

LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS EN LÍNEA POR LAS INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN EL ÁMBITO DIGITAL. El Tratado de la OMPI Sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)*

Por José MASSAGUER
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS EN LÍNEA. III. DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES INVOLUCRADOS EN LA EXPLOTACIÓN DE CONTENIDOS PROTEGIDOS EN INTERNET. 3.1. EL ALMACENAMIENTO O *UP-LOADING* EN SERVIDORES CONECTADOS A INTERNET (REPRODUCCIÓN). 3.2. MANTENIMIENTO DE CONTENIDOS PROTEGIDOS EN SERVIDORES CONECTADOS EN CONDICIONES DE SER RECUPERADOS POR LOS USUARIOS DE INTERNET (PUESTA A DISPOSICIÓN). 3.3. ACCESO A LOS CONTENIDOS PROTEGIDOS EN SERVIDORES POR PARTE DE LOS USUARIOS DE INTERNET (REPRODUCCIÓN). IV. LA POSICIÓN DE LOS PROVEEDORES DE CONTENIDOS EN RELACIÓN CON LOS ACTOS DE ALMACENAMIENTO Y PUESTA A DISPOSICIÓN DE LOS CONTENIDOS PROTEGIDOS. V. LA POSICIÓN DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN RELACIÓN CON LOS ACTOS DE ALMACENAMIENTO, PUESTA A DISPOSICIÓN Y TRANSMISIÓN DE LOS CONTENIDOS PROTEGIDOS REALIZADOS POR SUS CLIENTES: ASPECTOS DE DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL. 5.1. ¿INFRACCIÓN DIRECTA DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES POR REPRODUCCIÓN Y PUESTA A DISPOSICIÓN DE CONTENIDOS PROTEGIDOS? 5.2. ¿INFRACCIÓN INDIRECTA DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES? 5.3. ¿LEGITIMACIÓN PASIVA PARA SOPORTAR LAS ACCIONES DE INFRACCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES? 5.4. ESPECIAL REFERENCIA A LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE HERRAMIENTAS DE BÚSQUEDA Y DE *LINKS*. VI. (SIGUE) ASPECTOS DE DERECHO DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. VII. (SIGUE) EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD. 7.1. LA RESPONSABILIDAD DE LOS OPERADORES DE REDES Y LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE ACCESO. 7.2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE *CACHING*. 7.3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE EMPLAZAMIENTO. 7.4. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE HERRAMIENTAS DE BÚSQUEDA Y DE ENLACES.

* Este trabajo se inscribe en el proyecto de investigación titulado «Estudio sistemático de los aspectos de derecho privado relacionados con el comercio electrónico», del que soy investigador principal y que ha merecido una Ayuda para la realización de proyectos de I+D en el marco del Programa Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2000-2003 (BJU2001-0777). En la recopilación y ordenación del material empleado para su preparación he contado con la ayuda de la Licenciada D.^a Aurea Suñol, profesora ayudante de escuela universitaria de Derecho mercantil en la Universidad Pompeu Fabra.

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo tecnológico ha sido una de las claves recurrentes en el proceso de formación y avance del derecho de autor y de los derechos conexos: imprenta, cinematógrafo, gramófono, radio, televisión, informática, satélites... han marcado y están marcando, en efecto, la configuración y los desarrollos de la protección jurídica de la propiedad intelectual. Uno de los más recientes avances tecnológicos se debe, como es bien sabido, a la tecnología digital. En particular, la tecnología digital ha permitido reducir texto, imágenes y sonido a un mismo formato (bits, esto es, impulsos electromagnéticos) y almacenarlos en un mismo soporte. Este formato es común a las telecomunicaciones y a la informática, lo que a su vez ha permitido poner en circulación la información digitalizada a través de los medios de telecomunicación y acceder a ella a través de equipos informáticos profesionales y personales desde el lugar y en el momento en que el usuario estime más conveniente. El conjunto que de todo ello resulta es la sociedad de la información, integrada no sólo por las redes de equipos informáticos interconectados a través de los medios de telecomunicación, esto es, las autopistas de la información que componen el llamado ciberespacio, sino también por la información y datos digitalizados en ellas introducidos. Y su máximo exponente es, sin duda, Internet, que gracias al empleo de unos mismos protocolos de transmisión y sistemas de identificación y localización de los ordenadores interconectados permite el acceso y la recuperación de la información y datos alojados en cualquier servidor conectado a la red desde otro ordenador o equipo técnico apropiado.

Que Internet había de suscitar una pluralidad de cuestiones de interés para el Derecho de propiedad intelectual era inevitable. Así se percibe con facilidad en cuanto se repara, primeramente, en que a través de la infraestructura que componen las redes de ordenadores interconectados se introducen, almacenan y pueden circular, sin necesidad de elaborar ejemplares o copias físicas ni de recurrir a intermediarios que asuman los riesgos empresariales vinculados a la edición, toda clase obras y prestaciones protegidas mediante derechos de propiedad intelectual (a los que, en adelante y conjuntamente, me referiré como contenidos protegidos o, simplemente, contenidos). En cuanto se repara, además, en que el almacenamiento, puesta a disposición y acceso a los contenidos protegidos en y a través de Internet implica la realización de actos de explotación de los contenidos protegidos y, por ello, reservados, en principio, exclusivamente al titular de los correspondientes derechos. Y, finalmente, en cuanto se repara en la importancia que tienen los contenidos protegidos en el ámbito de Internet, pues no sólo forman parte de la oferta misma de los sitios web (textos, anuncios, noticias, música, fotografía, programas de ordenador, videojuegos, televisión, radio) sino que además han encontrado en este medio un particular canal de comercialización e intercambio (especialmente, en el caso de la música, programas de ordenador y video-juegos, así como supuestamente en breve también de libros electrónicos y películas que, de hecho, constituyen uno de los objetos paradigmáticos del comercio electrónico directo).

Frente a ello, y ahora desde una óptica fundamentalmente jurídica, el nuevo medio se enfrenta a un Derecho de propiedad intelectual (y también, al menos en lo relativo a las obras y prestaciones protegidas preexistentes, a unos contratos de cesión de derechos de propiedad intelectual) cuyos principios y reglas básicas hunden sus cimientos en una realidad tecnológica y socio-económica en la que la explotación económica de los contenidos protegidos se basa en lo esencial en copias físicas que se producen, distribuyen y comunican al público de forma centralizada. Un panorama ciertamente alejado del entorno Internet. No puede extrañar, por ello, que las relaciones entre el Derecho de la propiedad intelectual y la nueva realidad estuvieran jalonadas en un principio, cuanto menos, por más dudas que certezas. Como tampoco que se abriera un proceso de evaluación y respuesta legislativa al impacto de la nueva tecnología sobre la protección de la propiedad intelectual a escala nacional y, de forma especialmente destacable, regional e internacional. Entre estas iniciativas legislativas es preciso destacar ahora, en el plano internacional, la inclusión de la llamada «agenda digital» en el marco del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas¹, todavía pendientes de ratificación por España. Y, en el plano regional, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información², aún pendiente de ser transpuesta al ordenamiento interno español.

Los problemas advertidos en este ámbito han sido numerosos. Uno de ellos es, sin duda, el relativo a la responsabilidad por las lesiones de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de Internet, esto es, las consecuencias que se derivan de la infracción de estos derechos, desde la perspectiva del infractor, o bien los remedios que se ofrecen para combatir su infracción, desde la perspectiva del titular. Tradicionalmente, ésta es materia que los Tratados Internacionales han confiado a los legisladores nacionales. Así, el art. 5.2 del Convenio de Berna³ dispone que los medios procesales concedidos al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección. Asimismo, aunque con la significativa imposición de la exigencia de eficacia anteriormente introducida en el art. 41.1 del Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio⁴, los arts. 11 y 14.2 del WCT y 18 y 23.2 del WPPT comprometen a

¹ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor = OMPI CRNR/DC/94 (en adelante, el «WCT»). Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas = OMPI CRNR/DC/95 (en adelante, el «WPPT»). Declaraciones concertadas relativas a estos dos Tratados = OMPI CRNR/DC/96 (en adelante, la «Declaración Concertada»). *Vid.* el Documento preparado por la Oficina Internacional de la OMPI, *Protección del derecho de autor y de los derechos conexos y la función de los Tratados de la OMPI sobre Internet* = OMPI/EC/BUE/99/4.

² Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información = DOCE 2001 N.º L 167/10 (en adelante, la «Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información»).

³ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (en adelante, el «CB»).

⁴ Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante, el «ADPIC»).

las Partes Contratantes a establecer procedimientos de observancia de los derechos reconocidos en ambos Tratados, que permitan la adopción de medidas eficaces contra su infracción e incluyan recursos ágiles para prevenir las infracciones y eficaces para disuadir nuevas infracciones, y en particular una protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas empleadas por los titulares de derechos en relación con los contenidos protegidos en virtud de estos Tratados o del CB. En esta misma línea, el art. 8.2 de la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información ha renunciado a armonizar las sanciones en caso de infracción, pero ha dispuesto que los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar que los titulares de los derechos de propiedad intelectual puedan interponer una acción de resarcimiento de daños y perjuicios y solicitar medidas cautelares y, en su caso, que se incaute el material ilícito y los dispositivos, productos o componentes relacionados con las medidas tecnológicas de protección. No existe, como se ve, un tratamiento particular de la responsabilidad por la lesión de los derechos de autor y de los derechos afines en el ámbito digital.

En el caso español, en particular, son de aplicación las normas sobre acciones y procedimientos por infracción de derechos de propiedad intelectual de los arts. 133 a 138 LPI, que pueden considerarse conformes con las exigencias de tutela eficaz previstas tanto en la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información como en el ADPIC, el WCT y el WPPT, excepción hecha de la protección debida contra la acción de eludir las medidas tecnológicas. Se trata de normas de carácter general, que carecen de particularidades en relación con las lesiones de derechos de propiedad intelectual producidas en el ámbito digital.

No significa ello, sin embargo, que no existan en este contexto aspectos específicos, merecedores de una atención especial y diferenciada, sino simplemente que los textos internacionales y comunitarios relativos a propiedad intelectual no se han ocupado sino de forma incidental⁵ y que su tratamiento específico se ha confiado a otros cuerpos normativos. Me refiero a la posición de ciertos actores fundamentales en la economía de Internet, como son aquellos proveedores de servicios en línea, los que se denominarán a continuación proveedores de servicios de intermediación, cuya actividad de carácter eminentemente técnico permite la realización de actos de infracción de los derechos de propiedad intelectual de terceros por parte de sus clientes. La importancia e interés que tiene esta cuestión se hace evidente en cuanto se repara en las dificultades que afronta el titular de derechos de propiedad intelectual para hacer efectiva su defensa procediendo directamente contra los proveedores de contenidos, esto es, contra los sujetos responsables de la introducción y circulación de contenidos infractores en Internet (desde las difi-

⁵ *Cfr.* la Declaración Concertada respecto del art. 8 del WCT para el derecho de autor y el Considerando (27) de la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información para derecho de autor y derechos afines.

cultades para su identificación y localización, a las dificultades para lograr la ejecución de las sentencias de condena, tanto de cesación y remoción como de indemnización de daños y perjuicios), frente a la mayor facilidad que encuentra esa defensa en el caso de que se dirija contra los proveedores de servicios que les procuran los medios técnicos de que se valen para llevar a cabo los actos de infracción de derechos (que no sólo son fácilmente identificables y localizables, sino que además en no pocas ocasiones se encuentran establecidos en países con ordenamientos y sistemas judiciales que prestan una protección eficaz a los derechos de propiedad intelectual así como se encuentran en condiciones de dar cumplimiento satisfactorio a las sentencias de condena, tanto en la cesación y remoción como incluso en la indemnización de daños y perjuicios). Estas circunstancias, en la práctica, llevaron a que las demandas por violación de derechos de propiedad intelectual se dirigieran contra estos últimos proveedores de servicios de intermediación, con el resultado de que no en pocas ocasiones fueron acogidas y de este modo se introdujera un elevado grado de la inseguridad jurídica y económica en su actividad. Las obvias consecuencias negativas que de esta tendencia cabía esperar para el desarrollo y consolidación de la sociedad de la información han llevado finalmente a algunos legisladores a dedicar algunas normas a establecer las circunstancias y condiciones en que podrá exigirse responsabilidad a los proveedores de servicios de intermediación por los contenidos que sus clientes hacen circular en Internet con empleo de los medios técnicos que al efecto ponen a su disposición⁶.

Al análisis de esta materia se dedica este trabajo. De modo particular, se analizará, tras haber identificado a los proveedores de servicios en línea y haber discernido los actos de explotación de derechos de autor implicados en la introducción y circulación de contenidos protegidos en Internet, si su actuación implica la comisión directa o indirecta de actos comprendidos en el ámbito de exclusiva reconocido a los titulares de derechos de propiedad intelectual, si han de asumir alguna responsabilidad por la infracción de estos derechos eventualmente cometida por sus clientes y, al hilo de lo anterior, se revisarán, en fin, las disposiciones tendentes a la exclusión de esta clase de responsabilidad con que se ha amparado la actividad de los proveedores de servicios de intermediación.

⁶ No puede extrañar, por ello, la atención que la literatura jurídica ha prestado a esta materia. Entre nuestros autores, *vide* (específicamente en el ámbito de la propiedad intelectual) I. GARROTE, «La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracción de los derechos de autor y conexos», *pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 6, 2000, p. 9 ss., (con carácter general) P. A. DE MIGUEL, *Derecho privado de Internet*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 580 ss., A. GARCÍA VIDAL, «La responsabilidad por los contenidos ilícitos de páginas web ajenas con las que se establece un link», *Derecho de los Negocios*, núm. 127, 2001, p. 17 ss., M. PEGUERA, «El sistema d'exempcions de responsabilitat dels proveïdors de serveis d'internet», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 2002, p. 63 ss., o J. M. BUSTO, «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 542, 2002, p. 1 ss., y (desde la perspectiva penal) O. MORALES, «Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 3, 2001, p. 137 ss.

II. LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS EN LÍNEA

Los sujetos implicados en la introducción y puesta en circulación de contenidos en Internet son los proveedores de servicios en línea, esto es, los proveedores de contenidos y los proveedores de servicios de intermediación, y los usuarios. Los primeros crean o seleccionan los materiales y los introducen en los servidores conectados a la red, desde los que resultan accesibles y pueden ser recuperados por los usuarios. Los proveedores de servicios de intermediación ponen a disposición de los proveedores de contenidos y usuarios medios técnicos que posibilitan introducir, hacer accesibles, acceder y recuperar a través de Internet los contenidos cargados y disponibles en la red. Por fin, los usuarios son los sujetos que, desde equipos informáticos domésticos o profesionales, privados o públicos, acceden a los contenidos almacenados en ordenadores conectados y obtienen copias más o menos duraderas de los mismos. De ellos interesa en esta ocasión considerar en particular la posición de los llamados proveedores de servicios de intermediación.

