonogramas, películas o libros en formato electrónico. Ello ha provocado que los titulares de derechos de propiedad intelectual reclamaran una protección jurídica contra las múltiples actividades infractoras que tienen lugar a diario en la Red². Como es natural, la actividad individual de los usuarios de Internet es muy complicada de controlar, por lo que las llamadas «industrias culturales» (fundamentalmente las sociedades de autores, los produc-

¹ Entendemos por prestaciones protegidas los objetos de los llamados derechos afines de propiedad intelectual, en especial fonogramas y grabaciones audiovisuales.

² La presencia de literalmente cientos de miles de sitios web dedicados a la explotación ilegal de archivos musicales Mp3 es sólo un ejemplo de cómo los titulares de derechos están sufriendo el impacto de la piratería mediante Internet en sus cuentas de resultados.

tores de fonogramas y los productores audiovisuales) pronto comenzaron a señalar a las empresas que prestaban servicios en Internet como blanco ideal de sus demandas, con el argumento de que estaban proporcionando a los usuarios los medios idóneos para cometer no sólo infracciones de los derechos de propiedad intelectual, sino todo tipo de ilícitos civiles y penales³.

Los tribunales, como era previsible, comenzaron a tomar posturas diversas⁴, declarando en algunas ocasiones que los prestadores de servicios en Internet podían ser declarados responsables cuando los terceros que usaban sus servicios llevaban a cabo actividades ilegales. Esto causó gran alarma entre las empresas de Internet, que reclamaron ante los distintos legisladores nacionales unas normas especiales para mitigar su responsabilidad. Fruto de estas presiones fueron las leyes de Alemania (*IuKDG*⁵) y los Estados Unidos (*DMCA*⁶),

³ Naturalmente en la Red también hay conductas que pueden entrañar responsabilidad penal en el campo del derecho de autor y en otros supuestos como la pornografía infantil, la propaganda xenófoba, la propagación de virus informáticos, etc., cuestiones a las que no me voy a referir. Dentro del Derecho Privado Internet puede usarse no sólo para violar la propiedad intelectual, sino también para violar otros derechos exclusivos, como los derechos de propiedad industrial (señaladamente con la utilización de nombres de dominio en vulneración del derecho de marca, como prevé el artículo 34.3 e) de la Ley 17/2001, de marcas, de 7 de diciembre). Tampoco estas cuestiones van a ser objeto de nuestro análisis.

⁴ En los Estados Unidos han sido varios los casos en los que los jueces se han planteado la cuestión de establecer la responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por violaciones de los derechos de autor. El primero y más importante de ellos es *Religious Technology Center y otro v. Netcom on-line Communication Services, Inc.*, y otros, sentencia de 21 de noviembre de 1995, *U.S. District Court*, (N.D. California), 907 F. Supp., págs. 1361 a 1382, en el que *Netcom Online* fue declarada responsable por las infracciones de los derechos de autor que había cometido uno de sus usuarios al colocar durante once días en un tablón de anuncios de Internet obras literarias protegidas por el derecho de autor. En *Netcom*, el prestador de servicios en línea (la empresa *Netcom*) no tiene ninguna participación activa en la violación de derechos fuera de la mera provisión de alojamiento de un grupo de noticias creado y gestionado por un tercero que contiene reproducciones no autorizadas que el público puede a su vez copiar. Sin embargo, el juez entiende que *Netcom* responde por la infracción del *Copyright* si sabía o debía saber que los suscriptores del grupo de noticias estaban llevando a cabo actividades que suponían infracción de los derechos patrimoniales. Finalmente las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial para resolver la disputa, con lo que el caso quedó sin una solución definitiva, provocando una gran incertidumbre entre la comunidad de prestadores de servicios en línea. Antes y después de *Netcom* hubo otra serie de casos que finalmente condujeron a la conclusión de la *DMCA* y sus normas sobre responsabilidad de intermediarios. Para evitar reiteraciones, espero que se disculpe la remisión que hago para un resumen de los casos y para el análisis de la propia *DMCA* a GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 6, 2000, págs. 15 a 19 (para los casos) y 20 a 26 (para el análisis de la § 512 *DMCA*). Para un análisis de los casos alemanes, franceses, belgas y holandeses véanse las págs. 26 a 36, en las que se hace un recorrido completo de estos antecedentes.

⁵ Ley de 22 de julio de 1997 o *Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations-und Kommunikationsdienste* (Ley federal estableciendo las condiciones generales para la prestación de servicios de información y comunicación), *Bundesgesetzblatt* de 28 de julio de 1997, pág. 1870. En lo que interesa al derecho de autor es relevante el § 5 del artículo uno (dedicado a la reforma de la *Gesetz über die Nutzung von Telediensten* o Ley de utilización de los servicios de telecomunicación), donde se refiere a la responsabilidad de los prestadores de servicios por ilícitos cometidos por los usuarios de dichos servicios. Posteriormente la Ley fue reformada (el sentido que explicaremos más adelante) por la *Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz* (Ley de Comercio electrónico), *Bundesgesetzblatt* de 20 de diciembre de 2001, págs. 3721 y ss.

⁶ Abreviatura de *Digital Millenium Copyright Act* de 1998, norma que puso las bases para delimitar los casos en los que un prestador de servicios en línea queda exento de responsabilidad por

que preveían que si los prestadores de servicios reunían una serie de condiciones concretas (lo que en la jerga norteamericana se llaman «puertos seguros») podían eximirse de responsabilidad (civil o penal) porque se estaban limitando a ser meros *intermediarios* y no tenían la posibilidad de controlar o impedir las infracciones que cometían materialmente los usuarios.

En ese mismo sentido las empresas presionaron ante las instituciones comunitarias para que en la *Directiva 2001/31/CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de la Sociedad de la Información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior* (abreviadamente Directiva de comercio electrónico o DCE⁷) se incluyeran cláusulas específicas que limitaran la responsabilidad de los llamados en la jerga comunitaria prestadores de servicios de la sociedad de la información. De ahí que la DCE recogiera en sus artículos 12 a 14 normas que permitían a los prestadores de servicios que actuaban como intermediarios en Internet no ser considerados responsables de las actividades que llevaban a cabo sus usuarios si cumplían con ciertas condiciones. Dicha norma no se aplica únicamente a las violaciones de los derechos de propiedad intelectual, sino también a otro tipo de ilícitos civiles que pueden cometer los usuarios utilizando la Red⁸ (de ahí que se hable de una regulación «horizontal⁹» en la Directiva). Sin embargo, nuestro análisis se va a limitar al ámbito específico de la propiedad intelectual. La DCE fue incorporada a nuestro derecho interno por medio de la *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*¹⁰ (en adelante, LSSI). En concreto, los artículos 13 a 17 de la LSSI contienen normas que regulan la responsabilidad de los prestadores intermediarios cuyo contenido analizaremos en el presente trabajo en relación con otros actores que están produciendo una distorsión fundamental en el comercio electrónico de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual, los programas de intercambio de archivos digitales en Internet que operan en la modalidad *peer to peer* (P2P)¹¹.

violación de los derechos de propiedad intelectual añadiendo una nueva § 512 al Capítulo V de la *Copyright Act*. Para un estudio de algunos casos de aplicación de la DMCA puede verse CLEMENTE MEORO, M. E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», en *Responsabilidad civil y contratos en Internet*, Clemente Meoro/Cavanillas Múgica, Comares, Granada, 2003, págs. 55 y ss.

⁷ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, D.O.C.E. L 178, de 17 de julio

⁸ Así, por ejemplo, la que deriva de suministrar información errónea o incorrecta (art. 1.902 CC). También puede derivarse responsabilidad (sobre todo en el caso del prestador de alojamiento y en el proveedor de enlaces) en caso de intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en donde es de aplicación la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil al derecho al honor, intimidad personal y a la propia imagen (B.O.E. núm. 115, de 14 de mayo). Otras fuentes de responsabilidad pueden provenir de infracciones de Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, de 13 de diciembre de 1999 (B.O.E. núm. 298, de 14 de diciembre) o por infracción de derechos de consumidores (arts. 25 a 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios).

⁹ Esto es, con independencia de la naturaleza jurídica de los bienes lesionados, el autor del daño o el perjudicado. Vid. CLEMENTE MEORO, M. E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», cit., pág. 86.

¹⁰ BOE de 12 de julio de 2002, núm. 166. La ley entró en vigor con carácter general el 12 de octubre de 2002 (Disp. Final 9.ª).

¹¹ Etimológicamente, *peer to peer* hace referencia a una transferencia de recursos de «igual a igual».

Para cumplir con nuestro objetivo explicaremos en primer lugar de forma concisa cómo es el funcionamiento de los programas *peer to peer*, para a continuación argumentar (también muy brevemente) porqué las actividades que se llevan a cabo en estas redes P2P pueden violar algunos de los derechos exclusivos previstos en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, TRLPI¹²). Una vez aclarados estos aspectos nos detendremos en la aplicación a estas redes del repertorio de acciones previsto para evitar la actividad defraudadora de la propiedad intelectual, tratando de explicar cómo funcionan los artículos 139 a 141 TRLPI en un supuesto tan particular como el que nos planteamos. Completaremos nuestro análisis con un estudio detallado de la aplicación de los artículos 13 a 17 LSSI a las actividades infractoras de la propiedad intelectual en los *peer to peer*. A través de dicho análisis responderemos a la pregunta de si los prestadores intermediarios (operadores de redes, prestadores de acceso, prestadores de almacenamiento caché y prestadores de alojamiento) y otros sujetos (como los proveedores de enlaces) deben hacer frente a algún tipo de responsabilidad civil cuando cientos de miles de sus usuarios intercambian de forma ilícita obras y prestaciones protegidas en Internet con ayuda de los programas P2P.

No es objetivo de este trabajo por tanto perfilar en qué responsabilidades concretas incurren los usuarios que de forma directa infringen la propiedad intelectual. Simplemente se afirma y argumenta su existencia, sin tratar de cuantificarla o articularla desde el punto de vista práctico. Tampoco entraremos en detalle en las responsabilidades (civiles y/o penales) que tienen las personas que crean este tipo de programas y los ponen a disposición de terceros en la Red, cuestiones estas de la máxima actualidad pero que se salen del objeto estricto de nuestro estudio, que sólo contempla la actividad de los prestadores intermediarios¹³ como colaboradores en la infracción de los derechos de propiedad intelectual que cometen sus clientes.

II. LOS PROGRAMAS DE INTERCAMBIO DE ARCHIVOS MEDIANTE INTERNET Y SU ILICITUD DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

1. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS PROGRAMAS *PEER TO PEER*

En los últimos años ha aparecido un fenómeno nuevo en Internet, el de los programas de intercambio de archivos P2P, programas que han tenido un impacto

¹² Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (BOE núm.97, de 22 de abril), tal y como ha sido modificado por la Ley 5/1998, de 6 de marzo (BOE núm. 57, de 7 de marzo), por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, (BOE núm. 7, de 8 de enero) y por la Ley Concursal, 22/2003, de 9 de julio (BOE núm. 164, de 10 de julio).

¹³ Es evidente que puede haber otro tipo de normas en nuestro ordenamiento que permiten entablar acciones de cesación y remoción contra los prestadores de servicios intermediarios. Entre ellas destaca el artículo 11 de la LCD. Para Massaguer (MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 13, 2003, pág. 28) dicha norma puede servir para fundar acciones de cesación y remoción en cuando los prestadores proporcionan los medios técnicos de los que los usuarios se valen para llevar a cabo un acto de violación de los derechos de propiedad intelectual.

fulminante en los mercados de explotación de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual. Desde un punto de vista meramente informático los programas de intercambio *peer to peer* permiten a los usuarios intercambiar a través de la red Internet archivos que contienen obras y prestaciones protegidas por el derecho de propiedad intelectual. Por supuesto, también sirven para intercambiar elementos no protegidos por los derechos de autor, como datos, reproducciones de programas de ordenador del denominado «*software* libre» u obras que están en el dominio público, actividad ésta que no es objeto de nuestro estudio. La idea básica que subyace en los programas P2P es poner en contacto a usuarios conectados a Internet en distintos lugares del mundo para que intercambien en una «plaza pública virtual» los ficheros que dichos usuarios tienen almacenados en sus ordenadores locales.

Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, en realidad los programas de intercambio público de archivos de modalidad P2P son un medio que se pone conscientemente a disposición de los usuarios de Internet para hacer posible, entre otros fines, la violación de los derechos de propiedad intelectual de autores y titulares de derechos afines de forma masiva e indiscriminada. Además de ello, proporcionan de manera directa un lucro a los creadores del programa mediante ingresos publicitarios y de manera indirecta mediante la creación de una imagen corporativa y la atracción de clientes a la página *web* desde la que se distribuye gratuitamente el programa.

Por su modo de funcionar se suelen clasificar los programas P2P como centralizados (o de primera generación) y descentralizados (o de segunda generación). Los sistemas centralizados (cuyo ejemplo más típico sería *Napster*) son aquellos en los que existe un servidor central que aunque no organiza el tráfico de ficheros ni almacena reproducciones temporales de los mismos sí que contiene un directorio de usuarios e información acerca de los ficheros. Su ventaja principal es que el servidor central ofrece un sistema estable para buscar ficheros y una lista de los mismos. Así, aunque se pierda en un momento dado la conexión directa con otro usuario, siempre se puede volver a buscar el fichero que nos interesa en el servidor central, que nos reconducirá a otro que lo tenga disponible. Por el contrario, los modelos P2P de segunda generación, los más modernos, funcionan de forma descentralizada (como ocurre por ejemplo con *KaZaA*, *iMesh*, *Shareaza*, *2Find Mp3*, *Grokster* o *Emule*, por citar algunas de las plataformas más usadas). Esto significa que son auténticos *peer to peer*, es decir, que no tienen un servidor central que organice el intercambio. Los P2P de segunda generación funcionan con un protocolo informático propio que permite que los ordenadores de los usuarios se conecten entre sí de forma sucesiva según un modelo de conexiones «en estrella». La transferencia de ficheros se produce directamente de ordenador particular a ordenador particular. De este modo el programa únicamente intermedia para proporcionar el *software* y los datos de conexión entre los usuarios, pero no almacena una lista de archivos ni reproducciones temporales de los mismos. Además, permite que el intercambio de ficheros tenga lugar de forma anónima y controlada, garantizando que el usuario «visitante» que accede al ordenador propio no ten-

ga acceso a otros ficheros que el usuario «local» no desea compartir. Como ya adelanté antes, los creadores de estos programas obtienen un suculento lucro por medio de ingresos indirectos, como publicidad y venta de servicios de valor añadido. Los usuarios, por su parte, cuentan con un instrumento de enorme potencia para «descargar» archivos de la Red, pues si la comunidad de usuarios de una de estas plataformas P2P es lo suficientemente grande es posible descargar literalmente cualquier fichero que esté en el mercado (que contenga, por ejemplo, un fonograma en formato Mp3, o una grabación audiovisual en formato MPEG).

2. LA ILICITUD DEL INTERCAMBIO EN LOS P2P DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Me parece claro que cuando los usuarios de un programa P2P intercambian obras y prestaciones protegidas a través de Internet están llevando a cabo dos conductas que caen dentro del ámbito exclusivo de los titulares de los derechos de explotación protegidos por el TRLPI. Por un lado, el hecho de compartir un archivo que en principio es personal por medio de una plataforma P2P implica un acto de reproducción (art. 18 TLRPL), puesto que las obras se almacenan en la «carpeta compartida» de forma digital y permanente. Dicho acto no puede quedar cubierto por la llamada «excepción de copia privada» del artículo 31 2.º del TRLPI, pues dicha norma permite hacer reproducciones para uso privado del copista siempre que no haya un uso lucrativo ni colectivo de la obra. En este caso la obra se comparte en un programa P2P con un número indeterminado de usuarios (en el caso de un programa como *KaZaA*, unos 170 millones¹⁴), lo cual evidentemente impide hablar de copia privada. Por el mero hecho de compartir una reproducción que en principio era privada (por ejemplo, la había confeccionado el propio usuario a partir de un CD o un DVD adquirido en un establecimiento comercial) la reproducción pierde el carácter de «privada», siendo objeto de utilización colectiva y entrando de modo permanente e irreversible en la esfera pública.

En segundo lugar, con el tenor del artículo 20 TRLPI en la mano el hecho de poner una obra o prestación protegida en Internet con la ayuda de una red P2P supone un acto de comunicación pública, puesto que «una pluralidad de personas pueden tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a

¹⁴ Es complicado dar el dato exacto de cuántos usuarios han descargado estos programas y de cuántos forman parte actualmente de las distintas comunidades que se ha creado en torno a ellos, puesto que su número crece continuamente. En realidad, en la medida en que cada miembro del programa (*peer*) se conecta con un número indeterminado de otros *peer*, y estos a su vez con algunos más, se tienen acceso en la práctica a todos los recursos (archivos) que almacene cualquier usuario de un sistema P2P concreto en su PC personal. De todos los programas P2P seguramente el más extendido sea *KaZaA*. Sólo en el sitio web de descargas más popular del mundo, *www.download.com*, el programa *KaZaA Media Desktop*, en sus versiones sucesivas, se había descargado en abril de 2004 casi 350 millones de veces (en concreto, 346.420.989). Siendo generosos, y considerando que aproximadamente la mitad de los usuarios que lo descarga luego lo usa efectivamente, tenemos esa cifra aproximada.

cada una de ellas». En el caso de los programas P2P la obra se coloca de forma que todos los usuarios de la red puedan acceder a la misma y hacerse una copia en sus ordenadores personales.

Por tanto, el hecho de colocar una obra o prestación protegida por la propiedad intelectual en la carpeta compartida de un programa P2P (tipo *KaZaA* o similar) es un acto ilícito si no se cuenta con la autorización de los titulares de los derechos de reproducción y comunicación pública sobre las obras y prestaciones intercambiadas.

En la práctica, sin embargo, no es demasiado útil afirmar que los usuarios que utilizan un programa *peer to peer* para intercambiar archivos están infringiendo el TRLPI¹⁵, puesto que suele ser difícil demandarles por el anonimato que reina en los P2P¹⁶. Ello provoca que nos detengamos en cuál es el papel que tienen los operadores de estos programas (sus creadores) por las actividades ilícitas que se cometen gracias a ellos y cuál es papel de los prestadores de intermediación que dan servicio a los usuarios en Internet. A la segunda cuestión nos vamos a referir con mucho detalle en los apartados siguientes (puesto que es el objeto central de nuestro estudio), por lo que nos vamos a limitar en este momento a señalar que no hay en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma ni principio general que impida que consideremos a los operadores de los programas P2P (las personas que crean el programa y lo ponen gratuitamente en Internet a disposición de los usuarios) como responsables de las violaciones de los derechos de propiedad intelectual que cometen los usuarios. El motivo que nos lleva a apreciar dicha responsabilidad es que estos operadores de programas *peer to peer* ponen los medios técnicos con el objetivo de que los terceros lleven a cabo los actos ilícitos de explotación, actividad ésta que ha sido considerada tradicionalmente por la jurisprudencia y por la doctrina como una actividad ilícita desde el punto

¹⁵ De hecho, ya hay al menos un caso en los Estados Unidos en el que las compañías discográficas demandaron a varios usuarios particulares de programas P2P por haber compartido ilegalmente fonogramas en la Red. En ese sentido, en la § 512 (h) de la *Digital Millenium Copyright Act* de 1998 se prevé la obligación de que los prestadores de servicios intermediarios comuniquen la identidad de sus clientes a los titulares de derechos de propiedad intelectual cuando estos sospechan que se está cometiendo una violación de sus derechos en Internet. Los productores de fonogramas norteamericanos, amparándose en dicha norma, solicitaron al proveedor de acceso *Verizon Internet Services, Inc.* el nombre de uno de sus usuarios, que se había «descargado» en un solo día más de 600 fonogramas del repertorio de los peticionarios. El proveedor se niega, lo que provoca una demanda ante los tribunales norteamericanos. El asunto ha sido resuelto por un auto de 21 de enero de 2003 de la Corte de Distrito de Columbia, declarando que todos los prestadores de servicios intermediarios de Internet (incluyendo a los prestadores de acceso) tienen la obligación de comunicar dichos datos a los que demuestren un interés legítimo. El caso está disponible en *Recording Industry of America v. Verizon* en <http://www.techlawjournal.com/courts2002/riaa_verizon/20030121.asp>. En ese sentido, los titulares de derechos en otros países europeos (como Alemania, Italia o Dinamarca) ya han comenzado una batería de demandas contra usuarios individuales por violación de derechos de propiedad intelectual. Puede consultarse información acerca de dichas demandas en la dirección de Internet <<http://www.el-mundo.es/navegan-te/2004/03/30/empresas/1080650199.html>>.

