

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS EN LÍNEA POR INFRACCIONES DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS

Por Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ
Profesor Ayudante de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid
ignacio.garrote@uam.es

Para Blanca

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LOS PSL POR VIOLACIONES DE LOS DERECHOS DE AUTOR. JURISPRUDENCIA Y SOLUCIONES EN EL DERECHO COMPARADO. 1. PAÍSES CON LEGISLACIÓN ESPECÍFICA: ESTADOS UNIDOS Y ALEMANIA. 1.1. *Estados Unidos.* i) *Jurisprudencia previa a la DMCA.* ii) *Legislación: La Digital Millenium Copyright Act de 1998.* 1.2. *Alemania.* i) *Jurisprudencia en torno a la responsabilidad de los PSL.* ii) *Legislación: la IuKDG de 1997.* 2. PAÍSES CON SOLUCIONES SÓLO JURISPRUDENCIALES. 2.1. *Francia.* i) *Sentencias que imponen obligaciones a los PSL* ii) *La exención de responsabilidad de los prestadores de acceso y alojamiento.* 2.2. *Bélgica y Holanda.* III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PSL EN LA U.E.: LA DIRECTIVA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO. 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS EXENCIONES DE RESPONSABILIDAD DE LOS PSL EN LA DIRECTIVA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO. 2. ACTIVIDADES DE MERA TRANSMISIÓN Y EL ALMACENAMIENTO DE COPIAS EFÍMERAS (ART. 12 DCE). 2.1. *El alcance del artículo 12 DCE.* 2.2. *Las condiciones de las exenciones: los arts. 12.1 y 12.2 DCE.* 3. LA REGULACIÓN DEL CACHING (ART. 13 DCE). 4. ALOJAMIENTO DE SITIOS WEB (ART. 14 DCE). 5. LAS LAGUNAS DEL SISTEMA DE EXENCIONES DE LA DCE. IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS PSL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. 1. CONSIDERACIONES PREVIAS Y CONCLUSIONES DERIVADAS DEL DERECHO COMPARADO. 2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE CONTENIDOS. 3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE ALOJAMIENTO PARA SITIOS WEB Y PRESTADORES DE ACCESO. 3.1. *Los prestadores de alojamiento.* i) *La responsabilidad del prestador de alojamiento por hechos propios.* ii) *La responsabilidad del prestador de alojamiento por hechos ajenos.* 3.2. *Los prestadores de acceso.* 3.3. *La ley de Prensa e Imprenta.*

I. PLANTEAMIENTO

La generalización del uso de Internet en estos últimos años ha planteado numerosos problemas al Derecho en general, y al derecho de autor en particular. Para hacer frente a dichos problemas, las instituciones, tanto nacionales como comunitarias, están elaborando una serie de normas que pretenden responder a los interrogantes que las redes digitales plantean. Una de estas normas es la recientemente aprobada *Directiva relativa a determinados aspectos jurídicos de la Sociedad de la Información, en particular el comercio electrónico en el merca-*

do interior —abreviadamente Directiva de comercio electrónico o DCE¹— que pretende regular, entre otras cuestiones, la responsabilidad de uno de los actores fundamentales en el mundo de Internet, el prestador de servicios en línea —en adelante, PSL—.

Partiendo de una premisa que a mi juicio no admite discusión, como es que en Internet juegan los derechos exclusivos de autor, es obvio que van a producirse infracciones de éstos derivadas de puestas a disposición y reproducciones no autorizadas en la Red. Es en este momento cuando el papel de los PSL cobra una importancia central.

Se trata éste de un asunto que ha suscitado hasta la fecha la mayoría de los litigios relacionados con la propiedad intelectual en Internet, tanto en los Estados Unidos² como en Europa. Los titulares de los derechos de autor han tratado de encontrar un legitimado pasivo que tuviera solvencia patrimonial suficiente, y para ello se han dirigido a los PSL³. Estos prestadores son los que proporcionan acceso efectivo a la Red a los usuarios, son identificados con mayor facilidad que un usuario individual que puede estar actuando desde un ordenador portátil en cualquier lugar del mundo o de forma anónima, y tienen los recursos patrimoniales suficientes para hacer frente a las reclamaciones pecuniarias⁴. En muchas ocasiones, los PSL van a ser ellos mismos directamente responsa-

¹ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, D.O.C.E. L 178, de 17 de julio. Los estados disponen de 18 meses para trasponer la Directiva a su derecho interno —Vid. artículo 22—. En ocasiones se harán referencias a la *Propuesta Modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior*, COM (1999) 427 final, de 1 de septiembre de 1999, —en adelante *Propuesta Modificada*—. Dicha Propuesta recoge las enmiendas presentadas por el Parlamento Europeo a la Propuesta inicial, redactada por la Comisión, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos del en el mercado interior* COM (1998) 586 final, de 18 de noviembre de 1988, D.O.C.E. C 30, de 5 de febrero de 1999, pp. 4 y ss. Aunque en la Propuesta Modificada se redactan los artículos que tratan de la responsabilidad de los prestadores de servicios exactamente igual que en la Propuesta que parte de la Comisión no ocurre lo mismo con el texto final de la Directiva, que contiene algunas variaciones con respecto a la Propuesta Modificada.

² Los juristas en los Estados Unidos han tratado de identificar un *deep pocket*, al que dirigir sus reclamaciones patrimoniales, aunque no se han limitado a los derechos de autor, sino a otros sectores del Derecho norteamericano, como la competencia desleal, el derecho de marcas, la responsabilidad por contenidos nocivos u ofensivos, etc. Para un análisis de la responsabilidad de los PSL en Estados Unidos por conceptos diferentes de la infracción del *copyright*, vid. HART, J., KOVAKA, M., ROTHBERG, M., BRELSFORD, J., WONG, N., y SILVERS, R., «Cyberspace Liability», en *Libel & Newsgathering Litigation-Getting and Reporting the News*, Practising Law Institute, Patents, Copyright, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series, 1998, núm. 523, pp. 123 a 196, donde se presta una especial atención a la figura de la *defamation*.

³ Los PLS serán normalmente personas jurídicas, pero nada obsta a que sean personas físicas, sobre todo en el caso de los BBS. En general, grandes compañías de telecomunicaciones, y pequeñas y medianas empresas que proporcionan sólo servicios de acceso pueden ser considerados como miembros destacados de este grupo. Para una caracterización de los distintos prestadores de servicios puede verse STROWEL, A., e IDE, N., «La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et question des hyperliens», *R.I.D.A.*, núm.185, julio 2000, pp. 23 a 26,

⁴ Para un análisis de los motivos por los que deben responder civilmente los prestadores de servicios en línea, Vid. VAN BOOM, W., y VAN ERP, J. «Electronic Highways on the Road to Liability», en *Emerging Electronic Highways*, coordinada por BEKKERS, V., KOOPS, B., y NOUWT, S., Kluwer Law International, La Haya, 1996, pp. 153 a 164.

bles de la infracción de los derechos de autor, por violar alguno de los derechos exclusivos al introducir obras y prestaciones protegidas en Internet.

Es necesario hacer una precisión importante: voy a utilizar las siglas PSL para referirme de un modo genérico a todos los prestadores de servicios en línea⁵ y considero irrelevante en este momento si proporcionan sólo acceso a Internet —los llamados prestadores de acceso⁶—, sólo contenidos en línea —proveedores⁷ de contenidos—, alquilan espacio para que los particulares alojen sus propios sitios *web* —prestadores de espacio *web*— o prestan los tres servicios simultáneamente⁸. En la práctica, los diferentes papeles se superponen, haciendo difícil observar estas divisiones de una forma estricta. Por ello el estudio de las diferentes responsabilidades tiene en cuenta las conductas precisas —proporcionar acceso, dar alojamiento a sitios *web* de particulares, introducir contenidos en Internet—, y no el carácter apriorístico del PSL⁹.

En cualquier caso, hay que mantener presente la *summa divisio* en este ámbito, la distinción entre los prestadores de contenidos, por un lado, y prestadores de acceso y de espacio *web* por otro. En el primer caso, el PSL tiene control total —y por tanto, responsabilidad— sobre los materiales que pone en la Red. Si con su conducta viola los derechos exclusivos de los titulares deberá responder por ello en la manera prevista por las distintas legislaciones. En cambio, en el caso de los prestadores de acceso y de espacio *web*, los PSL están actuando como meros intermediarios, y no tienen control sobre los contenidos. Es en estos supuestos donde se plantean más dudas, sobre todo en el caso de los prestadores de espacio *web*.

Y dicho esto, hay que resaltar que no nos encontramos aquí ante un problema estrictamente limitado a los de derechos de autor, sino que afecta a todas las acti-

⁵ El término es el usado en la práctica por los operadores, y ha sido recogido en alguna sentencia. Cfr. la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, de 29 de noviembre de 1999, AC 1999/2212.

⁶ En ocasiones la doctrina ha distinguido un cuarto tipo de PSL, que son las empresas de telecomunicaciones que proporcionan las infraestructuras físicas de Internet, sin proporcionar acceso. Sin embargo, parece claro que dichas empresas no son en rigor prestadores de servicios en línea, ya que no prestan servicio alguno a los usuarios.

⁷ En este caso utilizo el término de proveedor de contenidos con la intención de subrayar la introducción de obras y prestaciones protegidas en la Red, que es lo característico de dicha actividad. En ese sentido la expresión «proveedor de contenidos» me parece más expresiva y correcta en nuestro idioma que la de «prestador de contenidos».

⁸ Cfr. FEDERRATH, H., «Zur Kontrollierbarkeit des Internet», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 1999, pp. 177 y 178 y PIETTE-COUDOL, T y BERTRAND, A., *Internet et la loi*, Dalloz, París, 1997, pp. 37 a 43.

⁹ Sin embargo, aunque dicha distinción pueda parecer fácil en teoría, en la práctica no lo es tanto, como demuestra el caso norteamericano *B. Ezra. v. American On Line*, sentencia de 14 de marzo de 2000, Corte de Apelación del Décimo Circuito, disponible en <<http://www.laws.findlaw.com/10th/992068.html>>, en donde un particular, B. Ezra, reclama que unas informaciones bursátiles erróneas proporcionadas por AOL le habían causado un daño patrimonial. El Décimo Circuito rechaza la pretensión, puesto que aunque AOL había borrado las informaciones incorrectas —que en realidad eran suministradas por dos empresas subcontratadas— su actividad se limitaba al mero acceso, y no puede entenderse que ha suministrado contenidos en el sentido de la *Communications Decency Act*.

vidades que se realizan en el entorno en línea¹⁰. Podemos identificar al menos tres grandes fuentes de responsabilidad civil extracontractual en Internet¹¹: las violaciones de los derechos de autor; las intromisiones en los derechos al honor; a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y los daños provocados por proporcionar información en línea inadecuada o incorrecta¹². Por este carácter «horizontal» de la determinación de la responsabilidad de los PSL, la Comisión de la UE señaló la conveniencia para el mercado único de que se aborde de una manera global —no sólo respecto de las violaciones de los derechos de autor¹³—. En consecuencia, la Directiva de comercio electrónico ha seguido esta misma línea, adoptando una solución global para afrontar la cuestión de la responsabilidad extracontractual de los PSL con independencia de la fuente de la misma.

Pese a que estimo que el método propuesto por la Comisión para afrontar el problema¹⁴ —es decir, una aproximación «horizontal»— puede ser adecuado desde un punto de vista de política legislativa¹⁵ a efectos dogmáticos es posible deslindar y configurar cada una de estas responsabilidades de manera diferenciada, con las inevitables conexiones existentes entre todas ellas. El ámbito de mi estudio de Derecho Comparado va a ser únicamente el de la responsabilidad civil extracontractual motivada por violaciones de los derechos de autor; aunque al referirme a la DCE las conclusiones sean válidas para el resto de ámbitos, al menos desde el punto de vista del Derecho Comunitario.

¹⁰ Naturalmente en la Red también hay conductas que pueden entrañar responsabilidad penal, en el campo del derecho de autor y en casos de pornografía infantil y distribución de propaganda xenófoba y racista, cuestiones que no van a ser tratadas en el presente trabajo. Sobre la distribución de pornografía infantil en la Internet, *vid.* CAMPOLO, J., «Childporn.GIF: Establishing Liability for On-Line Service Providers», *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, núm. 6, 1997, pp. 721 a 780 y CADEN M., y LUCAS, S., «Accidents on the Information Superhighway: On-Line Liability and Regulations», *Richmond Journal Law & Technology*, vol. 2, 1996, pp. 1 a 103. Dentro del Derecho Privado, también pueden darse casos de responsabilidades por competencia desleal e infracción del derecho de marca, sobre todo mediante el establecimiento de enlaces. Aunque parezca algo obvio, no está de más recordar que toda persona es responsable de lo que dice y hace mediante Internet de la misma manera que lo es de las conductas realizadas usando medios analógicos como el teléfono, el telegrama, la radio o la televisión.

¹¹ *Vid.* sobre la responsabilidad de los PSL en general, MAGNI, S., y SPOLIDORO, M., «La responsabilità degli operatori in Internet: Profili interni e internazionali», *Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1997, pp. 96 a 127.

¹² Es habitual en muchas páginas web incluir cláusulas de exención de responsabilidad con el objeto de advertir a los usuarios de que la información obtenida no tiene necesariamente que ser correcta. Un ejemplo de dichas cláusulas es el contenido en la página web de la Comisión de la U.E., disponible en <http://europa.eu.int/geninfo/disclaimer_es.htm>. Hasta qué punto estas cláusulas son efectivas sería sin embargo objeto de una discusión más detenida que no es posible abordar en este momento.

¹³ *Cfr.* REINBOTHE, J., «Der EU-Richtlinientwurf zum Urheberrecht und zu den Leistungsschutzrechten in der Informationsgesellschaft», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 1998, p. 436.

¹⁴ Al contrario que en los Estados Unidos, que por medio de la DMCA han adoptado el llamado enfoque «vertical», tratando de forma separada los distintos conceptos por los cuales los PSL pueden ser civilmente responsables. La DMCA sólo se refiere a violaciones de derechos de autor; y no a otras cuestiones como la difusión de pornografía infantil o las intromisiones en el derecho al honor o a la intimidad.

¹⁵ A favor de la opción escogida por el legislador europeo, *vid.* JULIÀ-BARCELÓ, R., «On-line Intermediary Liability Issues: Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks», *E.I.P.R.*, 2000, p. 108. En contra, *vid.* la postura de LUCAS, A., *Droit d'auteur et numérique*, *op. cit.* pp. 291 y 292, señalando que este modo de legislar, aunque favorece la seguridad jurídica y los cálculos de riesgos a

II. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LOS PSL POR VIOLACIONES DE LOS DERECHOS DE AUTOR. JURISPRUDENCIA Y SOLUCIONES EN EL DERECHO COMPARADO

Los dos problemas fundamentales a los que todos los ordenamientos deben responder son, en primer lugar, determinar si un PSL debe responder desde el punto de vista patrimonial por las conductas ilícitas de los usuarios que utilizan sus servicios, y, en segundo término, en qué medida deben responder los PSL por los contenidos que ellos mismos facilitan o introducen en Internet.

Es necesario tener en cuenta que ésta es una cuestión delicada, ya que es necesario encontrar un equilibrio adecuado entre los intereses de los titulares de derechos, los usuarios y los PSL¹⁶. Una carga excesiva de responsabilidad puede ralentizar considerablemente el desarrollo de Internet, debido al temor de los PSL a incurrir en gastos no previsibles¹⁷, mientras que una total exención de responsabilidad perjudicaría gravemente a los derechohabientes, ya que en muchas ocasiones el PSL es la parte mejor colocada para prevenir y detener eficazmente las actividades ilícitas de los usuarios de la Red¹⁸. Otra cuestión a la cual los legisladores deben enfrentarse necesariamente es si los PSL deben responder con un estándar de responsabilidad objetiva¹⁹ o subjetiva, ya que de esta primera elección derivan las matizaciones posteriores²⁰.

los PSL, ignora las diferencias existentes entre, por ejemplo, difundir pornografía infantil y hacer respetar los derechos de autor y derechos afines. Además, y esto es lo realmente relevante, se establecen dos estándares de responsabilidad para los intermediarios, según estén actuando en el entorno en línea o fuera de él, sin que se justifique suficientemente esta discriminación. En ese mismo sentido, los titulares de derechos de autor han manifestado su temor a que el estándar elegido sea demasiado poco exigente, y no tenga en cuenta las especialidades del derecho de autor. Cfr. JULIÁ-BARCELÓ, J., «Liability for On-line Intermediaries. A European Perspective», *E.I.P.R.*, 1998, p. 459.

¹⁶ Como ha señalado KOSTYU, los derechohabientes no van a explotar sus obras a través de Internet si no tienen algún modo de controlarlas efectivamente. Desde el punto de vista contrario, debe asegurarse que no se penalice a los PSL, que hacen posible que Internet sea accesible al público en general, con los beneficios que eso supone. Cfr. KOSTYU, J., «Copyright Infringement on the Internet: Determining the Liability of Internet Service Providers», *Catholic University Law Review*, vol. 48, 1999, p. 1.241

¹⁷ Para un análisis del riesgo de que una prematura y excesiva atribución de responsabilidad acabe con la explosión de Internet, vid. LEVI, J., «Will On-Line Service Provider Liability Unravel the Web?», en *Technology Licensing and Litigation 1996*, Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series, núm. 477, 1997, pp. 547 a 567.

¹⁸ Para un análisis de *lege ferenda*, vid. OMAN, R., «The Need for Shared Liability on the Internet», *Copyright Bulletin*, vol. 32, 1998, pp. 27 a 34 y MIYASHITA, Y., «Responsibilities of Network Operators», en *SOFTIC International Symposium'95: Problems of Intellectual Property Rights in the Context of Information Networks*, Tokio, 1995, pp. 349 a 361.

¹⁹ La asunción de una responsabilidad objetiva lleva naturalmente aparejado el establecimiento de un sistema de seguros obligatorios.

²⁰ Para un análisis completo de Derecho Comparado, vid. BORTLOFF, N., «Die Verantwortlichkeit von online-Diensten. Ein Überblick über den internationalen Diskussionsstand in den USA, Kanada, Australien, Grossbritannien, Frankreich, der Schweiz und Deutschland», *G.R.U.R. Int.*, 1997, pp. 387 a 401.

El asunto de la responsabilidad de los PSL fue objeto de un intenso *lobbying* en los trabajos de la Conferencia Diplomática de la OMPI de diciembre de 1996²¹ que concluyó con la adopción del Tratado de Derecho de Autor²² —en adelante TDA— y del Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas²³ —TIEF—.

Pese a los numerosos debates y presiones, no fue posible alcanzar un acuerdo para incluir un artículo específico en el texto de los Tratados²⁴. Sin embargo, en la Declaración Concertada relativa al artículo 8 del TDA, se dice que: *Queda entendido que el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación en el sentido del presente artículo o del Convenio de Berna. También queda entendido que nada de lo dispuesto en el Artículo 8 impide que una Parte Contratante aplique el artículo 11 bis 2*. Aunque esta Declaración tuvo el valor práctico de calmar las dudas de los representantes de las compañías de telecomunicaciones, su virtualidad práctica es escasa, ya que en ningún caso se ha planteado que la mera provisión de instalaciones físicas sea *per se* una violación de los derechos de autor²⁵.

Por tanto, la cuestión ha quedado en manos de los distintos legisladores nacionales, cuyas distintas soluciones a este problema vamos a abordar a continuación. Para una mayor claridad en la exposición se van a distinguir los países en los que ya existe legislación al respecto, que exime de responsabilidad a los PSL si su actividad reúne ciertas condiciones, de aquellos en los que las soluciones están llegando por el momento por la vía jurisprudencial²⁶, sin que exista una ley específica para regular la responsabilidad de los PSL en Internet²⁷.

²¹ Los PSL se agruparon en torno a la *Alliance for the Digital Future*, organización que, como señala LÜHR, bajo el pretexto de defender la posición de los usuarios en realidad trataba de conseguir a toda costa una limitación en la responsabilidad de los PSL. Cfr. LÜHR, R., «Neue EU-Richtlinie sichert Urheberrechte», disponible en <<http://www.igmedien.de/publikationen/m/1998/04/36.html>>.

²² Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor de 20 de diciembre de 1996.

²³ Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas de 20 de diciembre de 1996.

²⁴ Esta cuestión junto, con un Tratado sobre las bases de datos y otro sobre los derechos de los artistas intérpretes en el sector audiovisual son las prioridades de la OMPI en el corto plazo.

²⁵ Cfr. LUCAS, A., *Droit d'auteur et numérique*, op. cit., p. 285. El problema se plantea por la posible colaboración o grado de implicación que tengan en las actividades de los usuarios.

²⁶ Se van a tratar solamente las soluciones jurisprudenciales más relevantes en los países de nuestro entorno. Para una panorámica de la situación en Australia, vid. el caso *Telstra Corporation Ltd, v. Australasian Performing Right Association Ltd*, sentencia de la *High Court* de agosto de 1997, comentada en McMILLAN, F., y BLAKENEY, M., «The Internet and Communications Carriers' Liability», *E.I.P.R.*, 1998, pp. 52 a 61. Respecto de la situación en Canadá puede verse COTE, M., «La responsabilité des intermédiaires à l'égard des violations de droit d'auteur comises pour des tiers sur l'Internet», *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, vol. 10, 1998, pp. 359 a 404.

²⁷ Puede sorprender la ausencia del Reino Unido de la lista. Sin embargo, ésta se explica por el hecho de que no existe legislación especial acerca de la responsabilidad de los PSL en materia de derecho de autor y no tengo noticia, hasta la fecha, de caso alguno en el que se haya planteado la responsabilidad del los PSL en el Reino Unido por violaciones de los derechos de autor. BORTLOFF ha sugerido la posibilidad de que los PSL pudieran acogerse a la excepción prevista en la § 7.2. e) de la CDPA, que excluye del concepto de «servicio de programación por cable» a los actores que simplemente proporcionan la infraestructura para el servicio —Cfr. BORTLOFF, N., «Die

1. PAÍSES CON LEGISLACIÓN ESPECÍFICA: ESTADOS UNIDOS Y ALEMANIA

1.1. *Estados Unidos*

i) *Jurisprudencia previa a la DMCA*

En los Estados Unidos han sido varios los casos en los que los jueces se han planteado la cuestión de establecer la responsabilidad de los PSL por violaciones de los derechos de autor, aunque sus enseñanzas y conclusiones no siempre sean válidas en los ordenamientos inspirados en la tradición del derecho de autor. En general, los tribunales norteamericanos han tenido dificultades en aplicar los principios tradicionales del *copyright* y las distintas teorías sobre responsabilidad al entorno en línea, con decisiones contradictorias.

Existen dentro de la jurisprudencia norteamericana varios grupos de casos, siendo una primera línea la que analiza la responsabilidad de los PSL sobre los contenidos que ellos mismos ponen a disposición de los usuarios, o cuando facilitan o colaboran activamente en las violaciones de los derechos de autor que comenten los usuarios. De manera generalizada, los jueces y tribunales han apreciado la existencia de *direct infringement*²⁸ en estos casos por parte del PSL, que tiene un control directo —y por tanto una responsabilidad directa— sobre

Verantwortlichkeit von Online-Diensten. Ein Überblick über den internationalen Diskussionsstand in den USA, Kanada, Australien, Grossbritannien, Frankreich, der Schweiz und Deutschland», *op. cit.*, p. 396—. Si existe, sin embargo, legislación especial en materia de protección al honor, pues la *Defamation Act* de 1996 ha incluido una enmienda denominada de «comunicación inocente», que protege a los PSL cuando no conocen que sus instalaciones se utilizan para publicar material difamatorio. El criterio de atribución de la responsabilidad es que el PSL debe tener una diligencia razonable respecto de los contenidos publicados. Cfr. GARDRAT, A., «Current European Internet Law: Emerging Legal Issues», *Cable TV and New Media Law and Finance*, vol. 16, núm. 8, octubre de 1998, p. 4. Existe ya un caso que aplica la *Defamation Act* en Internet, como es *Laurence Godfrey v. Demon Internet*, sentencia de 26 de marzo de 1999, *High Court, Queen's Bench Division*, cuyo extracto y *ratio decidendi* está disponible en <http://www.droit-technologie.org/2_1.asp?actu_id=175117862&month=4&year=1999>.