Bajo este concepto se entienden incluidos una pluralidad de sujetos que ofrecen y prestan al público diversos servicios, aislada o conjuntamente. En este sentido, parece posible diferenciar, básicamente, entre proveedores de red, proveedores de acceso a Internet (*internet acces provider*), proveedores de emplazamiento (*host service provider*), operadores de servicios web (*e-mail, bulletin board, news groups* y *chat room operators*), proveedores de herramientas de búsqueda (*information location tool provider*) y proveedores de enlaces o *links*. En particular, los proveedores de red proporcionan y gestionan las infraestructuras de telecomunicación a través de las que se establece la interconexión entre ordenadores y redes de ordenadores y a través de las que circulan los contenidos alojados en ordenadores de otros proveedores de servicios. Los proveedores de acceso, por su parte, prestan servicios de conexión a Internet, esto es, de enlace a las redes de ordenadores interconectados que forman Internet y que incorporan de común ciertos recursos que mejoran y agilizan las condiciones técnicas de acceso a los contenidos, como los dispositivos técnicos de *caching*. Los proveedores de emplazamiento ofrecen y proporcionan un servicio de almacenamiento de contenidos en servidores conectados a Internet y en la forma apropiada para que los usuarios puedan acceder a y recuperar dichos contenidos a través de Internet. Los operadores de servicios web ofrecen al público recursos y espacios para el intercambio de mensajes, informaciones e incluso contenidos. En fin, los proveedores de herramientas de búsqueda ofrecen a los usuarios el acceso a una base de datos en la que se encuentran almacenadas las direcciones de Internet identificadas por ciertos programas de búsqueda (*crawlers*) empleados al efecto, donde además están conectadas con el correspondiente recurso Internet mediante el oportuno enlace o *hyperlink*, mientras que los proveedores de *links* prestan servicios consistentes en poner a disposición de los usuarios a través del propio sitio web un conjunto seleccionado y ordenado de enlaces a otros sitios web.

III. DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES INVOLUCRADOS EN LA EXPLOTACIÓN DE CONTENIDOS PROTEGIDOS EN INTERNET

La relevancia de la conducta de los proveedores de servicios en línea, en general, y de los proveedores de servicios de intermediación, en particular, para el Derecho de autor es evidente en cuanto se repara en que el proceso de cargar, hacer accesibles y acceder a los contenidos introducidos y almacenados a través de Internet comporta la realización de actos de explotación de contenidos protegidos y, en particular, de actos que son objeto de los derechos de contenido económico reconocidos en exclusiva a los titulares de los correspondientes derechos de autor y derechos afines. Desde esta perspectiva, los actos relevantes son los de almacenamiento o *up-loading* de los contenidos en servidores conectados a Internet, el mantenimiento de esos contenidos en servidores conectados a Internet en condiciones de que sean recuperados por los usuarios desde sus ordenadores y, finalmente, la recuperación de dichos contenidos por parte de los usuarios.

3.1. EL ALMACENAMIENTO O *UP-LOADING* EN SERVIDORES CONECTADOS A INTERNET (REPRODUCCIÓN)

El almacenamiento o *up-loading* consiste en la introducción de contenidos protegidos en un ordenador conectado a Internet y a cuya memoria puede accederse, libremente o de forma restringida, desde otros ordenadores o equipos igualmente conectados a Internet. Esta clase de almacenamiento constituye una reproducción de los contenidos protegidos mediante derechos de propiedad intelectual en el sentido del art. 9 del CB, según se explica en las Declaraciones Concertadas respecto del art. 1.4) del WCT y respecto de los arts. 7, 11, y 16 del WPPT⁷, así como en el sentido del art. 2 de la Directiva y del art. 18 de la LPI⁸. El almacenamiento ahora considerado consiste, en efecto, en una fijación del contenido protegido en un soporte que permite su percepción y la obtención de copias. A estos efectos, es del todo irrelevante que dicha fijación no sea inmediatamente perceptible por el ser humano y que para su percepción sea preciso valerse de especiales instrumentos técnicos.

3.2. MANTENIMIENTO DE CONTENIDOS PROTEGIDOS EN SERVIDORES CONECTADOS EN CONDICIONES DE SER RECUPERADOS POR LOS USUARIOS DE INTERNET (PUESTA A DISPOSICIÓN)

El acceso a los contenidos protegidos a través de Internet desde el ordenador del usuario puede producirse siguiendo dos patrones diversos, conocidos como

⁷ No puede olvidarse, por lo demás, que esta calificación ha resultado pacíficamente admitida desde que se tratara de la calificación de las copias de los programas de ordenador en las memorias electrónicas (*vid.* las recomendaciones de la Segunda Reunión del Comité de Expertos Gubernamentales OMPI/UNESCO sobre problemas de derecho de autor procedentes de la utilización de ordenadores para el acceso o la creación de obras = *Copyright*, 1982, pp. 245-246).

⁸ *Vid.* AJPI *Barcelona* 30-XII-1999.

push y *pull*. En el primer caso, tras haber sido introducidos en su memoria por el proveedor de contenidos, el servidor en el que se almacenan los envía automáticamente a sus destinatarios (así sucede en algunas modalidades del servicio web conocido como «listas de distribución»). En el segundo caso, por el contrario, los contenidos cargados en el servidor conectado a Internet son recuperados por el usuario desde su ordenador. Esta es la modalidad de acceso conocida como «hojeo» o *browsing* (que es la forma habitual de acceder a las páginas web y los contenidos en ellas alojados), especialmente caracterizado desde un punto de vista operativo por las dos circunstancias siguientes: de un lado, mediante el *browsing* sólo se transmite la imagen de la página web a la que se accede desde el servidor en el que se encuentra emplazada al ordenador del usuario, de forma que una vez desconectado o finalizada la sesión de navegación este último no conserva una copia de los contenidos «hojeados», y, de otro lado, la transmisión resultante del *browsing* sólo sucede a iniciativa del usuario y da lugar a un acceso individual.

En todos estos casos, la circulación de los contenidos produce lo que, sólo en términos aproximados, constituye una transmisión digital. Su calificación desde un punto de vista jurídico y, en particular, su encuadramiento entre los derechos económicos que componen la propiedad intelectual no ha dejado de suscitar dudas. En efecto, la transmisión de contenidos protegidos a través de Internet se ha encuadrado tanto entre los actos de distribución, como entre los actos de comunicación pública. A favor de la primera tesis, se ha argumentado que la transmisión acaba proporcionando al usuario una copia efímera o duradera del contenido protegido y, de este modo, facilitándole su disfrute diferido⁹. A favor de la segunda, por el contrario ha militado tanto la extensión de la noción de comunicación pública a la simple puesta a disposición de la obra o prestación protegida para que el público pueda acceder a ella, como la consideración de que la copia objeto del derecho de distribución es un objeto tangible¹⁰.

Esta última posición parece haber ganado un mayor reconocimiento en el ámbito internacional y en el comunitario europeo. En particular, los amplios términos con que se define la comunicación pública y, sobre todo, la expresa inclusión de la puesta a disposición de las obras y prestaciones protegidas de forma que los miembros del público puedan acceder a ellas desde el lugar y el momento en que elijan hacerlo, tanto en el artículo 8 del WCT y en los arts. 10 y 14 del WPPT¹¹, como en el art. 3.1 de la Directiva sobre Derechos de Autor y

⁹ La tesis favorable a la distribución ha sido acogida por los tribunales de los EUA desde sus primeros pronunciamientos: *Playboy Enterprises v. Frena* 839 F.Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993), *Central Point Software, Inc. v. Jummy Nugent* 903 F. Supp. 1057 (E. D. Tex. 1995), e incluso fue considerada favorablemente en los primeros estudios comunitarios: *vid. Libro Verde sobre los Derechos de Autor y los Derechos Afines en la Sociedad de la Información* [Doc. COM(95) 382 final, p. 58].

¹⁰ *Vid.* las Declaraciones Concertadas relativas a los arts. 6 y 7 del WCT y a los arts. 2.e), 8, 9, 12 y 13 del WPPT, así como el Cdo. (28) de la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información.

¹¹ El encuadramiento de este acto entre los actos de explotación de los contenidos protegidos objeto de un derecho de exclusiva fue cuestión fuertemente debatida en el marco de la

Derechos Afines en la Sociedad de la Información, permiten considerar que constituye un acto de comunicación al público el mantenimiento de contenidos protegidos en un servidor de Internet en condiciones que permitan acceder a ellos a los usuarios, a todos o bien sólo a quienes satisfagan los requisitos exigidos al efecto por el proveedor de contenidos. Este acto encaja, por lo demás, sin dificultad en la noción de comunicación al público establecida con carácter general en el art. 20 de la LPI¹². La colocación y mantenimiento de contenidos protegidos en un servidor conectado a Internet, en efecto, permite a un número plural e indeterminado de personas (esto es, que no forman el grupo familiar o doméstico de quien organiza la transmisión) acceder a los contenidos protegidos, gracias a su conexión a una misma red de difusión, de forma directa y, en especial, sin previa distribución de ejemplares. No son circunstancias que impidan calificar la transmisión a través de redes digitales como comunicación pública en sentido estricto ni la inmediata personalización de la transmisión, esto es, que se efectúe «de punto a punto» y no «de punto a multipunto», ni que, en su caso, el acceso a los contenidos almacenados en el ordenador de procedencia se produzca sólo en virtud del requerimiento individualizado del usuario final o que estas peticiones de acceso y recuperación se sucedan sin conexión temporal o local con aquellas otras que puedan hacerse, ni, en fin, que, también en su caso, el servidor se limite a posibilitar el acceso a y la retirada de los contenidos pero no inicie la transmisión. Así las cosas, la puesta a disposición de contenidos a través de Internet constituye, en principio, una modalidad de comunicación pública distinta de las emisiones, transmisiones y retransmisiones.

3.3. ACCESO A LOS CONTENIDOS PROTEGIDOS EN SERVIDORES POR PARTE DE LOS USUARIOS DE INTERNET (REPRODUCCIÓN)

La transmisión digital implica, ahora desde la perspectiva de los actos involucrados en el acceso a los contenidos por parte de los usuarios de Internet que los recuperan de los servidores en los que se encuentran almacenados y puestos a dis-

Conferencia Diplomática que dio lugar a la aprobación del WCT y del WPPT en 1996. A pesar de la solución finalmente acogida en su texto, lo cierto es que en aquella ocasión no fue posible hallar un consenso y, en particular, acerca del rechazo de la posibilidad de que la transmisión de copias a través de Internet fuera tratada como una modalidad de distribución. Ello llevó a dejar a los firmantes del WCT y del WPPT en libertad para acoger o no esta modalidad de explotación en el ámbito de Internet. En efecto, si bien se concibió e introdujo la puesta a disposición de una obra como modalidad de comunicación al público especialmente adaptada a la transmisión a través de Internet, la delegación de los EUA, en el debate de estas disposiciones en la Comisión Principal, declaró, sin que ninguna otra delegación se opusiera a ello, y así consta en el Acta que las Partes Contratantes quedaban en libertad para reconocer el derecho exclusivo de puesta a disposición como modalidad de un derecho distinto del de comunicación al público o a través de una combinación de derechos, lo que ha llevado a algunos sectores autorizados a hablar del establecimiento de una «solución marco» en este contexto que respeta la posibilidad de que las Partes Contratantes construyan la exclusiva del titular de los derechos en relación con la transmisión digital como modalidad de distribución. Da cuenta de todo ello con algún detalle el Documento preparado por la Oficina Internacional de la OMPI, *Protección del derecho de autor y de los derechos conexos y la función de los Tratados de la OMPI sobre Internet* = OMPI/EC/BUE/99/4.

¹² Vid. SAP Alicante 2-X-2000.

posición del público, la realización de ciertas reproducciones: de un lado, en los enrutadores y, en su caso, en los servidores (y en particular, en los servidores de correo electrónico y en los *proxy servers*) existentes a lo largo de la ruta entre el servidor de procedencia y el equipo informático de destino y, de otro lado, en el mismo equipo informático del usuario, en su memoria RAM, en su memoria *cache* e incluso en su pantalla. Todas las reproducciones realizadas en el curso de la transmisión digital son copias más o menos duraderas según los casos pero nunca permanentes, exigidas por el modo en que funcionan los aparatos y sistemas empleados en Internet, que en todo caso y mediante el empleo de los instrumentos técnicos adecuados permiten la percepción y la obtención de copias del contenido al que se accede (e incluso lo que se conoce como *down loading* por parte de los usuarios, esto es, la realización de copias estables en el disco duro u otros dispositivos apropiados). Por tanto, el acceso a los contenidos protegidos por parte de los usuarios de Internet comporta la realización de actos de reproducción en el sentido de del art. 9 del CB, según se explica en las Declaraciones Concertadas respecto del art. 1.4) del WCT y respecto de los arts. 7, 11, y 16 del WPPT, así como en el sentido del art. 2 de la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información y del art. 18 de la LPI, y queda comprendido por lo tanto en el ámbito del derecho de reproducción que se atribuye en exclusiva a sus titulares, sin perjuicio de la vigencia de ciertas excepciones, como la establecida precisamente en relación con las copias automatizadas que se hacen en el trayecto entre el servidor y el ordenador del usuario en el art. 5.1 de la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información, o como la excepción general de copia para uso privado, admitida en el art. 5.2 b) de la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información y en el art. 31 2.º de la LPI.

IV. LA POSICIÓN DE LOS PROVEEDORES DE CONTENIDOS EN RELACIÓN CON LOS ACTOS DE ALMACENAMIENTO Y PUESTA A DISPOSICIÓN DE LOS CONTENIDOS PROTEGIDOS

Ninguna particularidad presenta la posición jurídica de los proveedores de contenidos desde la perspectiva de su responsabilidad por la infracción de los derechos de autor y derechos conexos de que puedan ser objeto los contenidos que ponen en circulación a través de Internet¹³. En efecto, en el ciclo de explotación de contenidos protegidos en un entorno digital, los proveedores de contenidos los almacenan en ordenadores conectados a Internet desde los que se ponen a disposición de los usuarios para que accedan a ellos en el momento y desde el lugar que decidan, en su caso bajo las condiciones dispuestas para ello. Su actuación comporta, por tanto y como se ha visto, la realización de actos de reproducción (el almacenamiento en un servidor conectado a Internet) y de puesta a disposición o comunicación pública (el mantenimiento de los contenidos así almacenados en condiciones que permiten al público acceder a ellos en los términos que se han indicado).

¹³ Vid. Cdo. (42) de la Directiva de Comercio Electrónico.

