

COLECCIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL



**PRESTADORES DE SERVICIOS
DE INTERNET Y ALOJAMIENTO
DE CONTENIDOS ILÍCITOS**

MIGUEL ORTEGO RUIZ

Abogado de Media & iLaw

*Premio de Monografías de
Propiedad Intelectual 2015
Fundación AISGE-REUS-ASEDA*



*A mis padres, Antonio y Mayte,
porque mi educación siempre fue su prioridad.*

*«A culture without property, or in which
creators can't get paid, is anarchy, not
freedom».*

LAWRENCE LESSIG

ABREVIATURAS

- AEDIPr Anuario Español de Derecho Internacional Privado.
- AEPD Agencia Española de Protección de Datos.
- CB Convenio relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en material civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1971.
- CBe Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, texto revisado en 1971.
- CC Código Civil español.
- CDHLF Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.
- CJI Competencia Judicial Internacional.
- CL Convenio relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en material civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007.
- DCE Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)*.
- DIPr Derecho Internacional Privado.
- DMCA *Digital Millennium Copyright Act*.
- EEE Espacio Económico Europeo.
- EE.UU. Estados Unidos (de América).
- IP Internet Protocol.

- JIPITEC *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law.*
- LEC Ley 1/2000, de 7 de Enero, *de Enjuiciamiento Civil.*
- LOPHIPI Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*
- LOPJ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder judicial.*
- LSSICE Ley 34/2002, de 11 de junio, *de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.*
- PSA Prestadores de Servicios de alojamiento.
- PSI Prestadores de Servicios de Internet.
- PSII Prestadores de Servicios de Intermediación de Internet.
- PSSI Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información.
- RBI Reglamento (CE) nº 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (Reglamento Bruselas I).
- RBIbis Reglamento (UE) Nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (Reglamento Bruselas I bis).
- RRII Reglamento (CE) nº 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, *relativo a la Ley aplicable a las Obligaciones Extracontractuales* (Reglamento Roma II)
- STEDH Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.
- STJCE Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
- STJUE Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- STS Sentencia del Tribunal Supremo.
- SSTS Sentencias del Tribunal Supremo.
- SAP Sentencia de la Audiencia Provincial.
- TDT Televisión Digital Terrestre.
- TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- TJCE Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
- TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TRLPI Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se *aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad*

Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

TS Tribunal Supremo.

TV Televisión.

UE Unión Europea.

URL Uniform Resource Locator / Universal Resource Locator.

I. INTRODUCCIÓN

1.— La digitalización de la Sociedad en todos los ámbitos en los que nos encontramos inmersos avanza a la misma velocidad que la información viaja por todo el globo terráqueo a través de las redes informáticas y de telecomunicaciones, alterando las relaciones sociales y económicas como hasta ahora las conocemos.

Cada vez más y en mayor medida, el llamado mundo digital está creciendo y ocupando parcelas de la realidad que hasta no hace mucho eran exclusivas del mundo *offline*. Esto hace que el número y calidad de negocios y relaciones jurídicas en él circunscritos aumente exponencialmente reclamando una regulación del tráfico jurídico a la medida, dada su naturaleza. Sin embargo, esta regulación específica para el mundo digital está todavía en sus albores, lo que hace que para la regulación y gestión del mundo virtual debamos partir de los modelos jurídicos empleados para el mundo real, que a medida que avanza la llamada «tercera revolución» social—la llamada de la Sociedad de la Información—, reflejan su insuficiencia e inadecuación para regular las nuevas situaciones—y pese a que la Comisión Europea se haya reafirmado recientemente en la aplicación de las mismas reglas y leyes que rigen el mundo físico en la regulación del mundo digital—¹. La presente obra de investigación jurí-

¹ *Cfr.*, Comunicación conjunta de la Comisión Europea, el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad al Parlamento Europeo, el Consejo, el Consejo Económico y Social y el Comité de las Regiones, sobre una estrategia europea de ciberseguridad, de fecha 7 de febrero de 2013 [JOINT COMMUNICATION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS] (disponible en http://ec.europa.eu/news/science/130212_es.htm) y en la que también se hace especial hincapié a la protección de los Derechos Fundamentales.

dica busca realizar un estudio de la tutela y protección de los derechos de propiedad intelectual —y otros Derechos Fundamentales— y su posición en esta revolución tecnológica, atendiendo especialmente a su dimensión internacional —dado que en el mundo actual, cada vez más globalizado, la internacionalización, también del Derecho, es un hecho que debemos tener muy presente, más con Internet— así como de la posición que ocupan los Prestadores de Servicios de Intermediación de Internet en relación con la responsabilidad por los contenidos que alojan a la luz la regulación europea y nacional.