²⁸ Los conceptos norteamericanos de *direct infringer*, *contributory liability* y *vicarious liability* no tienen un equivalente exacto en nuestro Derecho, ya que son construcciones de la jurisprudencia de aquel país. A grandes rasgos, el *direct infringer* es la persona que tiene una participación activa y directa en la violación de los derechos de autor, o bajo cuyo control y responsabilidad se realizan las actividades ilícitas. La *contributory liability* no aparece en la *Copyright Act* pero ha sido desarrollada en la jurisprudencia y supone una acción propia, que consiste en inducir, causar o proporcionar los medios adecuados para la comisión del ilícito a otra persona, con conocimiento de sus actividades —en nuestro derecho sería considerado un corresponsable— mientras que la *vicarious liability* contempla supuestos de responsabilidad en los que se responde por la falta de diligencia en el control de hechos de otras personas, siempre que se tenga el derecho y la capacidad de supervisar las actividades del infractor —se trata, en líneas generales de una responsabilidad directa por hechos de otro en una línea parecida a la del artículo 1903 del Código Civil— y además tenga un interés económico directo en las actividades ilícitas. La doctrina de la *vicarious liability* tiene sus orígenes en casos de responsabilidad de arrendadores y dueños de locales públicos. Sobre el funcionamiento de estos conceptos en el entorno en línea, *vid.* DELTA, G. y MATSUURA, J., *Law of the Internet*, Aspen Law and Business, Nueva York, 1998, pp. 5-25 a 5-30 y KOSTYU, J., «Copyright Infringement on the Internet: Determining the Liability of Internet Service Providers», *op. cit.*, pp. 1.243 a 1.246. Para una comparación entre los conceptos norteamericanos y la responsabilidad civil en el derecho de autor continental *vid.* MARZANO, P., «Sistemi antico-

los materiales colocados en línea. También se suele rechazar el juego de la excepción de uso lícito²⁹ —*fair use*—, ya que mediante la puesta de obras y prescripciones protegidas en Internet se afecta gravemente el mercado potencial de la obra protegida³⁰.

A este primer grupo pertenecen tres casos principales: *Playboy v. Frena*³¹, *Sega v. Maphia*³² y *Playboy v. Russ Hardenburgh*³³, aunque mientras en *Playboy v. Frena* se considera al operador como *direct infringer*, porque es él mismo quien digitaliza los contenidos y los pone en Red, en *Sega v. Maphia* se considera que ha incurrido en *contributory liability*, ya que eran los usuarios realmente los *direct infringer*, mientras que la actividad de *Maphia* se limitaba a consentir las reproducciones ilegales y a proporcionar los medios técnicos para hacerlas³⁴. En tercer lugar —y contradictorio con los anteriores— se encuentra *Playboy v.*

piaggio, tatuaggi elettronici e responsabilità on line: Il diritto d'autore risponde alle sfide di internet», *Diritto di autore*, 1998, pp. 152 a 160.

²⁹ Vid. § 107 de la *Copyright Act*. Para un análisis del *fair use* en casos relacionados con PSL, *vid.* BALLON, I., «Pinning the Blame in Cyberspace: Towards a Coherent Theory for Imposing Vicarious Copyright, Trademark, and Tort Liability for Conduct Occurring Over the Internet», *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, núm. 18, 1996, pp. 737 a 740.

³⁰ La doctrina del *fair use* —o *fair dealing*, en su formulación inglesa y australiana— es la excepción principal en el derecho anglosajón. Su juego depende de cuatro factores, que deben ser analizados caso por caso por el juez. Dichos factores son, de manera muy resumida, el carácter del uso de la obra, con una especial consideración a si el uso es comercial o educativo; en segundo lugar, la naturaleza de la obra protegida, siendo más difícil que la excepción juegue cuando en la obra existen grandes dosis de ficción; el tercer factor es la cantidad de la obra copiada, y su carácter esencial en relación con el total de la misma y. Finalmente, se ha de considerar el efecto del uso de la obra respecto de su mercado potencial. Este cuarto factor es el decisivo con frecuencia en la jurisprudencia.

³¹ *Playboy Enterprises, Inc., v. George Frena, Techs Warehouse BBS Systems and Consulting y Mark Dyess*, sentencia de 9 de diciembre de 1993, *U.S. District Court* —M.D. Florida—, 839 *F. Supp.*, pp. 1252 a 1563. Un operador comercial de BBS, dirigido por George Frena, pone en Internet 170 reproducciones digitales de fotografías publicadas en *Playboy*, que los usuarios pueden «bajarse» libremente. Para el Tribunal, la actividad de *Frena* es equivalente a la de «proporcionar un producto». No existe una posible excepción de *fair use*, ya que el análisis de los cuatro factores de la § 107 de la *Copyright Act* es desfavorable al demandado, que con su actividad ha perjudicado el mercado potencial de *Playboy*. También se condena al operador de BBS por infracción del derecho de marcas y por competencia desleal. Hay que resaltar que no se tiene en cuenta la actitud diligente de *Frena*, que inmediatamente retiró las fotografías y empezó a revisar los contenidos que circulaban por sus ordenadores. Para un análisis detallado del caso, *vid.* TICKLE, K., «The Vicarious Liability of Electronic Bulletin Boards Operators for the Copyright Infringement Occurring on Their Bulletin Boards», *Iowa Law Review*, vol. 80, 1995, pp. 391 a 418.

³² *Sega Enterprises Ltd v. Maphia y otros*, sentencia de 18 de diciembre de 1996, *U.S. District Court*, —N.D. California—, 948 *F. Supp.*, pp. 923 a 941. La empresa *Sega* demanda a *Maphia*, un conjunto de operadores comerciales de BBS en donde los usuarios intercambiaban videojuegos protegidos. Como en *Playboy v. Frena*, también se condena por infracción del derecho de marca y competencia desleal.

³³ *Playboy Enterprises Inc., v. Russ Hardenburgh Inc.*, sentencia de 25 de noviembre de 1997, *U.S. District Court*, —N.D. Ohio—, 982 *F. Supp.*, pp. 503 a 515. Se plantea de nuevo el caso de unas fotografías que son colocadas por un BBS en su servidor. En enero de 1993, el servidor contenía unos 40.000 ficheros GIF, con imágenes «escaneadas», provenientes entre otras fuentes, de *Playboy*. Los usuarios pagaban una cantidad por tener acceso a este material.

³⁴ El caso era bastante claro, por cuanto *Maphia* activamente animaba a los usuarios a la copia, proporcionando un mapa del sitio para identificar y localizar más fácilmente los videojuegos. Hay

Russ Hardenburgh, en donde el operador de un BBS³⁵ es considerado responsable tanto por *direct liability*, como por *contributory liability*, ya que se considera que claramente ha inducido con algo más que un papel meramente pasivo³⁶ las infracciones que los usuarios realizan descargando las copias no autorizadas³⁷ mediante la provisión de alojamiento y la atracción de infractores potenciales.

Más problemas interesantes presenta una segunda línea de jurisprudencia, encabezada por *Religious Technology Center v. Netcom On-line*³⁸ —caso *Netcom*—, que despertó un inusitado interés en la doctrina de los Estados Unidos³⁹. En este

que destacar que no era *Maphia* el que directamente colocaba los videojuegos en el servidor, sino los propios usuarios, que ponían sus copias personales en el BBS.

³⁵ Los BBS—*Bulletin Board Systems*—son pequeños sistemas informáticos que mediante un módem y un ordenador personal se convierten en prestadores de ficheros para otros usuarios, que descargan las obras que se encuentran «expuestas» y a disposición de los abonados. En la actualidad, muchos de estos BBS han pasado a integrarse en la estructura de Internet, aunque con un carácter cerrado. Actúan como «patios virtuales» a los que sólo se puede acceder si media una relación de confianza con el operador del BBS o *master*. Cfr. MATIMA, L., «Trademarks, Copyrights and the Internet», en *Trademarks, Copyrights, and Unfair Competition for the General Practitioner and the Corporate Counsel*, ALI-ABA Course of Study núm. 68, 1998, p. 288.

³⁶ El operador del BBS tenía un control mínimo sobre los materiales que ponía en línea, con el único objeto de evitar la aparición de material pornográfico. Es común en estos casos que los usuarios actúen de manera anónima, con lo que es absolutamente necesario para los titulares de derechos acudir a otros legitimados pasivos para resarcir sus pérdidas. Para un análisis de los problemas que los servicios de BBS y las listas de correo anónimas presentan al derecho de autor, *vid.* STOCKTON, M., «Protecting Copyrights in Cyberspace: Holding Anonymous Remailer Services Contributorily Liable for Infringement», *Thomas M. Cooley Law Review*, vol. 14, 1997, pp. 317 a 349.

³⁷ Un caso similar a los anteriores, aunque fue finalmente resuelto por un acuerdo extrajudicial fue *Frank Music Corp. v. CompuServ*, demanda de 19 de noviembre de 1993, núm. 93 Civ. 8153, *U.S. District Court*, —S.D. Nueva York—. Este caso es el primero que aborda el problema de la música digital en Internet. *Frank Music* demanda a *CompuServe* porque en los BBS que esta empresa mantenía —pero no controlaba— los usuarios colocan copias en formato digital de más de 500 obras musicales cuyos derechos pertenecen a los actores, entre ellas la famosa *Unchained Melody* de los *Righteous Brothers*. *Vid.* el análisis de la demanda en PINK, A., «Copyright Infringement Post Isoquant Shift: Should Bulletin Board Services Be Liable?», *UCLA Law Review*, vol. 43, 1995, pp. 609 y 610.

³⁸ *Religious Technology Center y otro v. Netcom on-line Communication Services, Inc.*, y otros, sentencia de 21 de noviembre de 1995, *U.S. District Court*, —N.D. California—, 907 *F. Supp.*, pp. 1361 a 1382. *Netcom On-line*, una de las mayores compañías de telecomunicaciones de los Estados Unidos, presta sus servicios a un BBS —que no tiene conexión directa a Internet— que conduce un grupo de noticias USENET —<alt.religion.scientology>— dedicado al intercambio de opiniones sobre asuntos religiosos. Dennis Erlich, un ex-miembro de la Iglesia de la Cienciología, inserta un mensaje en el que, además de consideraciones críticas hacia la Iglesia de la Cienciología se acompañan —sin autorización de los titulares— algunas obras de Ron Hubbard, el fundador de la misma. Las obras pueden ser luego descargadas por otros usuarios de USENET. La Iglesia contacta con Erlich, el BBS y *Netcom*, solicitando la retirada del material protegido, y en el caso de *Netcom*, que impida a Erlich el acceso a la red a través de sus sistemas. *Netcom* no retira el material, alegando que es imposible revisar todos los mensajes o suspender el servicio por un solo usuario. Finalmente, al cabo de once días, las obras de Hubbard son borradas de la memoria del servidor Usenet de *Netcom*, que renueva los mensajes de manera automática cuando se alcanza un cierto número de ellos —dicho plazo fue de tres días en el caso del BBS, que gestiona un particular llamado Klemsrud desde su propia casa—.

³⁹ *Vid.* el trabajo de BALLON, I., «Intellectual Property Protection and Related Third Party Liability», en *First Annual Internet Law Institute*, Practicing Law Institute, Patents, Copyrights, Trademark and Literary Property Course Handbook Series, núm. 482, 1997, pp. 559 a 663 y de un modo más

grupo de casos la característica común es que los PSL actúan como genuinos intermediarios prestando espacio *web* o mero acceso a los usuarios, sin tener por tanto control alguno sobre los materiales. Aunque se suele entender —salvo en *Playboy v. Webbworl*⁴⁰— que no pueden ser considerados *direct infringer*⁴¹, los jueces han considerado en algún caso a los PSL responsables —y por tanto obligados a indemnización pecuniaria— de acuerdo a las otras dos teorías de responsabilidad.

En *Netcom*, el PSL no tiene ninguna participación activa en la violación de derechos fuera de la mera provisión de alojamiento de un grupo de noticias creado y gestionado por un tercero que contiene reproducciones no autorizadas que el público puede a su vez copiar. El juez exime a *Netcom* de responsabilidad en los conceptos de *direct liability*⁴² y *vicarious liability*⁴³, rechazando tanto que *Netcom* haya efectuado él mismo reproducciones no autorizadas como que haya actuado como distribuidor⁴⁴. Sin embargo, plantea la posibilidad de que el PSL pueda responder por *contributory liability*, ya que ha contribuido a la violación de los derechos proporcionando los medios técnicos y las instalaciones adecuadas a los usuarios de sus servicios. El PSL será responsable⁴⁵ si sabía o debía saber que los suscriptores del grupo de noticias estaban llevando a cabo actividades que suponían infracción de los derechos patrimoniales. Finalmente las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial para resolver la disputa, con lo que el caso quedó sin una solución definitiva⁴⁶, provocando una

general FRANK, K., «Potential Liability on the Internet», en *Cable Television Law 1996*, Practising Law Institute, Patents, Copyrights, Trademark and Literary Property Course Handbook Series núm. 437, 1996, pp. 417 a 465.

⁴⁰ *Playboy v. Webbworl*, U.S. District Court, —N.D. Texas—, 991 F. Supp., pp. 543 y ss, reseñado en ROSEMBERG, O., «Liability of Internet Providers in the Framework of the U.S. Digital Millennium Copyright Act.», *Kommunikation & Recht*, 1999, p. 401. La empresa *Webbworl* es la operadora de un sitio web en donde se mostraban reproducciones digitales de fotografías de la revista *Playboy*. Las imágenes, sin embargo, no eran «escaneadas» por *Webbworl* sino por los usuarios, que las enviaban a su página web.

⁴¹ Los *direct infringer* son los usuarios que ilegalmente reproducen y distribuyen las obras protegidas usando los medios técnicos que el PSL pone a su disposición.

⁴² Pese a las reproducciones efímeras que se producen en el servidor de *Netcom* el juez Whyte exige un elemento volitivo ausente en el caso de *Netcom*, que hace que estas copias mecánicas no sean argumento suficiente para una responsabilidad por *direct infringer*. Cfr. ROJAS, J., «Liability of ISPS, Content Providers and End-Users on the Internet», *18th Annual Institute of Computer Law*, 1998, p. 1020.

⁴³ Para un análisis detallado de la responsabilidad por este concepto en el caso *Netcom*, Cfr. SHULMAN, M., «Internet Copyright Infringement Liability: Is an OnLine Access Provider More Like a Landlord Or a Dance Hall Operator», *Golden State University Law Review*, vol. 27, 1997, pp. 589 a 598.

⁴⁴ El juez estimó que el PSL meramente almacena los mensajes e indiscriminadamente los transmite, con lo que su actividad no es análoga a la de un distribuidor tradicional.

⁴⁵ A partir de este caso, muchos prestadores en los Estados Unidos incorporan una cláusula en sus contratos que les habilita para interrumpir el servicio si el usuario pone materiales en Internet sin la licencia de su titular. Cfr. SCHLOSSBERG, R.; ZOTTOLA, A., y D'ANDREA, E., «Avoiding Intellectual Property Liability», *Practising Law Institute, Patents, Copyrights, Trademark and Literary Property Course Handbook Series*, núm. 526, 1998, p. 165.

⁴⁶ Mediante el acuerdo extrajudicial suscrito con la Iglesia de la Cienciología de agosto de 1996, *Netcom* se compromete a adoptar unas cláusulas contractuales —*Netcom Terms*— que sus usuarios tendrán que suscribir a partir de ese momento si quieren disfrutar de sus servicios, con unas cláusulas muy detalladas en cuanto a los procedimientos de notificación.

gran incertidumbre entre la comunidad de prestadores de servicios en línea. En *Playboy v. Webworld* se entiende que el operador del sitio web es *direct infringer* —además de responder en concepto de *contributory liability*— a pesar de que eran los usuarios, y no *Webworld*, los que introducían las imágenes en el sitio web. Se entiende que el mero hecho de alojar los contenidos ilícitos de terceros supone una infracción del derecho de reproducción.

La situación empeoró para los PSL con *Marobie v. National Assotiation of Fire Equipment Distributors*⁴⁷. Aunque debido a la falta de supervisión o control de las actividades de los usuarios no se aprecia la existencia de *contributory liability* o *direct liability*⁴⁸, sin embargo del análisis de la *vicarious liability* se desprende, *sensu contrario*, que un PSL será declarado responsable si se beneficia económicamente de las actividades infractoras⁴⁹.

Es relevante observar que aunque la perspectiva de afrontar cierto grado de responsabilidad por violaciones de derechos de autor no resultaba tranquilizadora para el sector de las compañías de telecomunicaciones, éstas pueden calcular mejor los riesgos que tiene entrar en el negocio si se las exime de responsabilidad directa —como en *Netcom* y *Marobie*— y se pone el acento en la diligencia a la hora de retirar el material pirata, cuestión ésta relativamente sencilla de controlar. En ese sentido presionaron ante el Congreso norteamericano —una vez que comprobaron que una exención total de responsabilidad no era viable en la práctica⁵⁰— para que se regulase la cuestión de acuerdo a criterios claros⁵¹. Fruto de esas presiones es la regulación contenida en la *Digital Millenium Copyright Act* —DMCA—.

⁴⁷ *Marobie-FL, Inc., v. National Assotiation of Fire Equipment Distributors* —NAFED— y *Northwest Nexus Inc.*, sentencia de 13 de noviembre de 1997, *U.S. District Court*, —N.D. Illinois—, disponible en la base de datos LEXIS, con la referencia LEXIS 18764. La NAFED adquirió un *clip art* —imágenes fijas digitales, generalmente creadas con ayuda de programas de ordenador— cuyos derechos pertenecían a *Marobie* de una fuente desconocida y lo colocó en su servidor web, sin que el PSL que daba servicio a NAFED, *Northwest Nexus Inc.*, tuviera ninguna relación con el asunto, más allá de que eran sus servidores los utilizados para las operaciones de carga y descarga. NAFED es considerado *direct infringer*, por haber introducido una reproducción pirata en su página web.

⁴⁸ Se extiende la exención de responsabilidad como *direct infringer* del PSL presente en *Netcom* también en el caso en el que éste proporciona alojamiento de páginas web a terceros y no sólo cuando está actuando de mero proveedor de acceso como en *Netcom*.

⁴⁹ Esto no era así en el caso concreto, ya que el PSL no obtenía beneficio alguno por las actividades de NAFED. Como se ve, aunque el supuesto de hecho es similar, la solución es diferente a la de *Netcom*.

⁵⁰ En un principio los PLS trataron de buscar una analogía de su actividad con la del arrendador de un inmueble, que no es responsable de las infracciones de derechos de autor que cometen los arrendatarios. Cfr. RAVN, M., «Navigating Terra Incognita: Why the Digital Millenium Copyright Act Was Needed to Chart the Course of Online Service Provider Liability for Copyright Infringement», *Ohio State Law Journal*, 1999, p. 776.

⁵¹ Dicha preocupación también estaba presente en la doctrina, y autores como BEAMS consideran que la DMCA era un paso necesario para dotar de seguridad jurídica que no podía alcanzarse por la vía jurisprudencial. Cfr. BEAMS, C., «The Copyright Dilemma Involving Online Service Providers: Problem Solved...for Now», *op. cit.*, 1999, p. 831.

ii) *Legislación: La Digital Millenium Copyright Act*

En una primera aproximación pre-legislativa al problema de la responsabilidad de los PSL, el *White Paper*⁵² había defendido que éstos debían responder por las infracciones del *copyright* que cometieran los usuarios⁵³ y adoptar un papel activo en la supervisión de contenidos en la Red, lo que provocó una gran conmoción en el sector y en la doctrina⁵⁴. El argumento decisivo para sus redactores era que la responsabilidad por infracciones de los derechos de autor era un coste que tenían que asumir los actores involucrados en el sector de los negocios en línea⁵⁵. Posteriormente, a raíz de los casos *Netcom*, *Marobie*, *Sega* y de un caso fuera del contexto de Internet —*Fonovisa, Inc., v. Cherry Auction, Inc.*⁵⁶— se sucedieron diversos intentos legislativos para clarificar la responsabilidad de los PSL respecto de sus ac-

⁵² Cfr. el informe estadounidense del *Working Group on Intellectual Property Rights*, presidido por LEHMAN, B., «Intellectual Property and the National Information Infrastructure», septiembre de 1995.

⁵³ Notablemente, bajo la teoría de *vicarious liability*, de la misma manera que los dueños de los locales son considerados responsables si grupos de música que actúan en directo en dichas salas ejecutan públicamente obras sin autorización de los titulares de los derechos de autor, ya que de lo contrario la posición de los autores se vería muy debilitada en el entorno digital. Los PSL, que son responsables *prima facie*, sólo pueden exonerarse si activamente supervisan y actúan ante las actividades infractoras —Cfr. *White Paper*, *op. cit.* pp. 116 y 117—. En contra, la opinión del Informe encargado por el Gobierno canadiense, en donde se defiende que los PSL deben quedar exentos de responsabilidad si prueban que ni conocían ni podían conocer las actividades ilícitas —que es el criterio actual de la *Copyright Act* canadiense—, y además —y ésta es la reforma propuesta en el Informe—, prueban que han tomado una medidas adecuadas para limitar las violaciones de derechos de autor que conoce —Cfr. *Copyright and the Information Highway. Final Report of the Subcommittee on Copyright*, disponible en <<http://www.emp.ca/ca/open-gov/nabst.html>>, p. 18.

⁵⁴ Para una crítica de las opiniones vertidas en el *White Paper*, en especial en el caso de la responsabilidad de los PSL, *vid.* SMIRNOFF, G., «Copyright on the Internet: A Critique of the White Paper's Recommendation for Updating the Copyright Act and How the Courts are Already Filling in Its Most Important Shortcoming, On-Line Service Provider Liability», *Cleveland State Law Review*, vol. 44, 1998, pp. 197 a 230. Entre otras cuestiones, sobresalía la confusión terminológica empleada a la hora de referirse a los PSL y que imponer una obligación de supervisión general no es razonable teniendo en cuenta el volumen de información transmitida a través de redes digitales.

⁵⁵ Aunque tal afirmación se hacía sin llevar a cabo ningún tipo de análisis económico sobre dichos costes. *Vid.* el análisis comparativo de los diversos estudios nacionales en esta materia de responsabilidad, con las diferentes opciones de política legislativa existentes en HUGHES, K., «Copyright in Cyberspace: A Survey of National Policy Proposals for On-Line Service Provider Copyright Liability and Argument for International Harmonization», *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 11, 1996, pp. 1027 a 1071.

⁵⁶ *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F. 3d, pp. 259, reseñado en ALLWEISS, D., «Copyright Infringement on the Internet: Can the Wild Wild West be Tamed?», *Touro Law Review*, vol. 15, 1999, p. 1028. *Fonovisa* poseía los derechos de explotación de fonogramas de música latinoamericana. Algunas casetes piratas eran comercializadas por vendedores independientes, que alquilaban los puestos en el mercadillo explotado por la demandada. El Noveno Circuito declara a *Cherry Auction* responsable, tanto en concepto de *vicarious liability* como de *contributory infringement*, debido a su actitud probada de «hacer la vista gorda», mientras se lucraba con la entrada que los visitantes pagaban por acceder al recinto donde estaban los vendedores. Los PLS mostraron su preocupación ante el hecho de que esta forma extensiva de entender las teorías de la *vicarious* y *contributory liability*, exigiendo una mínima participación en la actividad infractora se le aplicara a ellos por analogía.

tividades en línea⁵⁷. El objetivo era encontrar un equilibrio de intereses adecuado que protegiera los derechos de autor en Internet sin ralentizar su desarrollo⁵⁸. Finalmente, el Título II de la DMCA puso las bases para delimitar los casos en los que un PSL queda exento de responsabilidad⁵⁹, añadiendo una nueva § 512 al Capítulo V de la *Copyright Act*.

Existen cuatro cuestiones a destacar en la DMCA⁶⁰, como son la definición de «proveedor de servicios en línea», qué actividades concretas están cubiertas por la ley, las condiciones para disfrutar de la exención de responsabilidad y los procedimientos de notificación y retirada de material pirata.

La definición⁶¹ de los PSL está diseñada para incluir a los BBS⁶² y a los PSL cuando actúan como intermediarios —prestan servicios de alojamiento de sitios *web* o están simplemente proporcionando acceso⁶³— y excluye en cambio a los prestadores de contenidos. Existe además una clara separación entre los operadores comerciales que actúan con ánimo de lucro y los prestadores situados en insti-

⁵⁷ Antes de la DMCA hubo varios intentos previos de regular la responsabilidad de los PSL mediante distintos proyectos de ley. La *House Bill* 2180 y la *Senate Bill* 1146 empezaron a tramitarse en 1997 y mientras que la primera no contenía procedimientos de notificación y retirada, la segunda sí. Tras arduos meses de negociaciones con los PSL, se llegó a un acuerdo, plasmado en la *House Bill* 3209, en febrero de 1998, en un intento por parte del Senador Coble de codificar la sentencia de Netcom, eliminando de esta manera la *direct liability* de los PSL cuando actuaban como meros intermediarios. Una vez más, el desacuerdo entre las partes implicadas impidió que la norma llegara a buen puerto. La *House Bill* 3209 fue finalmente incorporada en la *House Bill* 2281. Para un análisis en profundidad de los motivos y la historia legislativa de la DMCA, Cfr. CAHOY, D., «New Legislation Regarding On-Line Service Provider Liability for Copyright Infringement. A Solution in Search of a Problem?», *IDEA: The Journal of Law and Technology*, vol. 38, 1998, pp. 335 a 360 y COBLE, H., «The 105 th Congress. Recent Developments in Intellectual Property Law», *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts*, vol. 22, 1998, pp. 323 a 342.

