



# La responsabilidad de los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información y el concepto de público nuevo

## The responsibility of service providers of the information society and the concept of new public

Javier Maestre Rodríguez\*

### Resumen:

El presente artículo versa sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información y el concepto de público nuevo en relación con infracciones de propiedad intelectual.

### Abstract:

This article deals with the responsibility of the information society service providers and the concept of new public in relation to intellectual property infringements.

### Palabras clave:

Prestadores de servicios de la sociedad de la información – Propiedad Intelectual – Público Nuevo

### Keywords:

Information society services providers – Intellectual Property – New Public

### Sumario:

1. Régimen jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información – 2. La responsabilidad de los intermediarios por infracciones de propiedad intelectual. El enlace como acto de comunicación pública y el concepto de público nuevo – 3. Bibliografía

\* Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Abogado en ejercicio miembro de Ilustre Colegio de abogados de Madrid. Es docente en diversas universidades y centros educativos como la Universidad Carlos III de Madrid, donde imparte clases en el master de Derecho y nuevas tecnologías. Fundador de la firma Maestre Abogados. Contacto: contacto@maestrebogados.com

## 1. Régimen jurídico de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información

### 1.1. Planteamiento

Desde que empezó a popularizarse el uso de Internet, la adecuada determinación de los criterios de atribución de responsabilidad a los agentes que intervienen en este medio ha sido una preocupación constante, sobre todo en materia de propiedad intelectual y derecho al honor, intimidad y propia imagen; y especialmente en el caso de prestadores de servicios que no infringen de forma clara esos derechos, sino que son usados por terceros para cometer infracciones.

Uno de los objetivos de la Unión Europea es la construcción de un mercado único, de forma que los distintos agentes que intervienen en los mercados de la Unión operen bajo unas mismas reglas de juego. Con ese objeto, aprobó una regulación que pretende fijar normas claras para todos los operadores que actúan en Internet, de forma que todos los participantes de este nuevo mercado pudieran competir en igualdad de condiciones. En el ámbito del que se ocupa este trabajo, se pretendía que hubiera un régimen jurídico de atribución de responsabilidades armonizado a nivel europeo.

A este fin responde la Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, de la que trae causa la española Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE).

### 1.2. Conceptos y principios básicos de la normativa

#### 1.2.1 Servicio de la Sociedad de la Información

Esta normativa introduce el concepto de "servicio de la sociedad de la información", explicado en el Considerando 18 de la Directiva Europea. En este se indica que cubre una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea, tales como la venta de mercancías o la contratación en línea. Son incluidos en este concepto, en la medida en que representen una actividad económica, servicios no remunerados por sus destinatarios, como aquéllos que consisten en ofrecer información en línea, instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos, así como la transmisión de información, a través de una red de comunicación o el albergue de información facilitada por el destinatario del servicio. Igualmente, otros servicios, como el vídeo a la carta o el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico, caen también dentro de esta categoría.<sup>1</sup>

Por su parte, la Ley española considera como servicio de la sociedad de la información: "todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario" y especifica, en la línea de lo establecido en la Directiva, que el concepto "comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios".<sup>2</sup>

Más adelante, se hace una enumeración no exhaustiva de estos servicios, entre los que se incluyen "la contratación de bienes o servicios por vía electrónica, la organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales, la gestión de compras en la red por grupos de personas, el envío de comunicaciones comerciales y el suministro de información por vía telemática".<sup>3</sup>

Igualmente, también se mencionan, a título meramente ilustrativo y sin ánimo exhaustivo, servicios que quedarían fuera de esta categoría, tales como los prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex, el intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan, los servicios de radiodifusión televisiva (incluidos los servicios de quasi-video a la carta), los servicios de radiodifusión sonora y el teletexto televisivo y otros servicios equivalentes como las guías electrónicas de programas ofrecidas a través de las plataformas televisivas.

<sup>1</sup> 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) (Unión Europea: Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, 2000)

<sup>2</sup> Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (España: Jefatura del Estado, 2002)

<sup>3</sup> En su redacción original, la Ley incluía también "el vídeo bajo demanda, como servicio en que el usuario puede seleccionar a través de la red, tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción, y, en general, la distribución de contenidos previa petición individual", pero esta previsión fue derogada por el apartado 18 de la disposición derogatoria de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual («B.O.E.» 1 abril).

En fin, hoy día, es raro encontrar algún negocio que no desarrolle algún tipo de presencia en Internet aunque no venda por esos medios, por lo que todos, de alguna u otra manera, se han convertido en "prestadores de servicios de la sociedad de la información".

### 1.2.2 *Intermediarios o prestadores de servicios de intermediación*

Una de las claves de esta regulación se encuentra en el régimen de exoneración de responsabilidad que se prevé para una categoría específica de prestadores de servicios de la sociedad de la información: los intermediarios o prestadores de servicios intermedios, en palabras de la Directiva, o servicios de intermediación, según los denomina la Ley española.

