

4. Servicios de intermediación

¿Qué se entiende por servicio de intermediación?

Es un servicio por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios o el acceso a la información.

Son servicios de intermediación:

- La provisión de servicios de acceso a Internet.
- La transmisión de datos por redes de telecomunicaciones.
- La realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios.
- El alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros.
- La provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet³².

²⁶Art. 21 LSSICE.

²⁷Art. 38.3 LSSICE.

²⁸Arts. 21 y 22 LSSICE.

²⁹Art. 38.3 LSSICE.

³⁰Art. 39 LSSICE.

³¹Art. 43 LSSICE.

³²LSSICE, Anexo de definiciones.

¿Qué obligaciones específicas tienen los prestadores de servicios de intermediación?

Fundamentalmente, tienen el *deber de colaboración* con las autoridades. Cuando un órgano competente ordene que se interrumpa la prestación de un servicio o la retirada de determinados contenidos, y para ello sea necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, dicho órgano podrá ordenar a los citados prestadores que suspendan el correspondiente servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio o de los contenidos³³.

¿Y alguna más?

Además, tienen el deber de informar a sus clientes sobre los diferentes medios técnicos que aumenten los niveles de seguridad de la información (anti-virus, anti-programas espía, filtros de correo); los aplicados por ellos; las herramientas existentes para el filtrado y restricción de acceso a determinados contenidos y servicios; y las posibles responsabilidades en que los usuarios pueden incurrir por el uso de internet con fines ilícitos. La información se proporcionará de forma fácil, segura y gratuita, por ejemplo incluyéndola en la página web del prestador³⁴.

Los operadores de redes y proveedores de acceso, ¿tienen alguna responsabilidad sobre los contenidos que transmiten?

Estos prestadores no serán responsables por la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos³⁵.

Los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, ¿tienen alguna responsabilidad sobre los contenidos que almacenan?

Estos prestadores no serán responsables por la información almacenada, siempre que:

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

—Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos³⁶.

Los prestadores que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, ¿tienen alguna responsabilidad sobre los contenidos enlazados o encontrados?

No serán responsables por la información enlazada o encontrada, siempre que se cumplan condiciones análogas a las anteriores (falta de conocimiento efectivo o actuación diligente)³⁷.

¿Qué se entiende aquí por conocimiento efectivo?

Según la LSSICE, se entenderá que el prestador tiene conocimiento efectivo cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado

³³ Art. 11.1 LSSICE.

³⁴ Art. 12bis LSSICE.

³⁵ Art. 14 LSSICE.

³⁶ Art. 16 LSSICE.

³⁷ Art. 17 LSSICE.

la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse³⁸.

¿Se ha establecido algún otro medio de conocimiento efectivo?

No por ley. Pero los tribunales han declarado que puede haber otros medios además de la resolución de un órgano competente.

En general, el conocimiento efectivo puede adquirirse de cualquier forma. Por ejemplo, el prestador puede descubrir la existencia de una actividad o información ilícitas como consecuencia de una investigación realizada por su propia iniciativa. Más frecuente será el caso de que la existencia de este tipo de actividad o información le sea notificada por el perjudicado; aunque ello no determina automáticamente la existencia de conocimiento efectivo, ya que la notificación puede resultar excesivamente imprecisa o no encontrarse suficientemente fundamentada³⁹.

En general, los tribunales españoles han interpretado que hay “conocimiento efectivo” de la ilicitud del contenido cuando este conocimiento sea posible “por inferencias lógicas al alcance de cualquiera”⁴⁰.

¿Pero está obligado el prestador a supervisar los datos que transmite o almacena?

En general, no. La Directiva de la UE establece que 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 ilícitas⁴¹.

En este sentido, el TJUE ha declarado contrario al Derecho de la Unión el requerimiento dirigido a un prestador de servicios de alojamiento para establecer un sistema de filtrado de la información almacenada en sus servidores por sus usuario, que se aplique indistintamente con respecto a toda su clientela, con carácter preventivo, exclusivamente a sus expensas, y sin limitación en el tiempo⁴².

Entonces, ¿una empresa como Facebook o Youtube no es responsable de lo que sus usuarios carguen?

A fecha de hoy, solo son responsables en los términos expuestos más arriba. Pero la situación cambió en 2019 tras la aprobación de la Directiva europea sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital⁴³. Cuando esta directiva se trasponga a la legislación española, su régimen de responsabilidad será mucho más estricto.

¿Y qué dice esta directiva?

³⁸Art. 16 LSSICE.

³⁹Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2011 en el caso “L’Oréal”.

⁴⁰Sentencias del Tribunal Supremo 773/2009 de 9 diciembre en el caso “putasgae” y 72/2011 de 10/02/2011 en el caso “Ramoncín”.

⁴¹Art. 15 de la Directiva 2000/31/CE.

⁴²Sentencia TJUE en el caso SABAM contra Netlog, de 16 de febrero de 2012.

⁴³Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital.