El almacenamiento y puesta a disposición efectuados por proveedores de contenidos requiere, en consecuencia, la obtención de la pertinente autorización por parte de quien resulte ser titular de los derechos de explotación de que puedan ser objeto. En su defecto, y salvo que pueda quedar amparada por alguna de las excepciones reconocidas en la ley aplicable, esta conducta ha de constituir una infracción de aquellos derechos de exclusiva. Para su represión dispone su titular de todos los remedios que la legislación reconoce con carácter general, y entre los que, en el caso español, se han de contar acciones de cesación, de remoción, de indemnización de daños y perjuicios y de enriquecimiento injusto, de conformidad con lo establecido en los arts. 133 a 135 de la LPI.

V. LA POSICIÓN DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN RELACIÓN CON LOS ACTOS DE ALMACENAMIENTO, PUESTA A DISPOSICIÓN Y TRANSMISIÓN DE LOS CONTENIDOS PROTEGIDOS REALIZADOS POR SUS CLIENTES: ASPECTOS DE DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Típicamente, los proveedores de servicios de intermediación se limitan a poner a disposición de sus clientes los medios técnicos que les permiten la realización de los actos de explotación que se han identificado *supra* (3) o, si se prefiere, a procurar a los proveedores de contenidos los medios técnicos precisos para almacenar y poner a disposición los contenidos en servidores conectados a la red y, así, hacerlos accesibles a terceros a través de Internet o, y ahora desde la perspectiva inversa, a procurar a los usuarios los medios necesarios para acceder a y recuperar a través de Internet los contenidos alojados en los servidores conectados a la red. La excepción podrían ser tal vez los proveedores de herramientas de búsqueda y, sobre todo, los proveedores de enlaces, cuya actuación se aproxima, de un lado, a la de los proveedores de contenidos en la medida en que implica de forma más o menos directa y personal una selección y ordenación de los contenidos que otros han puesto a disposición del público en la red y, de otro, a la de los proveedores de red, de acceso y de servicios web precisamente en la medida en que los contenidos a que acceden sus clientes mediante sus servicios son originariamente introducidos y puestos a disposición en red por terceros y reclamados por los usuarios. Su posición merece, por ello mismo, una consideración específica.

Estas actuaciones de los proveedores de servicios de intermediación están relacionadas, como se ha visto, con la realización de actos de reproducción y de comunicación pública en y a través de la red, equipos informáticos e instalaciones de estos proveedores de servicios. Siendo esto así, su actuación puede ser analizada desde la perspectiva del Derecho de la propiedad intelectual como infracción directa de los derechos de que sean objeto los contenidos que se almacenen, ponen a disposición del público y recuperan a través de sus medios técnicos, como infracción indirecta de estos derechos, en la medida en que proporcionan los elementos que permiten a otros realizar actos de reproducción y comunicación al público y, en fin, como actuación suficiente para legitimar-

les pasivamente para soportar la acción de infracción del correspondiente derecho de autor o derecho conexo, en cuanto, a través de la prestación de sus servicios, colaboran en la realización de actos de explotación.

5.1. ¿INFRACCIÓN DIRECTA DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES POR REPRODUCCIÓN Y PUESTA A DISPOSICIÓN DE CONTENIDOS PROTEGIDOS?

No se puede afirmar, con carácter general, que los proveedores de servicios de intermediación reproduzcan directamente los contenidos que se cargan y circulan en y a través de sus equipos y con utilización de los medios técnicos que procuran a los proveedores de contenidos y usuarios con este fin. Las copias y puesta a disposición de los contenidos que se realizan con ocasión de su carga, almacenamiento y envío en y desde sus servidores o con ocasión del acceso a los contenidos cargados en sus servidores (en los enrutadores, en los servidores de correo y en los *proxy servers*) se deben a la actuación de terceros (los proveedores de contenidos y los usuarios), que para ello se sirven, eso sí, de los medios técnicos puestos a su disposición, con este objeto, por el proveedor de servicios de intermediación.

Ahora bien, si es cierto que los proveedores de servicios de intermediación no llevan a cabo personal y directamente ninguna actuación de la que se siga una reproducción o una comunicación pública de contenidos protegidos, no lo es menos que una vez impartida por el usuario la orden de recuperación del contenido almacenado y puesto a disposición del público se suceden de forma automática una serie de reproducciones efímeras que entran en la esfera de control o dominio técnico del proveedor de servicios de intermediación, y particularmente del proveedor de servicios de red y de servicios de acceso. Estas reproducciones, sin embargo, se caracterizan, en primer término, por deberse a la tecnología empleada para la transmisión de datos en Internet revelándose hoy por hoy técnicamente imprescindibles para acceder a los contenidos y, en segundo término, por no entrañar su realización una explotación económica adicional a la realizada mediante el almacenamiento y puesta a disposición de los contenidos.

Sobre esta base, y en atención a la previa inclusión de esta clase de copias efímeras propias de un proceso de puesta a disposición en el ámbito del derecho de reproducción, el art. 5.1 de la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información ha dispuesto una excepción al derecho de reproducción para los actos de reproducción provisional que sean transitorios o accesorios, formen parte de un proceso tecnológico y no tengan una significación económica independiente cuya finalidad sea facilitar una transmisión en una red entre terceros por un intermediario o una utilización lícita. Esta excepción ha de amparar, en particular, la actividad de los proveedores de servicios de intermediación que permite el hojear y la creación de ficheros de almacenamiento provisional (entre las que tienden a incluirse las copias en el *proxy caching* realizadas por los proveedores de servicios de acceso que ofre-

cen un servicio de *caching*), siempre que no modifiquen los contenidos ni interfieran en los procesos de transmisión o, dicho en otros términos, siempre que no comporten actuaciones que excedan las de mera intermediación y entren en el ámbito de las propias del proveedor de contenidos¹⁴. Esta solución, por lo demás, resulta plenamente compatible con la vigencia del art. 9 del CB en relación la reproducción de las obras de derecho de autor, reafirmada en el ámbito digital a través del art. 1 4) del WCT¹⁵, y con lo dispuesto acerca del derecho de reproducción de artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas en los arts. 7 y 11 del WPPT¹⁶, en la medida en que aquella vigencia comporta también la del reconocimiento de la posibilidad de disponer límites y excepciones a este derecho proclamado en el art. 9.2 del CB, y ahora previsto con carácter general por el art. 10 del WCT, y en que tal posibilidad se proclama en el art. 16 del WPPT para los derechos de artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas. La posibilidad de establecer límites y excepciones se condiciona en este contexto a que no atenten a la explotación normal de los contenidos ni causen un perjuicio a los intereses legítimos del autor. Y éste parece ser el caso de los actos de reproducción ahora debatidos a la vista de las condiciones previstas en el art. 5.1 de la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información.

Más dudoso resulta que el mantenimiento de los contenidos protegidos introducidos por los proveedores de contenidos en servidores conectados a Internet y a los que, por tanto, pueden acceder los usuarios no entrañe un acto de comunicación al público efectuado por los proveedores de servicios de intermediación (y en particular por los proveedores de servicio de memoria tampón o *caching*, de servicios de alojamiento, de servicios web y de herramientas de búsqueda y de enlace). En efecto, tanto el art. 8 del WCT y los arts. 10 y 14 del WPPT como el art. 3.1 de la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información emplean unos términos («puesta a disposición del público») que parecerían lo suficientemente amplios como para comprender también la posesión de los contenidos protegidos en el propio servidor y el ofrecimiento al público de la conexión con dicho servidor y, así, la posibilidad de acceder a ellos. A mi juicio, sin embargo, ello no basta para afirmar que el proveedor de estos servicios de intermediación realiza un acto de puesta a disposición. En primer lugar, si el proveedor de contenidos contaba con la necesaria autorización para cargar los contenidos en Internet y, de este modo, hacerlos accesibles a terceros, la actuación del proveedor de servicios no facilita nuevos actos de explotación por los que los titulares de los derechos afectados deban merecer una compensación adicional. En segundo lugar, y en todo caso, el enjuiciamiento de la actuación de los proveedores de servicios de intermediación debe atender escrupulosamente a lo que en realidad constituye el núcleo o esencia económica de su actuación, esto es, a la prestación de

¹⁴ Vid. Cdo. (33) de la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información.

¹⁵ Vid. Declaración Conjunta respecto del art. 1 4) del WCT.

¹⁶ Vid. Declaración Conjunta respecto de los arts. 7, 11 y 16 del WPPT.

medios técnicos que permiten a sus clientes introducir y poner a disposición del público los contenidos, que en consecuencia se almacenan y hacen accesibles a través de Internet por los clientes y sin intervención personal y directa del proveedor de servicios de intermediación. Sin olvidar el carácter objetivo de la infracción de los derechos de propiedad intelectual, es obligado concluir por ello que al proveedor de servicios no pueden por regla atribuirse estas actuaciones y que su actividad (prestación de servicios de intermediación) no es, por ello, suficiente para afirmar la comisión de una violación de derechos de propiedad intelectual.

En estas consideraciones se funda, de hecho, la advertencia de que el simple suministro de instalaciones para facilitar o realizar una comunicación no constituye un acto de comunicación pública sometido al derecho exclusivo del titular del contenido afectado, establecida tanto en la Declaración Concertada respecto del art. 8 del WCT para el derecho de autor como en el Considerando (27) de la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información para derecho de autor y derechos afines¹⁷.

¹⁷ Menos claras resultan las cosas, sin embargo, en la doctrina de los tribunales de los EUA, aunque ello en buena medida se debe, a mi juicio, a la escasa precisión técnica en el deslinde de los supuestos enjuiciados. En efecto, entre los primeros pronunciamientos habidos en esta materia no faltan condenas a proveedores de servicios de Internet por infracción directa de derechos de propiedad intelectual. Así en *Playboy Enterprises v. Frena* 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993) y *Central Point Software, Inc. v. Jummy Nugent* 903 F.supp. 1057 (E.D. Tex. 1995) se estimó que los demandados (dos operadores de BBS) habían infringido los derechos de propiedad intelectual de los demandantes por poner a disposición de sus suscriptores un servidor en el que cargaron fotografías protegidas, en el primer caso, y programas de ordenador, en el segundo, y ello con independencia de su conocimiento del carácter ilícito de los contenidos cargados. La falta de adaptación de estos fallos al entorno de Internet, sin embargo, fue corregida en sentencias posteriores, hasta el punto de que actualmente se aprecia una tendencia a enjuiciar la posición de los proveedores de servicios en atención a criterios ajenos a la infracción directa, como el conocimiento y consentimiento de la actuación de sus clientes, el control de la información, la colaboración a la infracción, etc. De hecho, la fundamentación de los fallos de condena de los proveedores de servicios por infracción directa de derechos de autor se basa, en puridad, en razonamientos propios de la doctrina del *contributory infringement*. Así, en *Sega Enterprises Ltd. v. Maphia* 857 F.Supp 679,682 (N.D. Cal.1994) el tribunal estableció *prima facie* un caso de infracción directa de derechos de propiedad intelectual e infracción indirecta de los mismos por el operador de un BBS que no sólo tenía conocimiento de que en su BBS se cargaban y descargaban videojuegos de la demandante sin su consentimiento, sino que de hecho alentaba a ello a sus suscriptores. La referencia al conocimiento del demandado deja entrever, sin embargo, que el tribunal en este ocasión basó su decisión en la figura del *contributory infringement*, teniendo en cuenta que, de un lado, el conocimiento no es un elemento relevante a efectos de considerar una infracción directa de derechos de autor y, de otro, que no puede haber una infracción indirecta por parte del demandado sin que exista una infracción directa cometida por un tercero que, por lo demás, bien pudieran ser los «usuarios desconocidos»; *vid.* N. ELKIN-KOREN, «Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway: The case against Copyright Liability of Bulletin Boards Operators», 13 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 1995, p. 361. Dicho de otro modo, que el proveedor de servicios incurra en responsabilidad por las infracciones cometidas por sus usuarios, que ponga los medios que posibilitan la comisión de dichas infracciones o que de cualquier otra forma incentive su realización, no significa, en modo alguno, que haya cometido dichas infracciones directa y personalmente. Y lo cierto es que los tribunales no han sido ajenos a estas consideraciones apuntadas. Así, en el caso *Religious Technology Center v. Netcom* 907 F.Supp 1361, 1369 (N.D. Cal. 1995) se rechazó por primera vez de forma abierta la orientación de los fallos anteriores, aunque se dejó la puerta abierta a la responsabilidad del proveedor de servicios bajo la doctrina del *contributory infringement* o in-

5.2. ¿INFRACCIÓN INDIRECTA DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES?

En el ámbito de la protección jurídica de los derechos sobre bienes inmateriales (propiedad intelectual y propiedad industrial) constituye infracción indirecta de los correspondientes derechos exclusivos la realización de ciertos actos que no tienen por objeto la creación protegida en cada caso y no comportan, por ello, propiamente su explotación o uso, sino que están encaminados a permitir que un tercero pueda realizar tales actos de explotación o uso directo e inmediato no autorizados por su titular. Es el caso, en el ámbito de las patentes de invención, del ofrecimiento y comercialización de medios específicos destinados a la puesta en práctica de la patente del art. 51 LP. También en el Derecho de propiedad intelectual, si bien es cierto que la protección jurídica no se extiende, al menos con carácter general, a los llamados actos de explotación indirecta, no lo es menos que, y por lo que se refiere tanto al Derecho de los Tratados como al Derecho comunitario y al Derecho interno español, se empiezan a incluir esta clase de actos en el ámbito de la protección jurídica otorgada por el derecho de autor y derechos afines.

fracción indirecta de derechos de autor. Aquí, el tribunal entendió que el demandado, un operador de un *newsgroup*, en cuyo servidor estaba cargando uno de sus usuarios contenidos protegidos no podía ser considerado como infractor directo, toda vez que su participación se reducía a operar y proporcionar un sistema necesario para el funcionamiento de Internet, sin crear ni controlar los contenidos puestos a disposición de sus suscriptores y, por tanto, sin realizar directa y personalmente una reproducción, distribución o comunicación pública de los contenidos. El tribunal consideró, no obstante, que el demandado era responsable por infracción indirecta de derechos de autor. De esta aproximación se han hecho eco otros fallos posteriores. Así, en *Playboy Enterprises v. Webbworld, Inc.* (cit. *supra*) el demandado, que operaba a través de un sitio web (Neptics.com) que hacía accesibles fotografías del demandante sin su consentimiento a los usuarios de Internet previo pago de una suscripción fue considerado *prima facie* infractor directo de derechos de autor. No obstante, lo cierto es que en esta ocasión lo fue propiamente en condición de proveedor de contenidos, y no de servicios de Internet, en cuyo caso, a la luz de lo establecido en la anterior sentencia, reconoce el tribunal, el demandado hubiera corrido otra suerte. Más contundentemente en *Sega Enterprises v. Sabella* LEXIS 20470 (N.D. Cal. 1996), el tribunal estableció que el demandado (un operador de BBS) en cuyo servidor habían cargado y distribuido sus usuarios programas de ordenador, no podía estimarse infractor directo de los derechos de propiedad intelectual del demandante, y ello con independencia de que el demandado tuviera conocimiento de la actividad infractora realizada por dichos usuarios. El BBS fue condenado no obstante, como infractor indirecto de derechos de autor. Otro tanto puede decirse del caso *Sega Enterprises v. Maphia* 948 F. Supp.923 (N.D.Cal.1996), en el que, de nuevo, el tribunal estimó que los demandados, que operaban un BBS, no habían infringido directamente los derechos de propiedad intelectual de los demandantes, puesto que, a pesar de que, en efecto, alentaban a sus usuarios a cargar y descargar los videojuegos de la demandante en su servidor y, a su vez, tenían conocimiento de ello, la actividad infractora no habían sido realizada directa y personalmente. El tribunal estableció, *prima facie*, sin embargo, un caso de *contributory infringement*. Con todo, no han faltado otros pronunciamientos en los que proveedores de servicios, de nuevo, fueron tenidos por infractores directos de los derechos de propiedad intelectual sobre contenidos cargados por sus clientes. Vid. *Playboy Enterprises, Inc. v. Hardenburgh* 982 F.Supp. 503,512 (N.D.Ohio 1997) y en la línea de lo establecido en *Sega Enterprises Ltd. v. Maphia* (cit. *supra*) el tribunal entendió que el hecho de que el demandado alentara a sus suscriptores a cargar fotografías protegidas en los servidores que ponía a su disposición, unido a la política tendente a tamizar los contenidos ilícitos cargados que éste venía llevando a cabo a través de sus empleados, eran decisivos para determinar una infracción directa de los correspondientes derechos de propiedad intelectual por parte del proveedor de servicios, toda vez que, según el tribunal, tales hechos transformaban al demandado de proveedor pasivo a participante activo en el proceso de la infracción.