⁵⁸ Cfr. RAVN, M., «Navigating Terra Incognita: Why the Digital Millenium Copyright Act Was Needed to Chart the Course of Online Service Provider Liability for Copyright Infringement», *op. cit.*, p. 759.

⁵⁹ El legislador norteamericano ha descartado un modelo de responsabilidad objetiva en consonancia con la jurisprudencia previa a la DMCA.

⁶⁰ La § 512 es larga y complicada, por lo que sólo se va a prestar atención aquí a aquellos aspectos que resultan más interesantes para compararlos con las regulaciones europeas.

⁶¹ En realidad, existen dos definiciones de prestadores en línea contenidas en la § 512 (k) (1) de la DMCA. La segunda, contenida en el párrafo B) se aplica a todas la subsecciones excepto a la (a) y engloba a la primera, que se encuentra en el párrafo (A), ampliando el concepto de proveedor de servicios. En realidad, el propósito de la segunda definición es eliminar las dudas de que en la primera no se encontraran incluidos los PSL que dan servicios de alojamiento de páginas *web* o correo electrónico, además de los meros prestadores de acceso y compañías de telecomunicaciones. El tenor literal de ambos párrafos es el siguiente: «(A) As used in subsection (a), the term «service provider» means an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user's choosing, without modification to the content of the material as sent or received. (B) As used in this section, other than subsection (a), the term «service provider» means a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor, and includes an entity described in subparagraph (A).

⁶² Los BBS, al igual que los PSL que proporcionan servicios de alojamiento de páginas *web* se encuentran comprendidos en la definición del párrafo (B), aunque no en la del párrafo (A)

⁶³ Que satisfacen los requisitos de ambas definiciones. Cfr. ROSEMBERG, O., «Liability of Internet providers in the framework of the U.S. Digital Millennium Copyright Act.», *op. cit.*, p. 406.

tuciones educativas sin ánimo de lucro, que están sujetos a un régimen especial⁶⁴. Las actividades deben ser «en línea» —incluyendo por tanto las llevadas a cabo mediante Internet y otras redes informáticas interactivas— y se excluye la radio-difusión por satélite, cable o terrestre, sea en forma analógica o digital⁶⁵.

Respecto del ámbito objetivo de la exención, existen cinco actividades típicas en el entorno en línea reguladas en la DMCA. En primer lugar, las comunicaciones transitorias⁶⁶, concepto en el que están incluidas actividades diversas como la transmisión de un punto a otro de la información —*mere conduit*—, las actividades de enrutamiento y la mera provisión de acceso —conexión— a la Red⁶⁷. Se entienden comprendidas también en el concepto de «comunicaciones transitorias» el almacenamiento de las copias efímeras que se producen en el proceso de transmisión a través de Internet⁶⁸.

En segundo lugar, la DMCA regula el *system caching*⁶⁹, que se define como el almacenamiento intermedio y temporal de materiales en un sistema o red⁷⁰ para mejorar el rendimiento general del sistema⁷¹. Si los prestadores de acceso cumplen una serie de condiciones, no van a responder pecuniariamente. Básicamente, las condiciones pueden resumirse en dos relevantes: el prestador no debe modificar la publicidad colocada en el sitio *web* objeto de *caching* y no debe interferir con los sistemas de recuento de visitas que tenga la página *web* original⁷², con lo que se pretende legalizar el caché del sistema siempre que no suponga un perjuicio a los operadores de las páginas *web*.

⁶⁴ Previsto en la §512 (e), en donde se presta una especial atención a las obligaciones de información a los alumnos de las leyes sobre derecho de autor, en un sentido similar a lo fallado por el juez en el caso *Brel*, que será analizado al estudiar la jurisprudencia en Francia.

⁶⁵ Lo relevante no es por tanto el formato en el que la información se codifica, sino el medio usado para su transmisión.

⁶⁶ Vid. la § 512 (a) de la DMCA.

⁶⁷ Con dicha norma, como señala ALWEISS, se está codificando la sentencia de *Netcom* y rechazando la de *Playboy v. Frena*. Cfr. ALLWEISS, D., «Copyright Infringement on the Internet: Can the Wild Wild West be Tamed?», *op. cit.*, p. 1043.

⁶⁸ En Internet, toda información u obra protegida que viaja a través del sistema informático es reproducida un número indeterminado de veces en los distintos puntos intermedios, aunque de forma muy breve —efímera—.

⁶⁹ No se encuentra incluido el *caching* local ya que la ley sólo se ocupa de la eventual responsabilidad del PSL, no de la del usuario de una red digital.

⁷⁰ A través del proceso del *caching* del sistema —a veces llamado también *proxy caching*— los servidores almacenan de forma automática los contenidos visitados por los usuarios por primera vez en un área especial de su disco duro, de manera que si los usuarios solicitan de nuevo esa página, no haya que efectuar una nueva transferencia de información. Con ello se aumenta de forma significativa la velocidad a la que el usuario puede visualizar las páginas. El *caching* en el sistema de elementos físicos que forma la estructura de Internet produce efectos beneficiosos para los usuarios, reduciendo el tiempo de descarga de la obra en el ordenador del usuario, y descongestionando la Red. La duración de las copias caché del sistema es variable, y puede oscilar entre algunas horas y meses enteros. Vid. VERMUT, R., «File caching on the Internet: Technical Infringement or Safeguard for Efficient Network Operation?», *Journal of Intellectual Property Law*, vol. 4, 1997.

⁷¹ La ley no distingue si el *caching* se realiza de manera automática o por iniciativa del PSL.

⁷² Al contrario que en el resto de las exenciones, los PSL no tienen la obligación de retirar materiales sujetos a *caching* cuando meramente pasen por sus instalaciones, sin ser almacenados. Cfr.

En tercer lugar, la DMCA establece una exención para el almacenamiento de información a petición del usuario⁷³. En este concepto se incluyen actividades como la prestación de espacio *web* a terceros y el almacenamiento de mensajes de correo electrónico en listas de correo o en el seno de un BBS accesible a subscriptores. El PSL actúa en estos casos como proveedor de espacio *web*, limitándose a ser un mero depositario del material. Por ello se les excluye de responsabilidad siempre que cumplan determinadas condiciones.

En cuarto lugar se regula la «localización de información en línea⁷⁴». En este concepto se incluyen tanto el establecimiento de enlaces por parte del PSL como los buscadores de Internet. El motivo para excluir estas actividades de una manera general es que el legislador considera que son esenciales para el funcionamiento de la Red, incluso aunque en este caso el papel del PSL no es meramente pasivo, ya que esta dirigiendo al usuario hacia una dirección concreta en Internet⁷⁵.

En quinto y último lugar, los PSL no van a hacer frente a una indemnización por daños y perjuicios cuando retiran de buena fe materiales que infringen los derechos de autor a instancias de los derechohabientes⁷⁶.

Como se ha dicho, el juego de la exención de responsabilidad está supeditado a que concurran varios tipos de condiciones⁷⁷. En primer lugar existen varias condiciones generales⁷⁸, válidas por tanto para todas las actividades típicas. Hay, en segundo lugar, condiciones particulares para cada una de las cinco actividades a las que antes me he referido. Como condiciones generales se incluyen que el PSL tenga y haga público un procedimiento establecido para dar de baja a usuarios que han infringido repetidamente los de-

FRANK, K., «Online International Trademark and Copyright Issues», en *Global Trademark and Copyright 1998: Protecting Intellectual Property Rights in the International Marketplace*, Practising Law Institute, Patents, Copyrights, Trademark and Literary Property Course Handbook Series, núm. 536, 1998, p. 284.

⁷³ Cfr. §512 (c) de la *Copyright Act*.

⁷⁴ Cfr. la § 512 (d).

⁷⁵ Cfr. ROSEMBERG, O., «Liability of Internet Providers in the Framework of the U.S. Digital Millennium Copyright Act», *op. cit.*, p. 408.

⁷⁶ Cfr. la § 512 (g).

⁷⁷ La doctrina en los Estados Unidos ha criticado la norma, por considerar que es demasiado complicada. En ese sentido, hay un gran contraste con uno de los proyectos de la DMCA que finalmente no fue aprobado, el contenido en la *Senate Bill 1146*, que desde una aproximación más «europea» establecía una cláusula general de exención de responsabilidad, siempre sujeta a la inmediata retirada de los materiales piratas sin caer en el excesivo casuismo de la DMCA. Cfr. WEISKOPF, D., «The Risks of Copyright Infringement on the Internet: A Practitioner's Guide», *University of San Francisco Law Review*, vol. 22, 1998, p. 53. Algo parecido ocurría con la *House Bill 3209*, que se limitaba a codificar el caso *Netcom* y aquellos puntos en los cuales titulares de derechos y PSL se habían ya puesto de acuerdo —en particular, la cuestión del *direct infringement*—. Cfr. FEDER, J., «Copyright Office, Congress on International Issues» en *Advanced Seminar on Copyright Law 1998*, Practising Law Institute, Patents, Copyrights, Trademark and Literary Property Course Handbook Series, núm. 518, 1998, p. 380.

⁷⁸ En algunos casos existen excepciones a las excepciones.

rechos de autor⁷⁹ y que su actividad no interfiera con las medidas tecnológicas de protección de las obras.

Respecto de las condiciones particulares previstas para cada actividad, aunque están muy detalladamente descritas⁸⁰, existen varias líneas maestras en todas ellas que voy a exponer a continuación: el PSL no debe tener ningún control sobre el material pirata⁸¹, no debe beneficiarse directamente de las actividades infractoras⁸², debe desconocer la actividad que sus usuarios llevan a cabo⁸³ y, tras ser informado de ésta, tiene la obligación de retirar los materiales con la mayor celeridad posible o bloquear el acceso a los mismos⁸⁴.

En realidad, el sistema de la DMCA está basado en lo que llamaré el «principio de reacción diligente». Dicho principio significa dos cosas diferentes y complementarias. En primer lugar, que un PSL, cuando actúa como proveedor de acceso o de espacio *web*, no tiene la obligación de supervisar los contenidos que los usuarios colocan en la Red, y menos aún hacer un juicio respecto de su legalidad⁸⁵.

En segundo lugar, el principio de reacción diligente significa que si el PSL tiene constancia de que los materiales infringen los derechos de autor debe retirarlos de la Red o bloquear el acceso a ellos lo antes posible, so pena de incurrir en responsabilidad.

A estos efectos existen en la DMCA unos procedimientos denominados «de notificación y retirada»⁸⁶, que regulan de una manera muy prolija y detallada todo el proceso⁸⁷. Éste es uno de los grandes aciertos de la DMCA y la ausencia más notable de la Directiva sobre comercio electrónico. Cada PSL debe designar un

⁷⁹ *Vid.* la § 512 (i) de la DMCA.

⁸⁰ *Vid.* respecto de los prestadores de alojamiento y de los sistemas de búsqueda automáticas el análisis de las condiciones en ROBINS, M., «Digital Millenium Copyright Act Defenses for Providers of Online Storages Services and Information Location Tools» *The Computer Lawyer*, vol. 16, 1999, pp. 11 a 22.

⁸¹ *Vid.* en este sentido, la § 512 (a) (1); (2) y (3). En particular, debe abstenerse de modificarla en modo alguno —§ 512 (a) (5)—.

⁸² *Vid.* las § 512 (c) (1) (B) y § 512 (d) (2).

⁸³ Con la excepción del caso de las comunicaciones transitorias, § 512 (a).

⁸⁴ *Vid.* las § 512 (c) (1) (A) y § 512 (d) (1).

⁸⁵ BEAMS celebra que la DMCA no estableciera una obligación general de supervisión, que considerara hubiera lastrado irremediamente el desarrollo de la WWW. *Cfr.* BEAMS, C., «The Copyright Dilemma Involving Online Service Providers: Problem Solved...for Now», *op. cit.*, p. 845.

⁸⁶ *Vid.* las § 512 (d) (3), § 512 (c) (1) (C), § 512 (c) (2) y § 512 (c) (3).

⁸⁷ En esencia el procedimiento consta de cuatro pasos, como han descrito FRIEDMAN y ESQUIRE. En primer lugar, el PSL debe designar un agente al que dirigir las notificaciones. En segundo lugar, el titular de los derechos debe enviar la notificación de la presunta infracción, con una serie de requisitos formales. En tercer lugar hay un procedimiento de retirada o bloqueo de los materiales ilícitos. Por último, se prevé un sistema de acuse de recibo y un sistema para poner de nuevo los materiales en Internet si la denuncia no era fundada. *Cfr.* FRIEDMAN, J., y ESQUIRE F., «Using the Digital Millenium Copyright Act to Limit Potential Liability Online», *Richmond Journal of Law and Technology*, vol. 6, 2000, p. 28.

agente hacia el que dirigir las notificaciones⁸⁸, y la ley señala los requisitos mínimos que deben contener dichas notificaciones⁸⁹, en especial el de identificar qué obra protegida se considera que se ha puesto ilegalmente en Internet. Una notificación a la que le falte alguno de los requisitos formales será nula, no produciendo por tanto ningún efecto respecto del grado de conocimiento del PSL. Para atenuar este riguroso formalismo, se prevé que las notificaciones que contengan los requisitos esenciales sean válidas⁹⁰ siempre que el PSL no se ponga en contacto rápidamente con el emisor de la notificación. Si el PSL ha conocido a través de esta vía formal que hay materiales en su servidor *web* que infringen los derechos de los titulares, debe retirarlos o bloquear el acceso a ellos, y si no lo hace con celeridad incurrirá en una responsabilidad que se concreta en una indemnización por daños y perjuicios.

La DMCA ha sido duramente criticada en la doctrina norteamericana⁹¹ y algún autor, como ALLWEISS, ha llegado a denunciar una posible inconstitucionalidad de la norma, por ir en contra del precepto constitucional de promover la creación de nuevas obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor⁹². Para ALLEWISS los PSL son los actores mejor colocados para controlar las violaciones del derecho de autor en Internet, y deben tener una obligación general de supervisar los contenidos que contienen. En cambio, para otros autores como BEAMS la DMCA supone un avance en este sentido, pues proporciona la seguridad jurídica suficiente para que la industria en línea se desarrolle⁹³.

Aunque no existe hasta el momento jurisprudencia relevante en torno a la DMCA, el caso de *Universal City Studios Inc v. Reimerdes*⁹⁴ parece confirmar los

⁸⁸ La Copyright Office debe guardar un directorio con los datos de estos agentes.

⁸⁹ *Vid.* la § 512 (c) (3).

⁹⁰ Los requisitos esenciales son el identificar la obra u obras sobre las cuales se centra el conflicto, identificar el material supuestamente ilegal, y proporcionar la información razonablemente suficiente para permitir al PSL contactar con el emisor de la notificación. *Cfr.* RADCLIFFE, M., «Digital Millenium Copyright Act Forging the Copyright Framework for the Internet: First Steps», en *Software and Database Licensing: Current Trends and Proposed New Laws*, Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series, 1999, pp. 384-385.

⁹¹ *Cfr.* POLLACK, M., «The Right to Know?: Delimiting Database Protection at the Juncture of Commerce Clause, The Intellectual Property Clause, and the First Amendment», *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 17, 1999, p. 102, en donde se señala que al impedirse la puesta en el mercado de aparatos e instrumentos dedicados a la elusión sólo los más expertos van a poder eludir las medidas tecnológicas, incluso cuando el *fair use* les autoriza a hacerlo.

⁹² *Cfr.* ALLWEISS, D., «Copyright Infringement on the Internet: Can the Wild Wild West be Tamed?», *op. cit.*, p. 1.008.

⁹³ *Cfr.* BEAMS, C., «The Copyright Dilemma Involving Online Service Providers: Problem Solved...for Now», *op. cit.*, p. 847. En un sentido similar KOSTYU ha criticado la norma, pero señala que al menos clarifica cómo se aplica el derecho de autor a los PSL. *Cfr.* KOSTYU, J., «Copyright Infringement on the Internet: Determining the Liability of Internet Service Providers», *op. cit.*, p. 1.242.

⁹⁴ *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes* demanda civil núm. 00 Civ. 0277 LAK —SD NuevaYork—, de dos de febrero de 2000, reseñada en ROBINS, M., «Internet Storage, Web Navigation and Copyright Law», *Intellectual Property Strategist*, abril 2000, p. 1. Los estudios de cine Universal demandan a un usuario que tenía en su sitio *web* programas de ordenador para desactivar las medidas tecnológicas instaladas en los DVD. El auto del juez no decide sobre el fondo del asunto y se limita a dictar las medidas cautelares.

temores de aquellos que veían en la DMCA una vía para reforzar a toda costa la posición de los derechohabientes, pues un juez de Nueva York ha declarado que las exenciones de responsabilidad a favor de los prestadores de alojamiento juegan cuando existen violaciones de los derechos de autor, pero no para la violación de la prohibición de eludir las medidas tecnológicas, que se trata de una infracción distinta e independiente⁹⁵.

1.2. Alemania

i) Jurisprudencia en torno a la responsabilidad de los PSL

En Alemania no hay hasta el momento jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal sobre casos de responsabilidad de PSL por infracciones de derechos de autor. Existen, sin embargo, dos sentencias de tribunales de primera instancia dignas de mencionarse, que han abierto la puerta para apreciar la responsabilidad del los PSL en Alemania. La primera es la sentencia penal del caso *Mailboxbetrieber*⁹⁶, en la cual un operador particular de un BBS es condenado en virtud de la § 106 de la *UrhG*, ya que incumplió con el estándar de diligencia mínimo, que la ley requiere, que le obliga a asegurarse de que los usuarios de Internet no puedan descargar los programas de ordenador almacenados en su BBS⁹⁷, en un supuesto similar al resuelto por el Tribunal Supremo de Suecia en el caso *Scandinavia BBS*⁹⁸. La segunda sentencia fuera del marco de los derechos de autor, es *Strafsache v. Felix Somm* en donde se aborda la cuestión de la distribución de materiales pornográficos a través de Internet⁹⁹. El caso abrió

⁹⁵ La DMCA, al igual que hace el artículo 6 de la Propuesta de Directiva Relativa a la Armonización de Determinados Aspectos de los Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información, contiene normas que sancionan a los usuarios que eludan la protección tecnológica que las obras tienen. De acuerdo con *Universal*, si un PSL proporciona alojamiento a sitios *web* que contienen herramientas para desactivar estos sistemas, no va a poderse beneficiar de los «puertos seguros» de la DMCA.

⁹⁶ Sentencia del *Amtsgericht* de Nagold, de 31 de octubre de 1995, disponible en <http://www.netlaw.de/urteile/agnag_1.htm>. Un estudiante de informática de 23 años opera desde el apartamento de sus padres un sistema de BBS en el cual pone a disposición del público las copias de, al menos 30 programas de ordenador, que los usuarios pueden libremente descargar en sus ordenadores locales.

⁹⁷ Un comentario del caso puede verse en WALDENBERGER, A., «Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für Urheberrechtsverletzungen im Internet», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 1997, p. 185.

⁹⁸ Sentencia penal de 22 de febrero de 1996, *I.C.C.*, 1998, p. 97, reseña de BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *pe. i. (revista de propiedad intelectual)*, núm. 2, 1999, p. 158. Un operador de BBS pone en la red diversos programas *shareware* y de dominio público, que los usuarios pueden descargar a cambio de una remuneración. En otro sector más protegido, al que sólo tienen acceso un grupo de amigos y conocidos, se colocan programas protegidos que se podían descargar a cambio de una remuneración superior. El Tribunal, pese a apreciar la existencia de reproducciones ilícitas tanto en los procesos de carga como de descarga, descarta la responsabilidad penal del BBS, pues no se ha producido el «paso activo» que la ley sueca exige, descartándose la analogía por el carácter penal de la norma.

⁹⁹ Caso *Strafsache v. Felix Somm*, sentencia del *Amtsgericht* de Munich de 28 de mayo de 1998. *CompuServe Inc.*, es una compañía norteamericana que prestaba servicios en línea contratando directamente con usuarios en Alemania. La filial de *CompuServe* en Alemania, *CompuServe Deutschland GmbH*, realizaba labores de apoyo técnico. En diciembre de 1995, las autoridades alemanas notifican a la empresa alemana que se está distribuyendo pornografía infantil utilizando 282 grupos de noticias

la posibilidad de que los PSL sean considerados responsables civilmente cuando los terceros utilicen los servicios que éstos prestan para cometer actividades ilícitas, incluso aunque se trate de meros prestadores de acceso.

ii) *Legislación: la IuKDG de 22 de julio de 1997*

La responsabilidad civil por infracciones de los derechos de autor está prevista en el § 97 de la ley alemana, que no requiere la existencia de dolo o culpa por parte del infractor. Sin embargo, el Código Civil alemán —BGB¹⁰⁰— exige para reclamar una indemnización por daños la existencia de dolo o al menos negligencia en casos de responsabilidad extracontractual —§ 823.1 y 823.2 del BGB—. Estas normas, al igual que las que regulan la pluralidad de responsables —§ 830 BGB¹⁰¹— y la responsabilidad por hecho de otro —§ 831 BGB¹⁰²— también se aplican en el campo del derecho de autor, por lo que KOELMAN¹⁰³ concluye que casi cualquiera que tome parte directa o indirectamente en la puesta a disposición de materiales ilegales¹⁰⁴ en Internet —incluido un PSL— afronta la posibilidad de hacer frente a la acción indemnizatoria¹⁰⁵ si existe una adecuada conexión causal entre el hecho generador y el resultado dañoso¹⁰⁶.

gestionados desde los servidores norteamericanos. *CompuServe Inc.*, bloquea el acceso a los grupos de noticias y al servidor holandés para evitar sanciones a su filial, pero el Tribunal de Munich condena a dos años de prisión al Director de *CompuServe Deutschland GmbH*, Felix Somm, sentencia que posteriormente sería revocada en apelación ya que la filial alemana era una mera proveedora de acceso. La doctrina alemana ha criticado la actuación de las autoridades pues se está exportando el estándar legal alemán a materiales producidos y distribuidos desde servidores en los Estados Unidos sólo por el mero hecho de que también son accesibles desde Alemania —*vid.* la reseña y la crítica del caso en DETERMAN, L., «The German Internet Law» *Hastings International and Comparative Law Review*, 1998, pp. 118 y 119—. Existe un precedente al caso, que finalmente no llegó a los Tribunales, cuando la fiscalía alemana solicitó a *CompuServe* que bloqueara el acceso a la revista ultraizquierdista «Radikal», situada en una página *web* de los Países Bajos, que contenía afirmaciones prohibidas por el ordenamiento jurídico alemán pero permisibles según el ordenamiento holandés. *CompuServe*, por miedo a las sanciones, bloqueó el acceso al sitio *web* desde territorio alemán.

¹⁰⁰ *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), de 18 de agosto de 1896. En el § 823.1 se establece la regla general de la responsabilidad extracontractual, basada en la culpa o el dolo, siempre que exista una relación causal entre el hecho dañoso y el perjuicio sufrido. El párrafo segundo regula el supuesto en el que se viola una ley que protege los derechos de terceros.

¹⁰¹ En donde se sienta la responsabilidad directa de coautores e inductores que han tomado parte en el hecho dañoso.

¹⁰² Que recoge el supuesto de responsabilidad del empresario por culpa *in vigilando* o *in eligendo*.

¹⁰³ *Cfr.* KOELMAN, K., *Liability for On-Line Intermediaries*, Institute for Information Law, Amsterdam, 1997, disponible en <http://www.imprimatur.alcs.co.uk/IMP_FTP/liab.pdf>, p. 14.

¹⁰⁴ El elemento de la ilegalidad —*Rechtswidrigkeit*— establecido en el § 823 es un presupuesto ineludible de la responsabilidad. En el caso de las acciones culposas, se concreta en la exigencia de un deber de diligencia —*Sorgfaltspflicht*—.

¹⁰⁵ La situación es distinta para el caso de la acción de cesación, en la cual no es necesaria la presencia de una actividad culposa o dolosa. *Cfr.* KOELMAN, K., *Liability for On-Line Intermediaries*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁶ El caso ya se había planteado con anterioridad en el derecho alemán, respecto de los productores y vendedores de cintas vírgenes y aparatos de grabación. El *Bundesgerichtshof*, en su sentencia de 25 de mayo de 1964, —*G.R.U.R.*, 1965, p. 104 a 107— declara su responsabilidad por violaciones de los derechos de autor a pesar de que eran los usuarios los que efectuaban directamente las reproducciones en el ámbito privado.

Para poner fin a esta situación, entre otros motivos, se aprobó en Alemania la *IuKDG* de 22 de julio de 1997¹⁰⁷. Mediante la ley, la primera en Europa en esta materia, se regulan las condiciones generales de prestación de servicios de información y de comunicación y se incluyen normas sobre la responsabilidad civil de los PSL¹⁰⁸. La *IuKDG* se aplica como ley especial por razón de la materia a los prestadores de servicios en línea y operadores de telecomunicaciones y adopta un punto de vista global u «horizontal»¹⁰⁹. Se aborda la cuestión de la responsabilidad extracontractual de los PSL de un modo general, incluyendo la que deriva de las violaciones de los derechos de autor¹¹⁰. La técnica legislativa de la ley alemana es la que luego han seguido también la *DMCA* de los Estados Unidos y la *DCE*, y consiste en establecer exoneraciones de responsabilidad —«puertos seguros»— a los PSL en Internet siempre que se cumplan una serie de condiciones. Para ello, la ley establece un sistema escalonado de responsabilidad, distinguiendo los casos en los cuales el PSL actúa como un proveedor de contenidos de aquéllos en los que actúa como un mero intermediario, bien proporcionando sólo acceso, bien proporcionando además espacio para que los particulares alojen sitios *web*.