La Directiva europea, en los artículos 12º, 13º y 14º, diferencia tres tipos de intermediarios: los de "mera transmisión", consistente en transmitir en una red de comunicaciones, datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones; los de "memoria tampón (Caching)", consistente en transmitir por una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio; y los de "alojamiento de datos", consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio.<sup>4</sup>

Por su parte, la Ley española define los servicios de intermediación como aquellos servicios de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información. Además, especifica que se incluyen dentro de esta categoría: la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.<sup>5</sup>

La Directiva europea (Considerando 40) estima necesario prestar una especial atención a este tipo de servicios. Esto se debe a que la divergencia de las normativas y jurisprudencias nacionales en el ámbito de la responsabilidad de estos prestadores de servicios entorpece el correcto funcionamiento del mercado interior al obstaculizar, en especial, el desarrollo de servicios transfronterizos y producir distorsiones de la competencia.

Se pretende así constituir una base adecuada para elaborar mecanismos rápidos y fiables que permitan retirar información ilícita y hacer que sea imposible acceder a ella, poniéndose especial énfasis en que "estos mecanismos se elaborasen tomando como base acuerdos voluntarios negociados entre todas las partes implicadas y fomentados por los Estados miembros".

Así mismo, y específicamente en el ámbito de la propiedad intelectual, la Directiva tiene como objetivo, en relación con este tipo de servicios (Considerando 50), "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".<sup>6</sup>

### 1.2.3 *Principio de no supervisión y deber de colaboración*

La Directiva exonerá a los prestadores de servicios de intermediación de la eventual obligación de supervisar la actividad que realicen sus usuarios por los datos que transmitan o almacenen, o realizar búsquedas activas de actividades ilícitas.

Por otro lado, se impone un deber de colaboración con las autoridades que se predica, no solo de los intermediarios, sino de todos los "prestadores de servicios de la sociedad de la información".

En concreto, así se pronuncia la Directiva:

*"Artículo 15º. Inexistencia de obligación general de supervisión*

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

4 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) (Unión Europea: Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, 2000), artículos 12º-14º.

5 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (España: Jefatura del Estado, 2002).

6 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) (Unión Europea: Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, 2000), considerando 50.

*2. Los Estados miembros podrán establecer obligaciones tendentes a que los prestadores de servicios de la sociedad de la información comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento."*

Por tanto, las autoridades nacionales no pueden imponer a los intermediarios obligaciones de supervisar o hacer búsquedas activas de actividades ilícitas en la utilización que de sus servicios hagan sus usuarios.

Este artículo ha sido objeto de interpretación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como en la Sentencia de 24 de noviembre de 2011, asunto C-70/2010, donde tuvo que pronunciarse sobre la legalidad de imponer a los proveedores de acceso a Internet la obligación de implantar sistemas de filtrado sobre todas las comunicaciones de sus clientes para proteger los derechos de propiedad intelectual en el intercambio de archivos "peer-to-peer".

El litigio enfrentaba a un proveedor de acceso a Internet, Scarlet Extended S.A. y a la sociedad belga de gestión de derechos de autor, SABAM. Esta solicitaba a Scarlet la implantación de un sistema general de filtrado que impidiera o bloqueara a sus usuarios la posibilidad de usar su servicio para intercambiar archivos musicales mediante un programa P2P ("peer to peer").

En primera instancia, se estimó dicha pretensión y Scarlet se opuso alegando dificultades de tipo técnico, además de sostener que dicha actuación implicaría una obligación general de supervisar todas las comunicaciones que pasan por su red, vulnerando así el principio de no supervisión.

En esa ocasión, el TJUE se alineó con las tesis del prestador de servicios, y acabó concluyendo de forma tajante que "el requerimiento judicial por el que se obliga al ISP a establecer un sistema de filtrado sobre todas las comunicaciones de sus clientes realizadas a través del intercambio de archivos P2P no respetaría el requisito de garantizar un justo equilibrio entre, por un lado, el derecho de propiedad intelectual y, por otro, la libertad de empresa, el derecho a la protección de datos de carácter personal y la libertad de recibir o comunicar informaciones."

Por otro lado, como ya hemos destacado, el Considerando 40 de la Directiva hace énfasis en que lo ideal sería la implantación de mecanismos de respuesta ágil ante las infracciones y que estos "se elaborasen tomando como base acuerdos voluntarios negociados entre todas las partes implicadas y fomentados por los Estados miembros", sin que la Directiva pueda suponer "un obstáculo para que las distintas partes interesadas desarrollen y apliquen de forma efectiva sistemas técnicos de protección e identificación y de supervisión que permite la tecnología digital".

Es decir, la Unión Europea alienta a que haya un diálogo entre las partes para manejar los conflictos que surjan y poner freno a eventuales infracciones. No obstante, sucede que la industria tradicional europea se dedica a la explotación de contenidos protegidos por la propiedad intelectual, no encontrándose interesada en absoluto en el camino ofrecido por la Unión, y prefiere simplemente imponer sus tesis por la vía de la fuerza de los tribunales, por lo que su empecinamiento en conservar un modelo de negocio caduco ha dado lugar a una prolífica litigiosidad.