En este sentido, se ha de orientar precisamente la reacción de los ordenamientos internos a la obligación de proporcionar protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas relacionadas con el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual prevista en el art. 11 del WCT y en el art. 18 del WPPT. Y así resulta, en efecto, del art. 6.2 de la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información, que en particular extiende la protección frente a la elusión de las medidas tecnológicas de protección a los actos de fabricación, importación, comercialización y posesión con fines comerciales de productos o servicios que estén principalmente destinados a eludir las medidas tecnológicas de protección, que sólo tengan una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de las medidas tecnológicas de protección o que se ofrezcan con la finalidad de eludir las medidas tecnológicas de protección. Asimismo, ésta es la clase de protección que se ha impuesto en relación con la actuación de quienes faciliten u oculten infracciones de los derechos de propiedad intelectual mediante la supresión o alteración de cualquier información electrónica sobre gestión de derechos o mediante la distribución, importación, emisión o comunicación pública de ejemplares en los que dicha información ha sido suprimida o alterada en el art. 7 del WCT y en el art. 19 del WPPT, así como en el art. 7 de la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información. Por lo demás, un ejemplo vigente de esta clase de protección frente a los actos de explotación indirecta actualmente vigente en el Derecho de autor de los países comunitarios se encuentra en las normas especiales sobre programas de ordenador, que tipifican como infracción de los derechos reconocidos a sus autores la comercialización y posesión de instrumentos cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización de los dispositivos técnicos de protección de los programas de ordenador¹⁸.

No parece fácil, sin embargo, extender con carácter general esta doctrina a supuestos distintos de los expresamente previstos legalmente¹⁹. Y, en particular, en el caso de los proveedores de servicios no concurren, a mi modo de ver, las circunstancias de hecho que podrían justificarlo. Como se ha apuntado en varias ocasiones, los proveedores de servicios de intermediación ofrecen unos recursos e instalaciones técnicas que, a diferencia con lo que sucede en los casos señalados, no están específicamente destinados a la realización de actos de ex-

¹⁸ Vid. art.7 c) de la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, y art. 102 c) de la LPI.

¹⁹ Aunque no puede olvidarse que, atendidas las circunstancias del caso (y, en particular, el destino de los medios técnicos en cuestión y la forma en que se ofrecen a sus usuarios), los tribunales españoles han estimado que la puesta a disposición de medios técnicos equivale a una infracción de los derechos de propiedad intelectual. Así, por ejemplo, ha sucedido recientemente en España en un caso de reprografía: SAP Zaragoza 1-XII-1998 «CEDRO c. Universidad de Zaragoza». Un caso similar fue resuelto en Australia: *University of NSW v. Moorhose* (1975) 133 CLR 1. (vid. E. P. SKONE JAMES, *Copinger and Skone James on Copyright*, 1991, p. 221). Del modo en que tampoco puede pasar inadvertido que así lo han entendido en el ámbito de Internet los tribunales de los Estados Unidos de América que, como se expuso, han venido condenando a los proveedores de servicios de Internet y, en particular, a los operadores de servicios web, por infracción de derechos de propiedad intelectual bajo la figura allí conocida como *contributory infringement* [vid. *supra* en nota (17)].

plotación de obras y prestaciones protegidas y, de otro lado, no están razonablemente (desde un punto de vista jurídico, técnico, comercial u organizativo) en condiciones de controlar la clase de contenidos que se introducen, se hacen accesibles y a los que se accede y, en su caso, de comprobar si quien los introduce cuenta con los derechos necesarios para ello. De ahí que también, desde la perspectiva de una eventual doctrina de la infracción indirecta de los derechos de propiedad intelectual, tenga pleno vigor la advertencia de que el simple suministro de instalaciones para facilitar o realizar una comunicación no constituye un acto de comunicación pública sometido al derecho exclusivo del titular del contenido afectado, establecida tanto en la Declaración Concertada respecto del art. 8 del WCT para el derecho de autor como en el Considerando (27) de la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información para derecho de autor y derechos conexos.

5.3. ¿LEGITIMACIÓN PASIVA PARA SOPORTAR LAS ACCIONES DE INFRACCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES?

Del modo en que se sigue de lo anterior, los proveedores de servicios de intermediación no son autores de los actos de infracción de los derechos de autor o de los derechos conexos cometidos por sus clientes (proveedores de contenidos y usuarios) con ocasión de la introducción y circulación de contenidos protegidos mediante el uso de los medios técnicos que les proporcionan en el marco de la prestación de sus servicios, ni de actos de explotación directa ni indirecta. No puede negarse, sin embargo, que desde un punto estrictamente fáctico, y por tanto sin que ello entrañe ahora ninguna clase de valoración o reproche jurídico de su conducta, mediante la prestación de sus servicios cooperan a la infracción de los derechos de propiedad intelectual ajenos cometida por sus clientes. Y en este sentido no estará de más recordar, sin salir del ámbito civil, que en algunos sectores del ordenamiento se extiende la legitimación pasiva para soportar las acciones de defensa atribuidas a los perjudicados por las conductas consideradas a las persona que coopera a su realización, incluso con independencia del conocimiento que tengan del carácter ilícito de la conducta a cuya realización se coopera. Así lo hace, en particular, el art. 20 de la LCD²⁰, que atribuye legitimación pasiva para soportar la acción de competencia desleal, y en particular las acciones distintas de las de indemnización de daños y perjuicios y de enriquecimiento injusto, no sólo al autor del acto considerado sino también, y entre otros, a quien haya cooperado a su realización, entendiéndose a estos efectos por tal a quien, con medios propios, facilita o hace posible que un tercero, respecto del cual no se encuentra en una posición de subordinación jerárquica o técnica, cometa el acto de competencia desleal²¹. Bajo presupuestos distintos, no se encuentra muy alejado del caso indicado el de los cómplices de los delitos contra la propiedad intelectual.

²⁰ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

²¹ Vid. J. MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, p. 568.

No parece aventurado entender que la conducta de los proveedores de servicios de intermediación no es muy diferente de la que, sobre bases estrictamente objetivas, lleva a atribuir legitimación pasiva al que coopera a la realización de un acto de competencia desleal, e incluso (mediando los elementos culpabilísticos exigidos) de la del cómplice del delito contra la propiedad intelectual. La LPI carece de una previsión similar a la del art. 20 de la LCD. A decir verdad, no regula específicamente la legitimación pasiva en relación con la acción de violación de propiedad intelectual. Ahora bien, el art. 134 de la LPI, relativo al contenido de la acción de cesación y remoción (que son en lo esencial aquellas para las que se atribuye legitimación pasiva a quienes hayan cooperado en la realización del acto de competencia desleal en el art. 20 de la LCD), deja entrever que el único destinatario considerado para estas acciones es el «infractor» de los derechos de propiedad intelectual, esto es, el que haya cometido personalmente el acto de explotación directa o indirecta que en cada caso se considera. En estas condiciones no parece tarea sencilla postular la extensión de la legitimación pasiva para soportar las acciones por infracción de derechos de propiedad intelectual a los que simplemente cooperen a su realización y, en particular, a los prestadores de servicios de intermediación.

Ello no obstante, ha de repararse en que entre los actos de competencia desleal que han merecido un tipo particular se cuenta el acto de imitación de las prestaciones ajenas, que el art. 11 de la LCD sólo estima libre en la medida en que no sea objeto de un derecho de exclusiva y, de otro lado, considera desleal si comporta un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, circunstancia que sin duda concurre en todos los casos en los que la imitación se produce antes de la extinción del derecho de exclusiva y no quede amparada por ninguna excepción legalmente prevista al efecto. A partir de ello, y sobre la base de la aplicación complementaria del Derecho contra la competencia desleal para la represión de las conductas que, sin haber sido liberalizadas, no queden comprendidas en el alcance de la protección jurídica dispensada por el ordenamiento a los derechos de propiedad intelectual (y de propiedad industrial), puede reconocerse lícitamente, a mi juicio, la posibilidad de recurrir a la LCD para fundar pretensiones de cesación y remoción contra los proveedores de servicios de intermediación que faciliten a sus clientes los medios técnicos de que se valen para llevar a cabo un acto de violación de derechos de propiedad intelectual, en cuanto con la prestación de tales servicios hacen objetivamente posible la comisión de un acto de imitación desleal. Este entendimiento, por lo demás, se revela enteramente compatible con las normas especiales en materia de exoneración de responsabilidad establecidas a favor de los prestadores de servicios de intermediación que, como veremos *infra* (7), no alcanzan en ningún caso a una acción de cesación que, a la luz de lo que se acaba de exponer, sólo puede articularse en el ordenamiento español en el marco de la represión de la competencia desleal, y no de la infracción de los derechos de autor y derechos conexos.

5.4. ESPECIAL REFERENCIA A LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE HERRAMIENTAS DE BÚSQUEDA Y DE *LINKS*

La situación legal de los proveedores de servicios de Internet que ofrecen servicios de herramientas de búsqueda y de los operadores que ofrecen al público páginas de enlaces a otros sitios web merece una especial consideración. En particular, los problemas que suscita la actividad de estos prestadores de servicios desde la perspectiva del Derecho de autor derivan del establecimiento de un enlace de hipertexto entre la página propia y la página de un tercero (que en el caso de los proveedores de servicios de herramientas de búsqueda es el resultado que arroja la búsqueda realizada o, si se prefiere, el objeto final de la prestación realizada: esto es los problemas que estos servicios suscitan desde la perspectiva considerada no derivan de su faceta de localización contenidos en Internet, sino del empleo de *links* para mostrar los resultados de la búsqueda²²), de forma tal que mediante su activación permite al usuario recuperar desde su ordenador esta última y, así, el conjunto de los contenidos protegidos que en ella se encuentren.

En resumidas cuentas, el sometimiento del *linking* a las exigencias del Derecho de propiedad intelectual radica en su aptitud para posibilitar el acceso a la página web vinculada. Desde esta perspectiva, sin embargo, los actos de reproducción que, como se ha explicado, están implícitos en el acceso a contenidos a través de Internet son realizados por el usuario que activa el vínculo y los prestadores de servicios de red y de acceso que proveen los servicios que permiten acceder a la página web vinculada, y no por quien establece el vínculo, que bajo este aspecto simplemente se limita a procurar una herramienta que permite al usuario acceder al contenido vinculado. Y no es especialmente probable que, en el caso de que el *link* consista en un título, pueda apreciarse que reúne la originalidad suficiente para merecer *per se* protección mediante derecho de autor y que, en consecuencia, su inserción en la página web desde la que se establece constituya un acto de reproducción de una obra protegida. Tampoco parece más fundado entender que la inclusión del vínculo en la propia página web traiga consigo una transformación de la página vinculada, ni tan siquiera su integración en la primera a modo de pieza de una obra deri-

²² Vid. *Kelly vs. Arriba Soft. Corporation*, 280 F.3d 934 (9th Cir., Sep. 10, 2001): El demandado ponía a disposición de los usuarios en su página web un buscador, no convencional, que permitía localizar pequeñas imágenes llamadas «*thumbnails*», que tras ser activadas por los usuarios conectaban a otra página web de la demandada donde se contenía la imagen o fotografía completa original (y protegida) importada directamente desde el sitio web de un tercero a través de un *in-line linking*. El tribunal entendió que la reproducción de las imágenes protegidas implícita en la creación de los «*thumbnails*» así como su uso en el *search engine* estaban cubiertos por la excepción del *fair use*. No obstante, estimó que el establecimiento del *in-line linking* (y tras una modificación posterior de la página web del demandante, del *framing*) vinculado a las imágenes protegidas constituía una infracción de los derechos de propiedad intelectual reconocidos a los titulares de dichas imágenes. En particular, el tribunal consideró, que el demandado no podía ser considerado como un mero conductor pasivo, toda vez que participaba activamente en la exhibición de las imágenes en litigio, localizándolas e insertando vínculos sin los cuales los usuarios no podrían contemplar en su página web.

vada. En cambio, no parece aventurado sostener que el *linking*, en principio, puede comprenderse como un supuesto de comunicación al público, en la medida en que a estos efectos es suficiente con que se permita al público acceder al contenido protegido sin necesidad de contar con un ejemplar del mismo; el *link*, de hecho, pone el contenido vinculado a disposición del público de modo que resulta posible acceder al mismo en el momento en que los usuarios de Internet decidan activarlo. Además, esta práctica podría llegar a constituir una infracción del derecho *sui generis* reconocido al productor de bases de datos (art. 133 LPI), al menos en los casos en que la página web vinculada merezca la consideración de base de datos y el *linking* tenga carácter masivo.