El § 5.1 establece que los PSL van a ser responsables por sus propios contenidos cuando los ponen a disposición de los usuarios de acuerdo con las normas generales de responsabilidad, —responsabilidad directa— cuestión que no sorprende, ya que en este caso el PSL no está actuando como un intermediario sino que tiene control absoluto sobre los materiales que proporciona, y por tanto es responsable de lo que introduce en la Internet¹¹¹.

En el § 5.2 se prevé la responsabilidad de un PSL cuando proporciona espacio para que los terceros alojen sitios *web*. En este caso, los PSL van a res-

¹⁰⁷ *Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste* — Ley federal estableciendo las condiciones generales para la prestación de servicios de información y comunicación—, *Bundesgesetzblatt* de 28 de julio de 1997, p. 1870, y en lo que interesa al derecho de autor, de su § 5, donde se refiere a la responsabilidad de los prestadores de servicios. La ley utiliza sin más el término *Verantwortlichkeit*, por lo que incluye tanto la responsabilidad civil como la penal.

¹⁰⁸ Para un análisis detallado de las normas sobre derecho de autor de esta norma, *vid.* FREYTAG, S., «Urheberrechtliche Haftung im Netz», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 1999, pp. 185 a 195.

¹⁰⁹ Para un análisis dogmático horizontal de la responsabilidad de los PSL en el Derecho alemán, en comparación con el desarrollo de la materia en Estados Unidos, *vid.* SIEBER, U., «Die Verantwortlichkeit von Internet-Providern im Rechtsvergleich», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 1999, pp. 196 a 213. Respecto de la responsabilidad penal, *vid.* PELZ, C., «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 1998, pp. 530 a 534.

¹¹⁰ Algunos autores han manifestado sus dudas acerca de si la ley se aplica a las infracciones de derechos de autor, puesto que éste no protege todo contenido sino sólo aquél que es original —*Cfr.* SCHAEFER, M., y otros «Zur Verantwortlichkeit von Online-Diensten und Zugangsvermittlern für fremde urheberrechtlich verletzende Inhalte», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 1998, p. 452. Sin embargo, es doctrina mayoritaria que la *IuKDG* también se aplica a las infracciones derivadas de los derechos de autor. *Cfr.*, en este sentido DIETZ, A., «Chronique d'Allemagne. L'Evolution du Droit d'auteur en Allemagne de 1993 jusqu'au milieu de 1997, premier partie», *R.I.D.A.*, num. 175, 1998, p. 138 y KÖHLER C., y BURMEISTER, K., «Copyright Liability on the Internet Today in Europe (Germany, France, Italy and the E.U.)», *E.I.P.R.*, 1999, p. 495.

¹¹¹ Su responsabilidad en este caso se regirá por las reglas de los § 96 y 107 de la *UrhG*.

ponder por los contenidos ilegales que el tercero coloca en línea únicamente si se dan dos condiciones cumulativamente: que tengan conocimiento de la existencia de materiales que violan los derechos de autor en el espacio cedido y que sea razonable y técnicamente posible que impidan su utilización, bloqueando su uso¹¹². De esta manera se adopta un sistema de responsabilidad subjetiva, basado en el conocimiento efectivo por parte del PSL de la ilicitud de los actos que los particulares están llevando a cabo utilizando el espacio que ellos les ceden. La razón de dicha exención estriba en que el prestador de espacio no inicia la difusión del contenido y en la práctica es imposible supervisar todo el material que se coloca en los sitios *web* de los usuarios a los que prestan servicio.

La responsabilidad de los PSL cuando actúan como meros prestadores de acceso se regula en el § 5.3 *IuKDG*, en donde se establece que los PSL quedan exentos de responsabilidad por contenidos colocados en línea por terceros cuando meramente estén prestando un servicio de acceso a Internet, no teniendo por tanto ningún control sobre ellos. Su régimen queda asimilado mediante esta norma al de los operadores de telecomunicaciones. El almacenamiento automático y temporal de dichos contenidos a instancia de terceros se considera como provisión de acceso, con lo que se solucionan los problemas derivados de las reproducciones efímeras, que deja exentas por esta vía¹¹³. La doctrina alemana se ha planteado si el requisito del conocimiento es también exigible en el caso del § 5.3, llegando a conclusiones contradictorias¹¹⁴.

Respecto de la obligación de impedir la difusión de contenidos ilícitos, bloqueando el acceso a los mismos, ésta se regula en el § 5.4, y permanece en los mismos términos que hasta el momento, de acuerdo con las normas generales al respecto¹¹⁵. De esta manera, dicha obligación rige tanto para los casos de mera provisión de acceso como para los casos de cesión de espacio a terceros¹¹⁶. Un PSL queda obligado a bloquear el acceso a contenidos ilícitos siempre que tenga conocimiento de la actividad ilícita, —respetando en todo caso

¹¹² La situación es distinta de la que existía anteriormente para el caso de los editores, en los que sólo se exigía que conocieran el carácter ilícito de los contenidos. Ahora, además de conocerlo, tienen que tener la capacidad técnica para bloquearlos. Cfr. KOELMAN, K., *Liability for On-Line Intermediaries*, op. cit., p. 20.

¹¹³ Este último inciso ha servido también a la doctrina alemana para entender que se está eximiendo de responsabilidad a los prestadores respecto del *system caching*. Cfr. Vid. KÖHLER C., y BURMEISTER, K., «Copyright Liability on the Internet Today in Europe (Germany, France, Italy and the E.U.)», op. cit., p. 496 y WEINKNECHT, J., «Urheberrecht im Internet», disponible en <<http://www.weinknecht.de/uii01.htm>>.

¹¹⁴ En contra de exigir el conocimiento en el caso del § 5 (3) vid. HOREN, T., «Ammerkung», *Multimedia & Recht*, 1998, pp. 97 y 98. A favor, vid. la postura del Fiscal General Federal Alemán, en su decisión de 26 de noviembre de 1996, *Multimedia & Recht*, 1998, p. 93-96. Sobre el requisito del conocimiento en la ley, vid. DECKER, U., «Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet. Anforderungen an die Kenntnis des Host Providers», *Multimedia und Recht*, 1999, pp. 7 a 14.

¹¹⁵ En concreto el § 85 de la *Telekommunikationsgesetzes* —Ley de Telecomunicaciones—.

¹¹⁶ Cfr. JULIÀ-BARCELÓ, J., «Liability for On-line Intermediaries. A European Perspective», op. cit. 456.

el secreto de las comunicaciones¹¹⁷—, pueda técnicamente detenerla y le sea razonablemente exigible¹¹⁸. Se refiere el legislador alemán a que el PSL debe conocer las actividades ilícitas por vías diferentes a una actividad investigadora propia, estando por tanto prohibida una supervisión indiscriminada. De este modo —no obligación de supervisión y obligación de retirada inmediata, tras la adecuada notificación— se recoge también en el Derecho alemán el principio de reacción diligente antes aludido en la DMCA.

La doctrina ha puesto de manifiesto que aunque se exige que el PSL conozca la ilicitud de los materiales para que pueda incurrir en responsabilidad, este conocimiento no se define de ninguna manera, con lo que en la práctica puede aceptarse cualquier tipo de notificación sin ninguna exigencia formal¹¹⁹. Además no se aclara si el PSL debe actuar dolosamente o basta la existencia de una conducta negligente¹²⁰.

En cualquier caso queda claro que la acción de cesación puede dirigirse contra el PSL sin tener en cuenta el grado de conocimiento que tenga sobre la ilegalidad de los contenidos¹²¹, ya que éste es el único medio efectivo para limitar la extensión del daño que se puede causar a los titulares de derechos.

Hasta aquí hemos visto los dos países que tienen en su ordenamiento legislación que aborda la cuestión de la responsabilidad de los PSL derivada de infracciones de los derechos de autor. En otros ordenamientos han sido los jueces los encargados de resolver esta cuestión, aplicando por analogía las normas sobre responsabilidad contenidas en las distintas legislaciones. A ellos voy a dedicarme a continuación.

2. PAÍSES CON SOLUCIONES SÓLO JURISPRUDENCIALES

2.1. Francia

Hasta el momento, las soluciones al problema de la responsabilidad civil de los PSL han llegado en el país vecino tan sólo por la vía jurisprudencial, a salvo de

¹¹⁷ Se impide de esta manera que los PSL realicen actividades generales de supervisión de los contenidos que los usuarios colocan en línea.

¹¹⁸ Parece que esta condición sólo va a exonerar de responsabilidad a los prestadores de alojamiento en casos extremos en los que los materiales ilegales son de poca importancia y no es posible bloquear el acceso a los mismos sin interrumpir el servicio a los demás usuarios, pues de otro modo se convierte en una vía de escape fácil para los PSL. *Cfr.* STROWEL, A., e IDE, N., «La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et question des hyperliens», *op. cit.*, p. 47.

¹¹⁹ *Cfr.* BULST, «Hear No Evil; See No Evil, Answer for no Evil: Internet Service Providers and Intellectual Property», *E.I.P.P.*, 1997, pp. 32-37.

¹²⁰ Para QUOY se establece una responsabilidad basada en conductas dolosas del PSL —*cfr.* QUOY, N., «La responsabilité en matière de contrefaçon par reproduction», *op. cit.*, p. 70—. En el mismo sentido, *vid.* KÖHLER C., y BURMEISTER, K., «Copyright Liability on the Internet Today in Europe (Germany, France, Italy and the E.U.)», *op. cit.*, p. 496. Otros autores, sin embargo han defendido que la ley está estableciendo un criterio basado en la culpa. *Cfr.* DECKER, U «Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet. Anforderungen an die Kenntnis des Host Providers», *op. cit.*, p. 9.

¹²¹ *Cfr.* KÖHLER C., y BURMEISTER, K., «Copyright Liability on the Internet Today in Europe (Germany, France, Italy and the E.U.)», *op. cit.*, p. 495.

una ulterior regulación por parte del poder legislativo que tras ser rechazada expresamente en 1996 —cuando se estableció la responsabilidad penal de los prestadores de acceso¹²²— ha sido retomada en el 2000, existiendo en la actualidad un proyecto de ley que ha superado la fase de segunda lectura ante la Asamblea Nacional¹²³. Existen en Francia, al igual que ocurría con Estados Unidos, dos líneas de jurisprudencia contradictorias, que merece la pena señalar.

i) Sentencias que imponen obligaciones a los PSL

La primera línea jurisprudencial —favorable a apreciar la responsabilidad en los PSL si no cumplen una serie de obligaciones con la suficiente diligencia— tiene su origen en dos supuestos en los que se debatía sobre violaciones del derecho a la intimidad y a la propia imagen. El primero es el caso *Estelle v. Valentin y Danielle*¹²⁴, en el cual una famosa modelo francesa demanda a los titulares de un sitio web —Altern.org— donde se habían alojado unas fotos privadas que la mostraban desnuda. Se pide que se declare la responsabilidad del PSL por haber violado su derecho a la intimidad poniendo a disposición de los subscriptores del sitio web las fotografías. El juez GOMEZ ordena eliminar las fotografías del sitio web y establece algunas obligaciones para los servidores que ceden espacio a terceros si quieren eludir su responsabilidad. Dichas obligaciones son supervisar el contenido de dichos sitios web, eliminar los contenidos ilegales e informar a los usuarios de sus servicios de la obligación de respetar las leyes¹²⁵.

¹²² Mediante la Ley de Telecomunicaciones de 26 julio de 1996 se reguló la exención de responsabilidad penal de los prestadores de acceso, sujeta a ciertas condiciones. Cfr. VIVANT, M., «La responsabilité des intermédiaires de l'Internet», *La Semaine Juridique —édition générale—*, núm. 45-46, 1999, p. 2.024.

¹²³ El texto, de 23 de marzo de 2000, se encuentra disponible en <<http://www.assemblee-nationale.fr/2/pdf/ta0473.htm>>, y modificaría la ley de libertad de las comunicaciones de 30 de septiembre de 1986. A grandes rasgos, se pretende incorporar, aun antes de su entrada en vigor, las exenciones de responsabilidad de la Directiva de Comercio electrónico en el Derecho francés. La ley francesa establecería la responsabilidad de los prestadores de acceso y de alojamiento de acuerdo con los principios de culpa y reacción diligente. Sin embargo, como señalan STROWEL e IDE, no se señala con precisión cuál debe ser el estándar de diligencia del PSL, en concreto si basta la notificación por parte del derechohabiente para dar lugar a responsabilidad. Además, se obliga a identificarse a todos los operadores de sitios web bajo sanciones penales, obligación que se extiende también a los prestadores de alojamiento, que deben exigir a todos sus abonados que se identifiquen. Cfr. STROWEL, A., e IDE, N., «La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et question des hyperliens», *op. cit.*, p. 85.

¹²⁴ Interdicto de 9 de junio de 1998, *Tribunal de Grande Instance de Paris, R.I.D.A.*, núm. 179, pp. 427 a 430.

¹²⁵ Semejante pronunciamiento, ha causado la previsible alarma entre los PSL y suscitado división de opiniones entre la doctrina. A favor; JULIÀ-BARCELÓ, J., «Liability for On-line Intermediaries. A European Perspective», *op. cit.*, p. 457, en contra; QUOY, N., «La responsabilité en matière de contrefaçon par reproduction», *op. cit.*, p.75. En otro interdicto, —*Estelle Hallyday v. Valentin Lacambre*, de 10 de febrero de 1999, *Cour d'appel de Paris*, disponible en <http://www.legalis.net/legalnet/judiciaire/decisions/ca_100299.htm>— se confirmó el fallo de primera instancia, condenando a D. Valentin Lacambre a la suma de 300.000 francos. Hasta qué punto estas conclusiones son válidas también para el caso de infracciones de los derechos de autor es aún incierto, entre otras cosas porque el procedimiento de urgencia no permitió al juez entrar en el fondo del asunto. En opinión de HESLAUT, con dicho fallo simplemente se esta tras-

En el segundo supuesto, *Lacoste v. Multimania y otros*¹²⁶, el Tribunal de Nanterre establece una serie de obligaciones similares para los prestadores de alojamiento implicados, aunque, a diferencia del caso de *Estelle*, no se impone la obligación de supervisión de los contenidos. De no cumplir con estas obligaciones, el prestador de alojamiento será responsable.

Aún más lejos se va en un caso de derecho de marcas, *Les Trois Suisses*¹²⁷, en el que se condena solidariamente al prestador de alojamiento de un sitio *web* —la empresa *Axinet*— en donde se subastaban nombres de dominio que usurpan los derechos de marca de *Les Trois Suisses*. El fallo se fundamenta en el deber general de diligencia del artículo 1.383 del Código Civil francés.

La primera ocasión en la que los tribunales franceses abordaron la responsabilidad de los PSL en el campo específico del derecho de autor fue el caso *Brel*¹²⁸, en donde dos servidores pertenecientes a instituciones universitarias son demandados por violaciones de los derechos de autor cometidas por sus alumnos. Las universidades se limitaban a alojar sitios *web* en sus servidores, en los cuales los estudiantes colocaban las obras protegidas a disposición de los usuarios de Internet. El Tribunal no les declara responsables, ya que los PSL intervinieron diligentemente bloqueando el acceso a las pági-

poniendo al contexto de Internet la doctrina tradicional del riesgo elaborada entre otros por Josserand —*cfr.* HESLAUT, M., «Comentario a la sentencia de la *Cour d'appel* de 10 de febrero de 1999», disponible en <http://www.legalis.net/legalnet/judiciaire/commentaires/estelle_heslaut.htm>—. Para QUOY los criterios expuestos en la sentencia de apelación son claramente aplicables también en el sector del derecho de autor; lo que convierte la sentencia en «frágil y peligrosa», pues además pone en peligro la competitividad de los PSL franceses al verse obligados a afrontar responsabilidad por este concepto —*cfr.* QUOY, N., «La responsabilité en matière de contrefaçon par reproduction», *op. cit.*, p. 74—. También VIVANT ha sido crítico con la aplicación de la teoría del riesgo a la actividad de los PSL —*cfr.* VIVANT, M., «La responsabilité des intermédiaires de l'Internet», *op. cit.*, p. 2.022—. RICCIO, por su parte, aporta un dato que ilustra la importancia de las sentencias que pongan un peso excesivo en los hombros de los PSL al recordar que tras el interdicto de 1999 del Tribunal de Apelación de París han cerrado en Francia cerca de 5000 sitios *web* que daban servicios de alojamiento. *Cfr.* RICCIO, G., «La responsabilità del provider nell'esperienza francese: il caso Hallyday», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, p. 930.

¹²⁶ *L. Lacoste v. Sté Multimania, Sté France Cybermédia, Sté SPPI, Sté Esterel*, sentencia de 8 de diciembre de 1999, *Tribunal de Grande Instance de Nanterre*, disponible en <<http://www.juriscom.net/jurisfr/lacoste.htm>>. Unas fotografías de la modelo L. Lacoste son puestas sin su autorización en los sitios *web* de algunas epresas, entre ellas *Multimania*.

¹²⁷ *Sté Les Trois Suisses France et Sté 3.S.H. Helline v. Societé Axinet Communications et Consorts, G.*, interdicto de 21 de enero de 2000, *Tribunal de Grande Instance de Nanterre*, R.I.D.A. núm. 184, abril de 2000, pp. 443 a 550. *Les Trois Suisses* es una empresa líder en el mercado de ventas a distancia que tiene registrado el nombre de dominio <3suisses.fr>. La demanda se presenta porque en el sitio <www.funny-picture.com> se están subastando diversos nombres de dominio —como <les-3suisses.com>— que suponen la usurpación de la marca de la actora.

¹²⁸ *Editions Musicales Pouchenel y otros v. ECP, ENST y otros*, sentencia de 14 de agosto de 1996, *Tribunal de Grande Instance de Paris*, disponible en <<http://www.celog.fr/expertises/refere/html>>. Dos estudiantes universitarios de la *Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications* —ENST— y de la *Ecole Centrale de Paris* —ECP— digitalizaron y pusieron en las páginas personales que tenían en los servidores universitarios diversas obras musicales del cantante Jaques Brel.

nas *web* de los estudiantes y poniendo fin de esta manera a las conductas ilícitas¹²⁹.

En *DNA y France 3*¹³⁰, donde el demandado es únicamente el proveedor de servicios, se sientan las bases para apreciar la responsabilidad de un PSL incluso cuando éste actúa como un mero proveedor de acceso. A pesar de que la situación jurídica de los derechos de explotación es confusa¹³¹ se ordena que el PSL detenga sus actividades de difusión hasta que no se resuelva el conflicto existente entre las partes. Aunque en apelación no se confirmó esta posibilidad, el caso es novedoso en la jurisprudencia francesa, en cuanto que previamente se demandaba a servidores que proporcionaban servicios de alojamiento de sitios *web*, no de mero acceso¹³².

En el último caso que cabe reseñar de esta línea jurisprudencial, *Cyberpress*¹³³, se demanda a un prestador de alojamiento porque en una página *web* que albergaba se habían colocado sin autorización reproducciones de ciertas páginas de una revista dedicada al mundo de los videojuegos. El juez GOMEZ, una vez más, deja entrever que si el PSL no cumple con su obligación de retirar los materiales ilegales, va a ser considerado responsable.

¹²⁹ Lo único a lo que vienen obligados las dos facultades es a entregar a todos sus alumnos un compendio de la regulación de propiedad intelectual, para que éstos puedan así conocerla más fácilmente. En mi opinión, el hecho de que los servidores no tuvieran ánimo de lucro, y que no se beneficiaran económicamente de las actividades de los usuarios ha pesado en el razonamiento del Tribunal. Cfr. el comentario de QUOY, N., «Urheberrechtlinie Probleme der digitalen Datenübermittlung—die ersten französischen Entscheidungen», *G.R.U.R. Int.*, 1998, pp. 273 a 279.

¹³⁰ *Union Syndicale des Journalistes Français CFTD v. Sté Plurimédia*, sentencia de 3 de febrero de 1998 del Tribunal de Grande Instance de Strasbourg, *R.I.D.A.*, núm. 176, 1998, pp. 446 y ss. La sociedad SAV Plurimedia es una empresa proveedora de servicios en línea que contrata con France 3 y DNA para proporcionarles el soporte técnico necesario para la difusión de una revista y de unos programas de televisión a través de Internet. Los autores de los artículos de la revista, por medio de su sindicato, demandan a SAV Plurimedia, ya que entienden que la difusión por Internet de las obras literarias en cuestión constituye una reproducción ilícita, al no estar expresamente contemplada en los contratos que los periodistas concluyeron con los editores de la revista. En primera instancia se declara que SAV Plurimedia debe detener la explotación comercial del sitio *web* hasta que se llegue a un acuerdo entre los autores y DNA y France 3. En apelación —auto de la Cour d'appel de Colmar de 15 de septiembre de 1998, *R.I.D.A.*, núm. 179, 1998, pp. 410 y ss, con nota de A. KÉREVER, pp. 417 a 420— se rechaza la postura del juzgado de primera instancia respecto de la demanda de France 3, cesando por tanto la obligación de bloquear el sitio *web*. El caso de DNA no ha sido objeto de apelación por cuanto un acuerdo entre los sindicatos y la dirección puso fin al litigio en abril de 1998.

¹³¹ El Tribunal declara, sin argumentarlo, que SAV Plurimedia debía haber verificado la situación contractual de los derechos antes de reproducir la obra en Internet, lo cual parece ser excesivo y motivado por las circunstancias particulares del caso. No parece que ésta sea una postura razonable a un nivel general, ya que obligaría a los PSL a solicitar asesoría legal respecto de todos los materiales a los que proveen acceso, lo cual es desproporcionado. Cfr. LINDNER, B., «News on the Internet: Legal Implications of Union Syndicales des Journalistes Français CFTD v. Sté Plurimedia», *E.I.P.R.*, 1998, p. 413.

¹³² *Union des Etudiants Juifs v. Calvacom y otros*, sentencia del Tribunal de Grande Instance de Paris de 12 de junio de 1996, disponible en Internet en <<http://www.legalis.net/legalnet/judiciaire/uejf.html>>.

¹³³ *Cyber press Publishing v. Skynet*, interdicto de 22 de marzo de 2000, Tribunal de Grande Instance de Paris, no publicada, citada en STROWEL, A., e IDE, N., «La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et question des hyperliens», *op. cit.*, p. 137.

De los casos expuestos se extrae claramente la conclusión de que, para esta primera línea jurisprudencial, los PSL no van a poder eludir su responsabilidad cuando conocen la ilicitud de los contenidos y pese a ello no toman ninguna medida para interrumpir la transmisión, incluso cuando se comportan como meros prestadores de acceso. La cuestión de los procedimientos de notificación y retirada no se aborda en ninguno de los casos, quedando pendiente hasta una ulterior regulación legislativa¹³⁴.

ii) *La exención de responsabilidad de los prestadores de acceso y alojamiento*

La primera vez que expresamente se rechaza la posibilidad de considerar responsable a un PSL en Francia es el caso *Queneau*¹³⁵, en el cual el demandado es un servidor destinado a fines universitarios y sin ánimo de lucro. El Tribunal rechaza la demanda, ya que el PSL dispone de un sistema de protección que impide el acceso de terceros al servidor¹³⁶, aunque defectos técnicos en el mismo han permitido que la obra se difunda por toda Internet en el caso concreto. Además, el documento ha sido suprimido con celeridad del servidor¹³⁷.

En esta misma línea jurisprudencial, pero dentro ya de los PSL comerciales, debe citarse el caso *Groupe Revue Fiduciaire*¹³⁸, en el cual se exime de responsabilidad a *UUNet*, empresa que prestaba servicios de acceso a *EDV*, que había colocado en su sitio *web* un artículo cuyos derechos pertenecían a la actora, *Groupe Revue Fiduciaire*. La doctrina de *Groupe Revue Fiduciaire* ha

¹³⁴ KÉRÉVER considera sin embargo adecuada la postura de los Tribunales franceses, por cuanto en un ambiente tan nuevo la solución más adecuada es ir analizando caso por caso sin sentar reglas a priori. Cfr. el comentario de A. KÉRÉVER al auto de la *Cour d'appel de Colmar* de 15 de septiembre de 1998, *R.I.D.A.*, núm. 179, p. 419.