2.- Camino de la llamada web 3.0., su predecesora² está dejando patentes algunas de las insuficiencias de las que adolece la actual regulación jurídica plasmada en la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva de Comercio Electrónico)* (en adelante, DCE), en concreto en lo que respecta a la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación por el alojamiento de contenidos ilícitos. La *World Wide Web* «en dos dimensiones» ha roto el esquema anterior —estático— que diferenciaba claramente entre prestador de servicios de internet, proveedor de contenidos y usuario como tres vértices de un mismo triángulo, independientes, pero mínimamente interrelacionadas unidireccionalmente en la conformación de la prestación de servicios en el Ciberespacio.

Lejos de la situación existente en el momento de promulgarse la DCE, en el año 2000, las posibilidades del actual modelo de servicios de Internet³, que permite la interrelación entre usuarios, proveedores y prestadores, ha alterado la función y el valor que éstos tienen en la Red,

² La llamada Web 2.0. El concepto de «Web 2.0» comenzó con una sesión de «brainstorming» realizada entre O'Reilly y MediaLive International en 2004. A diferencia de la web 1.0 que era estática, cuyo principal objetivo era ofrecer algo de información, la web 2.0 trae el concepto de la participación e interacción de los usuarios en la Red. Se trata de que el contenido y la información que ofrece Internet deja de ser estático para ser dinámico y personalizado. *Vid.*, http://sociedadinformacion.fundacion.telefonica.com/DYC/SHI/seccion=1188&idioma=es_ES&id=2009100116300061&activo=4.do?elem=2146 y <http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-20.html>.

³ Algunas de las características de Internet en relación con los derechos de autor las ha apuntado ROGEL VIDE. *Vid.*, ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*, Volumen Segundo, Editorial REUS 2006, p. 107, y ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*, Editorial REUS 2003, pp. 459 y 460.

desarrollándose modelos de negocio en los que los usuarios son a su vez proveedores y consumidores de contenidos —«*prosumers*»—⁴ o prestadores de servicios de alojamiento de contenidos de terceros usuarios, modelos de negocio cuya cadena de valor depende nuclearmente del número y atractivo de los contenidos que se alojan⁵.

Un ejemplo paradigmático y de gran relevancia, tanto por ser uno de los prestadores de servicios de alojamiento de contenidos en la Red con más visitas como por el volumen de negocio que genera, es el portal de vídeos *on-demand YouTube*, una de las empresas de *Google Inc.*⁶, cuyo modelo de negocio ha sido objeto de varios litigios a nivel nacional e internacional en los que se ha cuestionado su aptitud para ser objeto de la exención de responsabilidad por los contenidos ilícitos alojados y su actividad como prestador de servicios de intermediación de contenidos.

Desde el modelo de negocio de *YouTube* y otros prestadores de servicios de intermediación de Internet (en adelante «PSII»)⁷, como principales agentes en la Red y ejemplos paradigmáticos de los planteamientos jurídicos que a lo largo de la obra se abordan⁸, vamos a estudiar la problemática que plantea el régimen de exención de responsabilidad —civil principalmente— de los prestadores de servicios de intermediación por los contenidos audiovisuales alojados en relación con los derechos de propiedad intelectual y otros Derechos Fundamentales todo ello a la luz de la normativa europea y nacional que lo regula.

⁴ *Vid.*, COTINO HUESO, Lorenzo, Ponencia «Encaje constitucional de la responsabilidad en la web 2.0». Universidad Autónoma de Barcelona, 18 de septiembre de 2009, p. 2.

⁵ En este sentido *Cfr.*, DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), Ed. 4ª, 2011, pp. 239-240.