Ahora bien, y sobre todo a la vista del papel esencial de los *links* en la configuración y funciones de Internet, parece que su establecimiento sin autorización del titular de los contenidos vinculados no ha de comportar en todos los casos una infracción de derechos de propiedad intelectual. A tal efecto no parece aventurado invocar la existencia de una licencia implícita (en realidad, la existencia de un *venire contra factum proprium* y por tanto un ejercicio del propio derecho en contra de las exigencias de la buena fe en caso de que se interpusiera una acción por violación de derechos de propiedad intelectual) en la colocación del correspondiente contenido en la web, sobre todo cuando media, como sin duda debe suponerse, un perfecto conocimiento de las posibilidades técnicas y de los hábitos en el sector y, sin embargo, no se ha incluido la prohibición de establecer vínculos y, sobre todo, no se han adoptado las medidas técnicas, en realidad disponibles, que permiten impedir establecer vínculos sin autorización o establecerlos sin pasar por la primera página.

Finalmente, todo lo anteriormente expuesto no obsta que en algunos supuestos puedan los tribunales acabar condenado a los proveedores de herramientas de búsqueda por un acto de competencia desleal y, en particular, por un acto de obstaculización que puede combatirse invocando la cláusula general (art. 5 LCD). Es preciso actuar, no obstante, con suma prudencia. En efecto, como regla general, no podrá afirmarse que estos servicios están destinados a obstaculizar el normal desarrollo de la actividad de los titulares de los derechos infringidos, toda vez que las herramientas de búsqueda localizan e identifican toda clase de contenidos (entre los que pueden encontrarse o no contenidos ilícitos). No obstante, en aquellos casos en los que el sitio web identificado, localizado o de cualquier otro modo vinculado, contenga exclusivamente materiales manifiestamente ilícitos, ya sea porque infringen directamente derechos de propiedad intelectual, ya sea porque ofrecen los dispositivos necesarios para eludir, sin autorización, las medidas tecnológicas efectivas destinadas a proteger los derechos de autor infringiendo así indirectamente tales derechos, no puede descartarse que pueda estimarse que, mediante la prestación de esa actividad o servicios, interfieren en el normal desarrollo de la actividad que, las entidades encargadas de gestionar la explotación de los derechos de propiedad intelectual de los autores, realizan el mercado, entrando en competencia con la misma y frustrando a su vez las expectativas por ellas creadas.

VI. (SIGUE) ASPECTOS DE DERECHO DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Las dudas existentes en torno al enjuiciamiento de la actuación de los proveedores de servicios de intermediación como infracción de los derechos de propiedad intelectual han llevado en la práctica a plantear la posibilidad de que dicha actuación pudiera dar lugar a un supuesto de responsabilidad extracontractual y, en particular, de que pudiera hacerseles responder por los daños y perjuicios derivados de la infracción de los derechos de autor y derechos afines que puedan cometer sus clientes como consecuencia de la reproducción y puesta a disposición del público de contenidos protegidos sin autorización de sus titulares con empleo de los medios técnicos y servicios que les procuran.

A estos efectos habrá que estar, como es obvio, a las normas generales sobre responsabilidad extracontractual de los arts. 1902 y 1903 del CC y, en consecuencia, dicha responsabilidad dependerá, en esencia, de la existencia de una acción u omisión culpable e imputable a los proveedores de servicios a la que se deban unos daños y perjuicios efectivos padecidos por el titular de los derechos infringidos. De estos cuatro elementos (acción u omisión, culpa, daño efectivo y nexo de causalidad) no plantea ningún problema en este caso el primero de ellos: la facilitación de los recursos técnicos o prestación de los servicios necesarios para almacenar, poner a disposición del público, acceder y recuperar contenidos protegidos a través de Internet constituye una acción imputable a los proveedores de servicios suficiente para generar responsabilidad. Los dos últimos, esto es, el daño efectivo y nexo de causalidad, son circunstancias de hecho que han de estimarse caso por caso, si bien a los efectos ahora considerados puede partirse, de todas formas, de que la infracción de los derechos de propiedad intelectual es adecuada para ocasionar un daño efectivo a su titular y, por ello, también la prestación de los servicios que la hacen posible. Más complicada parece, en cambio, la afirmación de principio o la comprobación en el caso del dolo o culpa exigidos para fundar la responsabilidad aquiliana por daños y perjuicios. Bajo este aspecto, se requiere, según los casos, el conocimiento efectivo o debido de que los contenidos que se hacen accesibles a través de los servicios prestados por el proveedor de servicios de intermediación infringen los derechos de propiedad intelectual de un tercero y la posibilidad de su explotación efectiva por los propios clientes. En estas condiciones, por tanto, la suerte de la posición de los proveedores de servicios de intermediación depende, en gran medida, de la existencia o no de un deber de control de los contenidos que se han introducido, se ponen a disposición del público y se transmiten mediante sus equipos técnicos e instalaciones, de las herramientas necesarias para comprobar, en términos razonables, si quien ha realizado estas actuaciones cuenta con los derechos necesarios para ello y, en fin, de los medios que permitan bloquear el acceso a dichos contenidos una vez que se constate la falta de la autorización precisa.

Como es obvio, éstas son cuestiones extraordinariamente controvertidas desde un punto de vista político-legislativo. De un lado, está fuera de toda duda la necesidad de crear un entorno seguro para los derechos de propiedad intelectual.

tual en Internet, sin el cual por lo demás no es posible aventurar que este medio deba tener el papel principal que de su potencialidad puede esperarse en relación con la producción y difusión de la información y la cultura. De otro lado, sin embargo, a nadie se oculta la gravedad de las implicaciones de un modelo de responsabilidad que impusiera a los proveedores de servicios de intermediación el *onus* de controlar todos los contenidos que se introducen y circulan en la red e impedir que se pueda acceder a aquellos que resultan contrarios a los derechos de propiedad intelectual de terceros como condición necesaria para evitar su responsabilidad por daños y perjuicios, tanto desde un punto de vista económico (elevación de los costes y encarecimiento del precio de los servicios) como social (limitación de ideas en circulación: censura) y cultural (restricción del caudal de información disponible). Existe, en efecto, el riesgo de que si se acepta la vigencia de estos deberes para los proveedores de servicios de intermediación se acabe por frustrar Internet como fuente esencialmente abierta y descentralizada de ideas y de información, accesible a cualquier persona en cualquier lugar del mundo, y por transformarla en una red en la que sólo se puedan encontrar contenidos que no comprometan la actividad de los proveedores de servicios de intermediación y encarecida por los altos costes que sin duda implica el control de las ideas y de la información, por lo que sólo estará abierta a un círculo limitado de personas, con la consiguiente infrautilización del potencial de Internet y paralización de inversiones en la infraestructura de la sociedad de la información.

Y al lado de estas consideraciones de orden político-legislativo se encuentra la dificultad que, desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, presenta la fundamentación de un deber de control en un contexto en el que, en primer término, dicho control debe respetar en todo caso derechos de rango constitucional (como el derecho a la intimidad, o el derecho a la información y la libertad de expresión)²³ y, en segundo término, requiere de elementos tecnológicos seguros que no parece que, hoy por hoy, se hallen disponibles, como sobre todo la capacidad necesaria para examinar la ingente cantidad de contenidos colocados en la red o la información imprescindible para comprobar si los contenidos considerados en cada caso están protegidos mediante derechos de propiedad intelectual, si se introdujeron al amparo de alguna de las excepciones reconocidas legalmente o si ello se hizo contando con una licencia o autorización del titular de los correspondientes derechos y, aún más, si tal licencia o autorización es en su caso bastante para cubrir el acto de explotación efec-

²³ Buen ejemplo de ello es que el *Conseil Constitutionnel* de Francia declarara el 24 de julio de 1996, la inconstitucionalidad del artículo 15 la Ley de Telecomunicaciones francesa que otorgaba poder al Consejo Superior de la telemática para censurar los contenidos ilícitos introducidos en Internet. De la preocupación por el efecto perturbador que la existencia de dicho deber de control podría ocasionar en los derechos mencionados se han hecho eco, por ejemplo, la sentencia de la *Cour d'Appel de Versailles* de 8 de junio de 2000, *Société Multimania v. Lacoste* (disponible en www.legalis.net), que por lo demás no sólo puso de relieve que un control sistemático por parte de los proveedores de servicios de los contenidos introducidos por terceros podría afectar a la libertad de expresión, creación y comunicación, sino que además destacó su incompetencia para determinar la ilicitud o no de un contenido y la posibilidad de que ejerza su derecho de control de forma abusiva.

tivamente realizado. Todo parece apuntar, en consecuencia, a que, *de lega data* y como hipótesis general, los proveedores de servicios de intermediación no están sujetos a un deber de control previo de los contenidos que sus clientes hacen accesibles a los usuarios a través de los recursos técnicos que ponen a su disposición²⁴. Ello no ha impedido, sin embargo, que algunos pronunciamientos judiciales condenaran en Europa a proveedores de emplazamiento por no haber vigilado y controlado la información contenida en sus servidores, especialmente, en tanto permitían la suscripción de usuarios anónimos²⁵.

Además, y en todo caso, conviene apresurarse a añadir que los proveedores de servicios habrán de responder de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción de los derechos de autor y derechos afines cuando, en atención a las circunstancias del caso, tuvieran conocimiento efectivo o, por razones diversas de la existencia de un deber de control, debieran haber tenido conocimiento de que los contenidos que sus clientes han introducido en la red a través de los recursos técnicos puestos a su disposición son ilícitos y omitieran la adopción de las medidas de orden técnico que estuvieran a su alcance para evitar que los usuarios pudieran acceder a ellos.

VII. (SIGUE) EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD

La incertidumbre reinante en torno a las condiciones en que ha de ser posible extender a los proveedores de servicios de intermediación la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de las infracciones de derechos de propiedad intelectual cometidas por sus clientes, y las importantes implicaciones que ello podía tener en el desarrollo y consolidación de Internet, ha movido a algunos legisladores a regular esta materia y, en particular, a establecer excepciones y limitaciones expresas a su responsabilidad por los actos de almacenamiento, puesta a disposición y transmisión realizados por sus clientes. De las iniciativas habidas al respecto merecen especial atención las leyes alemana²⁶, sueca²⁷, *québécoise*²⁸ y estadounidense²⁹, así como la Directiva sobre el

²⁴ En tal sentido, *Cour d'Appel de Versailles* sentencia de 8-VI-2000 *Société Multimania v. Lacoste*, *Cour d'Appel de Lyon*, sentencia de 22-VI-2000 *Consorts E.SA Le Serviur Administratif v. Sarl Editions Législatives*, *SA Jet On Line*, *SA France Telecom* (disponibles en www.legalis.net).

²⁵ Así, en el caso *Estelle Hallyday v. Valentin Lacambre*, tanto el *Tribunal de la Grande Instance de Paris* en su sentencia de 9-VI-1998, como la *Court d'Appel de Paris* en su sentencia de 10-II-1999 (ambas consultadas en www.legalis.net/legalnet).

²⁶ *Informations- und Kommunikationsdienste- Gesetz- IuKDG*, de 1 de agosto de 1997, en particular el artículo 1.º contiene la *Teledienstgesetz*, en cuyo § 5 se aborda la responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet.

²⁷ *Act on Responsibility for Electronic Bulletin Boards (Lag (1998:112)* aprobada por el Parlamento sueco el 1 de mayo de 1998.

²⁸ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (L.Q. 2001, c.32)

²⁹ *Digital Millenium Copyright Act*, de 28 de octubre de 1998, que en particular se ocupa de esta cuestión en el Título II rubricado *Under the Online Infringement Liability Limitation Act* (OCILLA).

³⁰ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior= DOCE 2000 N.º L 178/1.

Comercio Electrónico³⁰, recientemente transpuesta al ordenamiento español mediante la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico³¹.

Debe advertirse, sin embargo, que no todas ellas acogen el mismo enfoque ni tienen el mismo campo de vigencia. Esta diversidad se comprende con facilidad en cuanto se repara en que la responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación por los contenidos que se alojan en sus servidores o que transitan por la red no es un problema específico del Derecho de propiedad intelectual. Este caso, en efecto, no deja de ser una manifestación del más amplio problema de la responsabilidad de los proveedores de servicios por los contenidos ilícitos de toda clase que sus clientes introducen y transmiten a través de la red valiéndose de sus servicios y, en este sentido, se conecta con la responsabilidad por el ofrecimiento, venta y prestación de productos o servicios ilícitos, la difusión de publicidad ilícita o desleal, la vulneración del derecho al honor o de la intimidad de las personas... De ahí que en algunos casos se haya preferido seguir una aproximación transversal u horizontal al tratamiento de esta cuestión, sin diferenciar entre una u otra clase de contenidos ilícitos, como ha sucedido en Alemania y en la Comunidad Europea, sin perjuicio de que se reconociera la estrecha vinculación existente entre estas normas y las previstas en la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información en la definición del marco de la responsabilidad de los prestadores de servicios³². No faltan en todo caso ordenamientos que han optado por un tratamiento vertical de esta cuestión, y en particular propio de Derecho de autor, como ha sucedido en los Estados Unidos de América mediante la *Digital Millenium Copyright Act*, o de la protección jurídica del honor e intimidad de las personas, como también ha sucedido en los Estados Unidos de América mediante la *Communications Decency Act* de 1996, o en Reino Unido, mediante la *Difamation Act* de 1996.

El fundamento de la exoneración de responsabilidad se halla en todos los casos en la inexistencia de un deber *ex lege* de vigilancia de los contenidos que los usuarios ponen en circulación a través de Internet con empleo de los medios técnicos proporcionados por los proveedores de servicios. No es dudoso, en particular, que tras las normas de los arts. 14 a 16 de la LSSI (y por extensión del art. 17 de la LSSI) se halla la prohibición del art. 15 de la Directiva sobre el Comercio Electrónico, que expresamente veda a los legisladores de los Estados miembros imponer a los proveedores de red, de acceso y de emplazamiento una obligación general de supervisar los contenidos que transmiten o almacenan o de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias reveladoras de la comisión de actos ilícitos. Y ello, sin perjuicio de que, como se advierte en el Considerando (47) de la Directiva sobre el Comercio Electrónico, los Estados miembros queden en libertad para exigir que los proveedores de

³¹ Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante, la «LSSI»).

³² Cfr. Cdo. (50) de la Directiva sobre el Comercio Electrónico.

servicios de intermediación supervisen contenidos ilícitos en casos específicos e incluso para exigir a los proveedores de servicios de alojamiento que observen una diligencia razonable en la detección y remoción de determinados tipos de actividades ilegales, y sin perjuicio de que, según lo dispuesto en el apartado segundo de aquel mismo art. 15 de la Directiva sobre el Comercio Electrónico, los Estados miembros puedan imponer a los prestadores de servicios de intermediación la obligación de comunicar con prontitud a las autoridades competentes los contenidos ilícitos puestos en circulación por sus clientes y de los que por cualquier medio hayan conocido o de revelar la identidad de los clientes de servicios de almacenamiento a petición de las autoridades competentes. En el caso español, estas previsiones comunitarias parecen concretadas en el solo establecimiento del deber de retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas del art. 12 LSSI, sin que exista previsión que obligue a los prestadores de servicios de intermediación a poner en práctica una política o a observar una conducta diligente en la detección y remoción de contenidos o actividades ilícitas específicamente determinadas.