¹³⁵ *Jean-Marie Queneau v. Jérôme Boue y LAAS*, sentencia de 10 de junio de 1997, *Tribunal de Grande Instance de Paris, Dalloz, Jurisprudence*, núm. 44, 1998, p. 621, reseña de CÁMARA, M.^a P., *pe.i.*, (*revista de propiedad intelectual*) núm. 1, 1999, pp. 186 y 187. La obra «Cent Mille Millard de Poèmes», del autor francés Raymond Queneau es colocada por el señor Boue en el servidor de LAAS, un laboratorio informático que es usado con fines de investigación. El hijo de Queneau— pues Raymond falleció en 1976— demanda a Boue y al prestador de servicios, LAAS, en concepto de violación de sus derechos patrimoniales y morales.

¹³⁶ LAAS tiene dos direcciones IP distintas. La primera, <<http://www.laas.fr>> es accesible por todos, mientras que la segunda, <<http://www.tsf.laas.fr>> no es en principio accesible por terceros.

¹³⁷ Existe otro caso *Queneau* —Queneau Paris—, con unos hechos idénticos, que ha sido resuelto también por el juez GOMEZ. En la sentencia que acaba con el juicio breve y sumario de *Queneau v. Christian L., l'Université Paris VIII y otros*, de 5 de mayo de 1997, *Tribunal de Grande Instance de Paris, R.I.D.A.*, núm. 175, pp. 265 y ss., el tribunal declara la responsabilidad de Christian L., un estudiante de París VIII. Aunque la Universidad —titular del servidor a través del cual se había difundido la obra— también es demandada, la decisión definitiva se deja para un juicio posterior sobre el fondo del asunto.

¹³⁸ *Groupe Revue Fiduciaire v. EDV y UUNet*, interdicto de 1 de octubre de 1999, *Tribunal de Commerce de Paris*, disponible en <<http://www.afa-france.com/html/action/jugement2.htm>>, con comentario de la asociación que agrupa a los PSL franceses, AFA (Association des Fournisseurs d'Accès et de Services Internet), disponible en <<http://www.afa-france.com/html/action/diffusion.htm>>.

sido confirmada en el caso *Le Serveur Administratif*¹³⁹. La empresa editora de una base de datos que contenía el texto y resúmenes de más de 400 convenios colectivos demanda a Thierry E. y a la empresa de la cual es administrador único y propietario, *Le Serveur Administratif*, debido a que dicha empresa ha puesto en sus servidores *minitel* —el equivalente francés de la *Infovía* española— una copia servil de la base de datos «Dictionnaire Permanent Conventions Collectives».

El Tribunal de Apelación de Lyon, declara —a mi juicio correctamente—, que el único responsable de la violación de los derechos de autor es el proveedor de contenidos —y, solidariamente, la persona física que está detrás de él, acudiendo a la doctrina del «levantamiento del velo»—. Respecto del prestador de espacio —la sociedad *SA Jet On*— y el prestador de acceso a la red —*France Telecom*—, que proporcionaban sus servicios a *Le Serveur Administratif*, el Tribunal declara que no tienen responsabilidad alguna, puesto que no tenían la posibilidad real de controlar la actividad de sus usuarios. De esta manera se rechaza la posibilidad de apreciar una responsabilidad objetiva o que los PSL tengan una obligación de supervisión —como se hacía en *Brel*—

2.2. *Bélgica y Holanda*

En Bélgica hay que destacar el caso *Novell*¹⁴⁰, en el que PSL es condenado por violación de los derechos de autor con el argumento de que el operador debería haber colocado sus propios programas en un lugar del servidor inaccesible para los usuarios. La ratio decidendi es la falta de diligencia del operador del BBS, que tenía gran experiencia en este campo¹⁴¹, existiendo la posibilidad técnica de aislar los programas en una zona segura¹⁴². Se trata de un asunto en la línea de *Sega v. Maphia*, que exige una diligencia profesional a los PSL con el objeto de eludir una posible atribución de responsabilidad, sobre todo cuando se está obteniendo un lucro derivado de las actividades ilícitas.

¹³⁹ *Consorts E., SA Le Serveur Administratif v. Sarl Editions Législatives, SA Jet On Line, SA France Telecom*, sentencia de 22 de junio de 2000, *Cour, d'appel de Lyon* (1er. Chambre), disponible en <http://www.legalis.net/jnet/decisions/dt_auteur/arret_ca-lyon_220600.htm>.

¹⁴⁰ *Novell Inc. v. Reerat C.*, Tribunal Penal de Hasselt, sentencia de 16 de Febrero de 1999, reseñada en *Computer Law Strategist*, vol. 12, núm. 15, p. 10. Un operador de BBS que contenía copias de programas de ordenador de la empresa *Novell* utilizadas para uso interno facilita a los usuarios su descarga sin autorización, ya que están colocados en un sector del BBS accesible sin ninguna restricción. Aunque la causa penal es desestimada, se acepta la demanda civil, fijándose una indemnización de 500.000 francos belgas.

¹⁴¹ Sobre el estándar de diligencia exigible a los actores en el entorno en línea, *vid.* TANENBAUM, W., «Intellectual Property Due Diligence for On-Line Services, Internet Web Site Development and International Copyright Conflict Of Laws Analysis», *Practicing Law Institute, Patents, Copyrights, Trademark and Literary Property Course Handbook Series*, núm. 454, 1996, pp. 7 a 40.

¹⁴² Sin duda influye en la resolución del caso el hecho de que hay un claro convencimiento por parte del juez de que las copias son piratas, ya que aunque esto no se pudo demostrar se encontró en la memoria del BBS —llamado *Point Break*— un programa que podía alterar los números de serie del *software* de *Novell*.

El primer caso en el que se discute la responsabilidad civil de un PSL en Holanda es el resuelto mediante la sentencia de 24 de agosto de 1995 del *Arrondissementsrechtbank* (Juzgado de Primera Instancia) de Rotterdam, en la que un operador de BBS es considerado responsable directo de la infracción a los derechos de autor por permitir a sus subscriptores descargar reproducciones ilegales de programas de ordenador haciendo pequeñas modificaciones a los mismos¹⁴³. En otro caso, *Church of Spiritual Technology v. Karin Spaink* y 22 prestadores de servicios¹⁴⁴, el juez decretó que los PSL no eran responsables por las infracciones del derecho de autor cometidas por los usuarios a los que proporcionaban servicios de alojamiento de páginas *web*, ya que no tenían ningún control sobre sus actividades ni tenían conocimiento de las mismas¹⁴⁵. Sin embargo, se deja abierta la posibilidad —no aplicable en el caso concreto por falta de prueba suficiente— de declarar a los PSL responsables si la actividad del usuario es ilícita y se puede inferir razonablemente —por ejemplo, mediante la existencia de una notificación— que el PSL conocía estas actividades. En tales casos los PSL tienen la obligación positiva de tomar medidas adecuadas para detener las actividades ilegales de los usuarios a los que prestan servicios, postura que se confirma en el fallo sobre el fondo del asunto, en la sentencia del *Arrondissementsrechtbank* de la Haya, de 9 de junio de 1999¹⁴⁶.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PSL EN LA UE: LA DIRECTIVA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

La Directiva de comercio electrónico¹⁴⁷ dedica en su Sección IV —bajo el encabezamiento de «Responsabilidad de los prestadores de servicios interme-

¹⁴³ Vid. el comentario del caso en KOELMAN, K., *Liability for On-Line Intermediaries*, op. cit., p. 27.

¹⁴⁴ *Church of Spiritual Technology y otros v. Karin Spaink y otros*, interdicto de 12 de marzo de 1996, Juzgado de Primera Instancia de La Haya, versión inglesa disponible en <<http://www.xs4all.nl/kspaink/cos/verdleng.html>>, traducción de D. Winter y K. Spaink. Los demandados en el caso eran 22 prestadores de servicios en línea y una usuaria, Karin Spaink. Los PSL proporcionaban servicios de alojamiento de páginas *web*, donde algunos usuarios habían colocado textos —publicados e inéditos— de Ron Hubbard —el fundador de la Iglesia de la Cienciología— incurriendo de esta manera en un acto de comunicación al público —el caso es el paralelo holandés de *Netcom*—. El juez rechaza aplicar el estándar de responsabilidad objetiva que rige en el derecho de autor holandés al entorno en línea. Respecto de la usuaria se declara que los pasajes de las obras contenidos en su página *web* personal están cubiertos por el derecho de cita del artículo 15 A de la ley holandesa. Respecto de los prestadores de alojamiento, el interdicto los exonera de responsabilidad, ya que no han contribuido de ninguna manera con la actividad de la usuaria y no tienen control alguno en los contenidos que sus abonados ponen en la Red.

¹⁴⁵ Vid. el comentario del caso en BORTLOFF, N., «Neue Urteile in Europa betreffend die Frage der Verantwortlichkeit von Online-Diensten», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 1997, p. 170.

¹⁴⁶ Sentencia del *Arrondissementsrechtbank* de la Haya, de 9 de junio de 1999, citada en STROWEL, A., e IDE, N., «La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et question des hyperliens», op. cit., p. 127.

¹⁴⁷ Para un comentario general sobre la Propuesta inicial de la Comisión, Vid. HOEREN, T., «Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce», *Multimedia und Recht*, 1999, pp. 192 a 199

diarios»— cuatro artículos —12 a 15— a clarificar la responsabilidad civil que deben afrontar los PSL por sus actividades comerciales¹⁴⁸. El objetivo de la Directiva es, entre otros, definir los distintos papeles y responsabilidades que desempeñan los operadores de Internet y lograr un equilibrio entre todos los intereses en juego¹⁴⁹, limitando el riesgo de actividades ilícitas en línea¹⁵⁰ y fomentando con ello la seguridad jurídica en el entorno de Internet¹⁵¹. La idea en un principio era que la DCE siguiera un camino paralelo a la Propuesta de Directiva relativa a la Armonización de determinados aspectos del Derecho de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información¹⁵² —PDDASI—, como se recoge en el Considerando 50 de la DCE¹⁵³, aunque finalmente

y específicamente sobre la responsabilidad de los PSL, SPINDLER, G., «Verantwortlichkeit von Diensteanbietern nach dem Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie», *Multimedia und Recht*, 1999, pp. 199 a 207.

¹⁴⁸ Existen otras cuatro cuestiones —aparte de las de la responsabilidad de los PSL— reguladas en la Directiva sobre comercio electrónico que deben hacer posible el buen funcionamiento de los servicios en línea de la sociedad de la información. Éstas se corresponden con el lugar de establecimiento de los prestadores de servicios, la publicidad y el *marketing* —denominados «comunicaciones comerciales»—, la contratación en línea y la aplicación efectiva de las normas existentes. Para una visión panorámica de la Propuesta *vid.* GOURLAY, D., y WARNER, J., «Developments in Electronic Commerce in the EU and the UK», *Copyright World*, Septiembre 1999, disponible en <<http://www.206.169.98.71/IPW/articles/ipwa2.html>>.

¹⁴⁹ Para un análisis de las posturas de la Comisión en esta materia, *vid.* LEHMANN, M., «Rechtsgeschäfte und Verantwortlichkeit im Netz. Der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 1999, pp. 180 a 184.

¹⁵⁰ *Cfr.* el Memorando Explicativo que acompaña la *Propuesta de Directiva sobre comercio electrónico*, *op. cit.*, p. 5. La Comisión constata que algunos países —como Dinamarca— ya han regulado las actividades de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, y que otros —Bélgica y Francia— se están planteando abordar reformas legislativas a gran escala. En nuestro país existe un Anteproyecto de ley sobre comercio electrónico elaborado por el Ministerio de Fomento, que regula la responsabilidad de los PSL en sus arts. 10 a 12, en una línea similar a lo previsto en la DCE.

¹⁵¹ El fundamento político de la Directiva debe buscarse en la Declaración Ministerial de Bonn, adoptada tras la Conferencia Interministerial que tuvo lugar entre el 6 y el 8 de julio de 1997. En su punto 43 se declara que «Los ministros consideran que las normas sobre responsabilidad han de hacer efectivo el principio de libertad de expresión, respetar los intereses públicos y privados y no imponer cargas desproporcionadas a los agentes», señalando de esta manera la necesidad de llegar a un equilibrio adecuado que satisfaga a todas las partes, respetando los principios constitucionales comunes a los estados de la UE.

¹⁵² *Propuesta Modificada de 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 Información*, COM (1999) 250 final, de 21 de mayo de 1999.

¹⁵³ En donde se dice que: «es importante que la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de ciertos aspectos de los derechos de autor y derechos conexos en la sociedad de la información y la presente Directiva entren en vigor más o menos al mismo tiempo, para garantizar el establecimiento de un marco normativo claro relativo a la cuestión de la responsabilidad de los intermediarios por infracciones de los derechos de autor y los derechos conexos a escala comunitaria». En el fondo se tiene bastante claro que es necesario que la DCE entre en vigor antes que la PDDASI, porque de otra manera se crearía una gran inseguridad jurídica entre los PSL, que podrían verse afectados por las nuevas formas de infracción que la PDDASI dispone.

se ha adelantado a ésta por motivos políticos¹⁵⁴ a partir del Consejo de Lisboa¹⁵⁵.

Tras unas consideraciones comunes a los tres tipos de actividades que la DCE regula, se va a abordar, en primer lugar, el caso en el cual un usuario transmite obras protegidas por Internet sin autorización previa —las denominadas en el encabezado del artículo 12 «actividades de mera transmisión»¹⁵⁶—. En segundo lugar se va a tratar el tema del *system caching*, contemplado en el artículo 13 DCE. Por último se va a hacer mención especial de la situación en la cual los PSL actúan como prestadores de espacio *web* —lo que el artículo 14 DCE llama «alojamiento de datos»—.

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS EXENCIONES DE RESPONSABILIDAD DE LOS PSL EN LA DIRECTIVA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

Debe hacerse, en primer lugar, una precisión terminológica. En la Propuesta Inicial de la Comisión se hablaba en el encabezamiento de la Sección IV de «Responsabilidad de los intermediarios», mientras que el texto de los arts. 12 a 15 se refería a los «prestadores de servicios». La única modificación que se produjo en el texto de la Propuesta Modificada —PM— respecto de la Propuesta originaria fue precisamente en dicho encabezado, que en la PM era «Responsabilidad de los prestadores intermediarios»¹⁵⁷. Finalmente, en la Directiva se titula la Sección IV «Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios».

¹⁵⁴ Aunque estaba previsto su lanzamiento por la Comisión en los primeros meses de 1998, finalmente la Propuesta inicial se demoró hasta el 18 de noviembre, produciéndose un pequeño desfase temporal entre ambas Directivas. La primera aproximación de la Comisión de la UE sobre el problema de la responsabilidad en este sentido amplio figura en la *Comunicación sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet*, COM (96) 487 final, de 16 de octubre de 1996. En ella —pp. 12 a 14—, se sientan las líneas maestras para determinar la responsabilidad de los PSL en Internet y se recuerda que cuatro estados comunitarios —Austria, Alemania, Francia y el Reino Unido— han promulgado o propuesto leyes sobre la materia. También se destaca —p. 13—, la importancia de la autorregulación de la industria, que ha operado bastante satisfactoriamente en los casos del Reino Unido, Alemania y Holanda. Asimismo, el llamado *Working Party on Illegal an harmful content on the Internet* ha señalado la necesidad de no extender demasiado la responsabilidad de los PSL. Cfr. el Informe del *Working Party on Illegal an harmful content on the Internet*, 1997, disponible en <<http://www2.echo.lu/legal/en/Internet/content/wpen.html>>. El principio informador de todas las iniciativas legislativas en materia de servicios en línea es el de evitar los obstáculos para una libre prestación de servicios en el mercado interior, y en esa clave se enmarca también la DCE. Cfr. CRAGO, P., «Fundamental Rights on the Infobahn: Regulating the Delivery of Internet Related Services within the European Union», *op. cit.*, p. 494.

¹⁵⁵ En la nota de prensa puesta por la comisión en su sitio *web* se señala que la Directiva sobre comercio electrónico era una de las prioridades del Comisario para el mercado interior, Frits Bolkestein. Cfr. «Electronic commerce: Commission welcomes final adoptions of legal framework Directive», disponible en <http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/media/electcomm/2k-442.htm>.

¹⁵⁶ En la Propuesta Modificada se hablaba de «mero transporte» o «mere conduit».

¹⁵⁷ Con dicha enmienda se pretende clarificar aún más que la Directiva sólo esta contemplando la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios que realmente actúan como intermediarios.

En cualquier caso, la DCE trata de dejar claro que cuando el PSL actúe como prestador de contenidos no podrá acogerse a las excepciones de responsabilidad. Ésta deberá determinarse de acuerdo con las reglas de responsabilidad extracontractual vigentes en el derecho de cada estado miembro¹⁵⁸. De la misma manera, el PSL deberá responder cuando actúa como intermediario de acuerdo a la legislación nacional¹⁵⁹ si no cumple alguna de las condiciones que se señalan para las distintas situaciones¹⁶⁰. La técnica de regular mediante exenciones de responsabilidad significa, *a contrario*, que los PSL van a ser en principio responsables del material que transmitan o alojen en sus sitios *web*, salvo que prueben que se dan las condiciones de la Directiva.

Respecto del ámbito de aplicación subjetivo de la DCE, los PSL quedan definidos —artículo 2 e)— como «cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información»¹⁶¹, de acuerdo con la definición que da el artículo 1.2 de la Directiva 98/34/CE de 22 de junio de 1998, definición que comprende también las actividades de suministro de obras en línea¹⁶² —como expresamente dice el Considerando 18 de la DCE¹⁶³—. Como el

¹⁵⁸ Como la misma Comisión señala, cuando un PSL sea él mismo —es decir, bajo su control directo— quien ha colocado el contenido protegido en línea, —y por tanto no actúe como «intermediario»— deberá responder por sus actos sin poder acogerse a ninguna de las exenciones de responsabilidad previstas en la DCE. *Cfr. Memorando explicativo de la propuesta inicial*, p. 27.

¹⁵⁹ En nuestro ordenamiento, estas normas son fundamentalmente el TRLPI, las normas de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, las de la Ley Orgánica 1/1982, o las de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil, sobre los que volveremos más adelante. Las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales va a incitar, sin embargo, que los prestadores de servicios establezcan sus sedes en los estados miembros dotados de regímenes favorables.

¹⁶⁰ Por supuesto también tendrán los demás recursos para eximirse de responsabilidad que las leyes les otorguen. En el caso del derecho de autor, en concreto, es posible, por ejemplo, que no haya infracción de los derechos patrimoniales porque la obra haya pasado al dominio público. *Cfr. JULIA-BARCELÓ, R., «On-line Intermediary Liability Issues: Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks», op. cit., 109.*

¹⁶¹ La definición de servicios de la sociedad de la información —que es una especie dentro del género de los servicios regulados en el derecho comunitario— ha sufrido modificaciones durante el trámite de la DCE para adecuarla al artículo 2.1 de la Directiva 98/34/CE, tal como ha sido modificado por la Directiva 98/48/CE. La definición vigente de servicio de la sociedad de la información es «todo servicio, prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios».

¹⁶² Aunque en la DCE se opte por el principio de país de origen para controlar los requisitos del establecimiento de los PSL en los países de la UE —artículo 3.1 DCE—, el artículo 3.3 reenvía a un Anexo —bajo la rúbrica de «Excepciones a la dispuesto en el artículo 3»— en el cual se excluyen del ámbito de aplicación del artículo 3 las actividades comprendidas en el sector de los derechos de autor y derechos afines. Hay que distinguir, sin embargo, entre la regulación sustantiva del derecho de autor y derechos afines en el ámbito comunitario —que va a estar contenida fundamentalmente en la PDDASI— y la cuestión de la responsabilidad por la infracción de dichos derechos, que se contempla en la DCE, como aclara el Considerando 18 de la DCE.

¹⁶³ El Considerando 18 realiza una cuidadosa y prolija delimitación de lo que son los «servicios de la sociedad de la información y se dice (la bastardilla es mía): «los servicios de la sociedad de la información cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea; dichas actividades en particular consisten en la venta de mercancías en línea; las actividades como la entrega de mercancías en sí misma o la prestación de servicios fuera de la línea no están cubiertas; los servicios de la sociedad de la información no se limitan únicamente a servicios que dan lugar a la contratación en línea, sino también, en la medida en que representan una actividad económica, son extensivos a servicios no remunerados por sus destinatarios, como aquéllos que con-

Considerando 17 recuerda, los servicios a los que se hace referencia en la lista indicativa del Anexo V de la Directiva 98/34/CE —como la radiodifusión televisiva—, que no implican tratamiento y almacenamiento de datos, no están incluidos en la definición de «servicios de la sociedad de la información».

Hay que destacar además, cuatro cuestiones comunes a los tres preceptos que aquí se van a analizar. En primer lugar, las exenciones de responsabilidad de la DCE sólo juegan para los prestadores intermediarios de la sociedad de la información establecidos en países de la UE. Para los PSL extracomunitarios se aplicarán las reglas de responsabilidad nacionales y las normas de Derecho Internacional Privado¹⁶⁴.

En segundo lugar, los arts. 12 a 14 de la DCE sólo otorgan protección frente a las acciones por daños y perjuicios, por lo que las acciones de cesación y las medidas cautelares quedan siempre a salvo, como se recuerda en los arts. 12.3, 13.2 y 14.3 de la Directiva.

En tercer lugar, las exenciones se van a aplicar con independencia de que el PSL sea considerado en el Derecho nacional como infractor principal o subsidiario, y su papel sea el de infractor directo o mero corresponsable o cómplice¹⁶⁵.

En cuarto lugar hay que decir que el artículo 18 DCE establece la obligación de que los estados miembros dispongan en su ordenamiento de «normas que

sisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos; los servicios de la sociedad de la información cubren también servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, o albergar información facilitada por el destinatario del servicio; la radiodifusión televisiva según se define en la Directiva 89/552/CEE y la radiodifusión radiofónica no son servicios de la sociedad de la información, ya que no se prestan a petición individual; por el contrario, los servicios que se transmiten entre dos puntos, como el vídeo a la carta o el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico son servicios de la sociedad de la información; el uso del correo electrónico o, por ejemplo, de sistemas equivalentes de comunicación entre individuos, por parte de personas físicas que actúan fuera de su profesión, negocio o actividad profesional, incluso cuando los usan para celebrar contratos entre sí, no constituyen un servicio de la sociedad de la información (...).

¹⁶⁴ La definición de prestador de servicios comunitario establecida en el artículo 2 c) de la DCE reza como sigue: «*Prestador de servicios establecido*»: prestador que ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado. La presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizados para prestar el servicio no constituyen en sí mismos el establecimiento del prestador de servicios». Dicha definición está basada en la jurisprudencia del TJCE, y pone el acento en la ubicación geográfica de las actividades económicas, y no en los medios tecnológicos utilizados. De esta manera un PSL se considera establecido en la comunidad si cumple con las condiciones del artículo 2 c), aunque su servidor se encuentre ubicado en un país extracomunitario. De la misma manera, los PSL establecidos en terceros países que utilicen un servidor en la Comunidad no podrán gozar de las ventajas de la Directiva. En particular, no constituirá establecimiento en un país de la UE el mero alojamiento de páginas web en un servidor comunitario, o el que se pueda acceder a un sitio web en un Estado miembro. Cfr. *Memorando explicativo* que acompaña a la *Propuesta de Directiva sobre comercio electrónico*, p. 16.

¹⁶⁵ Cfr. STROWEL, A., e IDE, N., «La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et question des hyperliens», *op. cit.*, p. 47.

permitan adoptar rápidamente medidas, incluso provisionales, destinadas a poner término a cualquier presunta infracción y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los interesados afectados¹⁶⁶», pero no define el carácter que deben tener estas normas, que pueden por tanto ser civiles, penales o administrativas.

Como última consideración previa antes de proceder al análisis de los arts. 12 a 14 hay que decir que el sistema de responsabilidad civil de los PSL se cierra con una cláusula general en el artículo 15.1 DCE que exime a los PSL de la obligación general de supervisar o controlar activamente las informaciones que los terceros proporcionan en la Red¹⁶⁷. Dicha opción era la preferida por la doctrina¹⁶⁸ y los propios PSL¹⁶⁹, en contra de la ley sueca de 1 de mayo de 1998, que establece para los prestadores de espacio *web* la obligación de supervisar los contenidos que albergan¹⁷⁰ y del pronunciamiento del caso *Brel*. Sin embargo, los estados miembros —artículo 15.2 DCE— podrán obligar a los PSL a que comuniquen a la autoridad pública competente los datos acerca de actividades ilícitas que por cualquier motivo conozcan¹⁷¹ y a proporcionar información acerca de la identidad de sus clientes¹⁷².

¹⁶⁶ Lo que en el caso de España ya se encuentra suficientemente cubierto con el artículo 139 TRL-PI.

¹⁶⁷ Aunque en la Propuesta Modificada la exención de la obligación de supervisión sólo jugaba para la prestación de acceso y para la prestación de espacio *web* — y por tanto no para el *system caching*—, en el texto final de la DCE también se ha incluido el *caching*, lo que exime a los PSL de revisar rutinariamente sus cachés en busca de materiales ilícitos. Por supuesto, esto no significa que no deban cumplir todas las demás condiciones del artículo 13 DCE.