⁶ CABALLAR FALCÓN, José Antonio, *SOCIAL MEDIA, Marketing personal y profesional*, p. 177.

⁷ Como *Facebook, Twitter o LinkedIn*, redes sociales virtuales, cuyos modelos de negocio y pujanza económica a nivel mundial está en alza.

⁸ Sin perjuicio de que se cuestione dicha condición de *YouTube* como prestador de servicios de intermediación más adelante.

II. LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERNET

3.– La categoría de Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información (en adelante «PSSI») recoge de manera amplia todos aquellos operadores de Internet que intervienen de alguna manera en el tratamiento y la gestión de la información o la prestación de servicios en Internet.

Es importante diferenciar los tipos de PSSI, pues dicha diferenciación resulta clave en la determinación del régimen de responsabilidad aplicable a los mismos. En este sentido, la amplia y heterogénea Jurisprudencia al respecto en cuanto a dicha calificación pone de manifiesto la dificultad y la transversal importancia de la determinación de la naturaleza jurídica del prestador.

Dentro de dicha categoría —PSSI—, se encuentran los Prestadores de Servicios de Internet⁹ (en adelante «PSI») frente a otro tipo de prestadores (como los Proveedores de Acceso a Internet)¹⁰ de servicios de la sociedad de la información¹¹, que como grupo genérico, engloban a su vez dos categorías más específicas de prestadores: los PSII y, por otro, los Proveedores de Contenidos¹². Es importante esta distinción por el especial

⁹ Son frecuentemente nombrados por su siglas en inglés: ISP (*Internet Services Providers*)

¹⁰ También podemos encuadrar en esta categoría a aquellos prestadores que se encargan de la organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales o la contratación de bienes y servicios por vía electrónica.

¹¹ La LSSICE en el apartado a) del Anexo, define qué se entiende por servicios de la sociedad de la información y enumera una lista ejemplificativa de qué son servicios de la sociedad de la información.

¹² Existen más tipos de Prestadores de Servicios de Internet, como los Proveedores de Acceso que no estudiaremos aquí.

tratamiento en relación con la exoneración de responsabilidad que recoge la normativa europea respecto de los primeros —PSII—¹³.

4.- La Ley 34/2002, de 11 de julio, *de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico* (en adelante la «LSSICE») hace hincapié en la diferenciación de los PSII del resto de prestadores y establece un régimen de exoneración de responsabilidad exclusivo para los PSII¹⁴. Y para tratar de arrojar mayor luz sobre este asunto, nuestra Ley —frente al Derecho europeo— sí recoge una definición de lo que se entiende como prestador de servicios de intermediación en el apartado c) del Anexo de la LSSICE¹⁵. Dentro del Título II, en el Capítulo II, Sección II, cuatro categorías diferentes de PSII recogidos en los artículos 14 a 17 de esa norma, delimitan mejor la categoría.

Entre las categorías recogidas en la LSSICE y que se benefician del régimen de exoneración contemplado en la misma se encuentran (1) los operadores de redes y proveedores de acceso, (2) los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios («*caching*» o memoria «*tampón*»), (3) los prestadores de servicios de almacenamiento o alojamiento de datos («*hosting*») y, por último, (4) los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (enlazamiento o «*linking*»).

En la presente obra sólo estudiaremos los prestadores de servicios de alojamiento de contenidos, contemplados en el artículo 16 de la LSSICE, sin perjuicio de las puntuales referencias a los prestadores de servicios de enlazamiento —artículo 17 de la LSSICE— por la estrecha relación y similitudes que guardan con los anteriores en aquellos asuntos de protección de contenidos audiovisuales en la Red¹⁶.

¹³ Cfr., DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado...*, *op. cit.*, pp. 134-135.

¹⁴ El artículo 13.2 de la LSSICE dice: «*Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes*».

¹⁵ En cuyo tenor, es prestador de servicios o prestador la «*persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información*».

¹⁶ El principal problema de las obra audiovisuales en Internet es la piratería, asociada al importante menoscabo para los titulares de las obras que se produce cuando esas obras aparecen en la Red, sin el consentimiento de los titulares de derechos sobre las mismas, incluso antes de que dichas obras hayan sido estrenadas, como bien apunta ROGEL VIDE. Cfr., ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*, Volumen Segundo, Editorial REUS, 2006, pp. 109 y 110.

A. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD DEL PRESTADOR DE SERVICIOS DE ALOJAMIENTO

1. Prestadores de servicios de alojamiento como Prestador de servicios de Intermediación

5.– La distinción entre PSSI y proveedor de contenidos como ha dejado claro la Jurisprudencia en numerosas sentencias es un primer y esencial paso previo a la hora de entrar a valorar la eventual responsabilidad del prestador y la posible aplicación del régimen de exoneración de responsabilidad recogido en la LSSICE¹⁷.

6.– La normativa europea —DCE— no otorga una exención general para cualquier tipo de responsabilidad derivada de la prestación de los servicios de intermediación, sino solamente respecto a las tareas de mera transmisión, *caching* y alojamiento o almacenamiento de datos¹⁸.

La normativa comunitaria, no recoge una definición como tal de lo que se entiende por prestador de servicios de intermediación¹⁹, pero si da algunas pistas para elaborar un concepto del mismo. En este sentido especifica que para tener la calificación de prestador de servicios de intermediación ha de llevarse a cabo una actividad de «*naturaleza meramente técnica, automática y pasiva*», no teniendo el prestador de servicios conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada.

Añade que el prestador sólo se beneficiará del régimen de exoneración de responsabilidad «*cuando no tenga participación alguna en el contenido de los datos transmitidos*», lo que implica entre otras cosas que no «*modifique los datos que transmite*» no abarcando este requisito a las «*manipulaciones de carácter técnico que se producen durante la transmisión*»²⁰.

¹⁷ Vid., Por ejemplo, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7, nº 289/2010 de 22 de septiembre, *asunto Telecinco c. YouTube*, procedimiento 150/2008, Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid de 3 de noviembre de 2004 (AC 2005 45). SAP de Barcelona (sección 19ª) nº 98/2010 de 3 marzo (AC 2010 941)

¹⁸ Vid., Directiva de Comercio Electrónico 2000/31/CE y PEGUERA POCH, Miquel, «El sistema de exenciones de responsabilidad de los operadores de servicios de internet (ISP)», *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 21 (2002), p. 695.

¹⁹ Más en detalle de lo que recoge en su artículo 2 b): «*cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información*».

²⁰ Vid., Considerandos 42º, 43º y 44º de la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000 (*Directiva de Comercio Electrónico*) respectivamente.

Finalmente aclara que, en los casos en los que el prestador de servicios colabore deliberadamente con los usuarios de sus servicios tendrá la consideración de proveedor de contenidos²¹. Idea en la que abunda en el párrafo segundo del artículo 14 de la propia Norma²². Esta clarificación ha sido introducida igualmente en los artículos 14 a 17 de la LSSICE²³.

7.— Por su parte, tanto la Jurisprudencia como la Doctrina parecen estar de acuerdo en que la naturaleza jurídica de las actividades que llevan a cabo los prestadores de servicios de alojamiento de contenidos son las propias de un mero intermediario; pero la cuestión no es pacífica y suscita un gran interés —especialmente en el caso de ciertos PSII como el portal de vídeo online *YouTube* o el mismo *Google*—, ya que en varios de los litigios hasta la fecha ventilados, se ha apuntado hacia la verdadera condición del portal como un proveedor de contenidos, si bien no de manera concluyente²⁴, en base a su modelo de negocio y las serias dudas que este plantea respecto de la actividad «*meramente técnica, automática y pasiva*» que debiera observar en su actividad y forma de operar para ostentar tal naturaleza.

2. Los Prestadores de servicios de alojamiento como Proveedores de Contenidos

8.— El problema que plantean los nuevos modelos de negocio en la Web 2.0 es que los prestadores ejercen una amalgama de actividades cuyos límites entre unas y otras actividades son tan estrechos que la determinación como prestador de servicios de intermediación o bien como proveedor de contenidos del prestador se delimita por una arista extremadamente fina y difusa que separa una y otra faceta.

En cualquier momento un intermediario puede convertirse en proveedor de contenidos por las actividades que lleve a cabo el mismo o por la

²¹ *Ibíd.*, Considerando 44°.