Primeramente introduce el concepto de «prestador de servicios para compartir contenidos en línea», que es un prestador de un servicio de la sociedad de la información cuyo fin principal o uno de cuyos fines principales es almacenar y dar al público acceso a una gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas *cargadas por sus usuarios*, que el servicio organiza y promociona *con fines lucrativos*⁴⁴.

La directiva establece que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea realizan un acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público cuando ofrecen al público el acceso a obras protegidas por derechos de autor que hayan sido cargadas por sus usuarios⁴⁵. Para estos prestadores se establece un conjunto de deberes⁴⁶: intentar obtener una autorización de los titulares de derechos sobre las obras compartidas; esforzarse en garantizar la indisponibilidad de obras respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria; y hacer los mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro obras protegidas (*filtrado previo*).

Si no cumplen estas obligaciones, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea son responsables por los actos de comunicación pública realizados por sus usuarios.

Tengo un sitio web donde los internautas pueden dejar comentarios. ¿Soy responsable de lo que escriban?

La cuestión no tiene una respuesta sencilla. En cualquier caso, lo más recomendable es:

— en caso de recibir la queja o reclamación de algún interesado, retirar los comentarios con la mayor diligencia.

—aún más, si resultan claramente injuriosos y son detectados por el titular del sitio web, retirarlos por propia iniciativa.

5. Propiedad intelectual e Internet

Por el hecho de publicar un contenido en la web, ¿se extinguen los derechos de autor sobre ese contenido?

Rotundamente no. Siguen rigiendo las mismas normas aplicables a los derechos de autor. En particular, sin permiso del titular, no está permitida la reproducción o transformación del contenido.

Ello también es aplicable a la reproducción del contenido en otra página web distinta de la original. Como declara el TJUE, “el concepto de «comunicación al público» [...] debe interpretarse en el sentido de que comprende la puesta en línea en un sitio de Internet de una fotografía publicada previamente [...] en otro sitio de Internet⁴⁷”.

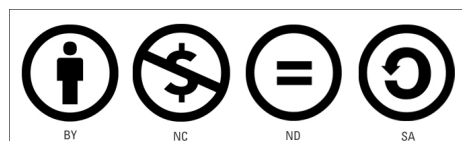
Cuando, sin la debida licencia, publico en la web un texto o fotografía sujeta a copyright, ¿estoy infringiéndolo?

⁴⁴ Art. 2 Directiva (UE) 2019/790.

⁴⁵ Art. 17.1 Directiva (UE) 2019/790.

⁴⁶ Este conjunto resulta algo complicado y confuso, al menos para el autor de estos apuntes.

⁴⁷ STJUE de 7 de agosto de 2018, caso “Córdoba”.

Figura 1: Licencias *Creative Commons*

En general, sí. No existe un “derecho a reproducir o comunicar públicamente en la web”; en este sentido, publicar en la web no es distinto a publicar en papel o en otro medio.

¿Qué son las licencias Creative Commons⁴⁸ ?

Son una forma simple y estandarizada para que el creador de una obra conceda permisos para usarla de diversas maneras: copia, distribución, transformación, . . . La más amplia licencia es la que obliga solo a reconocer la autoría de la obra (BY), pudiendo usarla sin ninguna otra restricción. Otras licencias más restrictivas

- obligan a que la obra derivada sea también licenciada bajo *Creative Commons* (SA) (algo así como el *copyleft*)
- o bien prohíben la transformación de la obra (ND)
- o bien prohíben su uso comercial (NC).

Unos bonitos iconos (Fig. 1) indican junto al contenido qué tipo de licencia se está concediendo .

El diseño de una página o sitio web, ¿está protegido por el derecho de autor?

En general, sí. El diseño de la interface, de sus colores, de sus gráficos, animaciones e imágenes, de su organización interna y accesibilidad es una labor creativa que está protegida por la LPI y es susceptible de registro⁴⁹ .

Al navegar por la Web mi ordenador realiza operaciones (como el caching) en las que se copian ciertos contenidos. ¿Esto vulnera algún derecho de autor?

No. No requieren autorización del autor los actos de reproducción provisional que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el autor o por la ley⁵⁰.

Para poner en una página web un enlace a otra URL, ¿tengo que pedir autorización?

No necesariamente. Es una conducta lícita, *siempre que el contenido enlazado sea lícito y libremente accesible*. No constituye un acto de comunicación pública

⁴⁸https://creativecommons.org/licenses/?lang=es_ES

⁴⁹S AP Barcelona 28/11/2007; Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual art. 14.o.

⁵⁰Art. 31.1 de la Ley de Propiedad Intelectual.

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 Internet⁵¹. Lo mismo puede decirse para el *framing*⁵².

¿Y si enlace a contenido ilícito o no accesible libremente?

Hay que tener en cuenta varios factores. En el caso de los derechos de autor, si los enlaces se proporcionan sin ánimo de lucro por una persona que no conocía o no podía conocer razonablemente el carácter ilegal de la publicación de este contenido en otro sitio, no puede estimarse que se infrinjan los derechos de autor. Por el contrario, si conocía su carácter ilegal, se produce una infracción. Además, se presume que lo conocía si los enlaces se proporcionan con ánimo de lucro⁵³.