¹⁶⁸ Aunque había alguna voz que disentía, como la de A. LUCAS, para el que es un error regular de la misma manera actividades tan distintas como la distribución de materiales pornográficos o racistas y la transmisión no autorizada de obras en línea. Cfr. LUCAS, A., *Droit d'auteur et numérique*, *op. cit.*, p. 296.

¹⁶⁹ Cfr. JULIÀ-BARCELÓ, J., «Liability for On-line Intermediaries. A European Perspective» *op. cit.*, 457.

¹⁷⁰ Para prevenir los inconvenientes de una supervisión sistemática de contenidos, que claramente violaría las normas internacionales sobre libertad de expresión y derecho a la intimidad, QUOY señala la posibilidad de realizar sondeos aleatorios, caracterizándola como una obligación de medios. Cfr. QUOY, N., «La responsabilité en matière de contrefaçon par reproduction», *op. cit.*, p. 77.

¹⁷¹ El artículo 15.2 de la Propuesta Modificada dejaba a salvo la posibilidad de llevar a cabo investigaciones «selectivas y transitorias» cuando lo ordenase la autoridad judicial. En el texto definitivo de la DCE se ha suprimido dicho artículo, seguramente por innecesario.

¹⁷² De esta manera se acaba con una de los mayores peligros de la Red, pero también con una de sus mayores ventajas, el anonimato. La obligación que tiene los PSL de identificar a los usuarios de los servicios sólo juega cuando exista un «contrato de almacenamiento», expresión que hay que entender en el sentido de incluir a los prestadores de alojamiento que ceden espacio a terceros para almacenar páginas *web* o correo electrónico. También entran dentro de dicho concepto los servicios que podemos llamar de «aparcamiento informático», que consisten en ceder espacio en el disco duro de otros ordenadores, aunque no se trate propiamente de espacio para páginas *web*, sino para cualquier tipo de contenidos que el usuario quiera depositar. No parece incluida, en cambio, la mera provisión de acceso, que no supone almacenamiento de contenidos del usuario en los sistemas del PSL.

2. ACTIVIDADES DE MERA TRANSMISIÓN Y EL ALMACENAMIENTO DE COPIAS EFÍMERAS (ART. 12 DCE)

2.1. *El alcance del artículo 12 DCE*

Mediante el párrafo primero del artículo 12 de la Directiva¹⁷³ se exime de responsabilidad a los PSL cuando éstos adoptan un papel pasivo consistente en transmitir datos en nombre de terceros, los destinatarios del servicio —usuarios—, siempre que no tengan control sobre la información transmitida. A este respecto, «datos» debe entenderse en un sentido amplio, y por tanto se entienden incluidas en este concepto las obras protegidas por el derecho de autor¹⁷⁴, aclarándose expresamente en el Memorando Explicativo que acompañaba a la Propuesta inicial de la DCE que estos límites en materia de responsabilidad juegan también para la piratería en el ámbito de los derechos de autor¹⁷⁵.

Hay que resaltar que mientras que el artículo 12.1 se está refiriendo a las actividades de transmisión de información en general, el párrafo segundo del artículo 12 regula la responsabilidad de los PSL por el almacenamiento de las copias efímeras que se crean en puntos intermedios de la Red. Estas reproducciones, aunque no tienen una importancia significativa desde el punto de vista del derecho de autor¹⁷⁶ —son un mero proceso técnico respecto del acto de comunicar la obra al público en Internet— habían sido vistas por las compañías de telecomunicaciones como una posible fuente de responsabilidad, y de ahí que presionaran ante la Comisión para obtener una exención en este concepto¹⁷⁷.

El artículo 12.2 está construido formalmente como una mera aclaración del artículo 12.1 —se dice que «las actividades de transmisión y concesión de acceso enumeradas en el apartado 1 engloban el almacenamiento (...)»— y por

¹⁷³ La norma tiene el siguiente tenor literal: «1. Los Estados miembros garantizarán que, en el caso de un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir en una red de comunicaciones, datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, no se pueda considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos, a condición de que el prestador de servicios: a) no haya originado él mismo la transmisión; b) no seleccione al destinatario de la transmisión; y c) no seleccione ni modifique los datos transmitidos».

¹⁷⁴ Cfr. *Exposición de Motivos de la Propuesta inicial de la DCE*, p. 27.

¹⁷⁵ Cfr. *Memorando Explicativo de la Propuesta inicial de la DCE*, p. 27.

¹⁷⁶ Así se ha pronunciado de forma mayoritaria la doctrina en el Derecho Comparado. Vid. DREIER, T., *Urheberrecht und digitale Werkverwertung*, Friedrich Ebert Stiftung, Bonn, 1997, p. 23; BECHTOLD, S., «Multimedia und das Urheberrecht», disponible en <<http://www.jura.uni-tuebingen.de/~s-bes1/sem97/bechtold.pdf>>, p. 9; ERNST, S. «Urheberrechtliche Probleme bei der Veranstaltung von On-demand-Diensten», *G.R.U.R.*, 1997, p. 593; SCHWARZ, M., «Urheberrecht im Internet», disponible en <http://www.jura.uni-muenchen.de/Institute/internet_II.html>; FICSOR, M., «Digital Transmissions in Information Networks and the International Harmonization of Copyright», *SOFTIC International Symposium'95: Problems of Intellectual Property Rights in the Context of Information Networks*, 1995, Tokio, pp. 179 y 180 y LUCAS, A., *Droit d'auteur et numérique*, op. cit., p. 130.

¹⁷⁷ La cuestión no había sido resuelta en el TDA, al haberse quedado fuera del texto final del tratado cualquier referencia a la regulación del derecho de reproducción en Internet.

tanto para que un PSL pueda eximirse de responsabilidad por las copias efímeras que se crean en sus ordenadores, debe cumplir en teoría tanto las condiciones generales del artículo 12.1 como las más específicas del artículo 12.2. Sin embargo, como veremos a continuación, existe una confusión entre dos tipos de actividades distintas. La primera de ellas son las actividades de *transmisión* —tanto de datos como de obras y prestaciones protegidas—, que tienen unas condiciones específicas, detalladas en el artículo 12.1. La segunda actividad típica es el *almacenamiento* de copias efímeras, que debe reunir las condiciones señaladas en el párrafo segundo del artículo 12. Por tanto, no se aplican las condiciones del párrafo primero al supuesto de almacenamiento contemplado en el párrafo segundo, y viceversa.

Antes de meternos de lleno en el análisis de las actividades de transmisión y almacenamiento es necesario hacer aún dos consideraciones generales más. En primer lugar, la actividad de mera transmisión se define como «un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir en una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones». La exención, de acuerdo con dicho tenor, está pensada para dos tipos de actividades llevadas a cabo por los PSL, como son los operadores de telecomunicaciones —que simplemente actúan como meras correas de transmisión de los datos u obras que circulan por sus instalaciones¹⁷⁸— y los prestadores de acceso que hacen posible la conexión a Internet, normalmente con un servicio de correo electrónico asociado¹⁷⁹.

En segundo lugar, hay que definir qué responsabilidades se están cubriendo en el artículo 12 DCE. Quedan comprendidas tanto la responsabilidad directa como la subsidiaria, y se incluye también el ámbito penal. Es necesario distinguir, ya que la Directiva lo hace, entre el régimen de la indemnización de daños y la acción de cesación de la actividad ilícita de acuerdo con las distintas legislaciones nacionales. Como ya se ha dicho, el artículo 12.3 DCE no excluye la acción de cesación incluso en los casos en que los PSL simplemente son proveedores de acceso¹⁸⁰, ya que uno de los principios inspiradores de la norma es el «principio de reacción diligente», que implica que los PSL deben reaccionar con rapidez cuando se les notifica que se están utilizando sus servicios para realizar actividades ilícitas.

2.2. Las condiciones de las exenciones: los arts. 12.1 y 12.2 DCE

Respecto de la acción de indemnización, vamos a examinar en primer lugar las condiciones para aplicar la exención en el caso de *transmisiones* de obras pro-

¹⁷⁸ Estas suelen ser grandes compañías, normalmente de ámbito nacional, herederas de las empresas estatales monopolísticas, como *Telefónica* en España.

¹⁷⁹ También se incluyen dentro de dicho tenor los casos en los que PSL reenvía de forma automática mensajes de correo electrónico entre los particulares o en una lista de correo.

¹⁸⁰ «El presente artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida».

tegidas o datos del artículo 12.1, condiciones que, claro está, deben presentarse cumulativamente¹⁸¹.

En primer lugar, la información debe ser facilitada por un tercero¹⁸² —con lo que se excluyen los casos en los que el propio PSL hace accesibles contenidos en línea, o dicho de otro modo, actúa como proveedor de contenidos—. El PSL, en segundo lugar, no debe seleccionar a los destinatarios de la transmisión —es decir, debe limitarse a dar curso a las ordenes de los usuarios— y, en tercer lugar, no debe seleccionar ni modificar los datos transmitidos¹⁸³.

Puede plantearse si el proceso técnico de conmutación de paquetes¹⁸⁴, que se utiliza para toda la información que viaja a través de Internet, supone una «modificación» o «transformación» de los datos. La respuesta debe ser negativa, ya que se trata de un mero proceso técnico que ocurre automáticamente¹⁸⁵, y no supone ningún grado de control o relación entre el PSL y los materiales que está transmitiendo.

Por otro lado, respecto del *almacenamiento* del artículo 12.2 se deben cumplir cinco condiciones distintas para eximir de responsabilidad a los PSL por las copias efímeras que se crean en sus servidores. Estas condiciones son que el almacenamiento de las reproducciones de obras sea automático, provisional, transitorio, sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red y su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión. Aunque no queda muy claro qué aporta la distinción entre «provisional» y «transitorio», ni cual es el límite de lo «razonablemente necesario» para la transmisión, lo cierto es que quedan perfectamente identificadas las copias efímeras, quedando por tanto a salvo la posición de los PSL¹⁸⁶.

Analizando el artículo 12.1 desde un punto de vista crítico, parece razonable y adecuado no penalizar a un PSL cuando no goza de control alguno sobre los materiales que son transmitidos a través de sus servicios de telecomunicación, como se hace en la DMCA y en la IuKDG. En este caso su actividad es idéntica a la de los operadores de telecomunicaciones que hacen posible

¹⁸¹ Como se desprende de la conjunción copulativa «y» que conecta las letras b) y c).

¹⁸² Es decir, que no origine él mismo la transmisión.

¹⁸³ No se considera que tenga control sobre la transmisión cuando automáticamente procede a transmitir información o a seleccionar destinatarios a petición de los usuarios, como en el caso de los grupos de noticias y las listas de distribución de correo electrónico, ya que el PSL actúa como mera correa de transmisión de las actividades de sus usuarios. Cfr. JULIÀ-BARCELÓ, R., «On-line Intermediary Liability Issues: Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks», *op. cit.*, p. 109.

¹⁸⁴ Mediante la técnica de la conmutación de paquetes toda información u obra protegida que viaja a través de Internet es descompuesta en pequeños grupos o paquetes de información, que siguen rutas distintas. Posteriormente vuelven a ensamblarse correctamente en el punto de destino.

¹⁸⁵ Vid. el Considerando 43 de la DCE.

¹⁸⁶ La exención respecto del almacenamiento de copias efímeras alcanza tanto a los prestadores de contenidos como a los de alojamiento y acceso. Sin embargo, es claro que los prestadores de contenidos siguen respondiendo por sus demás actividades de reproducción y puesta a disposición del público de obras en Internet.

una comunicación telefónica o telegráfica. Con esta lógica, y como no es posible supervisar el contenido de estas comunicaciones sin violar el derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad de los usuarios¹⁸⁷, la única solución posible es eximir al PSL. Sin embargo, se plantea el problema de qué ocurre respecto de la acción de indemnización si el PSL llega a conocer por algún medio —por ejemplo, porque el titular de los derechos de autor se lo notifica— que se está produciendo una transmisión de obras no autorizada por su titular.

Aunque en la PM no se decía nada al respecto, en el texto final de la Directiva sin embargo el artículo 12.3 deja a salvo la posibilidad de que los estados miembros exijan al PSL que «ponga fin a una infracción o que la impida». Esto significa, en aplicación del principio de reacción diligente, que si un PSL no retira o bloquea el acceso a un sitio *web* que contiene materiales piratas —si ello está en su mano y es técnicamente posible, hay que entender—, no podrá excluirse de la acción indemnizatoria¹⁸⁸.

Sin embargo, no se resuelve en el artículo 12.1 DCE si es necesario que sea la autoridad judicial o administrativa competente la que dé la orden de retirada o el bloqueo de sitios *web* que supuestamente incluyen materiales piratas¹⁸⁹, o bien esto va a ser posible a instancias de particulares en función de los «procedimientos de notificación y retirada» que se mencionan en el artículo 14.3 para el caso de alojamiento de sitios *web*, por lo que ésta es una cuestión que va a quedar dentro del ámbito de decisión de los legisladores nacionales¹⁹⁰.

Respecto de la exención de responsabilidad por la creación de copias efímeras, el artículo 12.2 debe juzgarse en relación al artículo 5.1 de la PDDASI, que exime del derecho de reproducción a diversos actos de reproducción entre los que se encuentran incluidas las copias efímeras¹⁹¹. Del análisis conjunto de ambos preceptos se desprende que la norma del artículo 12.2 DCE sólo va a tener vir-

¹⁸⁷ En el Informe presentado al Parlamento Europeo para la segunda lectura de la DCE la eurodiputada española Ana Palacio parece reconocer esta situación al decir que «Por otra parte, hay que admitir que algunas enmiendas del Parlamento podrían haber planteado cuestiones relativas a las normas sobre la protección de la vida privada y de los datos personales». *Cfr.* el Informe aprobado en la Sesión del Parlamento Europeo de 4 de mayo de 2000, disponible a partir de la dirección <<http://www2.europarl.eu.int/omk/>>.

¹⁸⁸ Dicha conclusión es necesaria para proteger adecuadamente a los derechohabientes, que de otra manera quedarían injustificadamente desprotegidos ante casos de violaciones flagrantes de sus derechos.

¹⁸⁹ El artículo 12.3 se limita a decir que: «El presente artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida».

¹⁹⁰ En la práctica lo decisivo es encontrar un procedimiento adecuado de notificaciones. El esfuerzo y el tiempo dedicado en los Estados Unidos a debatir esta cuestión así lo demuestra, y la ausencia de dichos procedimientos obligará al legislador nacional a actuar en este sentido.

¹⁹¹ En concreto se eximen del derecho de reproducción contenido en el artículo 2 PDDASI «(...) los actos de reproducción transitorios y accesorios, cuando formen parte integrante e indispensable de un proceso tecnológico, incluyendo aquellos que faciliten el funcionamiento de los sistemas de transmisión, cuya única finalidad consista en facilitar el uso de una obra u otro trabajo, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente».

tualidad práctica en tanto no se apruebe la PDDASI, pues de acuerdo con el tenor del artículo 5.1 las copias efímeras no van a ser consideradas reproducciones relevantes en términos de derecho de autor, y por tanto no van a dar lugar a responsabilidad alguna de la que los PSL deban quedar exentos.

3. LA REGULACIÓN DEL CACHING (ART. 13 DCE)

El artículo 13 DCE¹⁹² ha sido el encargado de regular en la Unión Europea el caché del sistema o *system caching*, cubriendo las espaldas de los operadores que recurren a este mecanismo para acelerar el servicio que prestan a sus clientes¹⁹³. Lo primero que debe señalarse del artículo 13 DCE es su macarrónica rúbrica de «memoria tampón (*Caching*)¹⁹⁴», que aunque sirve para identificar correctamente la actividad, resulta extraña en nuestro idioma.

La regulación del *caching* del sistema era necesaria para clarificar el régimen jurídico de una práctica que si bien en principio es beneficiosa para todo el sistema de Internet, lo cierto es que tenía consecuencias negativas para los intereses de algunos titulares de páginas *web*, por lo que era necesario alcanzar un equilibrio adecuado.

Para ello, el artículo 13 DCE define en el párrafo primero las características que deben tener las reproducciones que forman parte del *system caching*, y sólo va a jugar la exención de responsabilidad para las copias automáticas, provisionales, temporales y realizadas con la única finalidad de hacer más eficaz la

¹⁹² El tenor literal del artículo 13, es el siguiente: «1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en transmitir por una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador del servicio no pueda ser considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de éstos, a condición de que: a) el prestador de servicios no modifique la información; b) el prestador de servicios cumpla las condiciones de acceso a la información; c) el prestador de servicios cumpla las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector; d) el prestador de servicios no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información; y e) el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella sea imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella».

¹⁹³ Es posible preguntarse si es necesaria la exención del *system caching*. El *system caching* puede suponer un perjuicio importante para los derechohabientes, aunque es cierto que los beneficiados no son sólo los PSL, sino todos los usuarios en general. Por tanto lo deseable sería que las copias caché del sistema abonaran una remuneración, que sea repercutida por los PSL a los usuarios o asumida por estos como un coste más del negocio. Respecto a la exención de responsabilidad por motivos ajenos al derecho de autor, la situación puede ser distinta, como en el caso de daños causados por una información en línea incorrecta por efecto del *system caching*.

¹⁹⁴ En la Propuesta Modificada se titulaba este artículo, quizá más correctamente, «forma de almacenamiento denominada «Caching»». El uso del término memoria tampón en la versión final de la Directiva es una mera traducción directa del término francés.

transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, condiciones que se ajustan perfectamente al carácter de las reproducciones caché del sistema¹⁹⁵.

Para que estas reproducciones, así definidas, no den lugar a responsabilidad civil deberán cumplir cumulativamente con cinco condiciones señaladas en las letras a) a e) del artículo 13.1. En primer lugar, el PSL que esté efectuando el *caching* no debe modificar la información, aunque, al contrario de lo que ocurría en el caso de las copias efímeras, cuando el PSL actúa como un mero prestador de acceso no se exige que la transmisión no haya sido originada por el propio PSL ni que no seleccione a los destinatarios, por lo que los prestadores de contenidos y los de espacio *web* también van a poder beneficiarse de esta excepción, siempre que cumplan con el resto de condiciones¹⁹⁶.

En segundo lugar, el prestador de servicios debe respetar las condiciones de acceso a las páginas *web* establecidas por los derechohabientes, lo que impide someter a *caching* páginas protegidas por contraseñas o medidas tecnológicas, eliminando dichos controles¹⁹⁷. En tercer lugar, el PSL debe cumplir las normas de actualización de la información especificadas de la manera utilizada y reconocida en el sector. Aunque dicha condición plantea problemas prácticos a la hora de determinar cuáles son las normas de actualización vigentes en cada sector —debido a que hay usos y prácticas muy distintas— el objetivo de la norma es impedir que las páginas que basan su actividad en proporcionar información en tiempo real —como las dedicadas a la Bolsa o a juegos de azar relacionados con resultados deportivos— sean objeto de un *system caching* que falsee sus contenidos.

En cuarto lugar, el PSL no debe interferir con el *system caching* en la utilización de la tecnología reconocida por el sector para obtener datos sobre la utilización de las páginas *web*. Mediante esta condición se pretende evitar que las páginas *web* que basan sus ingresos en el número de personas que visitan la página —y por tanto ven la publicidad inserta en ella— se vean perjudicadas por no poder contabilizar las visitas correctamente.

¹⁹⁵ Existen dos diferencias fundamentales entre las copias efímeras y las copias caché del sistema en la DCE, aunque ambas son automáticas y provisionales. Sin embargo, las copias efímeras son «transitorias», mientras que las copias caché del sistema son «temporales», lo que se corresponde con la naturaleza del *caching* en el sistema, que puede realizarse durante días o incluso meses. La segunda diferencia estriba en su finalidad. Mientras que las copias efímeras hacen posible la transmisión en Internet desde un punto de vista técnico, las copias caché no son imprescindibles, sino que simplemente aceleran el proceso. En lógica consecuencia, el artículo 13 exige para admitirlas unas condiciones más estrictas que el artículo 12.1 DCE.

¹⁹⁶ Aunque no se resuelve en la Directiva, parece que comprimir la información para que ocupe menos espacio en los servidores no debe entenderse como una «modificación» de la información.

¹⁹⁷ De nuevo la regulación de la DCE debe conectarse con lo previsto en la PDDASI, cuyo artículo 6 protege las medidas tecnológicas que los derechohabientes colocan sobre sus obras en formato digital. Mediante esta condición se pretende impedir que dichas medidas sean desactivadas con el objeto de facilitar el caché de la página, y luego la página web u obra protegida se ponga de nuevo en circulación desprovista de su protección original.

Sin embargo, la condición más relevante en lo que al derecho de autor respecta es la última —artículo 13.1 e)—, pues viene a consagrar una vez más el principio de reacción diligente, obligando a los PSL a borrar de su caché o impedir el acceso a él a los usuarios cuando tengan «conocimiento efectivo» de que la información ha sido retirada de su página *web* original, se ha hecho imposible acceder a ella o, por último, un juez o autoridad administrativa ha ordenado su retirada o bloqueo. De esta manera se obliga a que el prestador reaccione ante las peticiones de los derechohabientes, pero no se le obliga a revisar de forma sistemática sus cachés para comprobar su exactitud o veracidad.

Es posible citar tres ausencias relevantes en la regulación del artículo 13 DCE.

En primer lugar, y como en el caso de la mera prestación de acceso, no se aclara si deben ser los derechohabientes o la autoridad administrativa o judicial la que tiene la competencia para que la notificación surta sus efectos, o en otras palabras, cuándo puede considerarse que el PSL tiene «conocimiento efectivo». La segunda ausencia destacada de la DCE es que en ella no se regulan los que el artículo 21 denomina «procedimientos de detección y retirada», que deben por tanto ser acordados por las partes interesadas de acuerdo con el funcionamiento del mercado o regulados en la ley nacional, como expresamente se dice en el Considerando 40 de la DCE¹⁹⁸. Por último, queda también en manos de los legisladores nacionales la cuestión de la responsabilidad tras la retirada del contenido, en el caso de que se bloquee el acceso o se quite de Internet un contenido que no infringía los derechos de autor, causando daños al operador del sitio *web* que ha sido bloqueado o del que se ha retirado el contenido a instancia de la notificación de un derechohabiente.

4. ALOJAMIENTO DE SITIOS WEB (ART. 14 DE LA DCE)

Se exige igualmente mediante el artículo 14.1 de la Directiva¹⁹⁹ a los PSL cuando estos se dedican a actividades de almacenamiento de información proporcionada por los usuarios en sus sitios *web*, o mediante grupos de noticias o fo-

¹⁹⁸ En donde se dice textualmente «(...)lo dispuesto en la presente Directiva deberá constituir una base adecuada para elaborar mecanismos rápidos y fiables que permitan retirar información ilícita y hacer que sea imposible acceder a ella; convendría que estos mecanismos se elaborasen tomando como base acuerdos voluntarios negociados entre todas las partes implicadas y fomentados por los Estados miembros; todas las partes que participan en el suministro de servicios de la sociedad de la información tienen interés en que este tipo de mecanismos se aprueben y se apliquen (...)».

¹⁹⁹ «1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que: a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que, b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible».

ros de discusión, siempre con la excepción de la acción de cesación —artículo 14.3, primer inciso—.

Existen dos condiciones que deben darse alternativamente²⁰⁰ para que sea posible el juego de la excepción. Por un lado —artículo 14.1 a)— el prestador del servicio no debe tener «conocimiento efectivo» de que la actividad es ilícita²⁰¹, y respecto de las acciones por daños y perjuicios, que «no conozca hechos o circunstancias relevantes que revelen el carácter ilícito del hecho dañoso».

La doctrina se ha planteado el significado de estas expresiones, y para QUOY la Directiva está excluyendo tanto la responsabilidad objetiva como la subjetiva basada en la culpa, pues al exigir un conocimiento efectivo —no bastando la mera posibilidad de conocer— se está refiriendo sólo a los casos en los que medie dolo por parte del PSL. En el mismo sentido se ha manifestado JULIÀ-BARCELÓ²⁰².

En mi opinión, la Directiva sienta un doble rasero respecto del grado de implicación del PSL en la actividad de los usuarios. Para el campo penal sería necesario dolo, o una voluntad consciente de amparar, permitir, o inducir las conductas ilícitas de los usuarios, ya que la DCE hace referencia al «conocimiento efectivo», lo que implica algo más que la mera posibilidad de conocer²⁰³. En cambio, para la acción civil de indemnización basta con una mera conducta negligente, ya que la referencia que hace el texto de la Directiva²⁰⁴ a que «no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito» debe interpretarse como una obligación del PSL de no ignorar datos evidentes que revelen el carácter ilícito de las obras albergadas en sus servidores²⁰⁵.