La Directiva sobre el Comercio Electrónico aborda la exclusión de responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación (establecidos en uno de los Estados miembros de la Unión Europea) de acuerdo con una aproximación horizontal, como queda dicho, y funcional, esto es, en atención a la clase de servicios de intermediación. En cambio, los arts. 14 a 17 de la LSSI, que han seguido como no podía ser de otro modo la aproximación general horizontal, han preferido abordar la regulación de esta materia desde una perspectiva esencialmente subjetiva, esto es, en atención al sujeto que presta el servicio que en cada caso se considera. No son evidentes, sin embargo, las ventajas de la perspectiva adoptada por la LSSI a estos efectos. Y ello, porque la aproximación de la Directiva sobre el Comercio Electrónico facilita la aplicación de sus previsiones a los sujetos que efectivamente llevan a cabo las actividades que en cada caso se consideran, con independencia del nombre bajo el que se puedan presentar en el mercado y, por ello, sin necesidad de encuadrar a un proveedor de servicios en una categoría u otra, cuestión que puede no resultar sencilla pues con frecuencia un mismo proveedor presta diversos servicios de intermediación. Sea como fuere, y a los efectos de esta exposición, a continuación se adoptará la aproximación escogida por la LSSI y, en consecuencia, se examinará por separado la responsabilidad de los operadores de red y proveedores de acceso, la responsabilidad de los prestadores de servicios de *caching*, la responsabilidad de los prestadores de servicios de almacenamiento de contenidos y, en fin, la responsabilidad de los prestadores de servicios de enlaces y herramientas de búsqueda. Naturalmente, en el bien entendido de que un mismo proveedor de servicios puede prestar servicios de distinta naturaleza y que, por esta razón, la posición de cada sujeto deberá enjuiciarse en atención al servicio cuya prestación acometa en el caso de que se trate, cualquiera que fuera la forma en que se presenta en el mercado (por ejemplo, con frecuencia los proveedores de acceso prestan servicios de *caching*), y sin perder de vista la posibilidad de que los proveedores de servicios de intermediación sean ellos mismos proveedores de contenidos (condición que tendrán los pro-

veedores de servicios de cualquier clase que introduzcan información propia o ajena en servidores propios o ajenos conectados a la red y la hagan de este modo accesible a los usuarios, o en la medida en que de una forma u otra determinen los destinatarios de la información hecha accesible por terceros), actividad que queda al margen de estas normas de responsabilidad y por la que, como se ha expuesto *supra* (4), deberán responder, tanto desde la perspectiva de Derecho de propiedad intelectual como de Derecho de daños, según las normas generales³³.

Desde la perspectiva del Derecho de autor existe un extremo sobre el que conviene detenerse brevemente, cual es la naturaleza de la responsabilidad que es objeto de exoneración o, lo que es lo mismo, el alcance sustantivo de la exoneración. Ciertamente, la Directiva sobre el Comercio Electrónico no precisa este extremo y, en particular, no especifica que la responsabilidad de que se exonera a los proveedores de servicios de intermediación sea sólo la responsabilidad civil por daños y perjuicios. De hecho, la expresa particularización del caso de responsabilidad por daños y perjuicios que se encuentra en el art. 14 a) de la Directiva sobre el Comercio Electrónico indica justamente lo contrario. El beneficio de la exoneración de responsabilidad alcanza a la responsabilidad patrimonial, tanto como a la personal, y a la de naturaleza civil tanto como a la de naturaleza penal y administrativa. Ahora bien, desde la óptica que ahora se considera, los arts. 12.3, 13.2 y 14.3 de la Directiva sobre el Comercio Electrónico y antes su Considerando (45) dejan la acción de cesación por infracción de derechos de propiedad intelectual a salvo de la exclusión de responsabilidad que establecen y, en particular, señalan que esta exclusión no ha de afectar a la posibilidad de que los tribunales u órganos administrativos competentes adopten, de conformidad con su sistema jurídico, órdenes que impongan a estos prestadores de servicios la obligación de poner fin a una infracción o de impedirla. En consecuencia, las previsiones comunitarias no derogan las normas internas con arreglo a las cuales la actividad de los prestadores de servicios de intermediación por lo que ahora interesa: sea como infracción de derechos de autor o derechos conexos o bien como acto de competencia desleal pueda ser considerada ilícita y, en particular, combatida mediante el ejercicio de las correspondientes acciones de cesación (esto es, acciones encaminadas a poner fin e impedir la infracción) y de remoción (esto es, acciones encaminadas a impedir la infracción).

Los arts. 14 a 17 de la LSSI, en cambio, omiten esta precisión. Tal silencio, sin embargo, no puede ser interpretado, desde mi punto de vista, en el sentido de que la exoneración de responsabilidad dispuesta a favor de los proveedores de servicios de intermediación tiene un carácter general y, en consecuencia, les protege frente a cualquier remedio que tengan reconocido los titulares de contenidos para combatir la infracción de sus derechos, como es el caso examinado *supra* (5.3) de las pretensiones de cesación y remoción objeto de la acción de competencia desleal según el art. 18 de la LCD. A ello se opone, en

³³ Vid. Cdo. (42) de la Directiva sobre el Comercio Electrónico.

primer lugar, el mismo tenor de los referidos preceptos y del Considerando (45) de la Directiva sobre el Comercio Electrónico, que no deja dudas acerca de que al legislador nacional no se le atribuye ningún espacio de libertad para ensanchar los lindes de la exoneración de responsabilidad precisamente de forma tal que se incluyan los casos excluidos de tal beneficio por el legislador comunitario. Esta lectura, por lo demás, se ve confirmada y reforzada tanto por la necesidad de un tratamiento uniforme de esta cuestión, que hace especialmente patente la explícita conexión establecida en el Considerando (40) de la Directiva sobre el Comercio Electrónico entre la ordenación comunitaria de la responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación y el correcto funcionamiento del mercado interior y, si cabe, acrecienta todavía más la vigencia de un principio de control en origen que ciertamente sólo es concebible sobre la base de una armonización altamente homogénea. Como igualmente apunta en este sentido, de un lado, el equilibrio de los intereses en juego al que asimismo se refiere el Considerando (41) de la Directiva sobre el Comercio Electrónico: ninguna inversión o decisión comercial u organizativa de los proveedores de servicios de intermediación puede, en efecto, entenderse razonablemente condicionada por el riesgo de una orden de cesación o remoción que afecte a contenidos ilícitos puestos en circulación por sus clientes, y, de otro lado y como traslación técnico-jurídica de este postulado político-legislativo, el fundamento de la exoneración de responsabilidad en la inexistencia de un deber general de control o supervisión, presupuesto que es del todo ajeno para la prosperabilidad de las acciones de cesación y remoción que, bajo este aspecto, sólo dependen de elementos de naturaleza objetiva.

Y lo cierto, en fin, es que la propia LSSI ofrece los suficientes elementos para asegurar que su interpretación y aplicación se ajustará a las exigencias de la Directiva sobre el Comercio Electrónico y, por tanto, que sus normas sobre exclusión de responsabilidad no han de amparar a los proveedores de servicios de intermediación ante las acciones de cesación y de remoción. Ante todo, bajo el deber de colaboración establecido en el art. 11 de la LSSI se admite la posibilidad de que los órganos que en cada caso sean competentes puedan ordenar a un prestador de servicios de intermediación que suspenda su prestación cuando ello sea necesario para interrumpir la prestación de un servicio de la sociedad de la información (como los servicios de los proveedores de contenidos) o para la retirada de contenidos. No parece dudoso que estas órdenes de cesación y remoción deberán ser adoptadas en el marco procedimental (civil, administrativo o penal) que en cada caso proceda y que en no pocas ocasiones se exige que en los correspondientes procedimientos o expedientes intervengan directamente los deban resultar directamente afectados por las medidas que puedan tomarse. Así las cosas, en el art. 11 de la LSSI se encuentra implícito que los proveedores de servicios de intermediación, cuando así proceda según las normas que se apliquen, pueden ser destinatarios de órdenes de cesación y remoción y gozan de legitimación pasiva para soportar las correspondientes acciones.

Consideración especial merece, bajo esta óptica, el caso del enriquecimiento injusto. Su importancia desde el punto de vista práctico no puede ser ciertamente igno-

rada, especialmente en su relación con los proveedores de servicios de emplazamiento y de herramientas de búsqueda y de enlaces. En efecto, la contribución satisfecha por sus clientes proveedores de contenidos como contraprestación por los servicios que de ellos reciben se encuentra, en no pocas ocasiones, fijada en función de la explotación de los contenidos alojados, localizados o enlazados y, en particular, del número de visitas, de descargas de contenidos e incluso de ingresos obtenidos por la prestación de los servicios de contenidos. Y si bien es cierto que, como se ha visto, no puede estimarse que la prestación de los servicios de intermediación constituya una hipótesis de infracción de los derechos del cliente y derechos conexos, no es posible dejar de admitir la posibilidad de que, desde una perspectiva fáctica, la prestación de los servicios de intermediación comporta el uso y disfrute carente de título en que se basa la *condictio* por intromisión³⁴. Siendo esto así, es del todo legítimo preguntarse por la suerte que ha de correr el proveedor de servicios de intermediación frente a la acción de enriquecimiento injusto y, en particular, si el beneficio de la exoneración de responsabilidad le ampara frente a este remedio reconocido con carácter general al titular de contenidos protegidos. La cuestión no es en absoluto sencilla. A su resolución no ayudan precisamente la escasa calidad y precisión técnica de las normas de la Directiva sobre Comercio Electrónico y de la LSSI en esta materia. Lo cierto es, en todo caso, que este extremo no fue considerado en ningún momento, como también que es altamente probable, por otra parte, que los operadores hayan entendido que la exoneración establecida les libera de toda posible obligación de compensación que no se encuentre expresamente prevista. Ello no obstante, no faltan razones, sea de orden técnico o de orden sistemático, que impiden descartar categóricamente la viabilidad de la acción de enriquecimiento injusto contra los proveedores de servicios de intermediación en virtud de lo dispuesto en materia de responsabilidad. Bajo el primer aspecto, ha de repararse en que la doctrina del enriquecimiento injusto tiene una naturaleza jurídica distinta de la responsabilidad (en particular no tiene por objeto la reparación de un daño culposamente ocasionado sino la restitución de un enriquecimiento obtenido sin causa), y que la responsabilidad es el único supuesto al que se refieren las normas de exoneración. Bajo el segundo, y consecuencia de lo anterior, en que fundamento de la exoneración de responsabilidad radica en la inexistencia de un deber de vigilancia y control de contenidos y, por ello, de culpa, que sin embargo no es presupuesto de la doctrina del enriquecimiento injusto, construida como se halla sobre bases estrictamente objetivas. En el plano de política legislativa, en fin, no parece fácilmente justificable que la realización de inversiones deba asegurarse preservando rentas obtenidas de forma injustificada.

7.1. LA RESPONSABILIDAD DE LOS OPERADORES DE REDES Y LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE ACCESO

En virtud del art. 14.1 de la LSII, tanto los operadores de redes como los proveedores de acceso han visto excluida su responsabilidad por las actividades de

³⁴ Vide L. DIEZ-PICAZO, «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en M. DE LA CÁMARA y L. DIEZ-PICAZO, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, p. 9 ss., pp. 116-127.

mera transmisión, esto es, en la medida en que se limiten a realizar una actividad de intermediación consistente bien en la transmisión por una red de los contenidos que otros han puesto a disposición del público (operadores de red) o en facilitar a sus clientes el acceso a los contenidos que otros han puesto a disposición del público (proveedores de acceso). La exclusión de responsabilidad se condiciona a que su actividad se limite única y exclusivamente a la explotación y facilitación de acceso a una red de comunicación en la que se encuentra disponible y a través de la que pueden transmitirse los contenidos introducidos por otros o, simplemente, al transporte de los contenidos introducidos y reclamados por los usuarios. En suma, de este beneficio sólo gozan los proveedores de red y de acceso en relación con los contenidos puestos en circulación por terceros a través de sus instalaciones y valiéndose de sus servicios, y por ello se condiciona a que los proveedores de red y de acceso desempeñen una actividad de carácter estrictamente técnico y pasivo y, en particular, a que no tengan ninguna participación ni influencia en la selección, modificación (sin perjuicio de las alteraciones que por motivos técnicos impone su transmisión a través de Internet y que, como sucede con su fragmentación en paquetes de datos debido al empleo de la tecnología *packet switching transmission*, no alteran la integridad de los contenidos) o puesta a disposición de los contenidos, ni en la determinación de sus destinatarios (sea originando la transmisión, sea alterado el círculo de destinatarios mediante la modificación de los requisitos de acceso que hubiere dispuesto el proveedor de contenidos). En estas condiciones, y sentada la inexistencia de un deber de control de los contenidos que se transmiten o a los que se facilita el acceso, ciertamente parece altamente improbable que se den las circunstancias que permiten fundar ninguna clase de responsabilidad. De otro lado, el beneficio de la exoneración de responsabilidad no se condiciona a que el proveedor de servicios retire o impida el acceso a los contenidos ilícitos introducidos por sus clientes cuando conozca tal circunstancia. Bajo este aspecto, la responsabilidad del proveedor de red o de acceso parece que sólo podrá originarse a raíz del incumplimiento de una orden de cesación o remoción de contenidos ilícitos. Esta exclusión, por otro lado, transpone la establecida en el art. 12 de la Directiva de Comercio Electrónico y se aproxima en lo esencial a la dispuesta en la s. 512 (a) de la DMCA³⁵

Desde la perspectiva del Derecho de propiedad intelectual, conviene advertir que esta excepción beneficia a los actos de reproducción que tienen lugar durante las transmisiones de datos realizadas con ocasión de la carga de conte-

³⁵ Adviértase, no obstante, que la s. 512 (a) de la DMCA exige que la red o sistema de comunicaciones a través del cual se transmiten los contenidos o se presta el servicio de acceso esté controlado u operado por (o para) el proveedor de servicios en cuestión. El matiz no es baladí. Baste pensar en los supuestos en los cuales el proveedor de servicios simplemente permite la transferencia de información directamente entre usuarios a través de Internet (servicio *peer-to-peer*), en cuyo caso, a los ojos de la DMCA, no podrá entenderse los datos así transferidos lo son a través de su sistema o red de comunicaciones. Así lo confirma, los pronunciamientos de los tribunales de los EUA que han denegado el beneficio de la exclusión de responsabilidad de la s. 512(a) de la DMCA, precisamente, por no darse cita a este requisito: *vid. A & M Records, Inc, v Napster*, 54 U.S.Q.2d 1746, (N.D. Cal.; May. 12, 2000) y *In re: Aimster Copyright Litigation*, WL 31006142 (N.D.Ill, Sept.4, 2002).

nidos en servidores conectados a Internet y de su recuperación desde esos servidores, pero también a aquellos que se producen en el curso de la transmisión de contenidos como archivos adjuntos a correos electrónicos desde un ordenador personal a otro, incluidos en todos los casos los almacenamientos provisionales efectuados por motivos técnicos en el curso de la transmisión de los datos. A cubrir este supuesto parece especialmente encaminado el art. 14.2 de la LSSI, que expresamente salva de responsabilidad a los operadores de red y proveedores de servicios de acceso por el almacenamiento de contenidos que sea automático, provisional y transitorio siempre que sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión. De tal modo, sin embargo, no se establece ninguna excepción en materia de Derecho de propiedad intelectual, ni se amplía ni de ninguna forma altera la excepción que para este tipo de actos de reproducción se prevé en el art. 5.1 de la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información, sino tan sólo se disponen las condiciones en las que, en el caso de que con arreglo a la LPI la actividad considerada pudiera vulnerar el derecho de reproducción de los titulares de los contenidos transmitidos, ha de ser posible exigir responsabilidad a los operadores de red y proveedores de acceso³⁶. Y ello, como se ha razonado, sin perjuicio de que proveedores de red y de acceso queden expuestos a la acción de cesación y remoción del art. 18 de la LCD en cuanto cooperen a la realización de un acto de imitación desleal del que puedan ser autores sus clientes como consecuencia de la explotación indebida de contenidos protegidos mediante derecho de autor y derechos conexos, así como en general al deber de colaboración para la puesta en práctica de órdenes de cesación y remoción dictadas por los órganos competentes y a cuya observancia se vean obligados según el art. 11 LSSI, y de que deban afrontar en todo caso las responsabilidades que se puedan derivar de su incumplimiento.