²² El régimen de exención de responsabilidad recogido en la primera parte del artículo 14 DCE no se aplicará «*cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad y control del prestador de servicios*».

²³ Respecto a lo que ahora aquí interesa cual es el alojamiento, el artículo 14.2 recoge que «*la exención de responsabilidad [...] no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador*».

²⁴ Como ya dejo claro el Juez en el asunto *Telecinco v. YouTube*, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7, nº 289/2010 de 22 de septiembre, procedimiento 150/2008.

actividad que realizan sus propios usuarios y, por tanto, no podía acogerse a la exoneración de responsabilidad de los primeros²⁵.

a. Intermediarios de Internet como proveedores de contenidos.

9.— Como ya se apuntó más arriba, parece asentado en la mayoría de la Jurisprudencia que *YouTube* es un prestador de servicios de alojamiento, pero las nuevas oportunidades y prácticas que permite la Red interactiva de la que hoy en día disfrutamos —y de las que *YouTube* saca el máximo partido— y una supuesta edición de contenidos han suscitado las dudas acerca de su calificación jurídica²⁶, acercándolo cada vez más a la calificación de proveedor de contenidos. De hecho, el portal lleva a cabo diferentes labores, como una supuesta edición y selección de vídeos que se ofrece a cada usuario, que resultan dudosas, siendo para algunos tareas propias de un editor de contenidos.

Así, cuando un usuario accede al portal de *YouTube*, los vídeos que se le ofrecen como «mejores resultados» están seleccionados en función de sus gustos y preferencias, mostradas en el pasado en conexiones anteriores. A esto hay que unir el hecho de que para poder disfrutar al máximo de todas las funcionalidades que ofrece *Google Chrome*²⁷ y *YouTube* haya que registrarse en *Google*, dejando un rastro de todas nuestras consultas, intereses, etc., que queda guardado en una ficha con información sumamente relevante de cara a los anunciantes y la publicidad personalizada. De esta manera, cuando accedes al portal de vídeos con tu usuario y contraseña de *Google* —o simplemente tienes activada la opción de que *Google Chrome* te recuerde cada vez que accedes a cualquiera de los *websites* propiedad de *Google*, como es el caso de *YouTube*— te ofrecen publicidad específica de tus intereses o vídeos que particularmente te interesan a ti como usuario definido y concreto, y no otros que podríamos calificar como más «genéricos». Todo ello articulado jurídicamente mediante una aceptación expresa de los «términos y condiciones» de *Google* a través de un simple *clic*.

²⁵ Cfr., FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, «La regulación de la libertad de expresión en Internet en Estados Unidos y en la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 103, enero-marzo 1999, pp. 149-169.

²⁶ Cfr., DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado...*, *op. cit.*, pp. 205-273 y Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7, nº 289/2010 de 22 de septiembre, procedimiento 150/2008, FJ 1º.

²⁷ *Google Chrome* es el navegador creado por *Google* y competencia de *Internet Explorer* (*Microsoft*), *Firefox* o *Safari* (*Apple*).

Otros PSII relevantes en Internet, como *LinkedIn* o *Facebook*, también hacen uso de este tipo de mecanismos para personalizar al máximo los gustos e intereses de su elevado número de usuarios —masa crítica— y poder vender la información a terceros de cara a que alojen publicidad con los mayores impactos posibles²⁸.

Por ello, para muchos, la neutralidad o pasividad en la actividad que exige la DCE para ser considerado mero intermediario y así beneficiarse de la exención de responsabilidad, no queda del todo clara a la vista de las diversas acciones y actividades que el prestador de servicios de alojamiento lleva a cabo²⁹.

b. Grandes proveedores de contenidos.

10.— Es interesante detenernos en este punto para analizar brevemente el modelo económico de los grandes proveedores de contenidos audiovisuales de nuestro país, principalmente por las similitudes del modelo de negocio de estos últimos con respecto del portal de vídeos —o el propio *Google*— y el diferente tratamiento que normativa y Jurisprudencia hacen de unos y de otros.