Sin embargo, y aun si no cumple la condición del artículo 14.1. a), el PSL va poder eximirse de responsabilidad de acuerdo con el principio de reacción diligente —artículo 14. 1 b)— si actúa con rapidez para impedir el acceso o retirar los datos cuando por algún medio tiene conocimiento del carácter ilícito de la actividad, aunque, una vez más, se ignora la importante cuestión de cómo tiene que conocer el PSL la ilicitud de los materiales que residen en sus servidores. En cualquiera de los dos supuestos anteriores —artículo 14.2 DCE— se exige que el PSL no tenga un control sobre el usuario —por ejemplo median-

²⁰⁰ Las condiciones de las letras a) y b) se conectan mediante la expresión «o de que», lo que indica que basta con cumplir una de ellas para poder beneficiarse de la exención.

²⁰¹ En la Propuesta Modificada se exigía que no tuviese «realmente conocimiento».

²⁰² Cfr. JULIÀ-BARCELÓ, R., «On-line Intermediary Liability Issues: Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks», *op. cit.*, p. 109

²⁰³ En el texto de la PM se hacía referencia a que el PSL tuviera «realmente conocimiento» de la ilicitud de los contenidos.

²⁰⁴ En el texto de la PM se hablaba de «hechos o circunstancias relevantes que revelan el carácter ilícito del hecho dañoso»

²⁰⁵ De esta manera se incrementa en buena medida el nivel de diligencia exigible a un PSL, que por otra parte es un profesional que está obteniendo un lucro con su actividad mercantil en la mayoría de los casos.

te un moderador en el seno de un grupo de noticias— porque de ser así no va poder beneficiarse de la exención.

Por último, en el artículo 14.3 se recuerda que los estados miembros pueden obligar a los PSL a poner fin a una infracción o impedirla, y que también pueden los legisladores nacionales establecer sus «procedimientos de retirada» o bloqueo de materiales en Internet, dejando de este modo la cuestión sin solución de momento en el ámbito de la U.E.

5. LAS LAGUNAS DEL SISTEMA DE EXENCIONES DE LA DCE

La DCE acierta en no hacer a los PSL responsables ni cuando prestan acceso, ni cuando ceden espacio *web*, puesto que en este caso no hay ni control sobre la información ni conocimiento sobre la misma. Otros aspectos de la norma son, sin embargo, discutibles. Hay dos grandes ausencias, a mi juicio, dentro del sistema de exenciones de responsabilidad que la Directiva prevé. La primera es la de la falta de un «procedimiento de notificación y retirada», es decir, de la manera que tienen los titulares de derechos de comunicar fehacientemente a un PSL que se está realizando una actividad que infringe los derechos de autor. Dicha notificación, como se ha dicho, es la que va a hacer posible en la práctica probar que el PSL tenía conocimiento efectivo de la ilicitud de los materiales.

La DCE sólo sienta el principio de la reacción diligente, pero condiciona la puesta en práctica de dichos procedimientos a un acuerdo entre las partes implicadas, no siempre sencillo²⁰⁶, o a la ley nacional —artículo 14.3 DCE—. El dejar en manos del mercado o de los distintos legisladores nacionales esta cuestión es criticable, y en ese sentido se ha manifestado también el Parlamento Europeo en la Resolución en la que aprobó la DCE²⁰⁷. Dicha solución contrasta con la prevista en la DMCA, que precisamente ha dedicado gran parte de su texto a intentar proporcionar a las partes un sistema que sea sencillo y que funcione en la práctica, respetando los intereses y garantías de todas las partes implicadas²⁰⁸. Dicha ausencia ha provocado que el

²⁰⁶ *Vid.* el análisis de las normas sobre notificación de la DMCA que se hace en el epígrafe anterior, que respondían a la sentencia de *Netcom*, en donde se considera que la mera notificación por el derechohabiente no era un elemento suficiente para establecer el requisito del conocimiento del PSL.

²⁰⁷ El Parlamento de la U.E., en la Resolución legislativa de 4 de mayo de 2000, que aprueba la Directiva en segunda lectura, hace una mención expresa a la cuestión de la responsabilidad de los PSL, al decir en su punto quinto que: «Pide a la Comisión que garantice una aplicación rápida y rigurosa de la presente Directiva en los Estados miembros y, en especial, por lo que se refiere a la responsabilidad de los prestadores intermediarios, que anime al establecimiento de procedimientos eficaces de detección y retirada por parte de los interesados y que evite una interpretación de los artículos 12 a 15 que pudiera poner en entredicho el equilibrio alcanzado en dichos artículos». La Resolución Legislativa está disponible a partir de la dirección <<http://www2.europarl.eu.int/omk/omnsapir>>.

²⁰⁸ El Considerando 46 de la DCE recuerda que los estados miembros pueden regular sus propios procedimientos de notificación y retirada.

artículo 21.2 de la DCE prevea que en el primer informe que la Comisión emita sobre la aplicación y la adaptación de la DCE a la evolución técnica se presente una propuesta acerca de los procedimientos de detección y retirada²⁰⁹, lo que parece indicar las dudas del legislador comunitario al respecto.

La segunda ausencia digna de mención es la de la regulación de las acciones de cesación. La Propuesta de Directiva ha dejado al arbitrio de los Estados miembros la decisión acerca de si para que entre en juego la acción de cesación hay que tener en cuenta el grado de conocimiento del prestador de alojamiento o acceso, o bien dicha acción está a disposición de los titulares de derechos en todo caso —como sucede en el § 5.4 de la *IuKDG* alemana o en la *DMCA* norteamericana— aun cuando no medie dolo ni culpa en el PSL. En cualquier caso, y debido al peligro que la puesta en Internet no autorizada supone para los derechohabientes, parece claro que la acción de cesación debe estar a disposición de los titulares de derechos independientemente del grado de conocimiento que el PSL tenga de la actividad de los usuarios, con el objetivo de «cerrar» la hemorragia que puede suponer la permanencia no autorizada de una obra o prestación en la Red.

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS PSL EN ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Al acercarse a la cuestión de la responsabilidad civil por infracciones de los derechos de autor en Internet es importante no perder de vista la posición del usuario. En la mayoría de los casos —salvo cuando el PSL actúe como proveedor de contenidos— el usuario va a ser considerado como infractor directo porque con su actividad viola alguno de los derechos de los titulares respecto de sus obras o prestaciones protegidas²¹⁰. En concreto, si coloca una obra en un sitio *web* sin la autorización del titular, poniéndola de esta forma a disposición del público está infringiendo los derechos de reproducción y de comunicación pública recogidos en el TRLPI, y deberá responder por ello en virtud del artículo 138 TRLPI.

²⁰⁹ En donde se dice que «Al examinar la necesidad de adaptar la presente Directiva, el informe analizará especialmente la necesidad de presentar propuestas relativas a la responsabilidad de los proveedores de hipervínculos y servicios de instrumentos de localización, a los procedimientos de *detección y retirada* y a la imputación de responsabilidad tras la retirada del contenido. El informe analizará asimismo la necesidad de establecer condiciones suplementarias para la exención de responsabilidad, dispuesta de los artículos 12 y 13, en función del desarrollo tecnológico, así como la posibilidad de aplicar los principios del mercado interior a las comunicaciones comerciales por correo electrónico no solicitadas».

²¹⁰ Como ya señalaba en 1994 DREIER, la diferencia principal de Internet con el entorno fuera de línea es que se pasa de un usuario pasivo o receptor de contenidos a un usuario activo o proveedor de contenidos. Parece lógico que dicho protagonismo vaya acompañado de un mayor nivel de responsabilidad. Cfr. DREIER, T., «*Perspektiven einer Entwicklung des Urheberrechts*» en BECKER, J., y DREIER, T., *Urheberrecht und digitale Technologie*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1994, p. 133.

Pero, hecha esta precisión, es preciso plantearse si un PSL puede responder de forma directa o subsidiaria por las violaciones de derecho de autor que se cometen utilizando sus servicios. A diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, en España no existe aún legislación específica ni jurisprudencia acerca de la posible responsabilidad extracontractual de los PSL por infracciones de los derechos de autor²¹¹. En tanto no se transponga al derecho interno la DCE, la cuestión de la responsabilidad extracontractual de los PSL derivada de la infracción de los derechos de autor²¹² habrá de regirse de acuerdo con lo dispuesto en el TRLPI y en la jurisprudencia que lo aplica. Debemos, además, tener en cuenta que el artículo 272 del Código Penal reen-vía al sistema previsto en la LPI —referencia que hay que entender en la actualidad hecha al TRPLI— para determinar la extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos contra la propiedad intelectual.

Como he dicho al principio del presente Capítulo, mi análisis se va a centrar en la responsabilidad civil derivada de infracciones de los derechos de autor, sin incluir por tanto el estudio de la responsabilidad en la que pueden incurrir los PSL por otros ilícitos civiles²¹³.

²¹¹ El autor no tiene conocimiento de que, hasta la fecha, ningún juez o tribunal español haya fallado acerca de este asunto.

²¹² Entiendo que el usuario debe ser considerado el *infractor* al que se refieren los arts. 138 y 139. 2 TRLPI que se entienden referidos al infractor directo.

²¹³ No es posible hacer un estudio completo de todos los campos del Derecho Civil en los que puede aparecer la responsabilidad de los PSL, lo cual superaría el ámbito de este trabajo. Me conformo con apuntar ahora que respecto de la responsabilidad por daños producidos por suministrar información errónea o incorrecta, a falta de una regulación especial al respecto que no se ha producido todavía en nuestro ordenamiento, son de aplicación las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual, contenidas en los arts. 1.902 y 1903 del Código Civil. Respecto de la responsabilidad civil de los PSL derivada de intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es de aplicación la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil al derecho al honor, intimidad personal y a la propia imagen —B.O.E. núm. 115, de 14 de mayo de 1982—. En el artículo 7 se detalla una lista de actos que atentan contra el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, y algunos de ellos son claramente susceptibles de ser cometidos por un PSL que pone en la Internet, por ejemplo, un correo electrónico de uno de sus abonados —*vid.* el artículo 7.3, que se refiere a «cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo»—. Cuando el PSL actúe como proveedor de contenidos está sujeto a esta regulación y en caso de infracción de derechos la indemnización por daños y perjuicios se fijará de acuerdo con el artículo 9.3 de la ley. La doctrina se ha planteado si estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva o subjetiva, llegando a conclusiones contradictorias —*Vid.*, a favor de la existencia de una responsabilidad objetiva, CREVILLÉN SÁNCHEZ, C., *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Actualidad Editorial, Madrid, 1995, p. 66 y en contra, HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, 2ª edición, Madrid, 1994, p. 248—. No se establece en la Ley Orgánica 1/1982 sin embargo la responsabilidad de los intermediarios, como puede ser un PSL que actúa como mero proveedor de acceso o alojamiento de sitios *web*. Una segunda vía que puede existir para salvaguardar los derechos mencionados es la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, de 13 de diciembre de 1999, B.O.E. núm. 298, de 14 de diciembre, p. 43.088 y ss., que deroga la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal —LORTAD—. En el artículo 1 de la Ley Orgánica 15/1999 se aclara que en nuestro país la protección de los datos personales es una forma de proteger el derecho a la intimidad personal y familiar, al decir que: «La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las li-

1. CONSIDERACIONES PREVIAS Y CONCLUSIONES DERIVADAS DEL DERECHO COMPARADO

Para analizar la cuestión de la responsabilidad²¹⁴ de los PSL por infracciones de los derechos de autor y conexos en nuestro ordenamiento es necesario distinguir entre las distintas actividades que los PSL llevan a cabo, pues a cada una le va a corresponder una solución distinta. Es sustancialmente distinto el régimen jurídico de los PSL cuando éstos tienen la decisión final sobre los contenidos que introducen en línea —proveedores de contenidos— del que tienen cuando actúan como meros intermediarios —prestadores de alojamiento y acceso—.

El fondo de toda discusión respecto de la responsabilidad de los PSL cuando actúan como intermediarios gira en torno a su caracterización como objetiva o subjetiva. Si consideramos que estamos ante un caso de responsabilidad subjetiva, basado en un reproche culpabilístico al PSL —que se concreta en un estándar de diligencia concreto— el PSL sólo va a ser responsable en la medida que los actos ilícitos le sean imputables. Sin embargo, si consideramos que en este ámbito debe jugar la denominada responsabilidad objetiva, basada en la teoría del riesgo —de acuerdo con el aforismo *cuius commoda, eius incommoda*—, no será necesario comprobar el grado de diligencia por parte del PSL, sino tan solo la existencia de un acto anti-jurídico, la existencia de un daño y que hay un nexo causal entre el daño producido y el hecho dañoso.

Para responder adecuadamente a esta cuestión puede acudir al análisis del Derecho Comparado, de donde podemos extraer algunas consecuencias interesantes y útiles para nuestro ordenamiento, que van a servir como criterio para analizar la regulación existente en España.

Para el caso de los intermediarios, es necesario diferenciar entre el régimen de la acción de cesación y el de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios. En el primer caso, y con el objetivo de proteger la posición de los titulares de derechos, la acción de cesación debe poder dirigirse en todo caso contra los PSL —inclusive cuando son meros proveedores de acceso— sin necesidad de que en el PSL concurra culpa alguna. En Internet la rapidez con la que se retira una obra de la Red es un dato fundamental a la hora de evitar perjuicios para los titulares, y los PSL están en una posición inmejorable para prevenir subsiguientes infracciones a los derechos de autor.

bertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y *especialmente de su honor e intimidad personal y familiar*». Un PSL deberá hacer frente, en su caso, a la indemnización prevista en el artículo 19 de la Ley Orgánica 15/1999, ya que puede responder a la definición de «responsable del fichero o tratamiento», de acuerdo con la definición del artículo 3 d), que define dicho papel como el de la «persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento».

²¹⁴ Entiendo por responsabilidad, según la definición de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, «la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido». Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 1995, p. 820.

Respecto de la acción de indemnización, parece razonable en nuestro Derecho aplicar los mismos principios que rigen en la IuDKG de junio de 1997. El criterio fundamental debe de ser el tradicional en nuestro Derecho, es decir, la responsabilidad debe estar basada en el grado real de control que existe sobre la información²¹⁵ y en el principio de reacción diligente. En ese sentido, la doctrina francesa²¹⁶ ha señalado —correctamente a mi juicio— que parece adecuado exigir de los PSL una responsabilidad subjetiva²¹⁷, más coherente con el entorno en línea²¹⁸ y con la tradición histórica de los sistemas del derecho continental, en contra de la creciente objetivación del sistema de responsabilidad civil extracontractual²¹⁹. Una atribución objetiva o cuasi-objetiva de responsabilidad perjudicaría gravemente la competitividad de las pequeñas y medianas empresas, que no podrían soportar el impacto económico de tal volumen de responsabilidad, lo cual favorecería a compañías mayores, fundamentalmente extranjeras²²⁰.

En segundo lugar, la exigencia de culpabilidad debe estar íntimamente ligada al conocimiento que tenga el PSL de la actividad ilícita —o en otras palabras, a la notificación por parte de los titulares de derechos— y a su reacción ante dicha notificación. Debe articularse un «procedimiento de notificación y retirada» detallado, posiblemente con acuse de recibo, que haga posible a los titulares de derechos probar la falta de diligencia de un PSL. Si éste ha sido adecuadamente notificado²²¹, comienza a asumir las consecuencias de su inactividad, de acuerdo con lo que he denominado «principio de reacción diligente»²²². Lo esencial en este caso es la agilidad, por lo que la misma Internet

²¹⁵ Cfr. FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.^a L. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1998, p. 95.

²¹⁶ Cfr. VIVANT, M., «La responsabilité des intermédiaires de l'Internet», *op. cit.*, p. 2.023.

²¹⁷ En todo caso, parece que la existencia de culpa debe concretarse en la exigencia de un nivel de diligencia razonable en un profesional que está en el tráfico jurídico, teniendo siempre en cuenta los medios técnicos a su disposición.

²¹⁸ En Internet no existe la posibilidad práctica de controlar todos los materiales que se transmiten por la Red. Además, incluso aunque tal control fuera posible, existen serias dudas de que sea deseable, por motivos de protección al derecho a la intimidad y a la libertad de expresión.

²¹⁹ En ese mismo sentido se manifiestan STROWEL, A., e IDE, N., «La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et question des hyperliens», *op. cit.*, p. 13.

²²⁰ El tamaño de los proveedores de acceso y de espacio *web* en nuestro país ha sufrido un proceso de acentuado «engorde» o crecimiento. Al principio las empresas que se dedicaban a proporcionar acceso o espacio eran en su mayoría pequeñas y medianas empresas, incluso sociedades unipersonales. Sin embargo, debido al crecimiento de Internet, las grandes compañías de telecomunicaciones han ido entrando progresivamente en el negocio, y en la actualidad todas ellas proporcionan acceso y espacio *web*, en muchas ocasiones de forma gratuita. Así, los principales proveedores españoles como *Teleline*, *Arrakis*, *Halehop* o *Uni2* están copando cada vez una cuota de mercado mayor, fundamentalmente en el campo de la provisión de acceso. Sí existen proveedores de acceso pequeños aún en el mercado, pero son instituciones públicas como las universidades, que dan acceso gratuito vinculado a su actividad educativa.

²²¹ Para lo cual deberían regularse el contenido esencial que debe tener la notificación, a quién debe ir dirigida, etc. También debería notificarse al proveedor del contenido, sea éste el propio PSL o el usuario.

²²² VIVANT defiende una postura similar en la doctrina francesa, explicándola en la trilogía «poder, saber, inactividad». Si el PSL puede controlar los materiales, sabe que estos son ilegales, y aún

puede ser un medio válido para efectuar la comunicación²²³. En todo caso, el efecto de la notificación sería provisional y debería darse un plazo lo más breve posible para que el juez o un organismo independiente creado *ad hoc* decidiera sobre la corrección del bloqueo al acceso o la retirada de los materiales, teniendo en cuenta todos los intereses en juego.

Una actividad supervisora, siquiera mediante sondeos, no es deseable por dos argumentos distintos, uno económico y el otro jurídico. Desde el punto de vista económico imponer a los prestadores de acceso y de espacio semejante obligación supondría efectuar una reestructuración técnica de Internet que no es posible a corto plazo y llevaría aparejados unos costos que pueden llegar a ser muy relevantes²²⁴. Desde el punto de vista jurídico no es deseable que los prestadores de alojamiento o de acceso se dediquen a supervisar y hacer un juicio *ex ante* de la legalidad de los contenidos depositados en sus servidores por los usuarios, ya que se pondría a los PSL en una situación de censores que debe quedar reservada a la autoridad judicial²²⁵. Además, una atribución de este tipo encajaría difícilmente con lo previsto en el artículo 20.2 de nuestra Constitución²²⁶ y con el artículo 10.1 de la Convención Europea de Derechos

así permanece inactivo deberá hacer frente a una indemnización por los daños producidos por las violaciones de los derechos de autor, ya que los PSL están en la mejor posición para proceder al bloqueo y a la retirada de dicho material. Cfr. VIVANT, M., «La responsabilité des intermédiaires de l'Internet», *op. cit.*, p. 2.024.

²²³ Un simple mensaje de correo electrónico puede ser suficiente, siempre que vaya correctamente firmado con un código o firma digital que debería tener cada usuario de la Red.

²²⁴ Muchos operadores pequeños se quedarían *de facto* fuera del mercado al no poder afrontarlos y sólo las grandes multinacionales de las telecomunicaciones estarían probablemente dispuestas a aceptar semejante riesgo.

²²⁵ Es ilustrativo recordar cuatro casos en el Derecho Comparado, que muestran la inconveniencia de colocar censores de los contenidos que circulan por Internet. El primero de ellos es el de la famosa enmienda *Fillon* de la Ley de Telecomunicaciones francesa. Mediante esta disposición, se hubiera otorgado poder al Consejo Superior de la Telemática para censurar los contenidos ilícitos en la Red. El artículo 15 de dicha ley fue declarado inconstitucional por el *Conseil Constitutionnel* el 24 de julio de 1996 —la información sobre el caso está disponible en <<http://www.babelweb.org/teknofuck/nirvanaz/filloui1.htm>>—. El segundo es la Ley de Defensa de las Telecomunicaciones en los Estados Unidos, que establecía penas de prisión y multa para aquellos que introdujesen en Internet contenidos indecentes u ofensivos accesibles por menores. La impugnación de la ley por la *American Civil Liberties Union* —ACLU— dio lugar, tras varias sentencias, a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1997, —*ACLU v. Reno*, disponible en <http://www2.epic.org/cda/cda_decision.html>—, que declaró la inconstitucionalidad de la ley federal. El tercer caso digno de mención nos lleva hasta la República Popular China, en donde la agencia oficial de prensa, *Xinhua*, ha prohibido la distribución no autorizada de noticias y datos en la Red, alegando motivos de «seguridad nacional». Asimismo el Gobierno chino se ha reservado el derecho a controlar todos los enlaces situados en las páginas chinas —cfr. CRAGO, P., «Fundamental Rights on the Infobahn: Regulating the Delivery of Internet Related Services within the European Union», *op. cit.*, p. 500—. Por último, el Parlamento Australiano aprobó el 28 de junio de 1999 la *Broadcasting Services Amendment Act*, que da poder a un órgano colegiado para revisar y clasificar los materiales ofensivos o pornográficos, bloqueando su acceso si lo considera necesario. Dicha ley ha sido duramente criticada en los medios australianos, por abrir la puerta a la censura en Internet —*vid.* los comentarios a la misma en <<http://www.efa.org.au/campaigns/99.html>>—.

²²⁶ Aunque tal encaje no parece imposible a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Al hilo del derecho de veto establecido en el artículo 37 de la Ley de Prensa e Imprenta se ha declarado que dicho derecho no es identificable con el concepto de censura previa. Cfr. la STC 171/1990, F.J. 3.º, de 12 de noviembre, *Jurisprudencia Constitucional*, Tomo XXVIII, pp. 362 a 396.

Humanos, por lo que hay que dar la bienvenida en este sentido al artículo 15 de la DCE²²⁷. Por último, hay que plantarse la necesidad de suscribir seguros que cubran las posibles responsabilidades civiles, que deberían ser de carácter obligatorio si se opta por un modelo de responsabilidad objetivado²²⁸.

Hasta aquí hemos hecho algunas consideraciones acerca de las enseñanzas del Derecho Comparado y de cómo debería ser la responsabilidad de los PSL en nuestro ordenamiento. Veamos ahora cómo se aplican dichos criterios en nuestro Derecho positivo.

2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE CONTENIDOS

En primer lugar, cuando el PSL actúe como proveedor de contenidos²²⁹, habrá de responder como infractor directo de acuerdo con las reglas generales previstas en el TRLPI y en el Código Civil. El proveedor de contenidos actúa bajo su propia responsabilidad y tiene control absoluto sobre los materiales puestos a disposición del público en la Internet, por lo que estamos ante un caso de responsabilidad directa²³⁰. En este aspecto también los usuarios pueden ser considerados proveedores de contenidos cuando cargan contenidos en una página *web* o en una lista de correo.

Si se produce la puesta a disposición en Internet de obras o prestaciones protegidas se están perfeccionando en nuestro Derecho un acto de comunicación pública y un acto de reproducción, que deben estar autorizados por los titulares de derechos. En consecuencia, constatada la infracción de derechos, la responsabilidad civil de un proveedor de contenidos —sea éste PSL o usuario— se rige de acuerdo con las normas generales previstas en el TRLPI, sin que exista ninguna especialidad al respecto²³¹.

²²⁷ En el trasfondo de la regulación de la responsabilidad de los prestadores de espacio *web* y de acceso planea la cuestión de la libertad de expresión, pues se pretende evitar que por miedo a incurrir en posibles responsabilidades, los PSL ejerzan un férreo control sobre los materiales que hasta ahora se ponían en línea sin control alguno. Por supuesto, la libertad de expresión también tiene sus límites, como expresamente se recoge en el propio artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

²²⁸ En este mismo sentido se ha pronunciado un grupo de juristas de reconocido prestigio en el seno del seminario titulado *Legal SGI workshop on liability for on-line intermediaries*, resumen de MOODY, J., y VAN ECK, A., disponible en <http://www.imprimatur.alcs.co.uk/IMP_FTP/liab.pdf>. En los Estados Unidos dicha práctica es algo habitual. Cfr. LOESCH, M., y BRENNER, D., «Coverage of the Technology Frontier», *Software Law Bulletin*, vol. 11, núm. 2, 1998, p. 40.

²²⁹ En la práctica los prestadores de contenidos más habituales son las empresas que proporcionan además los servicios de acceso y alojamiento, los servidores de universidades y otros organismos públicos y los particulares —tanto empresas como personas físicas— a través de sus páginas *web* personales.

²³⁰ Así se ha asumido también en la regulación de la Directiva sobre comercio electrónico.

²³¹ Cuando el proveedor de contenidos sea una persona jurídica, puede entenderse que la responsabilidad es por hecho ajeno —se responde por la conducta negligente del dependiente—. Sin embargo, en la medida en que es necesaria, al menos en teoría, una falta propia —*culpa in vigilando* o *in eligendo*—, también se puede clasificar esta responsabilidad como por hechos propios.