7.2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE CACHING

Con frecuencia, los proveedores de acceso se valen de *proxy servers* en cuya memoria se realizan copias provisionales de los contenidos recuperados por sus clientes con el fin de permitir un acceso más rápido a los contenidos más solicitados. Este aspecto de su actividad también ha merecido una consideración particular por parte de las normas de exoneración de responsabilidad en el art. 15 de la LSSI (que en su aproximación subjetiva a esta materia, aborda este supuesto desde la perspectiva de los prestadores de servicios y no de la actividad considerada), en la línea de lo establecido en el art. 13 de la Directiva sobre Comercio Electrónico y de lo que hiciera anteriormente la s. 512 (b) de la DMCA³⁷.

³⁶ Vid Memoria de la Directiva de Comercio Electrónico, Comentario a artículos individuales, capítulo 1.º, sección 4.ª.

³⁷ Conviene advertir, no obstante, que la limitación de responsabilidad establecida en la DMCA tanto para este tipo de operadores como para el resto de proveedores de servicios, se condiciona ade-

Por regla, y como queda apuntado, los proveedores de acceso no realizan directa y personalmente estas copias, sino que disponen los medios técnicos necesarios para que se hagan automáticamente cuando uno sus usuarios accede a contenidos introducidos y puestos a disposición por otros. En consecuencia, su actividad no es muy distinta de la que realizan los proveedores de acceso que no prestan este servicio: a la actuación de ambos se debe la realización de copias transitorias y automáticas en el marco de un proceso de transmisión de datos; la diferencia radica, de un lado, en la finalidad de estas copias, pues las realizadas en la memoria tampón no tienen por objeto posibilitar el acceso sino agilizarlo (y ello, en particular, evitando que la petición del contenido efectuada por un usuario deba trasladarse necesariamente hasta el ordenador en que se halla el contenido reclamado y que su recuperación se deba producir desde allí, mediante la realización de copias de los contenidos antes reclamados por otros usuarios en el *proxy server* del proveedor de acceso, por el que se pasa previamente la petición y desde el que en su caso se recupera el contenido deseado) y, de otro lado, radica en la consiguiente mayor duración o estabilidad de estas copias, no obstante tratarse en todo caso de copias temporales (pues de otro modo resulta imposible asegurar el acceso a la información actualizada disponible en la página web de origen y efectivamente deseada y reclamada por el usuario).

Así las cosas, las condiciones de la exoneración de responsabilidad presenta en este caso evidentes coincidencias con la establecida a favor de los proveedores de acceso, así como algunos puntos de contacto con la prevista para los proveedores de servicios de emplazamiento. En efecto, el beneficio de la exoneración de responsabilidad se somete, de un lado, a que las copias tengan lugar en el marco de un proceso tecnológico integrado en la transmisión de datos y sea debido a la naturaleza de la tecnología empleada, y así se requiere que se trate de reproducciones automáticas, provisionales y temporales en sus sistemas (con lo que se deja fuera de la exoneración de responsabilidad al *mirror caching*), hechas con la sola finalidad de hacer más eficaz la transmisión de los contenidos reclamados por sus clientes a clientes que los reclamen con posterioridad, y, de otro, a que el proveedor de servicios se limite, también en este contexto y sobre la base de que desempeña un papel pasivo y estrictamente técnico sin sujeción a ningún deber de control de la licitud de los contenidos, a ser mero intermediario de una transmisión de contenidos que no origina, dirige o determina en forma alguna, y así se exige, en particular, que no modifique los contenidos almacenados de este modo y a estos fines y que no facilite el acceso a los contenidos a usuarios no legitimados para acceder a ellos por

más al cumplimiento de un requisito especial que la Directiva sobre Comercio Electrónico no ha previsto: el proveedor de servicios debe adoptar y poner en práctica una política tendente a terminar la prestación de servicios a los suscriptores y titulares de cuentas que cometen repetidamente infracciones. De ahí que, la inobservancia de este requisito por parte de los proveedores de servicios esté llevando a los tribunales de los EUA a considerar la actividad que éstos realizan y que, en cada caso se considera, fuera del alcance la exclusión de responsabilidad establecida en la s. 512 de la DMCA: *vid. Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc*, WL 731721 (C.D.Cal, April, 22, 2002).

su proveedor. Ahora bien, y sin duda por la más inmediata capacidad de control de que técnicamente dispone el proveedor de esta clase de servicios sobre los contenidos que de este modo se almacenan en sus equipos (en lo que su posición se aproxima a la de los proveedores de servicios de emplazamiento), a estas condiciones se han añadido la prohibición de interferir en la utilización de tecnología lícita y común en el sector por parte del proveedor de contenidos encaminada a la obtención de información sobre la utilización de los contenidos, la observancia de las reglas generalmente aceptadas en el sector sobre actualización de los contenidos que se almacenan en la memoria también a fin de asegurar su temporalidad sin perjudicar al mismo tiempo su finalidad de dotar de mayor eficacia al acceso a los contenidos puestos a disposición del público a través de Internet (lo que, por otro lado, permite obviar una previsión de responsabilidad en el caso de que concurran circunstancias que debieran haber permitido tener conocimiento del carácter ilícito de los contenidos), así como la diligente retirada u obstaculización del acceso a esos contenidos en cuanto se tenga conocimiento efectivo de que han sido retirados o se haya impedido el acceso a ellos en el sitio de origen, o de que un tribunal u organismo administrativo haya ordenado que sean retirados o que se impida el acceso a ellos.

Desde la perspectiva del Derecho de propiedad intelectual, los actos que se benefician de la exoneración de responsabilidad son los de almacenamiento en los *proxy servers*. Entre ellos deben contarse tanto la reproducción de los contenidos como, aunque ello no resulte evidente para los usuarios, la puesta a disposición del público que entraña el mantenimiento de las correspondientes reproducciones allí almacenadas en condiciones de ser recuperadas por ellos en el lugar y en el momento que escojan. En ello, de nuevo, se puede apreciar una correspondencia entre el ámbito de esta exoneración de responsabilidad y la extensión del derecho de reproducción reconocidos a los titulares de obras y prestaciones protegidas, del que se exceptúan las que con carácter transitorio y automático se hagan en un proceso tecnológico de transmisión del art. 5.1 de la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información entre las que se entienden incluidas las copias también³⁸. Si esto hace al alcance de la exoneración de responsabilidad, en la determinación de las condiciones a que se somete, y particularmente en la relativa a la no interferencia en el empleo de tecnología apropiada para restringir el acceso sólo a los usuarios que satisfagan las condiciones fijadas al efecto por el proveedor de contenidos o para la recogida de datos sobre la utilización de los contenidos, se aprecia una obvia relación con la protección jurídica reconocida al titular de derechos de propiedad intelectual sobre información para la gestión de los derechos de los arts. 11 y 12 del WCT y de los arts. 18 y 19 del WPPT, y de los arts. 6.2 y 7 de la Directiva. Además, y como ya se ha señalado, el pro-

³⁸ Vid. Cdo. (33) de la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información, a pesar de que no parece libre de dudas el que estas copias carezcan de valor económico autónomo si se piensa en que, no siendo imprescindibles para acceder a los contenidos, la mayor rapidez de acceso que facilitan hace más competitivos a los proveedores de acceso que disponen de estos medios.

veedor de servicios de memoria *caché* queda igualmente expuesto a las acciones de cesación y de remoción cuando su conducta pueda ser considerada cooperación a la comisión de un acto de imitación desleal por parte de sus clientes y al deber de colaboración del art. 11 de la LSSI, así como a la responsabilidad dispuesta con carácter general para el caso de que se desatendan las correspondientes resoluciones judiciales o administrativas de cesación o remoción.

7.3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE EMPLAZAMIENTO

Los proveedores de servicios de emplazamiento o alojamiento de contenidos, entre los que se cuentan no sólo los proveedores de servicios de *hosting* sino también los que antes se han denominado proveedores de servicios web (como *bulletin boards, news groups, chat room operators*), se benefician igualmente de una exclusión de responsabilidad en los términos dispuestos en el art. 16 de la LSSI. El legislador español ha renunciado a la posibilidad que le brindaban el Considerando (48) y el art. 15.2 de la Directiva sobre Comercio Electrónico de exigirles una diligencia razonable en la detección y remoción de determinadas actividades ilegales o la pronta comunicación a las autoridades competentes de los contenidos ilícitos de sus clientes. En particular, la general exclusión de responsabilidad de los proveedores de servicios de emplazamiento se condiciona a que su actuación sea la propia de un intermediario, lo que se concreta en la expresa exigencia de que el cliente al que se presta el servicio en cuestión no actúe bajo su dirección o control y, no obstante el silencio guardado al respecto, al implícito requisito de que no determine de ningún otro modo los contenidos almacenados ni altere el círculo de personas a los que su cliente ha querido hacerlos accesibles; en cualquiera de estos casos, en efecto, se pierde la condición de intermediario para asumir la de proveedor de contenidos. Y, de otro lado, se condiciona, de nuevo en atención a los recursos técnicos de que dispone, a que no tengan conocimiento efectivo del carácter ilícito de los contenidos y, si lo tienen, a que los retiren o imposibiliten que pueda accederse a ellos.

Con esto último, la LSSI se separa de lo previsto en el art. 14 de la Directiva sobre el Comercio Electrónico [y también de la s. 512 (c) de la DMCA], de forma claramente favorable a los intereses de los proveedores de servicios de alojamiento y, desde la óptica ahora considerada, en contra de los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual sobre los contenidos alojados. En efecto, la Directiva establece cánones de responsabilidad distinta para los supuestos de responsabilidad en general y de responsabilidad por daños y perjuicios en particular: la exoneración de responsabilidad en general (fundamentalmente, responsabilidad penal y responsabilidad administrativa) se somete a que los proveedores de servicios de emplazamiento no tengan conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos, mientras la responsabilidad por daños y perjuicios se somete tanto a la ausencia de conocimiento real como de conocimiento de hechos y circunstancias de los que pueda seguirse su carácter ilícito, sin que

la fórmula general en la que se establece esta última condición haya sido concretada o tasada en forma alguna, y no retire ni impida el acceso a los contenidos ilícitos o infractores de los derechos de terceros. La LSSI, en cambio, ha establecido un canon único para todos los supuestos de responsabilidad (penal, administrativa y civil): conocimiento efectivo, completado con la precisión de los casos en los que se ha de entender que concurre: conocimiento de la existencia de una resolución judicial o administrativa que declare la ilicitud de los contenidos u ordene su retirada o la obstaculización de acceso a ellos (aunque el proveedor de servicios de alojamiento no fuera el destinatario de esta resolución), así como conocimiento de su ilicitud a través de los procedimientos de detección y retirada que apliquen voluntariamente o de otros procedimientos que pudieran establecerse. No existe, por tanto, una cláusula general de responsabilidad, ni tan siquiera de responsabilidad civil, por conocimiento debido en atención a los hechos y circunstancias del caso.

Sin embargo, ello no ha de impedir, a mi modo de ver, que la LSSI no satisfaga también en este caso las exigencias de fidelidad comunitaria y, tal y como repetidamente ha exigido el TJCE, pueda ser objeto de una interpretación conforme a los fines y efectos de la Directiva sobre el Comercio Electrónico. En este sentido, no puede pasarse por alto que, de conformidad con lo previsto el art. 13.2 de la LSSI, las disposiciones relativas a materia de responsabilidad de los prestadores de servicios sólo tienen la consideración de normas especiales en relación con la prestación de servicios de intermediación y que, a la luz de lo establecido con carácter general en el art. 13.1 de la LSSI, aquellos aspectos de su actividad que no consistan precisamente en la prestación de esos servicios se encuentran sometidos al régimen general de responsabilidad. Siendo esto así, no parece aventurado sostener que ante la concurrencia de conocimiento de circunstancias suficientes para revelar que la reproducción y puesta a disposición de contenidos implícitos en el acto de almacenamiento o alojamiento contraviene los derechos de propiedad intelectual de terceros, de un lado, y, de otro, la posibilidad técnica y jurídica de evitar la continuidad de esa infracción (en este sentido adviértase que no es infrecuente que las conclusiones generales de estos servicios faculden a su prestador para interrumpirlos con el fin de evitar la confusión de contenidos ilícitos, lo que a las claras evidencia verosimilitud de esa posibilidad técnica y jurídica) y, sin embargo, la pasividad en la adopción de las medidas necesarias para impedir o bloquear el acceso a los contenidos infractores constituye a estos efectos una conducta dotada de autonomía sustantiva respecto de la simple prestación de los servicios de alojamiento y, por ello, ha de ser enjuiciada con arreglo a las normas sobre responsabilidad por daños derivada de una actuación omisiva propia, en términos que parecen enteramente compatibles con los previstos en la Directiva sobre el Comercio Electrónico.