#### 1.2.5 Régimen de exoneración de responsabilidad

Como decíamos, la normativa comentada considera que los prestadores de servicios de intermediación o intermediarios merecen una especial atención. Por ello, establece un particular régimen de exoneración de responsabilidad para los intermediarios en virtud del cual, en síntesis, no serán responsables de las infracciones que se cometan usando sus servicios mientras no tengan conocimiento efectivo de esa actividad ilícita y, si lo tienen, actúan con diligencia para evitar la comisión de la infracción.

Ese conocimiento efectivo ha ido, poco a poco, ampliándose respecto del inicialmente previsto por el legislador, circunscrito a la condición de que un órgano competente haya declarado la existencia de la ilicitud, ordenado alguna medida en relación con la infracción o declarado la existencia de la lesión, y que el prestador conociera la correspondiente resolución; hasta el concepto amplio actual donde, con ocasión del caso Gs Media, se plantea incluso el establecimiento de una *presunción iuris tantum* a favor de la existencia del conocimiento en algunos concretos supuestos.

En el marco de este debate, y en relación con las infracciones de propiedad intelectual cometidas por usuarios de prestadores de servicios de la sociedad de la información, es donde aparece el concepto de público nuevo del que nos ocupamos seguidamente.

## **2. La responsabilidad de los intermediarios por infracciones de propiedad intelectual. El enlace como acto de comunicación pública y el concepto de público nuevo**

### **2.1. Principales antecedentes judiciales sobre la responsabilidad de prestadores de servicios de intermediación y la consideración del enlace como acto de comunicación pública**

La industria del entretenimiento ha pretendido, de una forma numantina desde hace tiempo, que prácticamente cualquier enlace a una obra se considere por sí mismo un acto de comunicación pública. En el blog del profesor Miquel Peguera<sup>7</sup>, hay una exhaustiva recopilación de casos españoles sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios, donde hay muchos relativos a la propiedad intelectual y particularmente en relación con las denominadas páginas de enlace.

En España, la doctrina jurisprudencial mayoritaria se sitúa en contra de estas tesis, como muestra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal Nº 27 de Madrid, de fecha 27 de abril de 2015, confirmada por la Audiencia Provincial en el caso nuncamas.org<sup>8</sup>. En esta, citando numerosos precedentes judiciales, se indica que considerar los enlaces de la página como un acto de comunicación pública:

*"Supone una interpretación forzada y expansiva del concepto jurídico de comunicación pública definido en la Ley de Propiedad Intelectual... En esas resoluciones se ha venido estableciendo que los enlaces de Internet no constituyen en España comunicación pública..."*

Igualmente, por citar la más reciente jurisprudencia menor, podemos hacer mención al Auto de la Audiencia Provincial de Girona, de fecha 5 de junio de 2015 (caso descargadirecta.com) que, citando numerosos precedentes, se sitúa en la línea comentada. A esta responde, igualmente, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 7 de julio de 2011 (caso indice-web.com) o la Sentencia 11/2014, de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de enero de 2014 (caso Tele 5 v. YouTube), entre otras que por razones de espacio no analizamos, remitiéndonos al blog reseñado, dado que es una excelente fuente de información para quien desee ampliar información.

### **2.2. El concepto de público nuevo introducido por la jurisprudencia europea**

La jurisprudencia de la Unión Europea en estas materias es muy casuística, por lo que muchas veces no se puede aplicar su doctrina a otros casos, máxime teniendo en cuenta que estas sentencias son complicadas de interpretar en muchas ocasiones, como sucede en los casos que analizaremos seguidamente. Los que se dedican a la comercialización de los derechos de propiedad intelectual arguyen a favor de sus tesis (que todo enlace supone un acto de comunicación pública) la supuesta doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que dimana de los casos que analizamos y que introducen el controvertido concepto de "público nuevo".

En síntesis, se sostiene dos premisas al respecto:

1. Que siempre que haya público nuevo, el enlace ha de considerarse un acto de comunicación pública.
2. Que hay público nuevo siempre que el contenido enlazado no se corresponda con la divulgación original del titular de los derechos, es decir, que el único supuesto de "no público nuevo" es el aludido (enlace que se corresponde con la divulgación original del titular de los derechos, que es el supuesto concreto del caso Svensson).

Para llegar a esta conclusión consciente, se utilizan los elementos fácticos considerados en dichos casos (divulgación previa por medios análogos por parte de los titulares de derechos), como el único supuesto en que un enlace no sería considerado comunicación pública, de forma que si no estamos ante él, sí habría público nuevo y, por tanto, comunicación pública. Lo cierto es que, como indica Javier Prenafeta<sup>9</sup> al analizar este caso, "el criterio del Tribunal de Justicia debe aceptarse en relación a lo que estrictamente dice, y no necesariamente puede aplicarse a otras situaciones".