¹⁶ El titular de los derechos puede conocer fácilmente cuál es la IP de un usuario individual, pero llegar a conocer los datos personales de la persona concreta que hay detrás de dicha dirección IP es mucho más complicado.

de vista del derecho de propiedad intelectual. Y, sin embargo, tampoco es tarea sencilla en la práctica conseguir una condena de estos operadores de P2P, pues a las dificultades puramente técnicas hay que añadir que es muy posible que los operadores del sitio web que ha puesto en línea el programa *peer to peer* no se encuentren localizados en España o en un país comunitario, sino en un tercer país. Esto provoca dificultades muy importantes, dada la diversidad de legislaciones de propiedad intelectual y los problemas para el *exequatur* que se pueden plantear a falta de tratado bilateral o de un Tratado Internacional a gran escala que afronte de manera directa el reconocimiento de sentencias en materia de propiedad intelectual.

Por tanto, y como apuntábamos antes, la vía más directa que tienen los titulares de derechos de propiedad intelectual para defender sus intereses en el caso del intercambio masivo de obras y prestaciones protegidas de su repertorio en redes P2P es acudir a la regulación de los artículos 139 a 141 TRLPI y 13 a 17 LSSI y entablar acciones de cesación y remoción e indemnizatorias frente a los llamados prestadores de servicios de intermediación como actores esenciales que colaboran en la infracción proporcionando los medios técnicos a los usuarios para que éstos cometan de forma directa la violación de los derechos exclusivos. A esto nos vamos a dedicar a continuación.

III. LA INTERPOSICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES Y ACCIONES DE CESACIÓN Y REMOCIÓN FRENTE A LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN

1. LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN

El punto de partida de nuestro análisis debemos encontrarlo en la LSSI, según la cual los *prestadores de servicios de la sociedad de la información* (definidos según el Anexo de la propia ley¹⁷) estarán sujetos a la responsabilidad civil es-

¹⁷ No hay duda de que una de las actividades «estrellas» de estos prestadores va a ser precisamente la difusión a través de Internet de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual, que en la jerga comunitaria se ha denominado (impropiamente) como «video bajo demanda». En concreto se dice en dicho Anexo que: «A los efectos de esta Ley, se entenderá por: a) «Servicios de la sociedad de la información» o servicios»: todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes:

- 1.º La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.
- 2.º La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.
- 3.º La gestión de compras en la red por grupos de personas.
- 4.º El envío de comunicaciones comerciales.
- 5.º El suministro de información por vía telemática.
- 6.º El video bajo demanda, como servicio en que usuario puede seleccionar a través de la red, tanto programa deseado como el momento de su suministro recepción, y, en general, la distribución de contenidos previa petición individual».

tablecida con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico (art. 13.1. LSSI¹⁸). Por tanto, cada uno es responsable en Internet según las reglas generales del TRLPI cuando actúa como proveedor de contenidos¹⁹ (por ejemplo, creando un sitio web donde suministra fonogramas o grabaciones audiovisuales a cambio de un precio²⁰).

Sin embargo, cuando los prestadores de servicios de la sociedad de la información (empresas que prestan servicios vía Internet) estén llevando a cabo una serie de actividades concretas en las que actúan como meros intermediarios²¹, la propia LSSI (art. 13.2 LSSI²²) les da un régimen de responsabilidad privilegiado, llamándolos «*prestadores de servicios de intermediación*», término éste que también se define en el Anexo de la ley²³.

Las actividades de intermediación han sido divididas en la ley en cuatro grupos distintos, dependiendo del tipo de servicio o actividad que se está prestando a los usuarios de Internet. En primer lugar están los llamados por la LSSI²⁴

¹⁸ Dispone dicha norma que: «1. 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».

¹⁹ Naturalmente, esta es una responsabilidad por hechos propios. Lo explica bien Vid. CLEMENTE MEORO, M. E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», cit., pág. 13.

²⁰ Su responsabilidad en un caso como este deberá ventilarse de acuerdo a las normas generales de los artículos 139 y ss. TRLPI. Según lo que se ha explicado antes, a mi me parece que tanto los usuarios individuales como las personas que operan los programas P2P son proveedores de contenidos ilícitos, aunque, insisto, no es éste el objeto del trabajo, que se dedica únicamente a analizar la responsabilidad de los intermediarios, tal y como están definidos estos en los artículos 14 a 17 LSSI.

²¹ Naturalmente, si los operadores de los programas P2P son a su vez proveedores de acceso de sus páginas esto no significa que puedan eludir su responsabilidad civil por las violaciones de derechos de propiedad intelectual o competencia desleal que hayan provocado. A veces a los prestadores intermediarios se les llama «prestadores de servicios técnicos» (MORENO NAVARRETE, M.A., *Derecho-e. Derecho del comercio electrónico*, Marcial Pons, Barcelona, 2002, pág. 30).

²² Que dice literalmente «2. 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».

²³ Se define a prestadores de servicios de intermediación como los prestadores de servicios de la sociedad de la información que realizan una serie de conductas concretas, diciendo que se entenderá por: «b) «Servicio de intermediación»: servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información. Son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet».

²⁴ La LSSI se refiere de forma indeterminada al los prestadores de servicios de intermediación, distinguiendo de forma apriorística entre «operadores de redes», «proveedores de acceso»; «prestadores de servicios que realizan copia temporal de los contenidos» (*system caching*), «prestadores de alojamiento o almacenamiento de datos» y «prestadores que facilitan enlaces a contenidos o buscadores». Dicha definición es simplemente descriptiva, y se basa en el tipo de actividad concreta que se realiza, no en características intrínsecas de las empresas. Aunque puede haber algún caso concreto de especialización (por ejemplo, que una empresa se dedique sólo a dar servicios de alojamiento de páginas web), en la práctica es muy frecuente que una misma empresa o particular realice todas las conductas a la vez. Así por ejemplo *Telefónica*

«operadores de redes»²⁵ y «proveedores de acceso»²⁶ (art. 14 LSSI). En un segundo nivel se sitúan los prestadores que realizan servicios de copia temporal de los datos solicitados por los usuarios (art. 15 LSSI), que nosotros llamaremos «prestadores de *system caching*»²⁷. En tercer lugar están los prestadores de servicios de alojamiento o de almacenamiento de datos²⁸ (art. 16 LSSI), que llamaremos en general «prestadores de alojamiento». Por último, y aunque no son siempre intermediarios²⁹, tenemos a los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos³⁰ o instrumentos de búsqueda (art. 17 LSSI).

El régimen especial de los artículos 14 a 17 LSSI persigue que estos prestadores de servicios puedan escapar en determinados casos de responsabilidad por las conductas ilícitas que están llevando a cabo los destinatarios de sus servicios (en nuestro caso los creadores de los programas *peer to peer* y los usuarios que intercambian ilícitamente obras y prestaciones protegidas en Internet). Para ello, la LSSI establece una serie de condiciones que tienen que cumplir. Si incumplen alguna de ellas (básicamente, que no tengan control de la actividad de los usuarios, y que, cuando lo tengan, reaccionen con prontitud) responden por su negligencia a la hora de limitar las actividades ilegales de los usuarios de sus servicios³¹.

de España es un operador de la red de teléfono y ADSL, presta acceso a la Red por medio de su filial *Terra*, realiza en sus servidores copias caché, presta alojamiento para que los usuarios alojen sus páginas web personales y crea múltiples enlaces a contenidos y buscadores en sus numerosas páginas corporativas. De hecho, uno de los buscadores más utilizados de Internet, *Lycos.com*, es propiedad de la propia Telefónica. Por ello el estudio de las diferentes responsabilidades tiene en cuenta las conductas precisas y no el carácter apriorístico de la empresa que presta el servicio.

²⁵ Los operadores de redes son los que proporcionan la estructura técnica que hace posible Internet, como líneas telefónicas, servidores, *routers*, etc.

²⁶ Los proveedores de acceso son los que permiten al usuario conectarse a la red de Internet, normalmente por medio de módem, línea DSL o cable.

²⁷ Las copias caché del sistema son reproducciones completas de las páginas y sitios web que se almacenan en los servidores para hacer llegar al usuario las obras de un modo más rápido, sin tener que «pedirlas» al servidor donde residen originalmente. La idea es que si almacenamos una copia de la página en un ordenador más cercano al usuario, éste va a tardar menos en «descargarla» que si tiene que bajarla de un servidor más lejano. En la práctica los operadores de Internet realizan el caché del sistema (o copia temporal de los datos) de forma regular, renovándolo cada un cierto periodo de tiempo.

²⁸ Estas empresas ceden espacio en sus servidores a tercero para que éstos almacenen contenidos, como por ejemplo páginas y sitios web. A esta actividad a veces se la conoce por el anglicismo «hosting».

²⁹ En efecto, como explicaremos con más detalle en el apartado final de este trabajo, el artículo 17 LSSI se aplica en general a todo prestador de la sociedad de la información, sin atender por tanto a si en el caso concreto está llevando a cabo una actividad concreta de intermediación.

³⁰ En este caso nos estamos refiriendo a prestadores de servicios de la sociedad de la información que además de su actividad principal facilitan a sus clientes enlaces a otros contenidos disponibles en la red. La duda que ha tratado de atajar el legislador es qué ocurre cuando estos enlaces dirigen a los usuarios a contenidos claramente ilícitos o ilegales.

³¹ Como señala LEHMAN, el objetivo de la legislación (él se está refiriendo a los artículos 12 a 15 de la Directiva de Comercio, aunque su razonamiento es igualmente válido para la LSSI) es declarar a los intermediarios lo más exentos posibles de responsabilidad. Pero el límite de la responsabilidad, es, naturalmente, el hecho propio, del cual siempre deben responder. Vid. LEHMAN, M., «El comercio electrónico y la protección del consumidor en Europa», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Vol. XX-1999, Santiago de Compostela, 2000, pág. 214.

Al margen de la acción indemnizatoria debe además examinarse la posibilidad de interponer medidas cautelares contra dichos intermediarios y ponderar la posible aplicación a nuestro caso de las acciones de cesación y remoción del artículo 139 TRLPI y 30 LSSI. Una vez aclaradas estas cuestiones, examinaremos más a fondo la relación que hay entre la acción indemnizatoria del artículo 140 TRLPI y las excepciones dispuestas en los artículos 14 a 17 LSSI, perfilando cuál debe ser la responsabilidad en términos indemnizatorios de cada uno de los distintos prestadores de servicios de intermediación en nuestro Derecho. Veamos.

2. LA INTERPOSICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN

La LSSI no ha regulado de forma específica la posibilidad de solicitar medidas cautelares por parte de los particulares contra los prestadores de servicios de intermediación cuando a través de ellos se están llevando a cabo actividades ilícitas. En la ley esta posibilidad únicamente la tiene la administración competente cuando el artículo 41 LSSI se refiere en general a las «medidas provisionales» que deben tomarse cuando un prestador de servicios, intermediario o no, comete una infracción de las tipificadas en la LSSI. Las medidas, excepcionalmente (art. 41.4 LSSI), pueden tomarse aún antes de la iniciación del expediente sancionador³².

Sin embargo, en el artículo 18.1 de la DCE se obligaba a los Estados miembros a velar por que en la legislación nacional hubiera recursos que permitan en relación con la actividades de servicios de la sociedad de la información adoptar rápidamente medidas, incluso medidas *provisionales*, destinadas a poner término a cualquier presunta infracción y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados. En este mismo sentido, el artículo 8.3 de Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001³³, *relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información* (DDASI) dispone que los Estados miembros velarán por que los titulares de los derechos estén en condiciones de solicitar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín, reiterando de este modo en el campo específico de los derechos de propiedad intelectual lo que de modo general dice la DCE para todo tipo de actividades de la sociedad de la información (recordemos que la aproximación de la DCE es «horizontal», mientras que la DDASI se aplica al campo específico de los derechos de autor y afines). Abundando en esa misma idea, señala el Considerando 59 de la DDASI que «*Sobre todo en el entorno digital, es posible que terceras partes utilicen*

³² Dice el artículo 41.4 LSSI «*En casos de urgencia y para la inmediata protección de los intereses implicados, las medidas provisionales previstas en el presente artículo podrán ser acordadas antes de la iniciación del expediente sancionador. Las medidas deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda*».

³³ D.O.C.E núm. L 167, de 22 de junio de 2001.

cada vez con mayor frecuencia los servicios de intermediarios para llevar a cabo actividades ilícitas. En muchos casos, estos intermediarios son quienes están en mejor situación de poner fin a dichas actividades ilícitas. Así pues, y sin perjuicio de otras sanciones o recursos contemplados, los titulares de los derechos deben tener la posibilidad de solicitar medidas cautelares contra el intermediario que transmita por la red la infracción contra la obra o prestación protegidas cometida por un tercero. Esta posibilidad debe estar abierta aun cuando los actos realizados por el intermediario estén exentos en virtud del artículo 5. Debe corresponder a la legislación nacional de los Estados miembros regular las condiciones y modalidades de dichas medidas cautelares».

Teniendo en cuenta estas dos normas comunitarias³⁴ y la claridad del legislador de la DDASI, deberemos concluir que el legislador de la UE ha considerado que el repertorio de medidas cautelares que hay a disposición de los titulares de derechos de propiedad intelectual en cada Estado miembro (en nuestro caso en el artículo 141 TRLPI y en la Ley de Enjuiciamiento Civil) tiene que ser suficiente y eficaz también cuando se aplica al caso concreto de los prestadores de servicios de intermediación³⁵. Esto es además lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, como Italia³⁶, en donde el legislador ha aclarado específicamente al transponer la DCE al Derecho interno que cabe la interposición de medidas cautelares contra los prestadores intermediarios cuando sirvan para dificultar o impedir la consecución de actividades ilícitas.

No hay duda por tanto de que es posible instar las medidas cautelares previstas en el artículo 141 TRLPI también frente a los prestadores de intermediación para lograr la suspensión cautelar de la actividad de reproducción y comunicación pública de obras y prestaciones protegidas que realizan los usuarios de las redes P2P³⁷. Esta posibilidad existe según la ley «en caso de infracción» y para ello no es necesario que medie culpa alguna en dichos intermediarios, simplemente hace falta que alguno de sus usuarios lleve a cabo una actividad

³⁴ Téngase en cuenta que en el momento de publicarse la LSSI en el BOE ya había aparecido en el D.O.C.E la DDASI, por lo que el legislador nacional era consciente de la existencia y el contenido de la normativa comunitaria en esta materia.

³⁵ Lo mismo apunta CARBAJO CASCÓN, F., *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*, Colex, Madrid, 2002, pág. 155, nota 240.

³⁶ En efecto la Ley de incorporación de la DCE al derecho interno italiano (aprobada por Decreto Legislativo de 9 de abril de 2003, Gazzetta Ufficiale n. 87, de 14 de abril 2003) establece con toda claridad que caben las medidas cautelares contra los prestadores de servicios de intermediación. Así, por ejemplo, dice el artículo 14.3 respecto de los operadores de redes y prestadores de acceso que «*L'autorità giudiziaria o quella amministrativa, avente funzioni di vigilanza, può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 2, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse*». El subrayado, claro, es mío.

³⁷ Derogado el artículo 142 LPI en cuanto al procedimiento para adoptar las medidas que contempla el artículo 141 LPI, deben aplicarse los artículos 730 y ss. de la LEC quizá con la salvedad de que (como señala CARRASCO), seguramente no tenga sentido obligar al actor a que presente la demanda principal junto con la medida cautelar (art. 730.1 LEC) cuando la propia medida sirva para evitar de modo definitivo la comisión de la infracción de los derechos de propiedad intelectual (por ejemplo porque paraliza todos los sitios web desde los que se puede descargar el programa). Vid. CARRASCO PERERA, A., *Manual de Propiedad Intelectual*, cit., pág. 271.

infractora³⁸. Tampoco hace falta que la infracción se haya producido ya, basando con que sea simplemente temida («cuando exista temor racional y fundado de que ésta va a producirse», dice el TRLPI).

Aunque en teoría las medidas cautelares podrían dirigirse frente a cualquier prestador de servicios de intermediación, lo cierto es que serán especialmente eficaces respecto de los llamados prestadores de acceso mencionados en el artículo 14.1 LSSI, que son los que tienen la mejor posición para bloquear o impedir el acceso a la red a un usuario concreto que está violando la propiedad intelectual al hacer uso de un programa *peer to peer*. También tienen pleno sentido respecto de los prestadores de alojamiento, pero en este caso no tanto respecto de los usuarios individualmente considerados sino respecto de los operadores (las personas que crean y mantienen) los sitios web desde lo que se puede descargar el programa P2P que luego utilizan de forma efectiva los usuarios. E igualmente cabrán contra un proveedor de enlaces a sitios web que contienen reproducciones de programas P2P (art. 17 LSSI).

Más difícil es concebir sin embargo una medida cautelar dirigida frente a un operador de red (que normalmente no tiene la posibilidad técnica ni jurídica de bloquear o interrumpir el servicio de sus abonados). Y más difícil aún será entablar una medida cautelar frente a un prestador de *system caching*, sin perjuicio en ambos casos de que, como luego veremos, su actividad pueda dar lugar al nacimiento de una obligación de resarcir el daño que causen conforme a las reglas especiales de la propia LSSI si no ajustan su actividad a ciertas condiciones.

En el marco del TRLPI cabe ejercitar todo tipo de medidas cautelares contra los prestadores intermediarios para proteger a los titulares («las que, según las circunstancias, fuesen necesarias para la protección urgente de estos derechos», dice el TRLPI). Entre ellas será especialmente importante (como ya se señaló) interrumpir el servicio de acceso a Internet de los usuarios infractores e incluso (art. 141.2 TRLPI) la suspensión de la actividad de reproducción y comunicación mediante la clausura o bloqueo de las páginas web y servidores desde los que se distribuyan copias de programas P2P que luego son usados por los usuarios para infringir la propiedad intelectual³⁹.

Naturalmente, también puede usarse el repertorio de medidas cautelares de la LEC⁴⁰, entre ellas las atípicas (art. 726 LEC⁴¹).

³⁸ En el mismo sentido, PEGUERA POCH, M., «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet», cit., pág. 50.

³⁹ GÓMEZ SEGADÉ, J.A., «En torno a la Directiva sobre el derecho de autor y los derechos afines en la sociedad de la información», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXII-2001, Santiago de Compostela, 2002, pág. 1445.

⁴⁰ En el mismo sentido, BUSTO LAGO, J.M., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 542, disponible www.westlaw.es con la referencia BIB 2002/1091, pág. 1 de la versión electrónica.

⁴¹ En la medida en que las medidas cautelares previstas en el TRLPI son plenamente compatibles con las de la LEC, el juez podrá instar cualquiera de las mencionadas en el artículo 727 LEC, es-

3. LAS ACCIONES DE CESACIÓN Y REMOCIÓN FRENTE A LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN (ARTS. 139 TRLPI Y 30 LSSI)

A) *La posible aplicación del artículo 139 TRLPI*

Puede ser discutible si las acciones de cesación y remoción de la actividad ilícita previstas en el artículo 139 TRLPI⁴² puede dirigirse contra un prestador de servicios de la sociedad de la información cuando está sirviendo de intermediario a un sistema de intercambio de obras de modalidad *peer to peer*. La duda surge porque el prestador de servicios no explota ilícitamente la obra o prestación protegida, simplemente da cobertura técnica a dicha explotación que en realidad llevan a cabo los creadores de los programas P2P y sus usuarios. No habría por tanto literalmente «explotación infractora» del artículo 139.1 TRLPI, ni el prestador intermediario sería un «infractor». Además la LSSI regula la cuestión de la responsabilidad, pero guarda silencio respecto de la posibilidad de entablar una acción de cesación contra un prestador intermediario, lo que plantea la duda de si el «olvido» ha sido casual⁴³.