Así, tanto las grandes compañías audiovisuales de este país como los prestadores de servicios de internet como *YouTube* tienen como objeto de su negocio la venta de publicidad. Ambos compiten en el mercado por los ingresos de publicidad por ser la venta de espacios publicitarios la principal fuente de ingresos. Ahora bien, mientras que para lograr vender publicidad a precios los más atractivos posible dentro del mercado, los

²⁸ Los impactos de las campañas publicitarias se miden en GRPs (Gross Rating Points). Los GRP's se obtienen de multiplicar dos factores denominados frecuencia y cobertura. Las tres medidas se calculan sobre un universo compuesto por la totalidad de individuos que se han definido como público objetivo de una publicidad en concreto; este público objetivo de la campaña es el conocido como Target Comercial y que se define en torno a varios parámetros como la edad, el nivel de vida, los gustos, la renta media, los intereses, etc. Es muy importante que las personas que vean el anuncio se encuentren dentro de ese Target Comercial, pues si no están dentro, no cuentan a los efectos de medición del impacto. Por eso, cuanto más precisa sea la publicidad y más se ajuste al Target Comercial, más valor tiene —por tener mayor impacto, esto es, más GRPs—. Por eso la importancia de tener perfiles de usuarios lo más definidos posibles, porque de cara al anunciante su publicidad tendrá más impacto y por tanto pagará más por ella.

²⁹ *Vid.*, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Intermediación en la Red y responsabilidad civil. Sobre la aplicación de las reglas generales de responsabilidad a las actividades de intermediación en la Red», *Revista Española de Seguros*, núm. 142, 2010, p. 234.

grandes operadores de comunicación audiovisual tienen que invertir grandes cantidades en la compra, creación, distribución o licencia de derechos o contenidos audiovisuales, para su posterior explotación, los PSII no solo no tienen que desembolsar ni un euro sino que en la mayoría de las ocasiones se nutren de los contenidos previamente comunicados y reproducidos públicamente por los conocidos como *Mass Media*³⁰.

Esto es importante no sólo por el agravio comparativo que supone que dos empresas que se dirigen al mismo mercado compitan de manera tan desigual, sino porque en tanto en cuanto una parte de los gastos de los *Mass Media* en la compra o creación de contenidos audiovisuales está destinada a la remuneración de los autores o creadores de tales obras originales, el hecho de que los PSII no destinen ni un euro a la compra de derechos audiovisuales implica que tales obras originales se exploten con beneficio económico para el prestador, sin que el autor —y titular de los derechos de propiedad intelectual sobre la misma— vea compensado el aprovechamiento ajeno de su obra y por tanto menoscabando su derecho de propiedad —intelectual— sobre la misma.

11.— Además y por si cabía alguna duda, la STJUE en el asunto *ITV*³¹ vino a aclarar —en defensa de los autores— que la difusión de contenidos en *streaming*³² a través de Internet por parte de un tercero de obras incluidas en una emisión de TV terrestre constituye un acto de comunicación a un «público» diferenciado³³ y que por tanto, requiere de la autorización por parte del titular del derecho, incluso si la redifusión se lleva a cabo de modo que la obra se pone a disposición únicamente de destinatarios que se hallen en la zona de emisión de la TDT³⁴ en cuestión, de manera que pueden recibirla legalmente en su receptor de televisión. Son por

³⁰ *Mas Media*, es el término inglés que reciben los grandes medios de comunicación y que con mayor frecuencia se emplea para hacer referencia a esas grandes compañías de comunicación que están presentes en varias plataformas de cómo prensa, radio, televisión, internet, etc.

³¹ *Cfr.*, STJUE (Sala Cuarta), de 7 de marzo de 2013, asunto *ITV* (C-607/11).

³² El *streaming* o visualización continua sin interrupciones, es un modo de emisión y visualización de contenidos que se utiliza en Internet para comunicar públicamente que consiste en que el usuario puede visionar un contenido sin tener que descargar el archivo y gracias a una transferencia continua de los datos para posibilitar ese visionado sin cortes, sin perjuicio de la publicidad que se ofrece en este tipo de contenidos.