<sup>7</sup> Miguel Peguera, "Responsabilidad en Internet". 4 de marzo de 2017. <https://responsabilidadinternet.wordpress.com/> (último acceso: 2017).

<sup>8</sup> Javier Maestre, "Maestre Abogados", 2 de junio de 2015. <http://www.maestrebogados.com/sentencia-absolucion-web-enlaces-nuncamas/> (último acceso: 2017).

<sup>9</sup> Javier Prenafeta, "Javier Prenafeta." 14 de febrero de 2014. <http://www.jprenafeta.com/2014/02/14/es-enlazar-siempre-un-acto-de-comunicacion-publica/> (último acceso: 2017).

### 2.2.1 El caso Svensson. Sentencia de 13 de febrero de 2014, asunto C-466/2012

Este caso enfrentaba, de un lado, a los autores de unos artículos de prensa que se publicaron en Internet con su consentimiento y, de otro, a los responsables de una página que enlazaba dichos artículos, discutiéndose principalmente si el usuario se daba cuenta de la redirección.

Dado que dichos trabajos habían sido publicados inicialmente con el consentimiento de sus autores, el Tribunal consideró que, en estas circunstancias (Considerando 27): "Cuando el conjunto de los usuarios de otra página [que enlaza] pueden acceder directamente a las obras en la página en la que fueron comunicadas inicialmente, sin intervención del gestor de la otra página, debe estimarse que éstos usuarios son destinatarios potenciales de la comunicación inicial, y forman parte del público tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando éstos autorizaron la comunicación inicial", por lo que (Considerando 25): "una puesta a disposición mediante un enlace no conduce a comunicar dichas obras a un público nuevo."

Se sostiene así, por parte de la industria, que cuando no estamos en este particular supuesto, es decir, cuando el enlace dirige a un sitio distinto al autorizado originalmente por el autor, siempre estaríamos ante el supuesto de público nuevo. Empero, esto no es lo que indica la sentencia, desde luego no en su parte dispositiva.

En síntesis, el fallo del Tribunal Europeo establece que "no constituye un acto de comunicación al público [...] la presentación en una página de Internet de enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras que pueden consultarse libremente en otra página de Internet." Si se observa el pronunciamiento completo, se comprende perfectamente que el resultado que arroja esta sentencia es precisamente el contrario al pretendido por la industria del entretenimiento:

*"1) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que no constituye un acto de comunicación al público, a efectos de dicha disposición, la presentación en una página de Internet de enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras que pueden consultarse libremente en otra página de Internet."*

*"2) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro pueda proteger más ampliamente a los titulares de derechos de autor estableciendo que el concepto de comunicación al público incluya más actos que los previstos en dicha disposición."*

### 2.2.2 El caso BestWater

Esta doctrina ha sido seguida en el caso BestWater (asunto C-348/13), que no altera estos planteamientos.

Este caso enfrentaba a una compañía, BestWater, que produjo un vídeo de dos minutos sobre la contaminación del agua, con unos agentes de venta en cuyas páginas habían enlazado a dicho vídeo alojado en YouTube. El video se publicó originalmente por BestWater en su página web y también estaba disponible en YouTube, si bien BestWater sostenía que se había subido a YouTube sin su consentimiento.

Por tanto, el caso guarda parecido con el anterior, en el sentido de que el titular de los derechos había hecho público el vídeo sin restricciones, pero diferente, en parte, porque aquí lo que se cuestiona es la licitud de un enlace a un sitio donde no se efectuó la publicación original, es decir, en un sitio o ámbito que el titular no había autorizado expresamente.

El Tribunal entiende que tampoco nos encontramos ante la figura de público nuevo, siendo la parte dispositiva es del siguiente tenor:

*"El mero hecho de que una obra protegida, libremente disponible en un sitio de Internet, se inserte en otro sitio de Internet mediante un enlace utilizando la técnica de «transclusión» («framing»), tal como la utilizada en el litigio principal, no puede calificarse de «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, en la medida en que la obra de que se trata no se transmite a un público nuevo, ni se comunica siguiendo un modo técnico particular, diferente del de la comunicación original."*

En consecuencia, no hay público nuevo si el enlace es a la publicación original autorizada, pero tampoco si el enlace es a una obra que ya ha sido puesta a disposición del público por su titular aunque lo haya hecho en otro sitio; pues (Considerando 18), cuando los titulares de los derechos de autor autorizan la comunicación, estos han incluido la totalidad de Internet como públicos, puesto que la obra en cuestión

(Considerando 19) no se transmite a un nuevo público ni se comunica con arreglo a un modo de técnica específica diferente de la comunicación original.