Con todo, la doctrina dominante (CARRASCO⁴⁴, MASSAGUER⁴⁵, DE MIGUEL ASENSIO⁴⁶, PLAZA PENADÉS⁴⁷, LEHMAN⁴⁸) opina que la acción de cesación cabe también contra los prestadores intermediarios cuando los usuarios de sus servicios violan la propiedad intelectual⁴⁹. Recogiendo dicha idea creo que hay argumentos más

pecialmente la del artículo 727.7.º (cese de la actividad ilícita), la del artículo 727 8.º (intervención de ingresos obtenidos por los P2P de forma ilícita) y la del artículo 727 9.º (depósito de materiales empleados para la confección de reproducciones ilícitas). Estas medidas podrán adoptarse incluso bajo ciertas condiciones de especial urgencia *inaudita parte* (733.2 LEC).

⁴² El régimen es común, por lo que para hacer más ágil la exposición me referiré en singular a la «acción de cesación».

⁴³ PLAZA PENADÉS cree que dicha omisión se debe a un olvido del legislador (PLAZA PENADÉS, J., «La responsabilidad civil de los intermediarios en internet y otras redes (su regulación en el derecho comunitario y en la LSSI)», cit., pág. 211). Sin embargo, a mí me parece que el legislador de la LSSI no ha incorporado la acción de cesación en la LSSI de forma consciente, porque sabe que no es necesario hacer una regulación general, al estar contemplada en la normativa sectorial.

⁴⁴ CARRASCO PERERA, A., *Manual de Propiedad Intelectual*, cit., pág. 260.

⁴⁵ Vid. MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», cit., págs. 36-37. Sin embargo, algo contradictoriamente, parece que esa posible acción de cesación se niega en caso de infracción indirecta en la pág. 28.

⁴⁶ Aunque sólo lo menciona respecto de la DCE. DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho privado de Internet*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2002, pág. 588.

⁴⁷ PLAZA PENADÉS, J., «La responsabilidad civil de los intermediarios en internet y otras redes (su regulación en el derecho comunitario y en la LSSI)», cit., pág. 237.

⁴⁸ En el mismo sentido, razonándolo para el Derecho alemán (cuyo § 97 (1) *UrhG* es análogo a nuestro artículo 139 TRLPI, pues regula la acción de cesación), LEHMAN, M., «El comercio electrónico y la protección del consumidor en Europa», cit., pág. 215. De hecho, en el Derecho alemán la cuestión se ve mucho más claramente, pues mientras que para la acción de indemnización el § 97 (1) *UrhG* el segundo inciso exige específicamente la existencia de culpa o negligencia, dicha exigencia no se predica del primer apartado, que es el que recoge la acción de cesación.

⁴⁹ Más cauto, CARBAJO CASCÓN, F., *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*, Colex, Madrid, 2002, pág. 155, nota 240. CARBAJO se limita a apuntar esta posibilidad, pero creo que refiere fun-

que suficientes para pensar que un titular de bienes o derechos afectado por la actividad de los usuarios de redes P2P puede dirigir la acción de cesación del artículo 139 TRLPI contra el prestador intermediario que da cobertura a dicho sistema P2P, incluso aunque éste, en rigor, no explote los derechos exclusivos y por tanto no infrinja directamente el monopolio de los derechohabientes.

En primer lugar hay que tener en cuenta consideraciones prácticas. La acción de cesación se dirige a evitar la producción de un daño que luego puede ser irreparable o a impedir la agravación del mismo. Pues bien, el carácter global de Internet y el elevadísimo número de usuarios que los programas P2P tienen actualmente provoca que la acción de cesación frente a los prestadores intermediarios sea un instrumento de máxima utilidad para prevenir daños mayores, convirtiéndose de facto en el medio más efectivo de tutelar los intereses de los perjudicados.

En segundo lugar, viendo la cuestión desde el punto de vista de la LSSI, los artículos 14 a 17 no establecen ningún régimen específico para las acciones de cesación de las conductas ilícitas de los prestadores intermediarios (salvo en el caso de intereses difusos, artículo 30 LSSI) y por tanto debemos entender que son aplicables las normas generales que regulan estas acciones según los diferentes intereses jurídicos tutelados (como la no difusión de publicidad ilícita, la usurpación de la propiedad industrial o, en nuestro caso, la infracción de derechos de propiedad intelectual).

El tercer argumento para sostener nuestra postura lo encontramos en los artículos 12.3⁵⁰ (respecto de operadores de redes y prestadores de acceso); 13.2⁵¹ (respecto de prestadores de *caching*) y 14.3, primer inciso⁵² (respecto de prestadores de alojamiento) de la DCE, de la cual trae causa la Ley 34/2002. En dichas normas se aclaraba que los requisitos exigidos en la Directiva a los prestadores intermediarios son sólo útiles para exonerarles de la acción indemnizatoria, pero no pueden servir de excusa frente a la acción de cesación de acuerdo con la legislación nacional⁵³, que se aplica según las normas de

damentalmente a las medidas cautelares. También muy cauto, calificando la cuestión de «no suficientemente clara», CLEMENTE MEORO, M. E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», cit., pág. 86.

⁵⁰ Que dispone: «3. *El presente artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida.*».

⁵¹ Que señala: «2. *El presente artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios poner fin a una infracción o impedirla.*».

⁵² Disponía el artículo 14.3 de la Directiva que: «*El presente artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios poner fin a una infracción o impedirla, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o se impida el acceso a ellos.*».

⁵³ Esta misma idea, además, se repite en el Considerando 45 de la DCE. Señala dicho Considerando 45 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 ordenes de los tribunales*

cada Estado miembro. Interpretando la LSSI conforme a las previsiones de la Directiva (según reiterada jurisprudencia del TSJCE) debemos entender que cabe entablar una acción de cesación en el marco del TRLPI también frente a un prestador de servicios de intermediación cuando existe un ilícito civil cometido por un usuario de dicho servicio de intermediación.

El cuarto argumento que sostiene nuestra postura proviene del Derecho comparado⁵⁴. Así, en el Derecho alemán el parágrafo 5 (4) de la *Teledienstegesetz* de 22 de julio de 1997⁵⁵ señalaba que era posible entablar la acción de cesación también contra el prestador intermediario sin tener en cuenta el grado de conocimiento que tuviera sobre la ilegalidad de los contenidos ni su implicación en el acto ilícito. Posteriormente la Ley alemana de Comercio Electrónico de 20 de diciembre de 2001 (*Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz* o *EGG*) derogó dicha regla, añadiendo sin embargo un nuevo § 8 (2) a la *Teledienstegesetz* en el que se señala (en mi libre traducción⁵⁶) que «las obligaciones de eliminar o bloquear el uso de la información según el derecho aplicable permanecerán vigentes incluso si el prestador no es responsable según los parágrafos 9 a 11 [de la presente ley⁵⁷]». Se da de esta forma entrada en el Derecho alemán de forma unitaria a lo dispuesto en los mencionados artículos 12.3; 13.2; y 14.3, primer inciso DCE, permitiendo el ejercicio de la acción de cesación desconectado de la cuestión de la responsabilidad.

competentes 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».

⁵⁴ No son demasiados los países de la U.E. que han finalizado con éxito la transposición a su derecho interno de la DCE en los que pueda fijarme (por razón del idioma). Según el informe de la Comisión de 21 de noviembre de 2003 (COM 2003) 702 final, disponible en <http://www.droit-technologie.org/legislations/rapport_directive_ecomm_112003.pdf>, además de los ya mencionados casos de Italia, Alemania y España, habían incorporado la DCE a su Derecho interno Bélgica (Ley de 11 de marzo de 2003), Dinamarca (Ley de 22 de abril de 2002), Grecia (Decreto Presidencial núm. 131, de 16 de mayo de 2003), Irlanda (*Regulations* de 24 de febrero de 2003), Luxemburgo (Ley de 14 de agosto de 2000), Austria (Ley de 21 de diciembre de 2001), Finlandia (Ley de 5 de agosto de 2002), Suecia (Ley de 14 de junio de 2002) y el Reino Unido (*Regulations* de 21 de agosto de 2002). Las versiones electrónicas de todas estas normas se encuentran disponibles a partir del Anexo contenido en el Informe de la Comisión de 21 de noviembre de 2003 antes mencionado.

⁵⁵ El nombre completo de la ley es *Gesetz über die Nutzung von Telediensten-TDG*. Decía literalmente el precepto que: «*Verpflichtungen zur Sperrung der Nutzung rechtswidriger Inhalte nach den allgemeinen Gesetzen bleiben unberührt, wenn der Diensteanbieter unter Wahrung des Fernmeldegeheimnisses gemäß § 85 des Telekommunikationsgesetzes von diesen Inhalten Kenntnis erlangt und eine Sperrung technisch möglich und zumutbar ist*».

⁵⁶ El texto en su idioma original dice: «*Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen bleiben auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 9 bis 11 unberührt*».

⁵⁷ Es dudoso si dicha norma se aplica en casos de violación de derechos de propiedad intelectual. Cuando se define el ámbito de aplicación de la Ley (§ 2) queda claro que se aplica a los servicios electrónicos e interactivos, en particular a los prestados vía Internet [§ 2 (2) (3) de la ley]. Sin embargo, se exige específicamente del principio de país de origen del prestador del servicio (§ 4 (4) (6) de la ley) los derechos de autor y derechos afines. En mi opinión, la exclusión se refiere únicamente a las normas de conflicto unilaterales alemanas para definir la ley aplicable en estos casos (que no pueden afectar a los derechos de autor y afines por estar ya reguladas en diversos Tratados Internacionales y Directivas comunitarias). De hecho, una cuestión similar se planteó con

Algo muy similar ocurre en Italia, donde la ley de incorporación de la DCE menciona la pertinencia de la acción de cesación respecto de los operadores de redes y prestadores de acceso (art. 14.3⁵⁸), respecto de los prestadores de *system caching* (art. 15.2⁵⁹) y respecto de las actividades de *hosting* (art. 16.3⁶⁰), siempre que lo ordene la autoridad judicial o administrativa competente y con independencia del resultado de la acción de resarcimiento.

Lo mismo podemos decir del Reino Unido, en donde la DCE se ha implementado mediante las *Electronic Commerce (Directive) Regulations 2002*⁶¹. Aclara dicha norma (en las §§ 17 a 19) que las exenciones de responsabilidad que dichas secciones contemplan se aplican únicamente para la acción por daños o para sanciones penales en las que pudiera incurrir el prestador intermediario, lo que, a contrario, significa que no juegan tales exenciones cuando lo que se trata de aplicar es la acción de cesación⁶². Para mayor claridad, aclara la sección 20 (1) (b) de la ley que nada de lo previsto en las secciones 17 a 19 afectará «los derechos de cualquier parte para pedir a un tribunal medidas para prevenir o impedir la infracción de derechos»⁶³. Remacha la cuestión el artículo 20 (2) señalando que «El poder de la autoridad administrativa para impedir o prevenir la infracción de cualquier derecho continúa siendo aplicable, a pesar de las normas de los artículos 17, 18 y 19»⁶⁴.

ocasión de anterior regulación de la *Teledienstegesetz*. Algunos autores dudaban acerca de si la ley se aplicaba a las infracciones de derechos de autor, puesto que éste no protege todo contenido sino sólo aquel que es original (SCHAEFER, M., y otros «Zur Verantwortlichkeit von Online-Diensten und Zugangsvermittlern für fremde urheberrechtsverletzende Inhalte», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 1998, pág. 452). Sin embargo, era doctrina mayoritaria la que creía que la *luKDG* también se aplicaba a las infracciones derivadas de los derechos de autor (en este sentido DIETZ, A., «Chronique d'Allemagne. L'Evolution du Droit d'auteur en Allemagne de 1993 jusqu'au milieu de 1997, premier partie», *R.I.D.A.*, num. 175, 1998, pág. 138 y KÖHLER C., y BURMEISTER, K., «Copyright Liability on the Internet Today in Europe (Germany, France, Italy and the E.U.)», *E.I.P.R.*, 1999, pág. 495).

⁵⁸ Dice dicho artículo que: «L'autorità giudiziaria o quella amministrativa, avente funzioni di vigilanza, può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 2, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse».

⁵⁹ Que dice: «L'autorità giudiziaria o quella amministrativa aventi funzioni di vigilanza può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse».

⁶⁰ Cuyo tenor es: «L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse».

⁶¹ *Statutory Instrument 2002*, núm. 2013. La norma está disponible en línea en la dirección: <<http://www.legislation.hmso.gov.uk/si/si2002/20022013.htm>>.

⁶² Así, por ejemplo, señala la § 17 (1) respecto de las actividades de los operadores de redes y prestadores de acceso (*mere conduit*) que el prestador «shall not be liable for damages or for any other pecuniary remedy or for any criminal sanction as a result of that transmission where the service provider». El subrayado es mío. Esta misma fórmula se repite en términos idénticos en las §§ 18 (1), dedicada al *caching* y en la 19 (1), que regula el *hosting*.

⁶³ Dice literalmente la norma que: «(1) Nothing in regulations 17, 18 and 19 shall- (...) (b) affect the rights of any party to apply to a court for relief to prevent or stop infringement of any rights».

⁶⁴ Señala la norma que: «(2) Any power of an administrative authority to prevent or stop infringement of any rights shall continue to apply notwithstanding regulations 17, 18 and 19».

Para acabar con las normas de Derecho comparado, en la *Digital Millenium Copyright Act* norteamericana de 1998 se dispone que los intermediarios están sujetos a la acción de cesación (*injunctive relief*) incluso cuando por haber cumplido con los «puertos seguros» § 512 de la *Copyright Act* no pueden ser objeto de una acción indemnizatoria (Subsección J de la DMCA⁶⁵).

En conclusión, es posible aplicar el artículo 139 TRLPI también contra los prestadores de servicios intermediarios⁶⁶. Lo único que hará falta es que se haya producido un acto de explotación ilícita por parte del destinatario del servicio de intermediación, no siendo necesario, sin embargo, la existencia de conocimiento efectivo ni que consideremos que el intermediario ha incurrido, ni siquiera de forma concurrente, en el acto de explotación ilícito que llevan a cabo los creadores de programas P2P y los usuarios que los utilizan. Tampoco será necesaria culpa o actividad negligente alguna en el intermediario, pues no nos estamos preguntando por su responsabilidad⁶⁷.

Este mismo razonamiento es además aplicable al caso de otras normas que establecen legitimación individual para entablar la cesación frente a conductas ilícitas o usurpatorias, como por ejemplo (en sectores próximos a la propiedad intelectual), el artículo 41.1a) de la Ley 17/2001, de marcas, el artículo 53.1 a) de la Ley 20/2003, de protección jurídica del diseño industrial, el artículo 18 2.º de la Ley 3/1991 de competencia desleal, el artículo 25.1 de la Ley 34/1988, General de Publicidad, el artículo 63 a) de la Ley 11/1986, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad o incluso el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, Intimidad Personal y Familiar y Propia Imagen.

B) *El artículo 30 LSSI*

Cuestión aparte de la posible aplicación del artículo 139 TRLPI al caso concreto de los prestadores intermediarios es la regulación de la acción de cesación que se contiene en la propia LSSI. Los artículos 30 a 31 de la Ley 34/2002 prevén un mecanismo de cesación en el caso de conductas ilícitas que puedan lesionar intereses colectivos o difusos de los consumidores (art. 30.1 LSSI). El objetivo de dicha acción (art. 30.2) es no sólo obtener una condena en contra del demandado que le obligue a cesar en la conducta contraria a la LSSI (por

⁶⁵ Que comienza así: "(j) *INJUNCTIONS.*—The following rules shall apply in the case of any application for an injunction under section 502 against a service provider that is not subject to monetary remedies under this section (...)".

⁶⁶ No parece posible sin embargo aplicar en caso de violaciones de los derechos de propiedad intelectual el artículo 8 LSSI, que, aunque prevé mecanismos para interrumpir o bloquear los servicios, sólo puede utilizarse en caso de infracciones graves contra alguno de los principios señalados en el artículo 8.1 a), entre los que no se encuentra la salvaguarda de derechos morales o patrimoniales de autores y titulares de derechos afines.

⁶⁷ El motivo es que el 139 TRLPI artículo no exige culpa, y no parece que cuando se dirija contra unos sujetos determinados (los prestadores de servicios intermediarios) debamos entender que sí es necesaria dicha culpa.

ejemplo, un prestador de alojamiento que constantemente se niega a retirar sus contenidos ilícitos), sino también prohibir su reiteración futura. Incluso puede instarse la acción de cesación (art. 30.2, segundo inciso) cuando la conducta contraria a la LSSI (en nuestro ejemplo, un prestador de alojamiento rebelde) haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción siempre que existan motivos suficientes que hagan temer su reiteración de modo inminente.

En lo que a nosotros nos interesa, aunque se diga en el primer apartado del artículo 30 LSSI que la acción sólo cubre los intereses *colectivos o difusos de los consumidores*, lo cierto es que esta norma debe coordinarse con lo dispuesto en el artículo 31, que al establecer la legitimación activa dispone que ésta la tienen no sólo los grupos de consumidores y usuarios afectados (art. 31 b) LSSI); las asociaciones de consumidores (art. 31 c) LSSI); el Ministerio Fiscal (art. 31 d) LSSI); el INC y los organismos autonómicos y locales de defensa de los consumidores (art. 31 e) LSSI) o las organizaciones de consumidores de otros estados de la U.E.⁶⁸ (art. 31 f) LSSI), sino también, y en primer lugar (art. 31 a) LSSI) «*las personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo*».

Este artículo 31 a) LSSI (que proviene del artículo 4 de la Directiva 98/27/CE⁶⁹) a mi juicio implica que el legislador entiende que en el marco concreto de la LSSI (y en el más específico de las actividades de los prestadores de servicios de la sociedad de la información) no son sólo los intereses de los *consumidores* los tutelados por esta acción de cesación, pues si esto fuera así no tendría sentido citar en primer lugar como activamente legitimados para ejercerla a las personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo. Lo único que hace por tanto la LSSI es sentar en determinados casos [letras b) a f)] una presunción de legitimación activa para ejercitarla respecto de los sujetos especialmente mencionados, pero sin excluir a otros posibles interesados como los genéricamente mencionados en el artículo 31 a) LSSI. De hecho, en la Directiva 98/27/CE se estaba pensando únicamente en el caso de las asociaciones de consumidores (art. 1.1⁷⁰), por lo que parece que la adición introducida por el legislador español en el ámbito concreto de los prestadores de servicios de la sociedad de la información tiene la intención evidente de superar el marco mínimo armonizador que la norma comunitaria preveía permitiendo el ejercicio de la acción a todo interesado, incluso cuando no haya lesión de un interés colectivo o difuso sino de cualquier interés

⁶⁸ El último inciso del artículo 30 LSSI prevé que para admitir a las organizaciones de consumidores de otros países de la UE como legitimadas los tribunales considerarán dicha lista como presunción *iuris tantum* de «*prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción*».

⁶⁹ Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DOCE L, núm. 166, de 11 de junio).

⁷⁰ Señala dicha norma que: «*1. La presente Directiva tiene por objeto aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las acciones de cesación a las que se refiere el artículo 2, destinadas a la protección de los intereses colectivos de los consumidores que se contemplan en las Directivas que aparecen enumeradas en el anexo, objeto de garantizar el buen funcionamiento del mercado interior*».

legítimo⁷¹. Por eso la regulación de la acción de cesación de la LSSI se ha adelantado en el tiempo y separado de la norma que ha transpuesto el contenido fundamental de la Directiva 98/27/CE a nuestro derecho, la Ley 39/2002, de 28 de octubre⁷².

En consecuencia, creo que cualquiera que demuestre tener un interés legítimo puede acudir a esta acción del artículo 30 LSSI, ejerciéndola contra los prestadores de servicios de la sociedad de la información (intermediarios o no). Puesto que es claro que los titulares y cesionarios de derechos exclusivos de propiedad intelectual son titulares de un derecho o interés legítimo dichos titulares tendrán acceso a la acción de cesación del artículo 30 LSSI cuando dicho derecho se ve comprometido por la actividad de los programas de intercambio *peer to peer*. Aclarado este punto, quedan sin embargo aún tres dudas por resolver.