³³ En el sentido de del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE, *Vid.*, STJUE (Sala Cuarta), de 7 de marzo de 2013, asunto *ITV* (C-607/11), apartado 36

³⁴ Televisión Digital Terrestre.

tanto dos transmisiones distintas —en TV y en *streaming*— que deben ser autorizadas individual y separadamente, incluso si la retransmisión no tiene carácter lucrativo³⁵.

La importancia de esta sentencia radica en que hasta entonces, los proveedores de contenidos recibían en contrapartida ingresos en publicidad por la emisión de contenidos en Internet mientras que los autores no recibían compensación alguna por la cesión de tales ventanas de explotación —en la Red—, pues, en la práctica habitual del mercado, no se las consideraba como una ventana más de explotación, sino que entendían los proveedores que era la misma explotación que la principal —comunicación³⁶ y reproducción³⁷ pública—³⁸ sólo que a través de diferentes medios de emisión —en este caso a través de Internet—. La STJUE en el asunto *ITV* clarifica este punto y apunta a que los proveedores de contenidos que quieran ofrecer obras protegidas por derechos de autor deben reenumerar a los autores por la emisión de tales obras a través de la *World Wide Web* —algo que parece lógico ya que tales emisiones reportan unos ingresos para dicho proveedor de contenidos—.

Dicho lo cual, esta razonamiento no es válido, curiosamente, para el caso de los enlaces. Así, el TJUE en su sentencia en el asunto *Svensson*³⁹ entiende que, ofrecer enlaces, si bien es un acto de «comunicación al público»⁴⁰, «para poder ser incluida en el concepto de “comunicación al público”, en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29/CE, también es necesario que una comunicación como la controvertida en el litigio principal —que se refiere a las mismas obras que la comunicación inicial y que ha sido realizada a través de Internet como la comunicación inicial, es decir con la misma técnica—, se dirija a un público nuevo, a

³⁵ *Vid.*, STJUE (Sala Cuarta), de 7 de marzo de 2013, asunto *ITV* (C-607/11) apartados 42 a 44.

³⁶ En relación a los derechos de las obras audiovisuales, *Cfr.*, ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*, Volumen Segundo, Editorial REUS 2006, pp. 101 a 106.

³⁷ Sobre el derecho de reproducción en Internet, *Cfr.*, ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*, Editorial REUS, 2003, pp. 465 a 467.

³⁸ Hasta la entonces los proveedores de contenidos defendían que las emisiones de contenidos en *streaming* idénticos a los emitidos en TV eran la misma emisión de TV pero a través de otro medio (Internet) y que, por tanto, eran un único derecho de comunicación y reproducción pública, en el sentido de la TRLPI, en concreto los artículos 18 y 20 del TRLPI.

³⁹ *Vid.*, STJUE (Sala Cuarta), de 13 de febrero de 2014, asunto *Svensson* (C-466/12).

⁴⁰ *Vid.*, STJUE (Sala Cuarta), de 13 de febrero de 2014, asunto *Svensson* (C-466/12), apartados 20 a 23.

saber, un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial». Por ello, «debe señalarse que una puesta a disposición de obras mediante un enlace sobre el que se puede pulsar [...] no conduce a comunicar dichas obras a un público nuevo»⁴¹. Y, por tanto, «no es necesario que los titulares de los derechos de autor autoricen una comunicación al público»⁴² para ofrecer enlaces que te dirigen a obras que ya están disponibles en otro lugar.

Ahora bien, para ello se deben cumplir ciertos límites, entre otros, la exigencia de que la información enlazada esté accesible sin restricciones en la página a la que redirige el enlace (de modo que el enlace no suponga un acto de comunicación al público nuevo)⁴³. Si el enlace sirve para eludir las eventuales medidas de restricción que tuviere el lugar que contiene la obra protegida y a dónde apunta el enlace, si estaríamos en presencia de un «público nuevo» que no fue tomado en consideración cuando los titulares de los derechos autorizaron tal comunicación (para un público limitado) y que, por tanto, requeriría una nueva autorización del titular del derecho⁴⁴. Lo mismo ocurre cuando la obra ya no está a disposición del público en la página donde fue comunicada originalmente (y a dónde apunta el enlace).

Tampoco considera el Alto Tribunal que haya un «público nuevo» en aquellos casos en los que cuando se pincha sobre el enlace, la obra aparece dando la impresión de que se muestra en la página en dónde está el enlace, mientras que, en realidad, la obra procede de otra página (y a donde apunta el enlace)⁴⁵.