El TRLPI no establece ninguna regla especial sobre el criterio de atribución de responsabilidad respecto de la acción indemnizatoria del artículo 140 TRLPI. Es por tanto de aplicación el criterio general existente en nuestro derecho de daños²³², el recogido en el artículo 1902 del Código Civil²³³ —la culpa civil, entendida con la amplitud con que lo hace la jurisprudencia del T.S.²³⁴—. Se descarta de esta manera —al menos en teoría— la posibilidad de apreciar una responsabilidad objetiva de un proveedor de contenidos. Sin embargo, esto conduce a resultados claramente indeseables, lo cual, unido al estado actual de la jurisprudencia, ha hecho que autores como CARRASCO defiendan la existencia de un «modelo profesional de diligencia»²³⁵ que, aplicado a los proveedores de contenidos en Internet, conduciría en la práctica a la exigencia de una responsabilidad cuasiobjetiva respecto de las empresas dedicadas a la explotación de creaciones intelectuales²³⁶. Dicho estándar de diligencia podría ser inferior en el caso de meros usuarios individuales.

En todo caso, la acción real del artículo 139 puede aplicarse aún en el caso de explotación sin culpa de derechos reservados²³⁷ y la tutela recogida en el TRLPI es compatible con otras acciones que le correspondan al titular de los derechos o a su causahabiente²³⁸ —artículo 138.1 TRLPI—.

²³² Como se sabe, cuando una norma del derecho de daños se aparta del criterio subjetivo que se adopta en el Código Civil lo hace mediante una norma de rango legal que expresamente establece una responsabilidad objetiva y un sistema de seguros adecuado, como sucede por ejemplo en sectores como los daños nucleares, navegación aérea y circulación de vehículos a motor. Sin embargo, el TRLPI no hace mención alguna en este sentido. Por otra parte, no parece dudoso que en toda infracción de los derechos de autor hay al menos una conducta negligente, salvo en los casos en los que un cesionario de derechos patrimoniales crea haber adquirido unos derechos que en realidad no tiene, o considere que la obra se encuentra en el dominio público.

²³³ No es este el lugar adecuado para volver sobre la interpretación que el Tribunal Supremo ha efectuado de la regla del artículo 1902 del Código Civil, que ha conducido a un creciente proceso de objetivación de la responsabilidad mediante la técnica de la inversión de la carga de la prueba y la adopción de un estándar de diligencia muy alto, que en la práctica es difícil de superar. Baste señalar, a los efectos que nos interesan, que no es posible, pese a dicho proceso, afirmar con carácter general que la culpa ha perdido su papel como criterio mínimo de atribución de la responsabilidad en nuestro Derecho.

²³⁴ Cfr. CARRASCO PERERA, A., «Comentario al artículo 133», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinada por BERCOVITZ, R., Tecnos, 2ª edición, Madrid, 1997, p. 1746.

²³⁵ El Tribunal Supremo no ha admitido tradicionalmente el principio de inversión de la carga de la prueba para apreciar la conducta de los profesionales liberales, pero dicho principio se halla hoy sometido a revisión. Cfr. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995, p. 40.

²³⁶ Cfr. CARRASCO PERERA, A., «Comentario al artículo 133», *op. cit.*, p. 1.758.

²³⁷ Cfr. CARRASCO PERERA, A., «Comentario al artículo 133», *op. cit.*, p. 1.746.

²³⁸ En opinión de VATTIER FUENZALIDA esto incluye la acción del artículo 1902 del Código Civil. Cfr. VATTIER FUENZALIDA, C., «La propiedad intelectual (estudio sistemático de la ley 22/1987)», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVI, fascículo III, 1993, p. 1.102. MARÍN LÓPEZ añade la acción meramente declarativa de usurpación de los derechos de propiedad intelectual, pese a no prevverse expresamente en el tenor del artículo 139.1 TRLPI. Cfr. MARÍN LÓPEZ, J.J., «Dos cuestiones procesales (legitimación activa y jurisdicción competente) y dos sustantivas (límites al derecho de autor e indemnización de daños) en materia de propiedad intelectual», *pe. i (revista de propiedad intelectual)*, núm. 2, 1999, p. 37.

3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE ALOJAMIENTO PARA SITIOS WEB Y PRESTADORES DE ACCESO

3.1. *Los prestadores de alojamiento*

Al analizar la responsabilidad de los PSL cuando actúan como auténticos intermediarios debemos considerar en primer lugar la posición de un PSL cuando presta servicios de alojamiento de sitios *web* para que los usuarios coloquen contenidos en línea. Dicha responsabilidad puede afrontarse por dos vías distintas. Por un lado, podemos plantearnos si existe responsabilidad por hechos propios, en la medida en que se están cometiendo actos de violación de derechos utilizando las instalaciones informáticas del PSL, y por tanto el prestador de espacio *web* de alguna manera está colaborando en los actos de infracción de derechos. Si concluimos que el PSL no es responsable por hechos propios, aún podemos plantearnos si debe responder por las actividades de sus usuarios, que han violado los derechos de autor. Para que esto ocurriera, debería probarse que existe una conducta negligente por parte del PSL y una relación de dependencia entre el prestador de espacio y el usuario, pues así lo exige la norma del artículo 1903 4.º en relación con el artículo 1903 *in fine* del Código Civil. A estas consideraciones nos vamos a dedicar a continuación.

i) La responsabilidad del prestador de alojamiento por hechos propios

Para que haya responsabilidad directa de los proveedores de alojamiento por hechos propios es necesario que haya una infracción de derechos que les sea directamente imputable. Como tantas veces se ha dicho, almacenar una copia en un servidor *web* supone la reproducción²³⁹ y la comunicación pública de la obra o prestación protegida, que si no están autorizadas por el titular de los derechos serán una infracción de los derechos de autor. Otra cosa distinta es si dichas actividades pueden imputarse a la actividad del prestador de espacio.

La doctrina ha opinado que la mera puesta a disposición de una obra, a requerimiento de un usuario, no es suficiente para determinar la existencia de un acto ilícito que dé lugar a la responsabilidad por daños y perjuicios prevista en el artículo 138 del TRLPI²⁴⁰. El PSL realiza la puesta a disposición de un modo automático y no tiene conocimiento efectivo de la actividad de los usuarios. En realidad, los prestadores de alojamiento simplemente están proporcionando los medios técnicos²⁴¹ para que otras personas —los usuarios— re-

²³⁹ El almacenamiento se produce en la operación de carga de la obra en el servidor.

²⁴⁰ Cfr. MASSAGUER J., «Los derechos de propiedad intelectual en Internet», *Comunicación y Estudios Universitarios*, núm. 7, 1997, p. 69.

²⁴¹ En nuestro Derecho no se considera como legitimados pasivos a aquéllos que suministran los medios con los que otros cometen la violación de los derechos protegidos, ya que el que realmente reproduce y comunica al público es el usuario. El que suministra a un tercero aparatos mecánicos que hacen posible el acto de explotación no responde por ello si los aparatos son de lícita fabricación y comercialización. Cfr. CARRASCO PERERA, A., «Comentario al artículo 133», *op. cit.*, pp. 1.759 y 1.760.

produzcan o comuniquen al público²⁴². En ese sentido, no son ellos los que infringen las facultades patrimoniales de los derechohabientes, aunque dichas infracciones tengan lugar por medio de sus ordenadores y sistemas. El control, la decisión final, y por tanto la responsabilidad, están de parte del usuario y no es posible, por tanto considerar que el prestador de alojamiento viola directamente los derechos patrimoniales por el mero hecho de almacenar una página *web*, una lista de correo o un servicio de *chat* que contiene obras puestas en Internet ilegalmente. Por ello no puede afirmarse la existencia de una responsabilidad directa por daños y perjuicios. Sí parece posible en cambio —de acuerdo con los principios que antes hemos expuesto— exigir la acción de cesación en el caso de los PSL —aun sin mediar culpa por su parte— con el objeto de proteger a los derechohabientes.

Esta solución debe combinarse con el principio de reacción diligente, como también se dijo anteriormente. El prestador de espacio *web* desconoce en principio que existe una violación de los derechos de autor²⁴³, y por ello no puede ser considerado responsable por hechos propios. Sin embargo, cuando el PSL ha conocido fehacientemente por cualquier medio —por ejemplo, la notificación de la autoridad judicial— que existen contenidos en su servidor que violan los derechos de autor, tiene la obligación de retirarlos o bloquear el acceso a los mismos, si ello es técnicamente posible. Si no lo hace, puede entenderse que actúa negligentemente y que es corresponsable en la violación de derechos, por lo que deberá responder por ello de acuerdo con los términos del artículo 140 TRLPI.

La solución aquí propuesta tiene una aplicación especial en el caso de los programas de ordenador. De acuerdo con el artículo 102 a) TRLPI, los que pongan en circulación copias ilegítimas de un programa de ordenador, conociendo o pudiendo conocer su naturaleza, serán considerados como infractores de los derechos de autor. En este sentido, lo importante es determinar quién es realmente «el que pone en circulación». En mi opinión, el que pone la obra en el mercado es el usuario mediante la decisión de incluirla en un sitio *web*. El prestador de alojamiento, en rigor, solo pone el espacio —como haría el dueño de un almacén donde se guardasen los CD piratas²⁴⁴— para que la obra sea accedida por terceros —en la terminología de CARRASCO, se pone un bien de utilización neutra a disposición de un tercero²⁴⁵—. Por tanto, el PSL sólo res-

²⁴² Cfr. MASSAGUER J., «Los derechos de propiedad intelectual en Internet», *op. cit.*, p. 68. La situación, pese a lo que puede parecer, no guarda semejanza con la del dueño de la copistería que pone sus fotocopadoras a disposición de los clientes, porque en este caso el vínculo entre el dueño de la copistería y el que realmente efectúa la reproducción es muy fuerte, ya que existe conocimiento. Tal vínculo, sin embargo no existe en el caso del prestador de acceso o de alojamiento, que no conoce —ni puede conocer si no se le notifica— qué están haciendo sus usuarios.

²⁴³ No existe en nuestro Derecho positivo una norma que obligue a los PSL a supervisar todos los contenidos que alojan.

²⁴⁴ El caso es similar al del empresario de un *parking* o al propietario de unas cajas de seguridad que arriendan espacio para que otros lo utilicen, como ha expuesto BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., en torno al tema «Los operadores en las redes digitales y su responsabilidad por infracciones de los derechos de autor y conexos», en la *Jornada de estudio sobre propiedad intelectual (Derecho de autor y Derechos Afines) en las «redes» digitales*, Alicante, 8 de noviembre de 1999.

²⁴⁵ Cfr. CARRASCO PERERA, A., «Comentario al artículo 133», *op. cit.*, p. 1.760.

ponderará si conoce o debe conocer el carácter ilícito de los programas de ordenador almacenados en sus servidores, solución que debe entenderse aplicable tanto a los prestadores de alojamiento como de acceso.

Una segunda opción para afrontar el problema de la responsabilidad de los prestadores de alojamiento —propuesta por BERCOVITZ ÁLVAREZ²⁴⁶— es acudir a la idea del nexo causal²⁴⁷. Como es sabido, nuestra jurisprudencia no sigue un criterio unitario para la determinación del nexo causal²⁴⁸, pero puede decirse en términos generales que en la medida en la que no exista una relación de causalidad suficiente entre la conducta del prestador de espacio y el daño causado por la violación de derechos, los PSL no deberán hacer frente a la acción indemnizatoria. No existiría aquí por tanto especialidad alguna para el entorno en línea o para la materia de propiedad intelectual.

ii) La responsabilidad del prestador de alojamiento por hechos de los usuarios

Puede argumentarse que aunque no haya nada de ilícito de acuerdo con el TRL-PI en la actividad de suministrar servicios para que otros infrinjan los derechos de autor —salvo que se conozca la ilegalidad de lo albergado— los PSL son responsables en virtud del artículo 1903 4.º del Código Civil²⁴⁹. Para comprobar di-

²⁴⁶ La idea la tomo de la exposición de BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., en «Los operadores en las redes digitales y su responsabilidad por infracciones de los derechos de autor y conexos», ya citada.

²⁴⁷ La jurisprudencia ha repetido hasta la saciedad que el demandante debe probar el nexo causal entre la acción del demandado y el daño resultante. En opinión de DE ÁNGEL, sin embargo, en sectores de actividad altamente relacionados con el desarrollo tecnológico y, especialmente en el terreno de la responsabilidad profesional se puede afirmar que «el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia» —la bastardilla es del propio autor—. Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil —con especial atención a la reparación del daño—*, op. cit., p. 77.

²⁴⁸ No es posible, teniendo en cuenta el objeto de mi exposición, referirse, siquiera sumariamente a las diversas teorías de la relación de causalidad o nexo causal que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado. Baste, a los efectos que ahora me interesan, constatar que en algunas sentencias parece detectarse en el TS una preferencia por la teoría de la *conditio sine qua non*, mientras que en otras ocasiones se acude a otras teorías, como la de la «causalidad adecuada». Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, op. cit., pp. 839 y 830. Sobre la relación de causalidad puede verse, entre otras obras, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad Civil*, Universidad de Deusto-Cívitas, 3ª edición, Madrid, 1993 pp. 754 y ss. y PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, Tomo II, Madrid, 1991, pp. 1561 a 1591.

²⁴⁹ En concreto, el artículo 1903 4.º recoge el deber de resarcir de las empresas por los perjuicios causados por sus dependientes de un modo ciertamente insatisfactorio pero al cual tenemos que ceñirnos en ausencia de normas específicas. La doctrina tradicional considera que en el artículo 1903 el criterio para adjudicar la responsabilidad es subjetivo, basado en una conducta al menos negligente descartando en principio la posibilidad de apreciar una responsabilidad objetiva. Ésa era también la interpretación clásica del número cuarto del artículo 1903, que sin embargo ha sido revisado por la doctrina y por la jurisprudencia moderna en clave de responsabilidad cuasi-objetiva debido al fenómeno del «retroceso de la culpa» como criterio de imputación. Pese a que en la práctica los Tribunales no admiten la prueba de que se ha empleado la diligencia debida por parte del empresario, no parece posible sin más —debido al tenor literal del último párrafo del artículo 1903— prescindir de la exigencia de un comportamiento negligente por parte del empresario y acudir directamente a una atribución de responsabilidad objetiva por riesgo.

cha hipótesis debe seguirse un análisis que consta de tres pasos sucesivos. En primer lugar, y de acuerdo con el fundamento de la responsabilidad por hechos ajenos, debe existir una falta propia de la persona a la que se obliga a responder²⁵⁰. Si existe dicha falta, debe, en segundo lugar, comprobarse si existe relación de dependencia entre el prestador de acceso y el usuario. Por último, debe existir una conexión causal entre el daño y las funciones asignadas al dependiente²⁵¹.

Respecto del primero de los pasos antes señalados, cabe decir que el PSL sólo será responsable si no empleó la diligencia debida en el desempeño de su actividad, por lo que el problema vuelve a desplazarse hacia si el PSL ha sido diligente en conocer que los contenidos albergados o transmitidos por sus ordenadores infringían los derechos de autor. Como hemos visto, es posible en ciertos casos concluir que el PSL ha sido negligente. Sin embargo, es necesario completar el segundo paso del análisis antes propuesto y comprobar que existe una relación de dependencia entre el prestador de alojamiento y el usuario que utiliza sus servicios.

En un principio, puede parecer difícil establecer dicha relación, si tenemos en cuenta que la dependencia se ha definido como «la expresión de un poder de dirección, de la posibilidad de dar órdenes o instrucciones²⁵²». La relación que une a un prestador de espacio *web* con el usuario es una relación contractual, pero el PSL no tiene ninguna posibilidad de dar instrucciones u órdenes a los usuarios respecto de los materiales que éstos colocan en línea²⁵³.

Este dato, sin embargo, se ve comprometido por la tendencia jurisprudencial de la Sala 1.^a del T.S. de aplicar el artículo 1903 4.º a supuestos en los que no se da relación de dependencia alguna, señaladamente en los casos de comodato de automóviles²⁵⁴, lo que hace aconsejable verificar el tercero de los pasos que se señalaron. En ese sentido, parece claro que no puede sostenerse que una

²⁵⁰ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN, A, *Instituciones de Derecho Civil*, op. cit., p. 842 y DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., p. 328. DE ÁNGEL señala que pese a la creciente objetivación de la responsabilidad del empresario, el fundamento de la responsabilidad del artículo 1903 sigue siendo la culpa *in vigilando* o *in eligendo*.

²⁵¹ Cfr. BARCELÓ DOMÉNECH, J., *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, op. cit., p. 195.

²⁵² Cfr. entre otros, DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, sexta edición, Tecnos, Madrid, 1993, p. 629, BARCELÓ DOMÉNECH, J., *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, op. cit., p. 216 y BORREL MACIÁ, A., *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1958, p. 170. Y eso con independencia de cómo se concreta en la práctica esta subordinación, ya que, como pone de manifiesto SIERRA PÉREZ, la capacidad de dar órdenes varía mucho en la práctica, dependiendo de los distintos modos de organización de las empresas. La misma SIERRA PÉREZ aclara que el contenido de la relación de dependencia «consiste en la subordinación de la voluntad de quien actúa a la de quien ordena». Cfr. SIERRA PÉREZ, I., *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, Montecorvo, Madrid, 1997, pp. 151 y 160.

²⁵³ EL TS ya ha declarado que aunque exista una relación contractual de arrendamiento, lo relevante en este caso es la existencia de la relación de dependencia en el caso concreto. Cfr. la STS —Sala 2ª— de 30 de mayo de 1968, —RAJ 2685—

²⁵⁴ Seguramente por la existencia del seguro.

de las funciones asignadas por el PSL al usuario —si es que hay alguna— sea la de velar por el adecuado respeto de los derechos de autor, lo que implicaría la obligación de no colocar en los sitios *web* obras que usurpen los derechos de propiedad intelectual de terceros.

3.2. Los prestadores de acceso

La responsabilidad de los prestadores de acceso en nuestro Derecho debe regirse por unas pautas similares a la de los prestadores de alojamiento de sitios *web*. En este sentido, el prestador de acceso no es responsable por hechos propios por la indemnización de daños y perjuicios prevista en el artículo 140 del TRPLI, ya que el infractor directo es el usuario, tanto en el caso de la reproducción como de la comunicación pública. El prestador sólo está ejerciendo de correa de transmisión de los mensajes y actividades en línea de los usuarios, y no puede supervisar las comunicaciones privadas de éstos. No debemos olvidar, además, que los PSL no pueden rehusar prestar sus servicios, pues, en virtud del artículo 31.1 a) de la Ley General de Telecomunicaciones, están sujetos a la obligación de dar un servicio de acceso universal²⁵⁵.

Sin embargo, cuando el prestador de acceso tenga algún grado de control sobre la ilicitud de la puesta a disposición en Internet de las obras o prestaciones protegidas por el derecho de autor—porque conoce dicha ilegalidad o ha colaborado en ella— deberá responder de acuerdo con las condiciones del artículo 140 TRPLI²⁵⁶.

Respecto de la posibilidad de aplicar en este caso el artículo 1903 4.º, debe rechazarse por los mismos motivos que antes se han señalado para el caso de los prestadores de alojamiento.

3.3. La Ley de Prensa e Imprenta

El último precepto que debemos analizar para completar el cuadro de las posibles responsabilidades de los PSL por las violaciones de los derechos de autor es el artículo 65.2 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, que establece la responsabilidad civil y solidaria entre el autor y otros sujetos implicados en la edición del periódico por los daños derivados de ilícitos civiles²⁵⁷. Entre estos daños es posible también incluir las infrac-

²⁵⁵ Ley 11/1998. Dicha obligación, que no existía originariamente en el texto de la ley, proviene de la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Catalán, Boletín oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 21 de diciembre de 1998, VI Legislatura, núm. 263-1, pp. 1 y 2.

²⁵⁶ En todo caso quedará a salvo la acción de cesación del artículo 139 TRPLI.

²⁵⁷ El precepto reza literalmente «la responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario». La vigencia de la norma ha sido cuestionada por diversos juzgados de primera instancia, en relación con una derogación tácita producida por el ar-

ciones de la propiedad intelectual que se cometan a través de publicaciones periódicas²⁵⁸.

El fundamento de la norma, en opinión de la doctrina dominante²⁵⁹, se encuentra en una *culpa in vigilando* y así ha sido además declarado por la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de noviembre de 1990²⁶⁰, que exige una actividad culposa para que el precepto entre en juego, descartándose de esta manera la responsabilidad objetiva²⁶¹. La aplicación por analogía de esta ley al caso de los PSL depende de dos factores fundamentales, que deben concurrir a la vez. El primero, hasta qué punto una obra alojada en un sitio *web* o transmitida por Internet puede ser considerada una obra impresa²⁶² y, en segundo lugar, si la actividad de un PSL puede asimilarse a la del director o editor de un periódico. Si se cumplen estos dos requisitos cumulativamente, estimo que es posible la aplicación analógica por existir la identidad de razón —artículo 4.1 del Código Civil—.

Respecto del concepto de «obras impresas» es cierto que en las transmisiones digitales no se ven implicados los ejemplares materiales de las obras, y la Ley de Prensa e Imprenta se refiere claramente a objetos tangibles, con soporte físico. Sin embargo, parece posible extender por analogía la aplicación del artículo 65.2 al caso de un periódico editado en línea —aunque no estemos literalmente ante «obras impresas²⁶³»— puesto que la función de divulgación, que es a la que se refiere la ley, es comparable en ambos medios²⁶⁴.

título 20 de la Constitución, pero el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional lo han aplicado sin vacilaciones en su jurisprudencia. —*vid.*, entre otras, las SSTS (Sala 1.ª) de 7 de abril de 1988 y 20 de febrero de 1989 y las SSTC 171/1990 y 172/1990, ambas de 12 de noviembre. En la doctrina, HERRERO-TEJEDOR entiende que el artículo 65.2 no se encuentra derogado en su totalidad, aunque sí cuando establece la responsabilidad civil solidaria de los impresores. *Cfr.* HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, *op. cit.*, p. 263.

²⁵⁸ *Cfr.* CARRASCO PERERA, A., «Comentario al artículo 133» *op. cit.*, pg. 1.758.

²⁵⁹ *Cfr.* FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.ª L., *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 92. Se apoya la autora en que el director del periódico tiene derecho de veto sobre el contenido de todos los originales del periódico —artículo 37 de la ley—. Hay que hacer notar, sin embargo, que otras personas a las que también se obliga solidariamente a responder no sólo no disponen de un derecho de veto, sino que ni siquiera tienen una posibilidad real de controlar los contenidos —como es el caso del mero impresor o el «distribuidor de impresos extranjeros».

²⁶⁰ *Cfr.* STC 171/90, ya citada, en su Fundamento Jurídico 3.º: «(...) a responsabilidad civil solidaria (...) de la propia empresa editora se justifica en la culpa del director o del editor, dado que ninguno de ellos es ajeno al contenido de la información y opinión que el periódico difunde».

²⁶¹ En este mismo sentido, *Cfr.* CARRASCO PERERA, A., «Comentario al artículo 133», *op. cit.*, p. 1.759 y HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, *op. cit.*, p. 264.

²⁶² El motivo es que el ámbito de aplicación de la ley se reduce a las obras impresas —arts. 9 y 10—.

²⁶³ En cualquier caso, siempre sería posible que el usuario haga con la impresora una copia material del ejemplar electrónico.

²⁶⁴ En este sentido, el público puede tener acceso a una obra o prestación protegida con independencia de si la publicación periódica tiene formato de ejemplar material o de comunicación mediante Internet. En el Derecho comparado, la doctrina francesa ha considerado que la ley de septiembre de 1986 sobre comunicación audiovisual —que regula la responsabilidad en cascada de autores editores, directores, etc.— es aplicable también en Internet. Sin embargo, la cuestión es polémica en torno a la ley belga que, como la española, únicamente menciona los medios impresos. *Cfr.* STROWEL, A., e IDE, N., «La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et question des hyperliens», *op. cit.*, p. 33.

Respecto de la analogía de la posición del PSL con la del editor, director, impresor importador o distribuidor, debe matizarse entre los distintos tipos de PSL. La analogía es posible en el caso de un prestador de contenidos, pues éste tiene el control y la decisión final sobre los materiales que se «publican en línea». Así, si un proveedor de contenidos es el «editor» o director de un periódico en línea, deberá responder de igual modo que si el periódico se edita en forma de ejemplar material.

Sin embargo, no es posible asimilar dicho control en el caso de los proveedores de espacio *web* —que serían unos «impresores»— y mucho menos en el caso de los proveedores de acceso —que, siguiendo con la analogía, sería la empresa que transporta en camiones los periódicos—, ya que de acuerdo con la doctrina del TC es necesario que haya culpa por parte de los obligados solidariamente, cosa que no ocurre en ninguno de los dos casos. Utilizando las propias palabras del TC se da el caso de que los prestadores de espacio y de acceso «son ajenos al contenido de la información y opinión que el periódico difunde²⁶⁵».

²⁶⁵ *Cfr.* STC 171/90, ya citada, en su Fundamento Jurídico 3.º.