La primera es si un único titular de derechos (en la hipótesis más sencilla, un autor) puede ejercitar la acción de cesación frente a los intermediarios o es necesario que se actúe por medio de una asociación que los represente. En mi opinión, en la medida en que se está legitimando en el artículo 31 a) LSSI expresamente a las personas físicas no habría inconveniente en admitir como legitimado incluso a un solo autor o titular de derechos afines que se ha visto perjudicado por la actividad de los *peer to peer*.

En segundo lugar, no está claro cuál debe ser el cauce procesal previsto para esta acción de cesación del artículo 30 LSSI cuando el que la ejercita es un titular individualmente considerado. Cuando los que la ejercitan son asociaciones de consumidores, o, en general, cualquiera de los legitimados listados en las letras b) a f) del artículo 31 LSSI es claro (art. 30.3 LSSI) que debe utilizarse la vía que abrió la Ley 39/2002, que reformó la LEC para articular el régimen procesal que correspondía a las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. Estas acciones fueron incorporadas en el ordenamiento español a través de modificaciones de diversas leyes sectoriales⁷³ y deben tramitarse por la vía del juicio verbal (con la adición de un nuevo número 12.º al artículo 250

⁷¹ Me parece que resolver la aparente antinomia entre los artículos 30.1 y 31.1 a) de la LSSI de forma distinta (es decir, entendiendo que las personas físicas o jurídicas titulares de un interés legítimo no tienen derecho a acudir a la acción del artículo 30 LSSI porque en su caso no hay un interés difuso o colectivo implicado) supondría interpretar restrictivamente una norma que aumenta las posibilidades de defensa jurídica de los perjudicados por conductas ilícitas.

⁷² BOE núm. 259, de 29 de octubre. La ley persigue la incorporación en el derecho de las Directivas 98/27/CE, 98/7/CE y 97/5/CE.

⁷³ En concreto se introducen estas acciones de cesación en la ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones generales de la contratación (nuevos artículos 16 y 19); la ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (nuevos artículos 10 ter, 10 quáter y D.A. 3.ª); la ley 26/1991, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (nuevo art. 10); la ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los Viajes Combinados (nuevo art. 13); la ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico (nuevo art. 16 bis); la ley 25/1990, del Medicamento (nuevos artículos 120 y 121); la ley 25/1994, sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (nuevos arts 21 y 22); la ley

LEC y ulteriores modificaciones de los artículos 6, 11, 15, 221, 249, 711 y 728 de ese mismo cuerpo legal). Sin embargo, es dudoso que esta reforma también alcance a los titulares individualmente considerados, porque las distintas normas de la ley 39/2002 que reforman la legislación sectorial han configurado dicha acción de cesación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores en sentido estricto, es decir, sin incluir como legitimados activos (al contrario de lo que hace la LSSI) a las personas físicas o jurídicas titulares de un interés legítimo⁷⁴. Ello podría llevarnos a pensar que la acción de la LSSI debe ir por otra vía, duda que creo que se disipa cuando se menciona en la Exposición de Motivos de la propia ley 39/2002 que hay un ámbito en el que la acción de cesación no ha sido contemplado *plenamente*, el de la acción de cesación en el marco de la prestación de servicios de la sociedad de la información. Es decir, que aunque no *plenamente*, la ley 39/2002 tuvo en cuenta ya la regulación de la LSSI, por lo que creo que puede argumentarse que la remisión que hace el artículo 30.3 LSSI a las normas de la LEC sobre las acciones de cesación de intereses colectivos y difusos deben entenderse tras la ley 39/2002 también referidas a esta acción de cesación tan especial prevista en la LSSI, que puede ser ejercitada incluso por un titular individualmente considerado siempre que el legitimado pasivo sea un prestador de servicios de la sociedad de la información (intermediario o no).

En tercer y último lugar, es dudoso el plazo de prescripción de esta acción de cesación del artículo 30 LSSI. Las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos de consumidores que la ley 39/2002 ha regulado para los distintos sectores son como regla general imprescriptibles (por ejemplo, artículos 19.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación o artículo 14.2 de la ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los Viajes Combinados). Por tanto parece que a esta misma solución habrá de llegarse en el caso del artículo 30 LSSI.

IV. LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

1. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN. ÁMBITO DE APLICACIÓN, REGLAS GENERALES Y CARACTERÍSTICAS

A) Ámbito de aplicación

La LSSI, como ya hemos adelantado, ha regulado de modo expreso la cuestión de la responsabilidad extracontractual de los prestadores de servicios de la so-

34/1988, de 11 de noviembre, General de publicidad (nuevos artículos 25, 26 y 29) y la ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (art. 20).

⁷⁴ La única excepción a lo que digo es la modificación que dicha ley 29/2002 introduce en el artículo 120 de la Ley del Medicamento, puesto que en el artículo 120.1 d) de dicha norma se nombra como legitimado para pedir la cesión de la publicidad de medicamentos de uso humano cuando afecten a los intereses colectivos o difusos de los consumidores o usuarios a los «titulares de un derecho interés legítimo», como hace la LSSI

ciudad de la información en sus artículos 13 a 17⁷⁵. Desde el punto de vista territorial y subjetivo, estas normas especiales sólo se aplicarán a los prestadores intermediarios establecidos en España (de acuerdo con las reglas del artículo 2 LSSI) y para prestadores de servicios establecidos en la UE o en el EEE cuando el destinatario de los servicios radique en España (art. 3 a) LSSI). Para los prestadores intermediarios extracomunitarios se aplicarán entonces las normas generales de responsabilidad extracontractual en relación con las normas de Derecho Internacional Privado (en especial, el art. 10.9.I del Código Civil).

En segundo lugar, y desde el punto de vista objetivo, debemos plantearnos la aplicabilidad de los artículos 14 a 17 LSSI respecto de los intermediarios en relación con la transmisión de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual. La duda surge porque la LSSI se refiere a la responsabilidad que puede derivar por las actividades de mera transmisión (art. 14), *caching* (art. 15), *hosting* (art. 16), o provisión de enlaces (art. 17) en relación con el intercambio de «información» o «datos» facilitados por un destinatario del servicio de intermediación. ¿Significa esto que cuando los ilícitos se cometen respecto de objetos protegidos por la propiedad intelectual no estamos ante el ámbito de aplicación de dichas normas, que se refieren específicamente sólo a «información» o «datos»? Es claro que no. Los argumentos que sostienen esta afirmación son cuatro:

En primer lugar, está el argumento de orden lógico. Si se prevé un eximente de responsabilidad cuando el intermediario trabaja sobre *información* o *datos* proporcionados por terceros, con más razón habrá que entender que este régimen de exención se aplica también cuando lo que se almacena transmite o enlaza son reproducciones de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual, que son objeto de derechos patrimoniales exclusivos.

En segundo lugar, el Preámbulo de la misma LSSI deja claro que también se incurre en responsabilidad en los cuatro casos contemplados por la ley cuando exista una divulgación de *servicios* o *contenidos* ilícitos. Y es obvio que en el término «contenidos» se comprenden las obras y prestaciones protegidas. Además, aclara este mismo Preámbulo que «las responsabilidades que pueden derivar del incumplimiento de estas normas no son sólo de orden administrativo, sino de tipo civil o penal, según los bienes jurídicos afectados y las normas que resulten aplicables», lo que da a entender que lo relevante no es que se almacene o transmita «información» o «datos», sino que dicha información o dichos datos puedan suponer un perjuicio para un bien jurídico (en nuestro caso, los derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual).

El tercer argumento es la historia legislativa de la Directiva de Comercio Electrónico, de la que trae causa la LSSI. En el *Memorando Explicativo* que acompañaba a la Propuesta Inicial de la DCE se aclaraba expresamente que las

⁷⁵ De ahí que la Sección 2.^a del Capítulo II del Título II de la Ley se denomine precisamente «régimen de responsabilidad»

exenciones en materia de responsabilidad juegan también para la piratería en el ámbito de los derechos de autor, lo que hacía necesario interpretar de forma amplia el término «datos»⁷⁶.

El cuarto y último argumento relevante es el ámbito de aplicación material de la propia ley. El artículo 3.1 a) LSSI dispone expresamente que la Ley se aplicará a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en otro Estado miembro de la UE o del EEE cuando el destinatario de los servicios radique en España y los servicios afecten a las materias de propiedad intelectual. Naturalmente, también se aplica la ley cuando el servicio afecte a la propiedad intelectual, el destinatario resida en España y el prestador intermediario sea español.

En conclusión, debemos interpretar las previsiones de la ley (en este caso «información o «datos») de forma que pueda aplicarse a la materia concreta de propiedad intelectual, por lo que en este contexto donde la LSSI dice «información» o «datos», debe leerse «obras y prestaciones protegidas»⁷⁷.

B) *La regla general de responsabilidad*

En el supuesto concreto de las actividades ilícitas de las redes P2P debe señalarse con carácter general que los prestadores de servicios de intermediación no pueden responder directamente por la vía del artículo 140 TRLPI porque no realizan de forma directa un acto de explotación de los derechos de propiedad intelectual⁷⁸. Son los operadores de los programas P2P y los usuarios los que llevan a cabo esas actividades ilícitas.

Es más dudoso sin embargo que puedan responder por una responsabilidad indirecta o por colaboración, puesto que ponen a disposición de los operadores de los P2P y de sus clientes los medios necesarios para la comisión de los ilícitos⁷⁹ (por ejemplo, dando acceso a un cliente que usa un P2P para infringir la propiedad intelectual o cediendo espacio web a una empresa que pone en línea de forma gratuita un programa de intercambio como *KaZaA*). Tradicionalmente se ha considerado que quienes sólo ponen a disposición de terceros medios técnicos

⁷⁶ Vid. el *Memorando Explicativo de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior*, Bruselas, COM (1998), 586 final, 18 de noviembre de 1998, pág. 27.

⁷⁷ De hecho, otros autores no dudan en asimilar a «datos» realidades tan heterogéneas como comunicaciones comerciales no solicitadas (normalmente por e-mail), informaciones ofensivas, o incluso virus informáticos. Vid. PLAZA PENADÉS, J., «La responsabilidad civil de los intermediarios en internet y otras redes (su regulación en el derecho comunitario y en la LSSI)», cit., págs. 217-218.

⁷⁸ MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», cit., págs. 22-23.

⁷⁹ Es descartable sin embargo en mi opinión la aplicación del artículo 1903.4.º CC, por no existir relación de dependencia o subordinación entre el prestador intermediario y el usuario (ni siquiera en el caso del prestador de acceso). Y, por motivos similares, también descarto la posible aplicación del artículo 65.2 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta. De nuevo me permito (para abreviar) una remisión a GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos», cit., págs. 61 y 62.

neutros para la comisión de un ilícito en materia de propiedad intelectual⁸⁰, no deben ser considerados como corresponsales de la infracción principal. Sin embargo, cuando una persona colabora en la infracción principal como activamente es claro que debe responder. La respuesta a nuestro caso dependerá por tanto de si consideramos suficiente el grado de colaboración del intermediario en la infracción, o de si, por el contrario, pensamos que no tienen nada que ver en la violación de los derechos exclusivos que cometen a diario sus usuarios al intercambiar obras y prestaciones protegidas en los programas *peer to peer*. Antes de la publicación de la LSSI la cuestión de qué grado de colaboración en el ilícito era necesaria en cada tipo de prestador intermediario para decidir acerca de su responsabilidad dependía de la aplicación de las reglas generales de los artículos 140 TRLPI y 1902 CC. Según dichas reglas era complicado defender una atribución de responsabilidad en el caso de los operadores de redes y prestadores de acceso, siendo más probable en el caso de los prestadores de alojamiento e intermediarios que hacían copia temporal de los datos o *system caching*. Precisamente para superar esta situación de inseguridad, se promulga la DCE y luego la LSSI.

Tras la publicación en España de la LSSI, la cuestión relevante es la relación que hay entre la acción indemnizatoria del artículo 140 TRLPI y la propia LSSI. En mi opinión, esta relación significa que la acción del artículo 140 TRLPI (que primariamente debe dirigirse contra los usuarios individualmente considerados y contra los operadores de programas P2P) puede reconducirse hacia el prestador intermediario que colabora en la infracción cuando éste no cumple con las condiciones que los artículos 14 a 17 de la LSSI le exigen⁸¹. Al no cumplir con las condiciones legales se convierten ellos mismos en parte esencial e integrante de la infracción *directa* que llevan a cabo operadores y usuarios de redes P2P, dejando por tanto de ser una mero proveedor de medios técnicos.

Esta conclusión, sin embargo, no es pacífica. Para un sector de la doctrina⁸² los prestadores de servicios intermediarios no son como regla general responsables por los contenidos ajenos en los términos de los artículos 14 a 17 LSSI. Sólo se-

⁸⁰ Así, por ejemplo, no infringe la propiedad intelectual quien alquila una furgoneta que luego es usada para transportar y distribuir CD piratas, o quien alquila un local desconociendo que va a ser usado para realizar proyecciones no autorizadas de obras audiovisuales.

⁸¹ CARRASCO PERERA, *Manual de Propiedad Intelectual*, cit., pág. 267. Como señala CARRASCO, esto no significa que nos olvidemos de los que realmente infringen los derechos de propiedad intelectual, esto es, (en nuestro caso) de los operadores de los propios programas P2P y los usuarios.

⁸² Vid. CLEMENTE MEORO, M. E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», cit., pág. 78 y, siguiéndole, APARICIO VAQUERO, J. P., «El nuevo régimen de prestación de servicios de la sociedad de la información», cit., pág. 99. En mi opinión el problema no es, como señala APARICIO VAQUERO, que hay una doble negación para excluir la responsabilidad del intermediario. Esa doble negación (que sin duda es una afirmación) se establece en un caso muy concreto, el del conocimiento efectivo, pero en muchas ocasiones la fórmula empleada en los artículos 14 a 17 es plenamente negatoria [del tipo «no serán responsables siempre que (...)»], como se dice en el artículo 15 LSSI respecto de los proveedores de *system caching*. Lo decisivo es la relación entre el artículo 13 y las normas del 14 al 17 LSSI. En el mismo sentido, PLAZA PENADÉS, J., «Los principales aspectos de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico», en *Contratación y Comercio Electrónico* (Orduña, Direct), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 41-42.

rán responsables por los contenidos que ellos mismos controlen o provean⁸³ o, excepcionalmente, cuando incumplan las condiciones de la LSSI. Para algunos de estos autores serían los que han sufrido el daño los que tengan que probar que los prestadores intermediarios no han cumplido con las normas de la LSSI⁸⁴. El artículo 13 LSSI, por tanto, se aplicaría a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, pero no cuando estén realizando actividades de intermediación⁸⁵, en donde habría que aplicar sólo los artículos 14 a 17 LSSI.

En mi opinión (y en la de otros autores⁸⁶) la regla es justo la contraria. Al utilizar la técnica legislativa de las exenciones de responsabilidad creo que los prestadores de servicios de intermediación responden civilmente *ex* artículo 13 LSSI a menos que cumplan con las condiciones de los artículos 14 a 17 que, *excepcionalmente*⁸⁷, les permiten escapar de la responsabilidad que en principio les corresponde por colaborar en la causación del daño por su actividad de prestación de servicios⁸⁸.

Así, el artículo 13.1 LSSI señala que los prestadores de servicios de la sociedad de la información responden de acuerdo con las normas generales del ordenamiento jurídico. Luego, el artículo 13.2 señala que «*Para determinar*

⁸³ También por culpa *in vigilando* o *in eligendo*, como señala PLAZA PENADÉS. Pone el ejemplo PLAZA del bibliotecario de una universidad pública que publica en la Red contenidos sin la autorización de los titulares. La Universidad responderá, según este autor, por hecho ajeno según el artículo 1904 3.º CC, al ser el empleado un «dependiente» de la Universidad. Vid. PLAZA PENADÉS, J., «Los principales aspectos de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico», cit., pág. 40. No ocurriría esto, sin embargo, si es un estudiante de la universidad el que realiza esta misma conducta, pues en este caso no hay relación de dependencia.

⁸⁴ CLEMENTE MEORO, M. E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», cit., pág. 78. Siguiéndole, PLAZA PENADÉS, J., «La responsabilidad civil de los intermediarios en internet y otras redes (su regulación en el derecho comunitario y en la LSSI)», cit., pág. 211 y también en PLAZA PENADÉS, J., «Los principales aspectos de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico», cit., págs. 41-42. Según PLAZA PENADÉS, esta responsabilidad sería por hechos ajenos, por las conductas de los usuarios, lo que conlleva que el prestador de intermediación responderá por todos los daños que el usuario haya causado.

⁸⁵ CLEMENTE MEORO, M. E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», cit., pág. 81.

⁸⁶ En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, A., *Manual de Propiedad Intelectual*, cit., pág. 272. Carrasco se refiere expresamente al supuesto de los programas P2P, citando a *Napster* y entendiendo que ya hay una infracción de la propiedad intelectual en este caso concreto. También HERRANZ CONDE, C., «Los proveedores de servicios de Internet», en *Régimen Jurídico de Internet*, (Cremades/Fernández-Ordóñez/Illescas, Coord.), La Ley, Madrid, 2002, pág. 807; PEGUERA POCH, M., «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet», en *Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Internet* (monográfico de la revista *Derecho y Proceso Penal*), Aranzadi, 2002, pág. 35; VATTIER FUENZALIDA, C., «Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico», *ADC*, tomo LV-1, 2002, págs. 83-84; DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho privado de Internet*, cit., pág. 593 (aunque sólo para los prestadores de alojamiento); CONDE BUESO/DÍEZ LÓPEZ, «Comentario al artículo 13 LLSS», en *La nueva Ley de Internet*, (Cremades/González, Coord.), La Ley, Madrid, 2003, pág. 268 y DÍAZ FRAILE, J.M., «Aspectos jurídicos más relevantes de la directiva y del proyecto de ley español de comercio electrónico», en *Contratación y Comercio Electrónico* (Orduña, Direct.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 111.

⁸⁷ A esta misma excepcionalidad apunta CLEMENTE MEORO, M. E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», cit., pág. 115.

⁸⁸ Naturalmente, es necesario que se den los demás elementos de la responsabilidad extracontractual, porque si no difícilmente podríamos hablar de su existencia, como recuerda PEGUERA POCH, M., «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet», cit., pág. 36.

la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes». Pero ello no quiere decir, en mi opinión, que haya un principio de responsabilidad diferente para los «prestadores de servicios de la sociedad información» (art. 13.1 LSSI) y los «prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación» (art. 13.2 LSSI). Ambos papeles pueden coincidir en una misma empresa o persona física (por ejemplo, *Telefónica*), por lo que no son términos contrapuestos. De hecho, es claro que el artículo 13.1 también se aplica a los intermediarios⁸⁹. Lo que ocurre es que cuando los prestadores de servicios de la sociedad de la información estén llevando a cabo una serie de *actividades especiales de intermediación*, en las que no pueden controlar a sus clientes, van a poder eximirse de responsabilidad si se dan unas condiciones. Pero, insisto, a mí me parece que si no se dan esas condiciones de los artículos 14 a 17 el prestador de servicios de la sociedad de la información que está actuando en el caso concreto como intermediario responde porque lo dice el artículo 13.1 LSSI. O dicho de otra manera, que probado en un caso concreto que hay acción u omisión y daño concreto o efectivo (y el daño se produce *in re ipsa* desde el momento de la violación del derecho de exclusiva⁹⁰), la concreción de la culpa y de la relación de causalidad de los intermediarios debe ventilarse según las normas especiales de la LSSI⁹¹. Si hay conocimiento efectivo o relación directa con la infracción (que es en esencia, lo que regulan los artículos 14 a 17 LSSI) habrá responsabilidad de todos los daños que le sean objetivamente imputables al intermediario⁹². En caso contrario, no⁹³.

Como argumento de cierre me parece que entender que el intermediario no responde como regla general⁹⁴ implicaría que la LSSI ha dado un «giro copernicano» en el sistema general de imputación de responsabilidades en España, que parte en el campo civil (art. 1902 CC) del principio del *alterum non laedere* e implica que todo aquel que causa o contribuye a la causación de un daño

⁸⁹ En el mismo sentido, PLAZA PENADÉS, J., «La responsabilidad civil de los intermediarios en internet y otras redes (su regulación en el derecho comunitario y en la LSSI)», en *Contratación y Comercio Electrónico* (Orduña Moreno, Direct.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 207.

⁹⁰ MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», cit., pág. 31.