Como muy bien resalta DE MIGUEL ASENSIO, la sentencia no proporciona una respuesta clara de qué ocurre en aquellos casos en los que la información a la que va dirigida el enlace ha sido comunicada al público en la página objeto del enlace vulnerando los derechos de autor sobre la obra enlazada. Aunque de una lectura sistemática de sus apartados 16

⁴¹ *Vid.*, STJUE (Sala Cuarta), de 13 de febrero de 2014, asunto *Svensson* (C-466/12), apartados 24 y 25.

⁴² *Vid.*, STJUE (Sala Cuarta), de 13 de febrero de 2014, asunto *Svensson* (C-466/12), apartado 28.

⁴³ *Vid.*, STJUE (Sala Cuarta), de 13 de febrero de 2014, asunto *Svensson* (C-466/12), apartado 26

⁴⁴ *Vid.*, STJUE (Sala Cuarta), de 13 de febrero de 2014, asunto *Svensson* (C-466/12), apartado 31

⁴⁵ *Vid.*, STJUE (Sala Cuarta), de 13 de febrero de 2014, asunto *Svensson* (C-466/12), apartado 29°.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
I. INTRODUCCIÓN	11
II. LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERNET	15
A. La naturaleza jurídica de la actividad del Prestador de servicios de alojamiento	17
1. Prestadores de servicios de alojamiento como Prestador de servicios de Intermediación.....	17
2. Los Prestadores de servicios de alojamiento como Proveedores de Contenidos	18
a. Intermediarios de Internet como proveedores de contenidos...	19
b. Grandes proveedores de contenidos.	20
3. Neutralidad en la actuación y edición de contenidos	25
a. La neutralidad de actuación	25
b. La edición de contenidos	30
III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN DE INTERNET POR EL ALOJAMIENTO DE CONTENIDOS ILÍCITOS	33
A. Marco Jurídico.....	33
1. La DCE.....	33
2. La LSSICE. Transposición de la DCE.....	34
B. El régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento.....	40
1. El conocimiento de la ilicitud de los contenidos alojados.....	40
a. Concepto de «conocimiento efectivo».....	40
b. Posición jurisprudencial.....	44
2. La inmediata retirada de los contenidos ilícitos	53

a. La alternativa de los mecanismos voluntarios de detección y retirada de contenidos ilícitos. Content ID de YouTube.....	57
b. Propuesta de sistema de detección y retirada de contenidos ilícitos alojados	65
C. Un hipotético control <i>ex ante</i> de los materiales alojados por el PSII	68
1. Fundamentos jurídicos para la creación de un sistema de control <i>ex ante</i> de contenidos alojados.....	69
a. La exención de monitorización y rastreo de contenidos del artículo 15 de la DCE.....	69
b. La responsabilidad por alojar contenidos ilícito cuando concurre el conocimiento efectivo y/o no se retiran los contenidos .	71
c. La importancia del control previo en la protección de los Derechos Fundamentales.....	72
2. Diseño de un sistema viable de control <i>ex ante</i> de contenidos alojados.....	77
a. Filtrado de la información	78
b. Requisitos para alojar vídeos.....	78
c. La «cuarentena» de contenidos presuntamente ilícitos	81
d. La creación de un «cuerpo específico» de control ex ante de contenidos	82
e. Cláusulas de salvaguarda del derecho a la información y expresión de los usuarios.....	86
IV. DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS: DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LA LEY APLICABLE EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN	89
A. La Competencia Judicial Internacional.....	91
1. El Foro General del Reglamento Bruselas I.....	93
2. El <i>Forum Delicti Commissi</i>	98
3. Foro para solicitar medidas cautelares.....	113
B. La determinación del régimen jurídico aplicable a los ilícitos en la Red.....	128
1. Ley aplicable en materia de derechos de la personalidad	130
2. Ley aplicable en materia de derechos de propiedad intelectual ...	140
V. CONCLUSIONES	151
VI. BIBLIOGRAFÍA	157
Legislación.....	164
Jurisprudencia.....	167