Con estos antecedentes, hay quien defiende que siempre que si el titular de los derechos no ha autorizado la publicación de una obra, cualquier enlace a la misma supone la existencia de público nuevo y, por tanto, de comunicación pública. Por momentos, esta confusión parece impregnar también la Circular 8/2015 de la Fiscalía española cuando indica que el TJUE pone “el acento en la necesidad de que la difusión se dirija a un público nuevo para considerarla comunicación pública, entendiendo que no hay tal cuando se incorpora a una página web un video protegido por derechos de autor que ya había sido publicado sin limitación alguna en el canal YouTube, porque ni se difunde a un público nuevo ni se divulga por medios técnicos específicamente diferentes.”

Y concluye la Circular de una forma imprecisa al decir que, “en consecuencia, a sensu contrario, ha de entenderse que habrá comunicación pública cuando la obra se ponga a disposición de un público nuevo y distinto al que inicialmente iba dirigida”.

Sin embargo, esa interpretación “sui generis” y “a sensu contrario” no es la que se desprende del texto de la sentencia mencionada, ni, desde luego, la que debe corresponderse con la estricta hermenéutica del ámbito penal. De un lado, la inexistencia de público nuevo impide que pueda considerarse comunicación pública al enlace, pero ello no quiere decir que, de forma automática, cuando haya público nuevo (cualquiera que sea el concepto), nos encontremos ante un acto de comunicación pública ni que el único supuesto de “público no nuevo” sea solamente cuando la obra se ha publicado de forma abierta con la autorización del titular.

Esta circunstancia ya fue puesta de manifiesto en la primera Sentencia del caso Youkioske<sup>10</sup> dictada por el Tribunal Supremo, de fecha 27 de octubre de 2015, al establecer claramente lo siguiente:

“[...] Los enlaces, aunque sean actos de puesta a disposición, no son actos de «comunicación pública» en el sentido de la Directiva 2001/29/CE que requieran la autorización de los titulares de derechos, salvo que se dirijan a un público nuevo... No existe un público nuevo, por ejemplo, cuando los titulares de derechos sobre la obra enlazada habían autorizado que la obra fuera libremente accesible para todos los “internautas”.”

El Tribunal Supremo español abordó así por primera vez el concepto de “público nuevo”, sosteniendo una configuración abierta de este concepto, de forma que, por ejemplo, no hay público nuevo si en enlace es a una emisión autorizada por el titular de los derechos, algo obvio, pero no únicamente en dicho supuesto, que es utilizado como “ejemplo”, por lo que cabe entender que puede haber más “ejemplos”.

### 2.2.3 El caso Gs Media

El TJUE tenía ocasión de arrojar algo más de luz al respecto con ocasión del asunto GS Media BV (C-160/15).

En este caso, Sanoma es una empresa que tenía los derechos de propiedad intelectual de una serie de fotografías. En la página de GS Media se publicó un enlace a un archivo, alojado en Filefactory, que contenía fotografías sobre las que Sanoma ostentaba los derechos.

Sanoma pidió en varias ocasiones a Gs Media la retirada de dicho enlace y a Filefactory que suprimiera el archivo. Filefactory hizo caso y retiró el archivo, pero Gs Media desatendió esos requerimientos y publicó artículos con enlaces a las fotos.

Este caso, por tanto, difiere de los anteriores en que la publicación original no se hace con el consentimiento de los titulares, siendo de destacar que Gs Media no atendió los requerimientos que le efectuaron y que, según se desprende de la sentencia, algunos de los enlaces era “colocados” directamente por ella y no por sus usuarios, por lo que no actuaría en ese caso en calidad de intermediario.

En relación con la polémica del público nuevo, hay una mención que resulta interesante y es la referencia que hace al Abogado General en los Considerandos 57 y siguientes al requisito de la “indispensabilidad” de la actuación del prestador de los servicios para el acceso a la obra. En síntesis, la idea es que el enlace, por sí mismo, no es comunicación pública salvo que la intervención de la persona que coloca el enlace a la obra sea indispensable o ineludible para acceder a la misma. En concreto, el Abogado General indica, basándose en el precedente del caso Football Association Premier League y otros (C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631), que “para apreciar la existencia de un acto de comunicación, la intervención de la persona que coloca hipervínculos debe ser indispensable o ineludible para beneficiarse de las obras o disfrutar de ellas.”

<sup>10</sup> Recurso de Casación, Referencia: Expediente N° 638/2015 (Madrid, Tribunal Supremo, 2015).

Por tanto, un criterio a tener cuenta para discernir si se está o no ante un público nuevo, al margen de que el titular haya autorizado o no la divulgación original, podría residir en analizar la “indispensabilidad” para el acceso a la obra de la actividad desarrollada por el enlazador.