⁹¹ Siempre es necesario que haya conexión causal con el daño en caso de responsabilidad por hechos propios, y también, naturalmente en el caso de la LSSI. Lo que ocurre es que (como ha apuntado CLEMENTE MEORO) la relación causal se da prácticamente en todos los casos y según las distintas teorías de causalidad por la conducta (activa u omisiva) del intermediario. Vid. CLEMENTE MEORO, M. E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», cit., págs. 114-115.

⁹² Tanto anteriores como posteriores a la adquisición de la posición subjetiva de «conocimiento efectivo». Vid. CLEMENTE MEORO, M. E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», cit., pág. 115.

⁹³ En el mismo sentido, MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», cit., pág. 33.

⁹⁴ Excepcionalmente desde el punto de vista jurídico. Otra cosa es que, como ocurre en el caso de los prestadores de alojamiento y proveedores de acceso, se piense que de facto sólo van a responder excepcionalmente, puesto que prácticamente siempre van a ser capaces de cumplir con las condiciones que les impone el artículo 14 LSSI.

tiene la obligación de repararlo. Los intermediarios no responden en la LSSI por las conductas de sus usuarios, pero cuando se hacen cómplices de dicha conducta (contribuyen al daño) por tener conocimiento de ellas y no ser diligentes en atajarlas (caso del *system caching*, del prestador de alojamiento o de la provisión del enlaces) o porque *de facto* colaboran en la conducta lesiva (caso de operadores de redes y prestadores de acceso que no cumplen con las condiciones del artículo 14 LSSI) deben responder⁹⁵.

C) *Características de dicha responsabilidad*

La responsabilidad de los intermediarios prevista en la LSSI puede definirse según los siguientes rasgos esenciales. En primer lugar es por hecho propio. No se responde por las actividades «de los usuarios», sino por una conducta propia del intermediario que nace precisamente cuando se conoce que se está cometiendo un ilícito (en nuestro caso la violación de los derechos de propiedad intelectual en las redes P2PI) y no se reacciona diligentemente en consecuencia⁹⁶. Si se quiere, estamos ante una responsabilidad por contenidos ajenos, pero por hecho propios⁹⁷. Sólo en los casos de los artículos 16.2 y 17.2 LSSI (es decir, cuando el intermediario controla la actividad del destinatario del servicio o suministra él mismo los datos) se responde por hecho ajeno⁹⁸, pero en este caso, en mi opinión, no hay responsabilidad de un intermediario, sino de un prestador de servicios de la sociedad de la información que actúa como proveedor de contenidos. Aclarado esto, y por derivar de hecho propio la responsabilidad de los intermediarios (como señala CLEMENTE MEORO⁹⁹) no tiene necesariamente que

⁹⁵ Los dos criterios generales, comunes a los artículos 14 a 17 son, en primer lugar, que el prestador ignore en un primer momento que los usuarios que usan sus servicios están llevando a cabo actividades ilícitas (en nuestro caso, intercambiar obras y prestaciones protegidas utilizando un programa P2P). El segundo criterio es el llamado «principio de reacción diligente», esto es, que una vez que tienen el conocimiento efectivo, reaccionen con prontitud para finalizar o impedir el agravamiento del daño. Este principio de reacción diligente es por tanto la verdadera *lex artis* de los intermediarios en la red.

⁹⁶ Esto es también lo que han entendido los tribunales en lo Estados Unidos en torno a la DMCA, pues en el supuesto de que se pongan en la Red reproducciones de obras o prestaciones protegidas por la propiedad intelectual, el prestador de servicios de Internet no es considerado como infractor directo de las normas del derecho de autor (ésta es una responsabilidad de los usuarios), sino que eventualmente puede ser considerado como corresponsable en concepto de *vicarious* o *contributory liability* si no reacciona adecuadamente ante la notificación de que un usuario está utilizando sus servicios para cometer violaciones de los derechos de propiedad intelectual. Vid. en este sentido el caso *Harlan Ellison v. Stephen Robertson, AOL y otros*, auto de 13 marzo de 2002, *U.S. District Court (C.D. California)*, disponible a través de la dirección <http://www.droit-technologie.org/jurisprudences/US_district_court_CDCA_120302.pdf>, pág. 10 y, en la doctrina norteamericana JACOVER, A., «I Want My Mp3! Creating a Legal and Practical Scheme to Combat Copyright Infringement on Peer-to-Peer Internet Applications», *Georgetown Law Journal*, vol. 90, 2002, págs. 2240-2241 (dudando de que haya *vicarious liability* pero afirmando sin duda que hay *contributory liability*).

⁹⁷ Lo aclara bien PEGUERA POCH cuando señala que lo especial en los intermediarios es que manejan contenidos ajenos, y no propios, pero que su responsabilidad es por sus propias conductas y el grado de conocimiento que tengan sobre la ilicitud. Vid. PEGUERA POCH, M., «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet», cit., pág. 27.

⁹⁸ Vid. CLEMENTE MEORO, M. E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», cit., pág. 113.

⁹⁹ Vid. CLEMENTE MEORO, M. E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», cit., pág. 115.

ser solidaria con la de los responsables principales, puesto que no hay una contribución a un ilícito común, sino dos ilícitos distintos.

En segundo lugar, y respecto del carácter objetivo o subjetivo de responsabilidad, de *lege ferenda* es posible plantearse la pertinencia en la aplicación de la teoría del riesgo¹⁰⁰, lo que nos llevaría a afirmar que los intermediarios deben responder de forma objetiva por los daños causados¹⁰¹. No obstante, el legislador ha rechazado claramente la atribución de responsabilidad objetiva en la LSSI. Bien al contrario, ha establecido en el artículo 13.1 una regla general de sujeción de los prestadores de la sociedad de la información a las reglas generales de responsabilidad civil, penal o administrativa. Por tanto, es claro que la responsabilidad civil en la LSSI es subjetiva¹⁰² y está basada en la culpa o actuación negligente¹⁰³. O dicho de otro modo que la ley considera que un intermediario que no respeta las condiciones de los artículos 14 a 17 es negligente¹⁰⁴, y, por tanto, responsable en términos de la indemnización de daños y perjuicios. El carácter subjetivo de la responsabilidad es más que evidente en el caso de los prestadores de alojamiento (art. 16), los prestadores de enlaces y buscadores (art. 17) y prestadores de *system caching* (art. 15), normas en las que se hace mención específica al grado de conocimiento del intermediario. Respecto de los operadores de redes y prestadores de acceso el carácter subjetivo no es tan evidente y, sin embargo, me parece que es igualmente real, pues en la práctica estos intermediarios sólo responderán cuando se les notifique la ilicitud de contenidos (por ejemplo, en el marco de un proceso judicial) y no reaccionen adecuadamente. Se les hace responsables por su negligencia a la hora de no retirar o impedir el acceso a los materiales ilícitos.

En lógica consecuencia, debe existir una exención total de responsabilidad por caso fortuito (por ejemplo, por un problema técnico¹⁰⁵). Además cuando la LSSI

¹⁰⁰ En realidad las normas sobre responsabilidad lo que hacen es distribuir de forma más o menos equitativa el riesgo que crean los prestadores de servicios de la sociedad de la información, especialmente cuando actúan como intermediarios. Para unas consideraciones de política legislativa, señalando la necesidad de un equilibrio, vid. CLEMENTE MEORO, M.E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», cit., págs. 37-38.

¹⁰¹ LEHMAN, M., «El comercio electrónico y la protección del consumidor en Europa», cit., pág. 216.

¹⁰² En el mismo sentido, MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», cit., pág. 35.

¹⁰³ No podía ser de otra manera, tratándose de la implementación en el Derecho español de la DCE. Además, esta solución seguramente equilibra mejor los intereses en juego, y es más coherente en el entorno en línea. Una atribución objetiva de responsabilidad a los intermediarios en realidad sólo «sacaría» del mercado a las pequeñas y medianas empresas, que no podrían afrontar dicho riesgo ni siquiera con seguros adecuados.

¹⁰⁴ Para CLEMENTE MEORO, el hecho de no cumplir con las condiciones de exención es un hecho objetivo (CLEMENTE MEORO, M. E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», cit., pág. 116). Lo mismo piensa PEGUERA POCH, M., «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet», cit., pág. 55. Para mí, sin embargo, es subjetivo. El prestador conoce bajo qué marco concreto debe desarrollar su actividad (por ejemplo, para hacer caché del sistema). Si no respeta alguna de las cinco condiciones del artículo 15 LSSI, es negligente.

¹⁰⁵ En contra, CLEMENTE MEORO, M. E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», cit., pág. 116.

no sea de aplicación al caso concreto (por ejemplo, porque el intermediario esté domiciliado en un país extracomunitario) habrá que acudir en el campo civil¹⁰⁶ a la norma general de responsabilidad, el artículo 1902 CC¹⁰⁷, aunque sólo para aquellos aspectos no previstos en los artículos 14 a 17 LSSI respecto del grado de colaboración de los sujetos que actúan como intermediarios en el ilícito¹⁰⁸.

En tercer lugar hay que aclarar que la responsabilidad no deriva en ningún caso de una hipotética obligación general de supervisión de los contenidos que introducen en la red los usuarios, que la ley no le impone y que sería muy complicada de llevar a cabo desde el punto de vista técnico¹⁰⁹. En ese sentido la LSSI ha respetado la norma del artículo 15.1 DCE, que impedía a los Estados miembros imponer a los intermediarios en su legislación una obligación general de supervisión de los contenidos que manejaban los usuarios de sus servicios¹¹⁰. En la LSSI sólo hay una obligación de colaboración de las autoridades en casos concretos (arts. 11 y 12 LSSI, en aplicación de la posibilidad abierta por el Considerando 47 DCE¹¹¹). Quien no supervisa sus contenidos con carácter general no es, por tanto, negligente¹¹².

Para acabar hay que mencionar que, al contrario de lo que ocurre con la DMCA norteamericana¹¹³, el legislador español (copiando en esto al europeo) permite que el intermediario se excluya de responsabilidad incluso cuando obtiene un benefi-

¹⁰⁶ PLAZA PENADÉS, J., «La responsabilidad civil de los intermediarios en internet y otras redes (su regulación en el derecho comunitario y en la LSSI)», cit., pág. 212. Tiene razón Plaza en que no se dan los presupuestos para aplicar la culpa *in vigilando*, pero es que no hace falta. El prestador responde por la propia negligencia que implica no retirar los materiales cuando tiene conocimiento efectivo de que son ilegales (por ejemplo, en nuestro caso, porque hay usuarios que están intercambiando archivos gracias a un programa P2P). De hecho, el propio Plaza apunta esta posibilidad cuando señala que aunque para él la responsabilidad es por hecho ajeno «sólo nace en supuestos de grave negligencia del prestador de servicios intermediario».

¹⁰⁷ De hecho, si analizamos la cuestión de cerca tanto la LSSI como el artículo 1902 CC establecen un sistema de imputación por hechos propios basado en la culpa (bien que objetivado en el caso del artículo 1902 CC), lo que hace perfectamente posible la convivencia entre ambas normas. El hecho de que en la práctica el artículo 1902 CC imponga a la empresa un estándar de diligencia cuasiobjetivo, o profesional no implica que debamos renunciar a su aplicación. En todo caso, y si se considerase deseable, habría que contemplar una relajación en la inversión de la carga de la prueba.

¹⁰⁸ Opina lo mismo DÍAZ FRAILE, J. M., «Aspectos jurídicos más relevantes de la directiva y del proyecto de ley español de comercio electrónico», cit., pág. 114.

¹⁰⁹ En el mismo sentido, MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», cit., pág. 33.

¹¹⁰ Decía dicha norma que: «1. Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación n general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación n general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14».

¹¹¹ Señala dicho Considerando que: «Los Estados miembros no pueden imponer a los prestadores de servicios una obligación de supervisión n exclusivamente con respecto a obligaciones de carácter general. Esto no se refiere a las obligaciones de supervisión en casos específicos y, en particular, no afecta a las órdenes de las autoridades nacionales formuladas de conformidad con la legislación nacional».

¹¹² PEGUERA POCH, M., «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet», cit., pág. 60.

¹¹³ En concreto en las §§ 512 (c) (1) (B) y 512 (d) (2) de la DMCA.

cio directo con las actividades infractoras, siempre que cumpla con las condiciones legalmente establecidas. Aunque este hecho es lamentable en mi opinión (pues incluso los que menos relación tienen con las actividades infractoras, como los operadores de redes y prestadores de acceso se están lucrando de forma importantísima con el imponente volumen de tráfico que provocan los P2P¹¹⁴), lo cierto es que no puede ser tenida en cuenta en un análisis estricto de *lege data*.

Una vez visto el sistema general de distribución de riegos y responsabilidades de la LSSI, podemos pasar al análisis de cada caso concreto, mencionado en primer lugar el supuesto de las actividades de mera transmisión, esto es, la posición de los llamados operadores de redes y prestadores de acceso.

2. LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DE OPERADORES DE REDES Y PRESTADORES DE ACCESO A INTERNET (ART. 14 LSSI)

La cuestión de qué responsabilidad tenían los operadores de redes y las empresas que proporcionaban servicios de acceso a Internet (actividades de mera transmisión o *mere conduit*, en la jerga del artículo 12 DCE) viene de lejos. Aunque el sentir general era que ni unos ni otros tenían la posibilidad jurídica ni real de controlar a sus usuarios, por lo que no debían responder por sus actividades de mera transmisión de datos, la cuestión se planteó en el campo concreto del derecho de autor con ocasión de la conclusión del Tratado de Derecho de Autor¹¹⁵ de la OMPI. Aunque el Texto articulado no contenía ninguna regulación concreta, en la Declaración Concertada relativa al artículo 8 del mencionado Tratado se decía expresamente que el mero hecho de suministrar instalaciones físicas que permitan una comunicación ilícita no implicaba un acto de comunicación pública en el sentido del Convenio de Berna¹¹⁶. La Declaración en principio únicamente contempla a los «operadores de redes», al hablar de instalaciones físicas (y no acceso a dichas instalaciones mediante Internet), pero, pese a su efecto anestésico para las empresas de telecomunicaciones, en realidad no aporta nada relevante, puesto que, como veremos a continuación, es francamente complicado defender que dichos operadores tienen algún tipo de responsabilidad en el marco de una hipotética acción indemnizatoria a menos que incumplan una orden judicial de cesación. Posteriormente, el artículo 12 de la DCE reguló la responsabilidad de los intermediarios por actividades de mera transmisión y almacenamiento efímero de datos¹¹⁷, eximiéndoles de responsabilidad cuando fueran

¹¹⁴ En efecto, el crecimiento exponencial en la contratación de conexiones de banda ancha a Internet tiene sin duda que ver con el deseo de los internautas de beneficiarse de este modo ilícito de intercambio de otras y prestaciones protegidas.

¹¹⁵ Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor de 20 de diciembre de 1996. El Tratado ha entrado en vigor el 22 de marzo de 2002, aunque aún no ha sido ratificado por España.

¹¹⁶ Se señalaba que: «Queda entendido que el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación en el sentido del presente artículo o del Convenio de Berna. También queda entendido que nada de lo dispuesto en el Artículo 8 impide que una Parte Contratante aplique el artículo 11 bis 2».

¹¹⁷ Dispone dicha norma: «1. Los Estados miembros garantizarán que, en el caso de un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir en una red de comunicaciones, datos facili-

meras correas de transmisión y no tuvieran posibilidad de controlar al emisor, verdadero responsable de dicha información¹¹⁸.

De dicha norma, aunque con variaciones que señalaremos a continuación, arranca la regulación del artículo 14 LSSI. En primer lugar hay que señalar que la norma española (al igual que se hace en el artículo 12 DCE y en la § 512 (a) de la DMCA norteamericana) «mete en el mismo saco» tres tipos de conductas de cara a su responsabilidad indemnizatoria. Por un lado (art. 14.1 LSSI) la de los «operadores de redes», cuya actividad consiste en transportar la información de un punto a otro y la de los prestadores de acceso, que conectan a los usuarios a la red dándoles una dirección IP. Por otro lado, (art. 14.2 LSSI) las actividades de almacenamiento de copias efímeras que tiene lugar automáticamente en el proceso de transmisión de cualquier material por Internet¹¹⁹, que se asimilan a la mera transmisión (que es donde deberían estar incluidas en rigor) y provisión de acceso¹²⁰. Ello implica que aunque estamos ante actividades de facto distintas, estas diferencias no deben reflejarse en el marco de la acción indemnizatoria siempre que se den los requisitos legalmente previstos, requisitos que, en esencia, exigen que el intermediario adopte un papel pasivo, transmitiendo datos en nombre de terceros sin modificarlos¹²¹ o dando ac-

tados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, no se pueda considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos, a condición de que el prestador de servicios:

- a) no haya originado él mismo la transmisión;*
- b) no seleccione al destinatario de la transmisión; y*
- c) no seleccione ni modifique los datos transmitidos.*

2. Las actividades de transmisión y concesión de acceso enumeradas en el apartado 1 engloban el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos siempre que dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración n no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión».

¹¹⁸ En ese mismo sentido, MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», cit., pág. 22, señalando que estas copias no suponen una explotación económica adicional de la obra.

¹¹⁹ En realidad, dicho artículo 14.2 LSSI es en rigor innecesario, y deriva de una confusión respecto del estatus jurídico de las llamadas «copias efímeras» (que son definidas por la norma como «el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de telecomunicaciones y su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para ello»). Estas reproducciones, aunque no tienen una importancia significativa desde el punto de vista del derecho de autor (son un mero proceso técnico respecto del acto de comunicar la obra al público en Internet) habían sido vistas por las compañías de telecomunicaciones como una posible fuente de responsabilidad, y de ahí que finalmente la propia LSSI contenga una norma *ad hoc*. Pero, en el fondo, dicho almacenamiento difícilmente puede derivar en una asunción de responsabilidad, ni siquiera en el campo concreto del derecho de propiedad intelectual, pues en ningún caso hay una reproducción en sentido jurídico (art. 18 TRLPI).

¹²⁰ Ello no significa en mi opinión, como señala PEGUERA POCH, que no entran dentro del *ius prohibendi* del derecho de autor; sino que no se genera responsabilidad por ellas cuando las confecciona un intermediario. Que no entran dentro del *ius prohibendi* lo dice no este artículo, sino el artículo 5.1 de la DDASI. En cualquier caso, el resultado es el mismo: ausencia de responsabilidad para el intermediario. Vid. PEGUERA POCH, M., «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet», cit., pág. 41.

¹²¹ Dice la ley que operadores de redes y prestadores de acceso no responderán «salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos».

ceso a la red sin controlar al usuario. En pura teoría, en la medida en que las condiciones del artículo 14.1 y las del 14.2 LSSI no son exactamente iguales (como no lo eran en los artículos 12.1 y 12.3 DCE), creo que los requisitos del artículo 14.1 (que juegan para operadores de redes y prestadores de acceso) seguramente ni siquiera son necesarios respecto del artículo 14.2 (que contempla una actividad concreta que llevan a cabo sólo operadores de redes, el almacenamiento efímero¹²²). No obstante, en la práctica el almacenamiento efímero (art. 14.2 LSSI) implica que los datos no se originan en el intermediario y éste además no los modifica ni selecciona a los destinatarios (art. 14.1 LSSI). De lo que se desprende que en realidad los operadores de redes no responderán¹²³ ni por las actividades de transmisión «normales» (art. 14.1 LSSI) ni por las reproducciones efímeras que obligatoriamente hay que realizar para llevar a cabo la propia transmisión (art. 14.2 LSSI) ya que va a ser muy difícil¹²⁴ que el operador de red pueda incumplir las condiciones del artículo 14.1 LSSI¹²⁵. A este respecto, resulta especialmente útil para evitar dudas el artículo 14.1.II, LSSI, cuando señala que «*No se entenderá por modificación la manipulación estrictamente técnica de los archivos que alberguen los datos, que tiene lugar durante su transmisión*»¹²⁶. Y algo muy similar puede decirse respecto de los prestadores de acceso, puesto que en la práctica será rarísimo que originen información alguna, o modifiquen o seleccionen los datos y/o los destinatarios.