Dicho esto, sin embargo, habrá que apresurarse a advertir que la situación dista mucho de proporcionar una seguridad razonable (al menos que se opte por hacer una lectura de la LSSI directamente contraria a las exigencias de la Directiva sobre el Comercio Electrónico). Bajo este aspecto, se hace ciertamente

patente la divergencia existente entre la DMCA y la Directiva sobre el Comercio Electrónico, y por extensión la LSSI. En efecto, la DMCA ha regulado con detalle las condiciones en las que, a falta de una resolución que obligue a ello, el proveedor de servicios de alojamiento debe proceder a retirar o a imposibilitar el acceso a los contenidos infractores para conservar el beneficio de la liberación de responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados a tercero por la infracción de sus derechos de propiedad intelectual, estableciendo a tal fin el conocido como procedimiento de *notice and take down*³⁹. Por el contrario, la Directiva sobre el Comercio Electrónico ha preferido dejar de regular (y armonizar) los hechos y circunstancias que deben estimarse suficientes para revelar el carácter ilícito de unos contenidos y, por ello, la ilicitud de su almacenamiento así como para fundar la responsabilidad del proveedor de este servicio en el caso de que no los retire o impida acceder a ellos diligentemente. La cuestión ha quedado enteramente en manos de las legislaciones nacionales. En efecto, la Directiva sobre Comercio Electrónico ha confiado a los Estados miembros el establecimiento de procedimiento específicos de retirada o bloqueo de acceso a contenidos supuestamente ilícitos, a través de los cuales deban tramitarse, por tanto, los avisos de infracción para que sean eficaces, a efectos de responsabilidad, contra los proveedores de servicios (art. 14.3 *in fine* de la Directiva sobre el Comercio Electrónico). Y lo cierto es que la LSSI no regulado esta cuestión, excepción hecha de la genérica previsión de los procedimientos que al efecto puedan establecerse en el futuro que se encuentra en

³⁹ En particular, para que los proveedores de servicios de alojamiento puedan beneficiarse de las limitaciones de responsabilidad previstas deben designar un representante (cuyos datos se comunican a la *U.S. Copyright Office* y se hacen públicos en la página web del proveedor de servicios) al que los titulares de derechos de propiedad intelectual deberán dirigir las notificaciones de infracción de sus contenidos incluyendo los datos exigidos al efecto [s. 512 (c) (2) y (c) DMCA]. Recibida una de estas notificaciones, el proveedor de servicios debe proceder a retirar, necesariamente, el contenido en cuestión o bloquear su acceso. Ahora bien, y esencialmente en aras de la salvaguardia de la libertad de información, el procedimiento se completa con la previsión de la posibilidad de que el proveedor de los contenidos removidos o bloqueados realice las objeciones pertinentes y solicite que los contenidos sean repuestos. En efecto, para que el proveedor de servicios pueda exonerarse de toda responsabilidad frente a sus clientes por la retirada o bloqueo de los contenidos debida a una notificación fraudulenta o errónea es preciso que su representante transmita la notificación y comunique prontamente al cliente afectado la retirada o bloqueo de los contenidos afectados. Y no sólo eso, recibida la contranotificación (*counter notice*) que el cliente puede hacer como respuesta a la notificación del demandante, debe comunicarlo al titular de los derechos de propiedad intelectual notificante, con copia de la contranotificación, informándole de la restitución al servidor del material removido o bloqueado, en un plazo mínimo y máximo de 10 a 14 días respectivamente, a contar desde el día siguiente a la recepción de dicha contranotificación. El titular del contenido protegido deberá entablar demanda y obtener la oportuna tutela cautelar durante este plazo, si realmente desea que no se restablezca el acceso al material en cuestión [s. 512 (g) (1) en relación con s.512 (g) (2) de la DMCA]. Finalmente, y para desincentivar las notificaciones y contranotificaciones infundadas o ilegítimas, se hace responder de los daños y perjuicios que pueda sufrir el proveedor de servicios de alojamiento por estas actuaciones a cualquiera que, a sabiendas, alegue fraudulentamente la ilicitud del contenido o su errónea remoción [s.512 (f) (1) y (2) de la DMCA]. Y es lo cierto que no faltan pronunciamientos que han denegado el beneficio de la liberación de responsabilidad por daños derivados de la infracción de los derechos de propiedad intelectual al proveedor de servicios que no retiró o imposibilitó el acceso a los contenidos infractores tan pronto recibieron la notificación de su titular de acuerdo con los requisitos establecidos en la s. 512 (c) DMCA: *vid. ALS Scan, Inc. v. RemarQ Communities, Inc.*, 239 F.3d 619 (4.º Cir., Feb.6, 2001).

su art. 16.1 II y la promoción de códigos de conducta por parte de las asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores que aborden precisamente esta materia en su art. 18.1 II⁴⁰. Así las cosas, y a la vista de la innegable imprevisibilidad que hoy por hoy tienen los casos en los que, advertida de cualquier forma la eventual ilicitud del almacenamiento, la falta de retirada o bloqueo de los contenidos en cuestión pueda originar su responsabilidad, no puede desconocerse que la reacción de los proveedores de servicios de emplazamiento puede tender a ser especialmente prudente y, en consecuencia, que de ello se resienta, en última instancia, el derecho a la información, la libertad de expresión y el acceso a la cultura, a pesar de las apelaciones al respeto de estos valores en la retirada y bloqueo del acceso a los contenidos, como las expresamente recogidas en el Considerando (46) de la Directiva sobre Comercio Electrónico.

Y estos temores se hacen tanto más evidentes en cuanto se repara en la incertidumbre que, a estos efectos y como resulta del contraste con la solución de la DMCA, rodea a la relevancia que debe concederse al requerimiento presentado por quien dice ser titular de derechos de propiedad intelectual sobre los contenidos almacenados, en el que proclame la vulneración mediante el almacenamiento y exija su retirada o bloqueo, y ello no sólo desde la perspectiva de la exoneración de su responsabilidad frente al requirente, sino también de su eventual responsabilidad frente al propio cliente por causa del bloqueo o retirada de los contenidos a mero requerimiento de tercero que, posteriormente, resulte ser infundado. A mi modo de ver, no es en absoluto evidente que esta clase de requerimientos, por regla y en todo caso, procure el conocimiento efectivo ni aún constituya una circunstancia de la que necesariamente deba deducirse el conocimiento de que el emplazamiento de los contenidos vulnera los derechos de propiedad intelectual de su titular. En este sentido, debe recordarse tanto la evidente dificultad en reconocer la legitimidad y fundamento del requerimiento (si el requirente, en efecto, es titular de los derechos invocados, si el cliente carece de autorización para reproducirlos y ponerlos a disposición del público a través de Internet o se beneficia de alguna de las excepciones aplicables), como las consecuencias que, desde la perspectiva de los mencionados derechos de información, libertad de expresión y acceso a la cultura tendría el reconocimiento de una especie de *fumus boni iuris* a cualquier requerimiento privado de retirada de contenidos. De ahí que, en mi opinión, a estos requerimientos sólo debiera reconocerse la virtualidad de imponer al proveedor de servicios la comprobación de la existencia de la alegada infracción de los derechos de propiedad intelectual, y ello siempre atendiendo a su rol de mero intermediario y a los criterios o estándares de buen comportamiento o diligencia observados en el sector y, especialmente, a las obligaciones voluntariamente asumidas al respecto de forma expresa o implícita mediante las condiciones generales reguladoras de la prestación de servicios de *chat*, foros, tablonos, *hosting*..., en absoluto infrecuentes en la práctica.

⁴⁰ También la Comisión Europea parece decantarse por el desarrollo e implantación de mecanismos de autorregulación, incluida la elaboración de códigos de conducta y de líneas directas: *vid.* art. 16 de la Directiva sobre el Comercio Electrónico.].

7.4. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE HERRAMIENTAS DE BÚSQUEDA Y DE ENLACES

De la importancia de la actividad de los proveedores de servicios de herramientas de búsqueda y de enlaces en el funcionamiento y economía de Internet desde la perspectiva de la responsabilidad de los daños y perjuicios derivados de su actuación por causa de la infracción de derechos de propiedad intelectual da buena cuenta la experiencia habida ante los tribunales de los EUA en los conocidos casos presentados contra proveedores de servicios mediante los que se ponen a disposición del público sea directorios en los que se hallan enlaces sea dispositivos de búsqueda que permiten localizar y, así, obtener copias de archivos con contenidos protegidos⁴¹. Ello no obstante, no todas las iniciativas habidas en materia de responsabilidad de los proveedores de servicios han estimado conveniente regular, exonerar o limitar la responsabilidad de los proveedores de estos servicios por los daños y perjuicios derivados de las infracciones de derechos de propiedad intelectual cometidas por los usuarios de sus servicios y, en su caso, las condiciones exigibles para su aplicación. Así ha sucedido, en particular, en el caso de la Directiva sobre Comercio Electrónico, aunque en su art. 21 prevé re-examinar esta decisión a la vista de la experiencia que se adquiriera durante los tres años siguientes a su entrada en vigor.

Esta decisión, sin embargo, no ha desalentado al legislador español, que en el art. 17 de la LSSI ha dispuesto una exoneración de responsabilidad a favor de estos proveedores de servicios en términos que, en lo esencial, coinciden con los establecidos en relación con los proveedores de servicios de almacenamiento

⁴¹ Me refiero, como es obvio, a los casos que han enfrentado a la *Recording Industry Association of America* (RIAA) o a alguno de sus asociados con *MP3.com* [vid. *UGM Recordings, Inc. v. MP3. Com, Inc.*, 92 F.Supp.2d 349 (S.D.N.Y., May. 4, 2000) en el que, a pesar que el demandado exigía a sus suscriptores para poder acceder a los contenidos que, sin autorización, había reproducido en sus servidores, prueba de que habían adquirido con anterioridad el CD que solicitaban, el tribunal entendió que los demandantes estaban legitimados para «summary judgment» basada en la infracción cometida por MP3.com de sus derechos de autor; por los contenidos que, en cualquier caso, copió en sus servidor sin contar con la debida autorización y que ahora estaba «re-playing» a sus suscriptores]; *MP3Board* [vid. *Arista Records, Inc. v. Mp3Board*, WL 1997918 (S.D.N.Y.): Mp3Board, que operaba un sitio web en el que proporcionaba a los usuarios *links* conectados a copias pirata de la *Record Companies' copyrighted musical recordings*, fue demandado por infringir los derechos de propiedad intelectual bajo la teoría del *contributory* y *vicarious liability*. El tribunal, denegó, no obstante la moción «for summary judgment» presentada por ambas partes], y otros, entre los cuales merece la pena destacar el caso *Napster*: el Tribunal de Distrito de California entendió que Napster no podía beneficiarse de la exoneración de responsabilidad contenida en la DCMA, toda vez que, como proveedor de acceso, no cumplía las condiciones exigidas a estos efectos en la s. 512 (a) y (i) (A) DCMA, por lo que acabó concediendo medidas cautelares y una orden de cesación a favor de los demandantes sobre la base de que la conducta de Napster consistente, a grandes rasgos, en facilitar la transmisión y retención de archivos con contenidos protegidos, constituía una infracción (*contributory* y *vicarious liability*) de los derechos de propiedad intelectual de los demandantes [vid. *A & M Records, Inc. v Napster*, 114 F.Supp.2d 896 (N.D.Cal, Aug. 10, 2000) confirmada, en parte, por la Tribunal de Apelación del 9.º Circuito de 12-II-2001 (57 U.S.P.Q.2d 1729) que, de otro lado, ordenó al Tribunal del Distrito modificar la extensión de las medidas cautelares concedidas, lo cual se saldó, finalmente, con la confirmación de las oportunas modificaciones por el tribunal de dicho Circuito (vid. *A & M Records, Inc. v Napster, Inc.*, 284 F.3d 1091 (9.º Cir., Dec. 10, 2002).

de contenidos. De hecho, la única diferencia entre las normas que se dedican a una y otra materia consiste en la omisión de toda referencia a la condición de intermediario o a la actividad de intermediación en relación con los proveedores de servicios de herramientas de búsqueda y de enlaces. Y es lógico que así sea, pues ciertamente no se compadece con su papel: el servicio que prestan consiste precisamente en una selección, más o menos automatizada e indiscriminada (en el caso de los proveedores de herramientas de búsqueda) o personal y meditada (en el caso de los proveedores de enlaces), de los contenidos ajenos, a los que se facilita el acceso a los propios clientes a través de los servicios que se les ofrecen y prestan. En este sentido es innegable que la posición de estos proveedores de servicios se aproxima a la de los proveedores de contenidos, al tiempo que se aleja de la de los proveedores de emplazamiento.

Con todo, no puede decirse que la decisión de política legislativa que subyace al art. 17 de la LSSI resulte incompatible con la Directiva Comunitaria. De un lado, y en el plano de la acción legislativa emprendida, se trata de una materia a la que no se ha extendido la armonización comunitaria y que, por tanto, podía ser abordada por los legisladores de los Estados miembros. De otro lado, la solución incorporada por la LSSI se halla en línea con la que, en todo caso, la Comisión Europea parece haber considerado más razonable en esta materia. En efecto, no puede pasarse por alto que, entre las razones aducidas para explicar su inactividad, la Comisión Europea no dejó de advertir de lo improbable de que las legislaciones y tribunales de los Estados miembros afirmaran la responsabilidad del proveedores de herramientas de búsqueda por la prestación de estos servicios⁴². Y en este mismo sentido ha de destacarse la proximidad de la solución acogida en la LSSI con la dispuesta en para estos supuestos en la s. 512 (d) de la DCMA⁴³.

⁴² R. JULIA-BARCELÓ, «On-line Intermediary Liability Issues», 22 EIPR 2000, p. 115.

⁴³ *Vid. In re: Aimster Copyright Litigation*, cit. *supra*) el tribunal estimó, por lo que ahora interesa, que a la actividad de puesta a disposición del usuario de dispositivos de búsqueda que permitían localizar (y obtener) copias de archivos situados en los *hard drives* de otro usuario que el demandado realizaba, no podía acogerse a la exención contenida en la s. 512(d) DCMA en la medida que Aimster no cumplía con los requisitos en ella exigidos para poder gozar de tal exoneración. En particular, la ausencia de conocimiento real o efectivo de la actividad infractora y, alternatively, actuar de forma expeditiva para remover o impedir el acceso al material infractor (*vid. s. 512 (d) (1) y 512 (d) (1) (C)*), y no recibir un beneficio económico directo atribuible a dicha actividad infractora (*vid. s. 512 (d) (2)*). Por ello concedió a los demandantes la moción de medidas cautelares solicitada, por las infracciones de derechos de propiedad intelectual (*contributory y vicarious liability*) cometidas por el demandado.