En cualquier caso, en su parte dispositiva, la Sentencia sostiene que:

*“para dilucidar si el hecho de colocar en un sitio de Internet hipervínculos que remiten a obras protegidas, disponibles libremente en otro sitio de Internet sin la autorización del titular de los derechos de autor, constituye una «comunicación al público» en el sentido de la citada disposición, es preciso determinar si dichos vínculos son proporcionados sin ánimo de lucro por una persona que no conocía o no podía conocer razonablemente el carácter ilegal de la publicación de esas obras en este otro sitio de Internet o si, por el contrario, los vínculos se proporcionan con ánimo de lucro, supuesto en el que debe presumirse tal conocimiento”.*

Como conclusiones podemos comentar, en primer lugar, que se mantiene la necesidad de que haya un público nuevo para considerar que un enlace podría suponer un acto de comunicación al público. Sin embargo, el Tribunal no entra a detallar las categorías que pueden encuadrarse en el concepto jurídico indeterminado introducido desde el TJUE que deberá irse concretando en posteriores entregas.

Por otro lado, la sentencia del TJUE habla de la eventual responsabilidad de quien “coloca” el enlace, que en este caso era el propio titular de la página, por lo que cabe entender que si el enlace es “colocado” por una persona diferente al titular de la página (un usuario de la misma, por ejemplo), no estaríamos en el supuesto comentado.

Y en relación con la responsabilidad de quien “coloca” el enlace, el Tribunal diferencia entre si esa colocación se hace con ánimo de lucro o sin él. En el primer caso, no será responsable el “colocador” del enlace si este “no conocía o no podía conocer razonablemente el carácter ilegal de la publicación”. Y esta referencia al conocimiento de la infracción nos lleva a la necesidad de aplicar los criterios de exoneración de responsabilidad derivada de la LSSICE y la Directiva de Comercio Electrónico y prohibición de deberes de supervisión. De hecho, el TJUE hace alusión a la necesidad de aplicar esta normativa cuando sostiene que hay conocimiento de la infracción, (parr. 49) indicando “por ejemplo, al haber sido advertida de ello por los titulares de los derechos de autor.”

En el segundo caso, cuando quien proporciona el enlace actúa “con ánimo de lucro”, el Tribunal impone una presunción de conocimiento efectivo sobre la ilicitud de la obra enlazada. Hemos de entender que dicho ánimo de lucro ha de estar vinculado con la acción de proporcionar el enlace, si bien esta es una cuestión que seguramente requerirá un pronunciamiento posterior del Tribunal. Por otro lado, entendemos que esa presunción *iuris tantum* es de una dudosa viabilidad en nuestro sistema jurídico y todo apunta a que precisará de una mayor concreción por parte del TJUE.

Por tanto, no son pocas las cuestiones que deja en el aire, o al menos con escasa concreción.

#### 2.2.4 *El caso Stitching. Asunto C-610/15 STICHTING BREIN CONTRA ZIGGO BV, XS4ALL INTERNET BV*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea podrá ir avanzando en estas cuestiones con ocasión del caso Stitching, en el que ya se han presentado las conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, con fecha 8 de febrero de 2017, donde se ponen de manifiesto las diferencias con los casos anteriores, dado que “estos asuntos tenían por objeto la comunicación secundaria de obras ya accesibles a través de Internet por una persona que era ella misma productora del contenido en línea, mientras que el presente asunto se refiere a la comunicación originaria, realizada en el marco de una red entre pares (peer-to-peer)”.

En concreto, se enfrentan Ziggo BV y XS4ALL, los dos mayores proveedores de acceso a Internet del mercado neerlandés y TPB, un motor de intercambio de ficheros *peer-to-peer* que indexa y clasifica metainformación sobre ficheros contenidos en los ordenadores de usuarios que comparten dichos ficheros.

En el asunto se han sometido a valoración del Tribunal las siguientes cuestiones:

“1) ¿Existe comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva sobre derechos de autor 1 por parte de un gestor de un sitio de Internet si en dicho sitio de Internet no se encuentran obras protegidas, pero existe un sistema en virtud del cual se indexa y clasifica metainformación sobre obras protegidas contenidas en los ordenadores de los usuarios, de suerte que los usuarios pueden localizar las obras protegidas a través de dicha metainformación y pueden cargar y descargar tales obras?”

2) *En caso de respuesta negativa a la cuestión 1: ¿Ofrecen margen los artículos 8, apartado 3, de la Directiva sobre derechos de autor 2 y el artículo 11 de la Directiva relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual para*

*que se dicte una orden dirigida a un intermediario en el sentido de las citadas disposiciones, si tal intermediario facilita infracciones de terceros del modo expuesto en la cuestión 1?*

En las conclusiones publicadas, el Abogado General parece alinearse con las tesis que sostienen un concepto amplio de comunicación pública, observándose afirmaciones como las siguientes:

*"(42) Si la comunicación se ha realizado a través de un medio técnico diferente al utilizado en la comunicación inicial, siempre existe una comunicación al público en el sentido del artículo 3 de la Directiva 2001/29..."*

*"(47) Se cumple el criterio de "público nuevo" siempre que el contenido, se comparta en un medio diferente al intencionada por el autor."*