Por tanto el problema más interesante se plantea cuando comprobamos cómo respecto de los operadores de redes y prestadores de acceso no se habla en ningún momento en el artículo 14 LSSI de la presencia o ausencia de conocimien-

¹²² Dicho almacenamiento efímero es definido por la ley como automático, provisional y transitorio, que sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red y su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión. Con el requisito de que el almacenamiento se produzca de forma automática se está diferenciando esta confección de copias efímeras de los servicios de *caching*. La mención a que sea «provisional» y «transitorio» (redundante) excluye que copias que no sean meramente funcionales puedan quedar exentas de responsabilidad, lo que, de nuevo de forma redundante, remacha el último inciso del artículo 14.2 LSSI al señalar que no se debe superar el tiempo razonablemente necesario para la transmisión, concepto amplio, que, por ello, no sirve para limitar lo transitorio o provisional, que es aún más restringido. Por último, es necesario que la copia efímera sólo sirva para el proceso técnico de transmisión, es decir, que no sirva para acceder a dichas copias efímeras en busca de información.

¹²³ Pero recordemos que una cosa es que normalmente o de facto no se responda por el tipo concreto y objetivo de actividad que desarrollan estos intermediarios y otra muy distinta que la regla general desde el punto de vista jurídico sea la total ausencia de responsabilidad. Si en algún caso concreto no se cumplen las condiciones legales podremos apreciar la existencia de responsabilidad.

¹²⁴ En el mismo sentido, MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», cit., pág. 39 y CONDE BUESO/DÍEZ LÓPEZ, «Comentario al artículo 14 LLSS», en *La nueva Ley de Internet*, (Cremades/González, Coord.), La Ley, Madrid, 2003, pág. 273.

¹²⁵ En ese sentido también PEGUERA POCH, M., «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet», cit., pág. 40.

¹²⁶ La ley está resolviendo un problema fundamentalmente técnico, el de la conmutación de paquetes y el enrutamiento. Cuando cualquier información viaja por Internet, no lo hace en bloque. Al salir del ordenador, la información se trocea en varios paquetes pequeños de información, que viajan por rutas distintas hasta que son de nuevo recompuestos en el ordenador de destino. Los ordenadores intermedios que actúan como semáforos, dirigiendo a estos paquetes por las rutas adecuadas, se llaman enrutadores. En ocasiones los ordenadores tienen que asignar códigos o números a los paquetes para no perderlos, lo que, naturalmente, es un mero expediente técnico.

to efectivo de que la actividad que llevan a cabo sus usuarios es ilícita para declarar la exención de responsabilidad. ¿Podría entenderse que estos intermediarios deben responder en sede indemnizatoria cuando tengan *conocimiento efectivo* de dicha ilegalidad, como ocurre respecto de otros prestadores intermediarios en los artículos 15 a 17 de la propia LSSI? La cuestión es dudosa, puesto que no parece demasiado coherente que un prestador de acceso que conoce a ciencia cierta (porque se lo ha notificado un juzgado, por ejemplo) que uno (o miles) de sus usuarios está infringiendo los derechos de autor no responda en absoluto de dicha conducta, estando únicamente sujeto a una acción de cesación (debiendo interrumpir el servicio al usuario)¹²⁷. Por otro lado, no resulta sencillo añadir un requisito que la propia ley parece que conscientemente ha evitado incluir.

A mí me parece que el legislador entiende que *en principio*, la ausencia de conocimiento del operador de redes o del prestador de acceso respecto de la ilicitud actividades de los usuarios no influye en la acción de indemnización¹²⁸. Los argumentos que me llevan a esta conclusión, son, en primer lugar, el precedente del artículo 12 de la DCE, en donde no se exigía dicho requisito. En segundo lugar, que el tenor de la ley responde a una idea básica, como es que ni unos ni otros (operadores de redes y prestadores de acceso) conocen ni pueden conocer las actividades de sus usuarios sin violar su intimidad, al ser su intervención técnica y esencialmente pasiva¹²⁹. En tercer lugar, la legislación en el derecho comparado que implementa dicha DCE, en la que los países que deseaban que los operadores de redes y los prestadores de acceso no pudieran eludir la acción indemnizatoria cuando conocían las infracciones y no hacían nada por evitar lo han aclarado de forma expresa. Esto es lo que ocurre por ejemplo con el nuevo § 9 (1) *in fine* de la TDG alemana, según redacción otorgada por la Ley alemana de Comercio Electrónico (EEG). Señala dicho inciso final (en mi traducción) que el apartado anterior (esto es donde se regulan las condiciones de exención de responsabilidad de prestadores de acceso y operadores de redes) «no se aplicará cuando el proveedor del servicio deliberadamente colabore con uno de los destinatarios del servicio con la finalidad de llevar a cabo las actividades ilícitas¹³⁰». Y seguramente es una colaboración deliberada el hecho de no interrumpir el servicio cuando se conoce a ciencia cierta que el usuario está llevando a cabo actividades ilegales (como intercambiar obras y prestaciones protegidas con la ayuda de un programa P2P).

¹²⁷ Este mismo problema se lo había planteado la doctrina alemana respecto del § 5 (3) de la ahora derogada *luKDG*, que tampoco mencionaba dicho requisito. La doctrina consideraba generalmente que no era relevante en este caso la presencia o ausencia de dicho conocimiento efectivo. Vid. HOREN, T., «Ammerkung», *Multimedia & Recht*, 1998, págs. 97 y 98.

¹²⁸ En ese sentido también PEGUERA POCH, M., «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet», cit., pág. 44.

¹²⁹ Pues, como señala acertadamente CLEMENTE MEORO, nadie ha pretendido seriamente que el servicio de correos o las compañías telefónicas respondan de los contenidos ilícitos transmitidos por ellos (caso de una carta que contiene amenazas o de amenazas telefónicas). Vid. CLEMENTE MEORO, M.E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», cit., pág. 89.

¹³⁰ Dice literalmente la norma que: «Satz 1 findet keine Anwendung, wenn der Diensteanbieter absichtlich mit einem der Nutzer seines Dienstes zusammenarbeitet, um rechtswidrige Handlungen zu begehen».

En la práctica la cuestión es seguramente irrelevante respecto del operador de redes, que difícilmente podrá desde el punto de vista técnico suspender el servicio de transmisión respecto de un usuario concreto, o de un grupo de usuarios concretos. Si realmente tiene esta posibilidad (por ejemplo, suspender la línea telefónica a un usuario de una red P2P que usa una línea ADSL) creo que se aplicará lo que sigue a continuación respecto de los prestadores de acceso.

Estos prestadores de acceso contratan directamente con un cliente que infringe los derechos de propiedad intelectual al usar una red P2P. Por tanto, es razonable que respondan cuando tengan algún grado de control sobre las actividades ilícitas, cosa que normalmente no ocurre. En consecuencia, y con el artículo 14 LSSI en la mano, el prestador de acceso únicamente tiene que soportar en una primera instancia la acción de cesación. Su responsabilidad nacerá sólo cuando incumpla con los términos acordados por el juez para la acción de cesación o remoción, no siendo diligente en bloquear o interrumpir sus servicios al usuario infractor o al operador de una plataforma P2P que pone programas en Internet¹³¹. En este caso, el prestador de acceso adquiere un grado de control sobre la ilicitud en la puesta a disposición del público en Internet con su pasividad, puesto que conoce la ilegalidad y colabora en ella¹³². Pero solo abandonará la posición de intermediario pasivo cuando reciba la notificación fehaciente de una autoridad judicial competente para decidir acerca de la acción de cesación. Eventualmente, esto también ocurrirá con una notificación de medidas cautelares que decida precisamente como una de esas medidas la interrupción del servicio al usuario infractor.

3. LA PROVISIÓN DE *SYSTEM CACHING* (ART. 15 LSSI)

Veamos en segundo lugar en qué responsabilidad pueden incurrir los prestadores que realizan almacenamiento temporal de los datos solicitados por los usuarios mediante caché del sistema o *system caching*. Dichos intermediarios no son infractores directos de la propiedad intelectual¹³³, pero con su actividad amplifican y aceleran (ya que gracias a los cachés se descargan más rápido programas como *KaZaA* o *Emule*) las infracciones de los derechos que de forma directa cometen los operadores de plataformas P2P¹³⁴ al distribuir gratuita-

¹³¹ En el mismo sentido, PEGUERA POCH, M., «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet», cit., pág. 42.

¹³² En el mismo sentido, MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», cit., pág. 39 y CLEMENTE MEORO, M.E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», cit., pág. 91.

¹³³ Como apunta también Massaguer (MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», cit., pág. 22).

¹³⁴ En concreto, las reproducciones caché pueden tener como efecto la pérdida de ingresos para los titulares de sitios web por varias vías. En primer lugar, porque existe una pérdida parcial sobre el control de los contenidos. Si, por ejemplo, un sitio *web* es cerrado o bloqueado porque contiene materiales puestos en Internet sin autorización, puede estar todavía disponible en viejos cachés locales o del sistema. En segundo lugar, puede proporcionar información desfasada, pues la página original puede actualizarse y que dicha actualización no tenga reflejo, al menos durante un lapso de tiempo, en las co-

mente programas informáticos con dicho objetivo¹³⁵. Por eso creo que estos intermediarios deberán responder de acuerdo con los términos del artículo 140 TRLPI¹³⁶ salvo que puedan probar que cumplieron con las condiciones que para la exención de responsabilidad señala el artículo 15 LSSI.

En primer lugar, debemos estar realmente ante actividades de caché del sistema, de modo que las copias de datos o información almacenada tienen que ser «*automáticas*», «*provisionales*», «*temporales*¹³⁷» y «*realizadas con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio que las solicite*». O, dicho de otra manera, que no encajan en este apartado los sitios web que actúan como espejos o «*mirror*¹³⁸» de otros sitios web en los que se pone un programa P2P a disposición del público en Internet, porque en este caso la reproducción no es automática, provisional y temporal, y tampoco se destina a hacer más eficaz el tránsito de información por Internet.

En segundo lugar, la confección de estas reproducciones «caché del sistema» de programas P2P debe ajustarse a las cinco exigencias señaladas en las letras a) a e) del artículo 15 LSSI¹³⁹. De ellas la que más nos interesa de cara a la atribución de responsabilidad es la última, puesto que las demás se verificarán en casi todos los casos sin grandes problemas¹⁴⁰. En efecto, el artículo 15 e) LSSI con-

pias caché. En tercer lugar, puede perjudicar los intereses publicitarios de terceros, pues puede darse el caso de anuncios (*banners*) contratados para exponerse a una hora determinada que no son vistos por el público que accede a una copia caché que contiene publicidad «antigua». En cuarto lugar, hace inexacta la medición en el número de accesos a la página original, que se utilizan en muchas ocasiones para calcular las tarifas publicitarias, y, por último puede servir para burlar el control de acceso a un sitio *web*, ya que puede ser que un usuario autorizado acceda a la página y esta sea almacenada (ya sin protección) en un servidor *proxy*, donde otros usuarios pueden acceder libremente a ella.

¹³⁵ En contra, CLEMENTE MEORO, M.E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», cit., pág. 92, para quien el mero hecho de almacenar temporalmente información ilícita no genera responsabilidad.

¹³⁶ MASSAGUER, por el contrario, parece que entiende que no son aplicables las normas específicas de la LPI, sino las más generales de atribución de responsabilidad de los artículos 1902 y ss. del CC. Vid. MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», cit., pág. 31.

¹³⁷ Como ya argumenté respecto del artículo 13 DCE, renuncio desde ya a la tarea de tratar de distinguir las reproducciones «provisionales» de las «temporales».

¹³⁸ Los *mirror* o espejos son copias exactas de un sitio web original que residen en servidores repartidos por distintos puntos geográficos.

¹³⁹ Lo explica así el artículo 15 LSSI: «*Los prestadores de un servicio de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio (...) no serán responsables por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, si:*

- a) *No modifican la información.*
- b) *Permiten el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita.*
- c) *Respetan las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información.*
- d) *No interfieren en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada y empleada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información (...).*

¹⁴⁰ La primera de ellas hace referencia a que los intermediarios no modifiquen la información, lo que es inherente al funcionamiento del *system caching*, por lo que se verificará siempre (si no, no será *system caching*, sino otra cosa, como actividad de mera transmisión). En segundo lugar es necesario que el intermediario permita el acceso a las copias cachés sólo a los destinatarios que cumplan las condi-

sagra el principio de reacción diligente de los prestadores intermediarios que realizan actividades de *system caching* obligándoles (so pena de incurrir en responsabilidad) a borrar de su caché («retirar la información») o impedir el acceso a él a los usuarios cuando tengan «conocimiento efectivo» de que la información ha sido retirada de su página web original, o se ha hecho imposible acceder a ella o *un juez o autoridad administrativa ha ordenado su retirada o bloqueo*¹⁴¹. Lo que implica a contrario que el intermediario será responsable civilmente cuando tenga «conocimiento efectivo» de que un programa P2P concreto (digamos, *KaZaA*) ha sido declarado ilícito por un tribunal u órgano administrativo, ordenando su retirada o bloqueo¹⁴² y aún así no actúe diligentemente para borrar sus cachés o impedir el acceso a ellos, permitiendo la descarga de copias del programa desde el caché anticuado. De esta forma se obliga al intermediario a reaccionar con prontitud pero no a revisar de forma regular los elementos «cacheados» para decidir acerca de su licitud¹⁴³.

Lo que es este «conocimiento efectivo» es muy incierto en otros contextos de la LSSI, pero, en lo que ahora nos ocupa, es claro que hay conocimiento efectivo cuando la decisión del *tribunal u órgano administrativo* que ordena retirar el caché de Internet (borrarlo) o impedir que se acceda a él ha sido notificada al intermediario de acuerdo con los cauces legalmente previstos en la Ley de Enjuiciamiento

ciones impuestas a tal fin por el destinatario cuya información se solicita, esto es que el caché no permita eludir contraseñas que protegen ciertos contenidos. En tercer lugar, es necesario que el intermediario respete las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información, concepto ambiguo pero que viene a significar que no deben «cachearse» páginas de actualización automática o muy frecuente (como las dedicadas a informaciones bursátiles o cotizaciones de divisas). En la práctica, esta condición viene a significar más bien que el intermediario no desactive automáticamente las «medidas anticaching» que estas páginas contienen en la totalidad de los casos para evitar que el usuario visite un página «cacheada», y por lo tanto, atrasada. En cuarto lugar, es preciso que el intermediario no interfiera en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada y empleada por el sector con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, condición esta que básicamente pretende asegurar que el caché no afecte a las páginas que cuentan con un «contador de visitas» de modo que los accesos a la página «cacheada» no se contabilicen en la principal, con la consecuente pérdida de ingresos. Para más detalle, me permito una remisión a GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El Derecho de autor en Internet*, 2.ª edic., Comares, 2003, págs 341-342.

¹⁴¹ Tiene razón cuando señala PEGUERA POCH que aquí el conocimiento efectivo tiene un tinte más objetivo que en otros casos, al referirse a un hecho determinado (la orden de un tribunal o el dato fáctico que la página original ha sido retirada o se ha hecho imposible el acceso a ella). PEGUERA POCH, M., «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet», cit., pág. 55. Sin embargo, que tenga que conocerse un hecho no impide que el mero hecho de conocer tenga una raíz subjetiva.

¹⁴² Naturalmente, cuando la LSSI señala que sólo hay responsabilidad cuando se conoce que los datos han sido retirados del lugar de la red en el que se encontraban inicialmente o se ha impedido el acceso a ellos está viendo la cuestión desde el punto de vista del que pone los datos en Internet inicialmente, que es el perjudicado porque sigan estando en los cachés anticuados. En nuestro caso, dichos perjudicados serían en principio los creadores del programa P2P, que, por ejemplo, pueden haber lanzado una versión nueva al mercado que no llega a los usuarios porque los prestadores de *system caching* siguen sirviendo la versión antigua, que es la que está almacenada en el caché del sistema. Sin embargo, esta cuestión se sale del objeto de nuestro estudio, por lo que sólo voy a mencionar el supuesto que nos interesa, esto es, que haya habido una decisión judicial o administrativa que ordene retirar el programa P2P o las obras o prestaciones de los cachés del sistema y el prestador de *system caching* haga caso omiso de ella.

¹⁴³ No creo, sin embargo, que sea de aplicación el artículo 1104 CC, como apuntan CONDE BUESO/DÍEZ LÓPEZ, «Comentario al artículo 16 LLSS», cit., págs. 286-287, que está pensando en supuestos de diligencia contractual, no extracontractual.

Civil, o en su caso, en lo que disponga un eventual Reglamento de la LSSI. A partir de este momento su inactividad implica que ya no se le considera intermediario, siendo conforme al artículo 13.1 LSSI y al artículo 140 TRLPI corresponsables civiles de las violaciones de derechos de propiedad intelectual que cometen los operadores de programas P2P al suministrarlos gratuitamente en Internet.

En mi opinión es más que dudoso que antes de la notificación fehaciente por parte de la autoridad judicial o administrativa competente haya *conocimiento efectivo*¹⁴⁴, ya que la LSSI no menciona en este caso ningún otro canal alternativo de comunicación. Por tanto el prestador de *system caching* no será responsable¹⁴⁵ cuando conozca por medios no oficiales (por ejemplo, porque se lo dicen por correo electrónico o burofax los derechohabientes¹⁴⁶) que un juez u órgano administrativo les ha ordenado borrar sus *cachés* (típicamente, en la resolución de unas medidas cautelares o incluso en el marco de una acción de cesación¹⁴⁷). Sólo cuando hay notificación oficial surge la responsabilidad¹⁴⁸.

4. ALOJAMIENTO DE PÁGINAS WEB Y OTROS SERVICIOS DE ALMACENAMIENTO (ART. 16 LSSI)

Los prestadores de servicios de alojamiento (en la terminología de la LSSI, los «*prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio*») alquilan o ceden espacio en sus servidores para que los usuarios particulares (empresas o personas físicas, de acuerdo con la definición legal de «*destinatarios del servicio*» del Anexo de la LSSI¹⁴⁹) alojen sus propios sitios web (*hosting*), datos y servidores (*housing*¹⁵⁰), sistemas de chat, foros, o cualquier otro objeto susceptible de almacenamiento digital.

¹⁴⁴ Apunta esta misma solución CLEMENTE MEORO, M.E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», cit., pág. 97.

¹⁴⁵ Me parece que claramente *contra legem* sostiene lo contrario VATTIER FUENZALIDA, C., «Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico», cit., pág. 84, señalando que no es necesario el conocimiento efectivo de la ilicitud para dar lugar a las responsabilidades, bastando la mera sospecha.

¹⁴⁶ Tampoco servirá (como señala PLAZA PENADÉS) una declaración general de retirada por parte de una autoridad pública, siendo necesaria la notificación individual. PLAZA PENADÉS, J., «La responsabilidad civil de los intermediarios en internet y otras redes (su regulación en el derecho comunitario y en la LSSI)», cit., pág. 219.

¹⁴⁷ Naturalmente, esto puede suponer inconvenientes prácticos de gran calado, puesto que es muy posible que para cuando le llegue la notificación oficial ya se hayan producido daños de difícil reparación o éstos se haya agravado considerablemente. Pero, para evitar estos problemas, creo que no hay más solución que llegar a acuerdos de colaboración entre derechohabientes y prestadores de *system caching* estableciendo un procedimiento de «detección y retirada» ágil y garantista, o, más difícil, agilizar los métodos de resolución de conflictos judiciales en el ámbito de Internet.

¹⁴⁸ En el mismo sentido, PEGUERA POCH, M., «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet», cit., pág. 57.

¹⁴⁹ Define dicho Anexo: ««*Destinatario del servicio*» o «*destinatario*»: persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información».

¹⁵⁰ El *housing* frecuentemente incluye también un depósito o almacenamiento físico de elementos de *hardware*, no sólo de *software*, como ocurre en el *hosting*.

Cuando estos prestadores de alojamiento almacenan en sus servidores contenidos ilícitos o actividades ilícitas (como una página web, foros o grupos de discusión donde se descarguen o intercambien programas P2P) están facilitando su difusión a los usuarios¹⁵¹, por lo que serán responsables civilmente a menos que puedan demostrar conforme al artículo 16.1 de la Ley¹⁵² que no tienen conocimiento efectivo de que la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización. También responderán si tienen dicho conocimiento efectivo y no actúan con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Hay *conocimiento efectivo* (art. 16.1.II LSSI) cuando un órgano competente ha declarado la ilicitud de los datos y el prestador conociera la resolución, cuando el prestador haya inaplicado un procedimiento de detección y retirada adoptado voluntariamente o cuando por otros medios que pudieran establecerse se coloca en la situación subjetiva de «conocimiento efectivo». Veamos cada uno de estos elementos con más detalle.

En primer lugar, los datos tienen que ser proporcionados por el destinatario del servicio y almacenados a petición de éste. Si se proporcionan por el prestador de alojamiento, éste se convierte en un prestador de contenidos, y por tanto no es ya un *intermediario* en los términos del artículo 16 LSSI, por lo que debe responder según las normas del derecho común (art. 13 LSSI). Por tanto, el operador o creador de un programa P2P que no utilice recursos externos para poner el programa en Internet (lo «cuelga» en un servidor propio, no de un tercero) no puede beneficiarse de esta exención de responsabilidad (arts. 16.1 y 16.2 LSSI).

En segundo lugar *la actividad o los datos* que almacena el prestador de alojamiento han de ser ilícitos o *contribuir* a lesionar bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización. Sabemos que algo es ilícito en principio sólo cuando un juez o Tribunal así lo declara mediante sentencia firme, por lo que podríamos ventilar esta cuestión sin más diciendo que poner en Internet un programa P2P a disposición de terceros será ilícito cuando el juez así lo declare. Sin

¹⁵¹ En la práctica, esto ocurre en dos modalidades distintas. En la primera de ellas, el sitio web se dedica exclusivamente a facilitar *software* gratuito o «share-ware», obteniendo ingresos con la publicidad y con acuerdos con los fabricantes del *software*. En la segunda, la página ofrece productos o servicios, y utiliza el programa P2P únicamente para atraer clientes, debido a su gran popularidad.

¹⁵² Que dice: «1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por información almacenada a petición del destinatario, siempre que:

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene 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 otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador».

embargo, esto no soluciona la cuestión de fondo. ¿Es ilícito un programa P2P? La respuesta es obvia: un programa P2P concreto (o mejor, la página o foro donde se encuentra almacenado) no es *per se* un contenido ilícito¹⁵³. Sólo lo será cuando en su funcionamiento normal sirva fundamentalmente para cometer actos ilícitos, como puede ser violar los derechos de propiedad intelectual. O dicho de otro modo, que si el programa está diseñado de forma que no se pueden infringir estos derechos, los programas P2P no son contenidos ilícitos¹⁵⁴.

Sin duda se alegará que en realidad ningún programa P2P está diseñado para violar los derechos de propiedad intelectual (como no lo están las fotocopadoras que se usan para fotocopiar un libro en una copistería) sino para intercambiar elementos no protegidos como meros datos, obras en el dominio público, *software* gratuito, etc. Son los usuarios los que lo utilizan para hacer «cosas que no deben». En mi opinión, este es un argumento meramente formalista, porque todo en los P2P está pensado para permitir la violación de los derechos de propiedad intelectual y los diseñadores tienen este hecho muy en cuenta al poner el programa en Internet¹⁵⁵. De hecho, es posible diseñar un programa P2P para que no permita el intercambio de ficheros ilícitos (como ocurre con «el nuevo» *Napster*). Los creadores de dichos programas (no hablo ahora de los intermediarios) no pueden por tanto acogerse a lo que en la jerga norteamericana se llama la «defensa del buen samaritano» para evitar que se castigue al cómplice que colabora en la consecución de una conducta ilícita desconociendo la ilegalidad de esa conducta y llevado por su buena fe.

En realidad, y llevando el argumento al límite, puede decirse que aunque en abstracto, antes de «echar a andar», los programas P2P que permiten un intercambio de archivos ilimitado (sin establecer ningún filtro que impida la circulación de obras y prestaciones protegidas) no son contenido ilícitos, adquieren dicho carácter *de facto* cuando comienzan a ser utilizados indiscriminadamente en Internet, puesto que un mero muestro estadístico demuestra con facilidad que se usan para reproducir y comunicar al público obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual.

Esto implica que si un prestador de alojamiento concreto tiene en su «vientre» informático un programa P2P que todavía no ha empezado a funcionar (por ejemplo, porque se trata de una versión «en construcción») no esta almacenando *contenidos ilícitos*. Sin embargo, según mi criterio, en cuanto el P2P co-

¹⁵³ Pese a que la doctrina se ha planteado si realmente los P2P tienen algún objetivo o utilidad que vaya más allá de la infracción de derechos exclusivos (vid. JACOVER, A., «I Want My Mp3! Creating a Legal and Practical Scheme to Combat Copyright Infringement on Peer-to-Peer Internet Applications», cit., pág. 2236), me parece que llevar la discusión a tal extremo no es necesario. Lo importante no es tanto cómo se han diseñado esos programas (para infringir derechos de autor o con otros fines) como el uso concreto que se hace de los programas por parte de los usuarios.

¹⁵⁴ Este sería el caso, por ejemplo, de un programa como *AudioGalaxy* o «el nuevo» *Napster*, que permiten buscar ficheros musicales pero no su descarga desde otro *peer* cuando dichos ficheros contienen archivos protegidos por la propiedad intelectual.

¹⁵⁵ En el mismo sentido, SERRANO GÓMEZ, E., «Napster y la propiedad intelectual: ¿una relación imposible?», *Actualidad Civil*, La Ley, ref. XLVIII, 2001, pág. 1115.

mienza a funcionar sin filtros protectores se convierte en ilícito (y desde luego con él se llevan a cabo *actividades ilícitas*) al permitir el intercambio público de un número indeterminado de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual sin la autorización de los derechohabientes. O, en otras palabras, que lo que es indeterminado en mi opinión es qué tanto por ciento del tráfico de los P2P es ilícito por violar derechos de propiedad intelectual, pero no que hay un tanto por ciento que tiene dicho carácter¹⁵⁶. En cualquier caso, e incluso si entendemos que la actividad de los P2P no es ilícita *per se*, me parece que ha quedado suficientemente demostrado en el análisis que hicimos anteriormente con el texto de la TRLPI en la mano que *lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización*, lo que igualmente les situaría dentro de la categoría de contenidos sobre la que los prestadores de alojamiento tienen la obligación de actuar. Una vez aclarado este punto debemos responder a una cuestión decisiva en la práctica ¿Cuándo comienza a existir dicho conocimiento efectivo¹⁵⁷?

En primer lugar (art. 16.1, párrafo segundo, primer inciso LSSI) hay «conocimiento efectivo» cuando, tras solicitarlo a la autoridad judicial en sede de medidas cautelares o en el marco de un procedimiento sustantivo, dicha autoridad notifique el auto o sentencia correspondiente al prestador. A eso se refiere la ley cuando menciona que: «*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 pertinente resolución*».

Por tanto es necesaria una apreciación objetiva sobre el carácter ilícito de los contenidos emitido por un órgano judicial (no administrativo) con capacidad para emitir dicha apreciación, sin ser suficiente la mera comunicación policial. Sin embargo, no es necesario que exista sentencia sobre el fondo del asunto ni que ésta sea firme, basta con un mero auto de medidas cautelares en el que se califiquen los hechos provisionalmente como ilícitos (el juicio provisional e indiciario al que se refiere el artículo 728.2 LEC). Si fuera necesario esperar a la sentencia sobre el fondo del asunto, o a que esta sea firme, la ejecución posterior de la misma no tendría sentido. Ello deriva de que el artículo 16 LSSI, aunque pensado en sede indemnizatoria, en el fondo tiene también una función eminentemente cautelar y preventiva, puesto que lo importante para las personas que sufren el daño no es tanto la posterior reparación como el hecho de que éste se agrave¹⁵⁸. Y en este

¹⁵⁶ Así, creo que bastará con que los derechohabientes demuestren que el P2P permite el intercambio *de una sola* de sus obras o prestaciones protegidas de su repertorio para demostrar que el P2P es el instrumento necesario e imprescindible para permitir dicho intercambio ilícito.

¹⁵⁷ No creo que aclare demasiado, como señala APARICIO, hablar de que tiene que ser actual o real. Lo que sabemos desde luego es que no es un deber de conocer, pero eso no se opone a «actual o real». Vid. APARICIO VAQUERO, J. P., «El nuevo régimen de prestación de servicios de la sociedad de la información», cit., pág. 104.

¹⁵⁸ En este sentido, creo que debe tenerse en cuenta respecto del *quantum* indemnizatorio el número de usuarios reales que puede admitir en sus servidores un prestador de alojamiento concreto. Seguramente no tenga que responder igual un prestador que maneja un volumen de tráfico muy elevado que un servidor universitario que está enfocado básicamente a los estudiantes de una

sentido un prestador de alojamiento está en una situación inmejorable para minimizar estos daños¹⁵⁹.

Tampoco es necesario que la notificación esté dirigida al prestador de alojamiento concreto frente al que se pretende instar la acción indemnizatoria¹⁶⁰. Basta con que la ilicitud se hubiera declarado ya en el marco de otro proceso para poner al prestador en situación de conocimiento efectivo. Entender lo contrario abriría la puerta a un proceso interminable de procedimientos judiciales, pues el infractor sólo tendría que cambiar de prestador de alojamiento una vez declarada la ilicitud de las actividades que estaba llevando a cabo en el que le daba servicio hasta ese momento. Naturalmente, sí será necesario reenviar la notificación sobre la ilicitud que inicialmente estaba destinada al primer prestador al segundo, envío que pueden hacer los particulares por sí mismos.

En segundo lugar, la ley aclara que el prestador de alojamiento que ha sido notificado correctamente por un órgano competente tiene conocimiento efectivo *«sin perjuicio de de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios»* (se entiende que acuerdos con los derechohabientes o con otros prestadores de alojamiento, de acuerdo con las normas de autorregulación del sector¹⁶¹).

El verdadero problema en este campo está en decidir qué ocurre cuando el prestador de alojamiento sepa por sus propios medios que en sus servidores se están alojando programas P2P y no haga nada por evitarlo. ¿Está adquiriendo necesariamente este conocimiento efectivo?. En mi opinión esto sólo será así según el tenor literal de la LSSI cuando tenga un acuerdo concreto con los titulares de derechos de propiedad intelectual o unas normas propias de detección y retirada acordadas en el sector con el objeto de eliminar los contenidos ilícitos. Si el intermediario concreto no tiene este tipo de acuerdos, la LSSI le permite «hacer la vista gorda», al menos hasta que, como veremos a conti-

determinada universidad y maneja un volumen de tráfico muy inferior. En ese sentido, creo que sería un acierto que en un eventual Reglamento de la LSSI se incluyeran normas especiales respecto de la actividad de las instituciones educativas (como universidades y escuelas) en un sentido similar a lo dispuesto en la § 512 (e) de la DMCA norteamericana.

¹⁵⁹ Por supuesto, desde el punto de vista reglamentario sería de desear que se creara un procedimiento especialmente abreviado y ágil, o mejor, un sistema de arbitraje obligatorio (como se sabe, el artículo 31 LSSI se limita a hacer una recomendación general al arbitraje voluntario o de consumo y al que se pueda prever eventualmente en los códigos de conducta y autorregulación del artículo 18 LSSI).

¹⁶⁰ MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», cit. pág. 44.

¹⁶¹ En este sentido, ya he criticado anteriormente que la LSSI (como hacía la DCE, y al contrario de lo que sucede en la DMCA) no contenga un proceso reglado y con las garantías necesarias para dar de baja a los usuarios que han infringido reiteradamente los derechos de propiedad intelectual (o cualquier otro derecho). Sería muy conveniente que el Reglamento de la LSSI abordara esta cuestión, pues el intermediario se encuentra «entre la espada y la pared». Si retira demasiado pronto materiales de la red o da de baja a usuarios sin pruebas suficientes de la infracción afrontará reclamaciones que provienen de dichos sujetos. Por el contrario, si reacciona demasiado tarde, el perjudicado también reclamará responsabilidades, lo que provoca una importante inseguridad jurídica.

nuación, sea notificado por los titulares de derechos. Podría alegar, por tanto, la «defensa del buen samaritano».

En esto el tenor literal de la LSSI se ha alejado de la Directiva con el objetivo de favorecer claramente a los prestadores de alojamiento. En efecto, el artículo 14 de la DCE establecía un doble rasero respecto del grado de implicación del prestador de alojamiento en la actividad de los usuarios. Para el campo penal sería necesario dolo, o una voluntad consciente de amparar, permitir, o inducir las conductas ilícitas de los usuarios, lo que implica algo más que la mera posibilidad de conocer. En cambio, para la acción civil de indemnización basta con una mera conducta negligente, ya que la referencia que hace el texto de la Directiva a que el prestador «no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito» debía interpretarse como una obligación del prestador de alojamiento de no ignorar datos evidentes que revelen el carácter ilícito de las obras albergadas en sus servidores¹⁶². En el artículo 16 LSSI, en cambio, se ha eliminado dicha precisión, lo que significa en mi opinión que el legislador español conscientemente ha permitido al prestador de alojamiento ignorar la obvia ilicitud de los contenidos hasta que no sea notificado o incumpla los procedimientos de supervisión acordados en el sector o con los derechohabientes.

Algunos autores (como MASSAGUER y CLEMENTE MEORO¹⁶³) apuntan que si la ilicitud es evidente las normas generales de responsabilidad en concepto de comisión por omisión permitirán apreciar la existencia de responsabilidad en casos muy sangrantes¹⁶⁴. Sin embargo, como he explicado, yo creo que el tenor literal de la norma es claro (y por tanto su desviación respecto el artículo 14 DCE consciente), por lo que un intermediario puede permanecer inactivo hasta que sea notificado incluso cuando sea evidente que está almacenando contenidos ilícitos¹⁶⁵. Sólo será responsable cuando tenga (e incumpla) sus propios procedimientos de detección y retirada, lo que, con ser nefasto desde el punto de vista de incentivar dichos acuerdos, me parece que responde mejor al tenor literal de ley que lo contrario.

En la medida que estos acuerdos de autorregulación sirven por sí mismos como espoleta para la adquisición del conocimiento efectivo se les debe exigir (preferiblemente en vía reglamentaria) unos requisitos mínimos, de modo que no bas-

¹⁶² En otras legislaciones, como la del Reino Unido sí se ha seguido el tenor literal de la DCE, como ocurre en la § 19 de las *Electronic Commerce (Directive) Regulations 2002*. Según dicha norma, los intermediarios que realizan actividades de alojamiento de sitios web no pueden ignorar de cara a la acción de indemnización «hechos o circunstancias de las cuales hubiera sido evidente para el prestador del servicio que la actividad o información era ilícita».

¹⁶³ CLEMENTE MEORO, M.E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», cit., pág. 99.

¹⁶⁴ MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», cit. págs. 44-45.

¹⁶⁵ No ocurrió sin embargo lo mismo en el caso norteamericano *Hendrikson v. eBay Inc*, sentencia de 4 de septiembre de 2001 de la Corte de Distrito Central de California, 165 F. Supp. 2d. 1082.

te con cualquier sugerencia de infracción por parte de un derechohabiente para que el prestador de alojamiento se vea obligado a «limpiar» de sus servidores el contenido de acuerdo a estos procedimientos predeterminados¹⁶⁶. En mi opinión, sólo cuando haya una apariencia de buen derecho, es decir, una ilicitud *prima facie* de un contenido concreto puede el convenio autorregulador tener este efecto desencadenante de la situación subjetiva de conocimiento efectivo (ilicitud aparente que el caso de los programas P2P, como argumenté, me parece clara). El motivo para exigir este *fumus boni iuris*, tan conocido en el marco de la propiedad industrial (y aplicado en litigios relacionados con Internet¹⁶⁷), es que de otra forma se obliga a los prestadores de alojamiento a convertirse en censores o jueces de lo que debe ser lícito en Internet, lo cual no es en absoluto deseable. Sólo cuando algo sea evidentemente ilícito y el prestador incumplió su propio procedimiento de detección y retirada tendrá según la LSSI conocimiento efectivo.

En tercer lugar, la LSSI deja la puerta abierta a «*otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse*». Parece que la intención de la ley es clara, y se está refiriendo a un futuro Reglamento que fije de manera concreta qué son medios de conocimiento efectivo en nuestro derecho además de los obvios (resolución judicial).

Al contrario que en el caso de los prestadores de *system caching* del artículo 15 LSSI, y en la medida en que la Ley deja la puerta abierta «a otros tipos de medios» para lograr probar el conocimiento efectivo, es posible plantear que una denuncia o notificación fehaciente (burofax o requerimiento notarial¹⁶⁸) realizada por los titulares pudiera también desencadenar el conocimiento efectivo¹⁶⁹. En la notificación, naturalmente, deberían describirse de forma muy detallada las actividades ilegales y los motivos por los que tales actividades infringen sus derechos¹⁷⁰. Esta notificación también podría servir como medio en el que apoyar unas posteriores medidas cautelares. También deberá demos-

¹⁶⁶ En cualquier caso es perfectamente inútil, aunque esté muy extendido por Internet, un «disclaimer» o anuncio de exención de responsabilidad en la página web del prestador de alojamiento, autoeximiéndose de la posible ilicitud de los contenidos ilegales alojados. En ese sentido, vid. también YÁÑEZ VELASCO, R., «Hacia la armonización europea en materia de propiedad intelectual (Exposición de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información», *Actualidad Civil*, núm. 21/2002, ref. XXXIV, pág. 705.

¹⁶⁷ Como en el caso de «Metrobilbao.com», en el que expresamente se exige para dar lugar a unas medidas cautelares al amparo de la Ley de Competencia desleal y la Ley de Marcas que son finalmente denegadas (vid. la sentencia del JPI n.º 4 de Bilbao de 25 de enero de 2000).

¹⁶⁸ Más dudoso me parece el correo electrónico, que creo que tiene dificultades claras para ser considerado como *fehaciente* en el estado actual de la técnica.

¹⁶⁹ Parece que apunta también esta posibilidad MORALES GARCÍA, O., «Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información», en *Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Internet* (monográfico de la revista *Derecho y Proceso Penal*), Aranzadi, 2002, pág. 191. Se apunta claramente a ella MASSAGUER. MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», cit. pág. 46.

¹⁷⁰ En el mismo sentido, PEGUERA POCH, M., «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet», cit., pág. 49, que añade otros posibles medios de prueba, como la confesión del propio intermediario.

trarse en dicha notificación particular que existe una infracción «prima facie» de los derechos de propiedad intelectual, o al menos una apariencia de buen derecho y tendrá que referirse a una obra o grupo de obras o prestaciones concreto, pues de otro modo una notificación demasiado general¹⁷¹ generaría como efecto secundario una cuasi obligación de supervisión continua una vez recibida por primera vez.

El motivo que nos puede llevar a admitir esta notificación particular fehaciente¹⁷² como medio válido para poner al prestador de alojamiento en la situación de conocimiento efectivo es que la ley no dice, como sucede en otros casos, «sin perjuicio de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse reglamentariamente». Se puede entender por tanto que la práctica del sector, los usos, han establecido que basta una mera notificación particular que contengan datos suficientes para justificar razonablemente el carácter ilícito de los contenidos para que exista ese conocimiento efectivo. También creo que nos apoya la interpretación teleológica del artículo 16 LSSI, pues si una notificación fehaciente y una explicación de las actividades de los programas P2P no es suficiente para crear al menos una presunción *iuris tantum* de que se tiene conocimiento efectivo, entonces dicho conocimiento efectivo sólo se da cuando hay una sentencia o auto judicial o se ha incumplido un procedimiento de detección y voluntaria retirada, lo que creo es contrario al espíritu del artículo 17 LSSI y su mención de «otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse».

Naturalmente, lo ideal sería regular por vía reglamentaria un procedimiento concreto (como ha hecho la DMCA norteamericana¹⁷³) para que los perjudicados se dirigieran a un agente designado por el prestador, agente que tendría la función de recibir estas notificaciones¹⁷⁴ y hacer una evaluación previa sobre

¹⁷¹ A este respecto habría que ser más concreto que la § 22 de la *Electronic Commerce (Directive) Regulations 2002* británica que señala (en términos excesivamente genéricos) que para que una notificación particular sea efectiva debe incluir el nombre completo y la dirección del remitente, los detalles de la localización de los contenidos en cuestión y detalles de la naturaleza ilícita de dichos contenidos.