En cualquier caso, el Abogado General, siguiendo los supuestos de exoneración de responsabilidad que hemos comentado, acaba sosteniendo, para apreciar la existencia de comunicación pública, la necesidad de que haya conocimiento por parte del prestador de servicios de la ilicitud de los enlaces y de que, ante este conocimiento, no actúe para impedir el acceso a la obra. En concreto en estos términos:

*"El hecho de que el operador de un sitio de Internet permita encontrar ficheros que contienen obras protegidas por derechos de autor que se ofrecen para su intercambio en una red peer-to-peer, al indexarlos y proporcionar un motor de búsqueda, constituye una comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, si dicho operador tenía conocimiento de que una obra había sido puesta a disposición en la red sin el consentimiento de los titulares de los derechos de autor y no actuó para impedir el acceso a dicha obra."*

Finalmente, El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado Sentencia en el asunto C-610/15 Stichting Brein, que se pronuncia sobre la eventual legalidad de la plataforma conocida como "The Pirate Bay" (TPB), nombre con el que también se identifica este caso.

El litigio original holandés enfrentaba a Stichting Brein, una entidad de gestión de derechos de autor, con dos proveedores holandeses de acceso a Internet (Ziggo BV y XS4ALL Internet BV), a los que se les reclamaba que bloquearan los nombres de dominio y las direcciones IP de la plataforma "The Pirate Bay", que al parecer no es parte en el procedimiento.

El tribunal holandés plantea al TJUE si la actividad desarrollada por "The Pirate Bay" puede considerarse un acto de comunicación pública en los términos de la Directiva 2001/29/CE. El tribunal responde afirmativamente a esta pregunta, estimando que, en circunstancias como las del litigio principal, la puesta a disposición y la gestión en Internet de una plataforma de intercambio que, al indexar metadatos relativos a obras protegidas y proporcionar un motor de búsqueda, permite a los usuarios de esa plataforma localizar dichas obras e intercambiarlas en una red entre pares (peertopeer), debe considerarse como un acto de comunicación pública.

El Tribunal no dice que cualquier plataforma de intercambio de ficheros con motor de búsqueda dé lugar necesariamente a un acto de comunicación al público, sino que, como es habitual en la casuística doctrina del TJUE, limita esa declaración a las "circunstancias como las del litigio principal", por lo que resulta necesario analizar cuáles son esas circunstancias.

De esta forma, el TJUE recuerda el sentido amplio con que debe interpretarse el concepto de comunicación al público, así como la necesidad de efectuar una "apreciación individualizada" del caso para determinar si se produce comunicación al público.

La primera circunstancia que es destacada por el Tribunal es el "**papel ineludible**" de la iniciativa a considerar para que los usuarios accedan ilegalmente al contenido protegido, así como "**el carácter deliberado de su intervención**" que se produce "cuando interviene, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento". El papel ineludible puede apreciarse, así, cuando "si no tuviera lugar tal intervención, los clientes no podrían, o difícilmente podrían, disfrutar de la obra difundida". Al estudiar el caso, el Tribunal considera que "de no existir la puesta a disposición y la gestión de esos administradores, dichas obras no podrían ser compartidas por los usuarios o, al menos, su intercambio en Internet resultaría mucho más complejo" y que por ello, "**puede entenderse que desempeñan un papel ineludible** en la puesta a disposición de tales obras".

Este papel ineludible se basa en que The Pirate Bay **indexa los ficheros** torrents (aportados por sus clientes/usuarios), propone un **motor de búsqueda**, un **índice** que clasifica las obras y que "los administradores de la plataforma comprueban que cada obra se coloque en la categoría adecuada". Además, estos "**suprimen**

**los ficheros torrents obsoletos o erróneos y filtran de manera activa algunos contenidos.** Todas estas circunstancias son las que llevan al tribunal a concluir con que, en este caso, sí que hay un papel ineludible en las actuaciones llevadas a cabo por "The Pirate Bay".

Más adelante, aunque en un párrafo que no se ocupa del **carácter deliberado de la intervención**, se indica que "**los mismos administradores manifiestan** expresamente, en los blogs y los foros disponibles en dicha plataforma, **su objetivo de poner obras protegidas a disposición de los usuarios e incitan a éstos a realizar copias** de dichas obras."

Otro de los requisitos que impone el TJUE al concepto de "público", es "un cierto umbral de minimis, lo que lleva a excluir de dicho concepto una pluralidad de personas interesadas demasiado pequeña o incluso insignificante", de forma que "es pertinente **averiguar cuántas personas tienen acceso**" a la obra en cuestión. En este sentido el Tribunal constata que "se desprende que una parte importante de los abonados de Ziggo y de XS4ALL ha descargado ficheros multimedia a través de la plataforma de intercambio en línea TPB" y que "**los administradores TPB han informado de que en su plataforma** de intercambio en línea **existen varias decenas de millones de «pare».**"

También se destaca por el Tribunal que "una **gran parte de los ficheros torrents que figuran en la plataforma** de intercambio en línea TPB **reenvían a obras publicadas sin autorización** de los titulares de derechos", circunstancia que no podía ser ignorada por los administradores.