¹⁷² Al contrario que en Francia, donde el prestador de alojamiento sólo será responsable cuando reciba la notificación de un órgano judicial. Vid. STRACHAN, J., «The Internet of Tomorrow». *E.I.P.R.*, 2004-3, pág. 130.

¹⁷³ De forma muy esquemática, el procedimiento de la DMCA consta de cuatro pasos. En primer lugar, el prestador debe designar un agente al que dirigir las notificaciones. En segundo lugar, el titular de los derechos debe enviar la notificación de la presunta infracción, con una serie de requisitos formales. En tercer lugar hay un procedimiento de retirada o bloqueo de los materiales ilícitos. Por último, se prevé un sistema de acuse de recibo y un sistema para poner de nuevo los materiales en Internet si la denuncia no era fundada. Vid. este resumen en FRIEDMAN, J., y ESQUIRE F., «Using the Digital Millennium Copyright Act to Limit Potential Liability Online», *Richmond Journal of Law and Technology*, vol. 6, 2000, pág. 28.

¹⁷⁴ Además dicho procedimiento podría servir para fijar de forma más concreta cuál es el grado de información que debe contener una notificación para que se considere que pone al intermediario en situación de «conocimiento efectivo». Así, cuenta R. Xalabarder el caso del «Episodio I» de la saga «La guerra de las galaxias», que como se sabe fue distribuida en Internet semanas antes de su estreno comercial en los cines. La notificación de la productora a los intermediarios sólo advertía de la existencia en sus sistemas de «archivos digitales no autorizados de la película de inminente estreno», vaguedad, que, como es natural, no sirve como notificación formal. Vid. XALABARDER, R., «Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millennium Copyright Act», en

su carácter justificado o injustificado¹⁷⁵. Dicha ausencia supone una laguna grave, tanto por su importancia, como porque podría haber sido fácilmente subsanada, evitando litigios e incertidumbres innecesarias.

En resumen, cuando el prestador de alojamiento (por el medio que sea) adquiere conocimiento efectivo de que en sus servidores se encuentra alojada una reproducción de un programa P2P (que hemos considerado un contenido ilícito) dicho proveedor deberá eliminar la página de sus servidores o bloquear el acceso a ella [art. 16.1 b)] so pena de hacer frente a la acción de indemnización prevista en el artículo 140 TRLPI y, eventualmente, incurrir en una infracción administrativa que la propia LSSI [art. 38.2 b)] califica como muy grave¹⁷⁶, lo que puede llevar aparejada una multa (art. 39.1 a) LLSICE) de hasta 600.000 € o incluso, en caso de reiteración, prohibición para el prestador de actuar en España durante un plazo máximo de dos años (art. 39.1.a), segundo inciso, LSSI). Esta actividad de eliminación o bloqueo tiene que hacerse con diligencia profesional, y en un mundo tan frenético como el de Internet me parece que 48 horas es un plazo más que razonable para fijar cuando se comienza a no ser diligente.

Como es obvio, el sistema previsto por el artículo 16 LSSI es totalmente ineficaz sin un adecuado desarrollo reglamentario. Además, y aunque el derechohabiente pueda lograr una indemnización por esta vía, siempre le quedará a los creadores del programa P2P la posibilidad de «migrar» de su primer servidor y abrir de nuevo el sistema (u otro muy similar) en otro servidor, con lo que aumenta la importancia de encontrar un medio efectivo para que pueda impedirse que contenidos que han sido ya declarados ilícitos en un caso concreto sean simplemente movidos de lugar. De *lege ferenda* seguramente el medio ideal para lograr dicho objetivo sea un sistema reglamentario de notificación a todos los prestadores establecidos y registrados en el Registro Mercantil (art. 9 LSSI), de modo que notificada la resolución de ilicitud en un caso concreto u publicada en un Boletín, Registro o página web oficial, dicha notificación común sirva para poner a todos los prestadores en situación de conocimiento efectivo, lo que les haría descartar inmediatamente dar «refugio» a los piratas (por lo menos temporalmente, hasta que se resolviera el fondo del asunto respecto de este primer servidor). A falta de dicho sistema sólo cabe interpretar, como se hace en este trabajo, que basta con que el particular notifique uno por uno a los demás prestadores la ilicitud de un contenido determinado para ponerles en situación subjetiva de conocimiento efectivo.

Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Internet (monográfico de la revista *Derecho y Proceso Penal*), Aranzadi, 2002, pág. 134.

¹⁷⁵ Dicho sistema, sin embargo, no está exento de inconvenientes. Por ejemplo, el sistema de notificaciones de la DMCA ha sido acusado en numerosas ocasiones de invadir el derecho a la intimidad de los usuarios, puesto que los poderes de bloqueo y retirada de la § 512 están siendo utilizados en casos en los que no está en absoluto probado, siquiera preliminarmente, que existe una infracción de los derechos patrimoniales. Es muy conocido un caso en el que la RIAA envió una notificación conforme a la DMCA al departamento de astronomía y astrofísica de la Universidad de Penn State porque un usuario había colocado en el servidor de dicho departamento una canción. En realidad, el supuesto usuario (*user*, en inglés), era el profesor Peter Usher, que había puesto en el servidor una canción *a capella* que habían hecho los astrónomos de Penn State sobre los rayos gamma.

¹⁷⁶ Redacción según Ley 5/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

5. EL ESTABLECIMIENTO DE ENLACES EN PÁGINAS WEB Y LA ACTIVIDAD DE LOS BUSCADORES
(ART. 17 LSSI)

El artículo 17 LSSI ha abordado la cuestión de la responsabilidad por la creación de enlaces y de instrumentos de búsqueda de contenidos en Internet (buscadores). Dicha regulación es de interés para nuestro caso en algunos aspectos, puesto que existen muchas páginas web que contienen enlaces a las páginas-sede de los P2P (como *Kazaa.com*). Además, estas páginas-sede aparecen en los buscadores más conocidos, como *Google*, *Yahoo!*, *Lycos* o *Altavista*, que a su vez proporcionan un enlace a ellas.

Como es natural, es importante garantizar que los buscadores puedan funcionar sin que tengan siempre «la espada de Damocles» de la ilicitud de los contenidos a los que enlazan, y es esta la filosofía que impregna el artículo 17 LSSI, que, recordémoslo, es una novedad (creo que afortunada) respecto de la regulación de la DCE. También es importante tener en cuenta que la World Wide Web funciona en la práctica gracias a los *links*, por lo que los creadores de enlaces deben de tener garantías respecto de que no se les va a hacer responsables de las actividades ilegales que se lleven a cabo en las páginas web enlazadas o vinculadas. Pero estas garantías deben coexistir equilibradamente con la protección de los intereses legítimos de derechos patrimoniales de propiedad intelectual (o cualquier otro interés legítimo), de forma que una vez conocida de forma fehaciente la ilicitud del contenido se desactive el enlace para no seguir amplificando la capacidad de hacer daño (en nuestro caso, la provisión de enlaces a los programas P2P en páginas web individuales o corporativas y en buscadores claramente aumenta el número de usuarios que visitan dichas páginas, colaborando de esta forma en el ilícito).

El principio general de la ley será por tanto la existencia de responsabilidad cuando no se cumplan las condiciones que el propio artículo 17.1 LSSI establece, principio aplicable con mayor razón si cabe en este caso al no estar ante intermediarios¹⁷⁷, sino ante proveedores que seleccionan de forma automática o consciente contenidos de terceros, haciéndolos más accesibles. Veamos las condiciones concretas del artículo 17 LSSI.

A) *Ámbito de aplicación del artículo 17 LSSI*

Lo primero que destaca respecto del artículo 17 LSSI es su ámbito de aplicación subjetivo. La norma prevé la situación de personas físicas o jurídi-

¹⁷⁷ Como señalan MASSAGUER FUENTES, J., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital», cit. pág. 47. En contra, entendiendo que los proveedores de búsqueda y de enlaces son intermediarios, CONDE BUESO, I./DÍEZ LÓPEZ, I., «Comentario al artículo 13 LSSI», cit., pág. 261. En una postura intermedia, CLEMENTE MEORO señala que cuando estemos ante un motor de búsqueda el servicio es de intermediación, mientras que en otro caso normalmente habrá provisión de contenidos. Vid. CLEMENTE MEORO, M.E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», cit., pág. 16.

cas que sean prestadores de *servicios de la sociedad de la información*. Por tanto se aplica a todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información (y no sólo cuando actúen como intermediarios, como ocurre con los artículos 14, 15 y 16) cuando ellos mismos estén suministrando el enlace o sean los operadores del buscador si se dan las condiciones exigidas¹⁷⁸.

Sin embargo, el artículo 17 LSSI no contempla los supuestos de particulares o empresas que no sean prestadores de servicios de la sociedad de la información, por lo que estas personas no pueden beneficiarse de la exención de responsabilidad cuando establecen enlaces a los sitios-sede de los P2P en sus páginas personales o corporativas. Tampoco podrá beneficiarse de la exoneración de responsabilidad el prestador de servicios de la sociedad de la información que controle la actividad o contenidos de los sitios web (operados por personas físicas o por personas jurídicas) que pongan enlaces a páginas que contengan el programa P2P, porque la ley presume *iuris et de iure* que en estos casos el proveedor del enlace tiene conocimiento efectivo (art. 17.2 LSSI¹⁷⁹). Por último, la ley no se aplicará cuando quien proporcione enlaces a otros sitios en Internet no desarrolle una actividad económica, pues en este caso no estamos ante un «prestador de servicios de la sociedad de la información» (caso de un particular que establece un enlace en su página personal¹⁸⁰).

Además, en la medida en que la ley no distingue entre los distintos tipos de enlaces¹⁸¹, parece que tampoco deberemos hacerlo nosotros, y por tanto esta norma de exención debe aplicarse a enlaces normales¹⁸², ensamblados¹⁸³, e incluso a los marcos, que son en esencia un enlace especial¹⁸⁴.

¹⁷⁸ En el mismo sentido, PLAZA PENADÉS, J., «La responsabilidad civil de los intermediarios en internet y otras redes (su regulación en el derecho comunitario y en la LSSI)», cit., pág. 224.

¹⁷⁹ Dispone dicha norma que: «2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos».

¹⁸⁰ CLEMENTE MEORO, M.E., «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», cit., pág. 103.

¹⁸¹ Los llamados «enlaces» son una poderosa herramienta para el funcionamiento de Internet, y en realidad han sido la razón principal de su éxito entre los usuarios. Cuando el creador de una página web la está elaborando, en la inmensa mayoría de los casos incluye en ella enlaces, que son palabras, gráficos, fotografías o imágenes que si nos situamos encima de ellas con el ratón y presionamos el botón del mismo (activamos el enlace) nos dirigen automáticamente a otro sitio web de la red, con una nueva dirección URL. La importancia de los enlaces es que permiten ir de un documento a otro sin conocer su dirección exacta en la red, y sin tener que teclearla en la barra de direcciones.

¹⁸² El enlace normal es el más utilizado en la Red. Simplemente da una orden al programa que actúa como navegador para que muestre la página que corresponde con la dirección URL indicada, que se muestra en pantalla.

¹⁸³ Los enlaces ensamblados sirven para que el usuario visualice elementos de otra página o sitio web, que aparecen «ensamblados» o insertados en el sitio web donde reside el enlace. En realidad, el archivo «llamado» forma parte de una página web distinta, y el enlace el instrumento para hacer creer al usuario que forma parte de los contenidos de la página propia.

¹⁸⁴ Mediante los marcos el usuario ve el contenido de una página web «enmarcado» por un contexto distinto del original, que pertenece a la página donde se coloca el marco. A través de esta

B) *El régimen aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información (art. 17 LSSI)*

Cuando estemos ante prestadores de servicios de la sociedad de la información (cubiertos por tanto por la exoneración de responsabilidad) la ley distingue dos supuestos en apariencia distintos. Por un lado, la mera provisión de enlaces. Por otro, la creación de directorios o instrumentos de búsqueda (como función accesoria en una página web «normal»¹⁸⁵ o cuando estamos ante un auténtico «buscador» de Internet). En el fondo, ambas actividades pueden subsumirse en una sola, la provisión de enlaces, puesto que el buscador busca las páginas previamente y confecciona un directorio con ellas, pero luego, para dirigir al usuario a las páginas que ha encontrado, lo hace por medio de un enlace¹⁸⁶.

Respecto de la página enlazada el artículo 17 LSSI no exige expresamente (como sin embargo sí ocurre en los casos de los artículos 15 y 16) que el *contenido* o la *información* sea ilícito. Sin embargo es claro que en el caso que nos ocupa, el de los programas P2P, dichos programas tienen que ser ilícitos en el sentido que se ha manejado en este trabajo, es decir, que causan directamente un daño a los titulares de derechos de propiedad intelectual por la violación de los derechos de exclusiva. De estar ante contenidos lícitos no sería necesario eximir de una responsabilidad que no sería exigible.

Para que pueda existir exoneración de responsabilidad tienen que darse dos condiciones alternativas: en primer lugar (art. 17.1 a LSSI) que los prestadores no tengan «conocimiento efectivo» de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan por medio del enlace es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización. En nuestro caso, como ya hemos demostrado, los sitios-sede de la mayoría de programas P2P llevan a cabo una actividad ilícita y además lesionan derechos de terceros susceptibles de indemnización, por lo que un enlace a estos sitios web daría lugar a responsabilidad cuando hay *conocimiento efectivo* de esa ilicitud por parte de la persona que crea el enlace.

técnica, los autores de páginas web pueden incorporar contenidos de otras páginas manteniendo en el campo de visión del usuario la propia publicidad y el logotipo de la empresa que ha creado el marco.

¹⁸⁵ Esta división es algo artificial en la práctica pero interesante de hacer desde un punto de vista teórico. La gran mayoría de las páginas web que son utilizadas como portales de los prestadores de servicios incluyen una función de búsqueda (es lo que ocurre por ejemplo en la página web de *Terra*, en la de *Eresmás* y en otros muchos). Sin embargo, las páginas web que «son» buscadores tienen la búsqueda de contenidos como función esencial. En la práctica sin embargo, ya existen muchos buscadores (como *Yahoo!*) que son en realidad auténticos proveedores de contenidos, aunque la búsqueda siga siendo parte importante de su negocio. Otros, como *Google*, mantiene la búsqueda de contenidos como el eje central de su negocio.

¹⁸⁶ Ello no tiene porque ser así necesariamente, porque podría darse el caso de que el buscador se limitara a dar en pantalla la URL de la página buscada pero sin la forma de enlace, es decir, simplemente mostrándola en pantalla. El usuario tendría entonces que «copiar» y «pegar» en la barra de direcciones del navegador. Sin embargo, en la práctica no conozco un solo buscador que no muestre sus resultados en forma de enlaces.

En segundo lugar, también pueden eludir su responsabilidad (como en el caso de los prestadores de alojamiento) los proveedores de enlaces que tengan conocimiento efectivo del carácter ilícito de estos programas P2P si actúan con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente [art. 17.1 b)].

Para definir lo que es el conocimiento efectivo acerca de la licitud o ilicitud de los contenidos enlazados el artículo 17.1, párrafo segundo, reitera el tenor del artículo 16.1, párrafo segundo, por lo que me remito a las consideraciones que antes se hicieron respecto de aspectos tales como qué debemos entender por «declaración de ilicitud» o si puede haber conocimiento efectivo por la mera notificación fehaciente de los titulares de derechos, acompañada de un informe explicativo que justifique la aparente ilicitud de una página que contiene un programa P2P concreto. Y respecto de la diligencia para eliminar el enlace, creo que es igualmente razonable el plazo de 48 horas desde la adquisición del conocimiento efectivo.

Por tanto, creo que cuando el prestador de enlaces incumple sus obligaciones conforme al artículo LSSI, aunque no está explotando directamente de forma ilícita obras protegidas por la propiedad intelectual (pues quienes lo hacen forma directa son los creadores de los programas P2P y los propios usuarios) se hace responsable conforme a las reglas generales del ordenamiento jurídico (art. 13.1 LSSI), lo que abre las puertas a una demanda indemnizatoria por la vía del artículo 140 TRLPI.

C) La responsabilidad de los sujetos no cubiertos por la exención del artículo 17 LSSI

Como ya he adelantado, tenemos dos grupos distintos de personas (físicas o jurídicas) que no pueden escabullir su responsabilidad por la provisión de enlaces a contenidos ilícitos (como los programas P2P) conforme al artículo 17 LSSI. Por un lado, los prestadores de servicios que no cumplen con las condiciones del artículo 17.1 (porque tienen conocimiento efectivo y no actúan con diligencia para retirar o inutilizar el enlace [art. 17.1] o porque controlan a los destinatarios de los servicios [art. 17.2 LSSI]). Por otro lado, los que no responden a la definición legal de prestador de servicios de la sociedad de la información (por ejemplo, una empresa de coches que establezca en su página web corporativa un enlace a www.kazaa.com o un particular que ponga en su web personal este mismo enlace). ¿Deben responder estos sujetos no cubiertos por el artículo 17 LSSI por la provisión de enlaces de acuerdo con el artículo 140 TRLPI?

La actividad de mera provisión de enlaces a las páginas web asociadas a los programas P2P o incluso a páginas distintas a estas pero que permiten descargar el programa desde sus propios servidores plantea dos cuestiones distintas desde el punto de vista de la acción indemnizatoria. Primero, el grado de colaboración o conexión causal entre la provisión del enlace y el daño que su-

fren titulares de derechos de propiedad intelectual, pues en realidad la persona que establece un enlace no realiza acto ilícito de explotación alguno de forma directa. Segundo, el carácter culpable de la provisión del enlace.

Respecto de la conexión causal entre la provisión del enlace y la comisión del acto ilícito de explotación habrá que estar a las circunstancias de cada caso y a la teoría doctrinal y jurisprudencial que manejemos¹⁸⁷. Según la teoría de la *condictio sine qua non*, y la de la equivalencia de las condiciones, la atribución de responsabilidad no parece dudosa. Más dificultades habría si acudimos a la causalidad adecuada, o de la causa eficiente, puesto que la causa más adecuada o eficiente respecto de la producción del daño es la propia red P2P y el acto de explotación, no la mera provisión del enlace. En cualquier caso, parece que habrá que equilibrar los intereses teniendo en cuenta que, por un lado, no puede permitirse que enlaces a contenidos abiertamente ilícitos puedan ser mantenidos sin ningún control, y, por otro lado, que la provisión de enlaces (sobre todo enlaces normales) es de máxima utilidad e importancia para el funcionamiento de la *www*, y por tanto se trata de algo que debemos cuidar.

En realidad, creo que para decidir en el caso concreto lo importante no es tanto el grado de conexión causal que hay entre el proveedor del enlace y el acto ilícito de explotación de los derechos de propiedad intelectual, sino el grado de culpabilidad que tenga el proveedor del enlace, es decir, su grado de conocimiento acerca de la ilicitud de la contenidos enlazados y su reacción cuando se entera de dicha ilicitud.

En efecto, no me parece dudoso que el que establece un enlace en sus propias páginas personales a una página-sede de un programa P2P que ha sido declarado ilícito (o alguno de sus espejos) sabe que está facilitando la comisión de un acto ilícito siempre que el carácter ilícito de dicha conducta le haya sido notificado fehacientemente¹⁸⁸. Por tanto, aunque no podemos aplicar las reglas específicas del artículo 17 LSSI (por estar fuera de su ámbito subjetivo), creo que será de aplicación la norma general del artículo 1902 CC como criterio de integración del artículo 140 TRLPI. Y en el marco del artículo 1902, me parece culposa o negligente la conducta de aquel que sabe que está facilitando la comisión de un hecho ilícito y aún así no hace nada por evitarlo (lo que sería «conocimiento efectivo» según la LSSI). De este modo logramos, aplicando las reglas generales, una solución análoga a la que llegaríamos si aplicamos la norma especial del artículo 17 LSSI.

¹⁸⁷ Para una aplicación de estas teorías a los intermediarios, vid. PEGUERA POCH, M., «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet», cit., págs. 29-31.

¹⁸⁸ Así, lo han declarado también los Tribunales de los Estados Unidos en el caso *Arista Records, Inc., y otros v. Mp3Board, Inc.*, auto de 29 de agosto de 2002, Corte del Distrito Sur de Nueva York, no publicado en *F. Supp.*, disponible en la base de datos WestLaw con la referencia WL 19979918.