Adicionalmente, y aunque no se analizan expresamente estas cuestiones, establece también como requisitos que la obra protegida "debe ser comunicada con una **técnica específica, diferente de las utilizadas anteriormente**, o, en su defecto, ante un «**público nuevo**», al que define como el "que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial de su obra al público."

Esta sentencia supone un peldaño más en el tortuoso y casuístico camino que está siguiendo en Europa la definición del concepto de comunicación pública y, en consecuencia, de las conductas que suponen una infracción de propiedad intelectual. En este caso parece que las claves que han hecho que la balanza se incline del lado de la industria que explota los derechos de propiedad intelectual radican, fundamentalmente, en el **papel ineludible** para la infracción (cometida por los usuarios) que supone la actividad de TPB y en la **incitación para cometer esas infracciones**.

#### 2.2.5 Reflexiones finales

Como podemos observar, hay una gran incertidumbre sobre las condiciones en que puede hacerse responsable a un prestador de los servicios de la sociedad de la información por las infracciones que, usando los servicios que ofrece, cometan sus usuarios. Se observan dos posiciones en los extremos del debate: la industria del entretenimiento, que pretende expandir el concepto de comunicación pública para integrar en él cualquier tipo de enlace; y, en el otro extremo, quienes del lado de los prestadores de servicios de la sociedad de la información defienden una concepción estricta de la comunicación pública, considerando que nunca el enlace puede constituir un acto de comunicación pública de la obra enlazada.

Estos intereses y visiones contrapuestas están dando lugar a numerosos litigios con resultados en muchas ocasiones dispares y donde una casuística jurisprudencia está intentando arrojar luz para un adecuado equilibrio entre los intereses y derechos en juego.

Sería preferible que, en vez de impulsar esta creciente litigiosidad, la industria del entretenimiento explorara las opciones que ya indicaba la Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico, en relación con la implantación de mecanismos, que permitan retirar información ilícita elaborados con base en acuerdos voluntarios negociados entre todas las partes implicadas.

Esa es, por lo demás, la línea que marca el proyecto de Directiva de Derechos de Autor en el Mercado Único Digital<sup>11</sup>, cuyo art. 13 prevé una necesaria cooperación entre los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los titulares de derechos, para acordar medidas que tengan como fin "prevenir la disponibilidad en sus servicios de obras o prestaciones protegidas identificadas por los titulares de derechos a través de la cooperación con los proveedores de servicios." Así mismo, prevé que estas medidas, "tales como el uso de las tecnologías de reconocimiento de contenido eficaces, deben ser apropiadas y proporcionadas."

11 Documento COM(2016)593final, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0593&rid=1>

Para ello, se impone a los Estados miembros la obligación de facilitar

*“...la cooperación entre los proveedores de servicios de la sociedad de la información y los titulares de derechos a través de diálogos entre los interesados para definir las mejores prácticas, tales como las tecnologías de reconocimiento de contenido apropiadas y proporcionadas, teniendo en cuenta, entre otros, la naturaleza de los servicios, la disponibilidad de las tecnologías y su efectividad a la luz de los avances tecnológicos.”<sup>12</sup>*

### 3. Bibliografía

Cotino Hueso, Lorenzo, ed. 2011. *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. España: Serveis de Publicacions de la Universitat de Valecia.

Cremades, Javier, coord. 2002. *Régimen jurídico de Internet*. Ed. LA LEY.

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). 2000. Unión Europea: Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea.

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. 2002. España: Jefatura del Estado.

Maestre, Javier y Sánchez, Carlos. 2002. *La Ley de Internet: régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información*. España: Servidoc.

Maestre, Javier. 2015. «Maestre Abogados.» 2 de junio de 2015. <http://www.maestrebogados.com/sentencia-absolucion-web-enlaces-nuncamas/> (último acceso: 2017).

Mendoza Losasa, Ana I. 2011. *Los proveedores de acceso a Internet no deben vigilar a los internautas que intercambian archivos p2p*. Centro de Estudios de Consumo (CESCO) de la Universidad de Castilla La Mancha.

Peguera, Miguel. 2017. «Responsabilidad en Internet.» 4 de marzo de 2017. <https://responsabilidadinternet.wordpress.com/> (último acceso: 2017).

Prenafeta, Javier. 2014. «Javier Prenafeta.» 14 de febrero de 2014. <http://www.jprenafeta.com/2014/02/14/es-enlazar-siempre-un-acto-de-comunicacion-publica/> (último acceso: 2017).

Recurso de Casación, Referencia: Expediente N° 638/2015 (Madrid, Tribunal Supremo, 2015).

Roca, Meritxel. 2010. *Derechos de propiedad intelectual en España, Materiales para un debate informado*. España: Internet Interdisciplinary Institute, UOC.

12 Traducción privada no oficial del original en Inglés.