El usuario que emplea páginas de enlaces o redes p2p para acceder a contenidos protegidos por derechos de autor, ¿puede ser castigado en vía penal?

Normalmente, no. El Código Penal, en su actual redacción, exige además que haya beneficio económico directo o indirecto y perjuicio de tercero⁵⁴. La Fiscalía del Estado interpreta que “la respuesta penal solo tendrá lugar cuando la acción se realice a través de una conducta cuyo fin sea la explotación de obras y prestaciones en orden a obtener beneficios económicos, sea de manera directa o indirecta; es decir, cuando el sujeto actúe con ánimo de lucro comercial, entendido como intención de obtener un rendimiento económico, ganancia o ingreso. En definitiva, el beneficio podrá obtenerse de manera directa o indirecta, pero siempre se referirá a una ganancia o ventaja distinta del mero ahorro del precio por el disfrute de la obra o prestación, y obtenida a escala comercial, esto es, mediante una actividad orientada a esta finalidad... el mero aprovechamiento del acceso a un contenido protegido, eludiendo el abono de la contraprestación exigible, quedará al margen de los tipos penales.”⁵⁵.

¿Y como responsable civil, el usuario puede ser condenado a indemnizar al titular de los derechos?

Sí, pues ha infringido sus derechos de explotación. Pero desde el punto de vista práctico el problema para el titular es probar que se ha producido la infracción: para ello tiene que acceder al ordenador o al registro de navegación del usuario.⁵⁶

¿Y el prestador de servicios que proporciona estas páginas o servidores es responsable?

Como hemos visto, la LSSICE establece cierta responsabilidad del prestador ante las conductas ilícitas que se realicen a través de los servicios que proporciona. Pero para ello se exige “conocimiento efectivo” de dichas conductas. Por

⁵¹STJUE en el caso Svensson, de 13 de febrero de 2014.

⁵²Auto TJUE en el caso BestWaters, de 21 de octubre de 2014.

⁵³STJUE en el caso GS Media, de 8 de septiembre de 2016.

⁵⁴Art. 270 del Código Penal.

⁵⁵Circular 8/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015.

⁵⁶Esta es una cuestión candente. Recomendamos al lector interesado buscar en la red “David Bravo” “Dallas Buyers Club”.

ello los tribunales españoles desestimaban frecuentemente (pero no siempre) las acciones penales así planteadas.

Para evitar estas absoluciones penales, actualmente en el Código Penal se tipifican específicamente ciertos delitos relativos a las páginas de enlaces y análogas. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la información, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios⁵⁷.

Además de acudir a la vía penal, ¿qué pueden hacer los titulares de derechos de autor presuntamente vulnerados por estas páginas y redes?

Desde 2011 tienen a su disposición una vía administrativa sumaria⁵⁸. Un órgano administrativo especialmente constituido para esta función (la sección segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura) podrá ordenar que se interrumpa la prestación de un servicio que vulnere derechos de propiedad intelectual o retirar los contenidos que los vulneren.

Antes de proceder a la adopción de estas medidas, el prestador será requerido a fin de que en un plazo no superior a las 48 horas proceda a la retirada voluntaria de los contenidos o realice las alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas.

Y el ingeniero que desarrolla o instala programas y sistemas que permiten el p2p y demás formas de acceso a archivos, ¿tiene alguna responsabilidad?

“La posibilidad de imputar responsabilidad por infracción indirecta de la propiedad intelectual en el marco legal español es materia controvertida en la doctrina jurídica, siendo en ella la postura que puede considerarse prevalente la que considera que la contribución a la infracción no sería fuente de imputación de responsabilidad porque el tercero contribuyente (el creador y comercializador del programa informático preciso para hacer operativa una red P2P) no estaría incurriendo como tal en ningún comportamiento legalmente tipificado en nuestro ordenamiento como infractor contra el derecho de autor”⁵⁹. En principio, no son pertinentes para el derecho español o comunitario los posibles precedentes de condena de conductas similares en los tribunales de EE.UU.⁶⁰, basados en los conceptos de “contributory liability” o “vicarious liability”.

⁵⁷Art. 270.2 del Código Penal.

⁵⁸Arts. 158 y 158ter de la LPI.

⁵⁹Sentencia de la AP Madrid de 31/03/2014.

⁶⁰Por ejemplo, los célebres casos “Napster”, “Betamax” o “Grokster”

6. Nombres de dominio

¿Qué es un nombre de dominio?

Un nombre de dominio es un identificador alfanumérico que sirve para referirse a las direcciones IP de una forma cómoda y fácil de recordar. Acaban siempre en *.A* donde *A* es una cadena de dos o más caracteres alfabéticos denominada *dominio de nivel superior* (TLD). Los *ccTLD* (*country-code TLD*) identifican geográficamente el dominio, indicando el país al que pertenece (u entidades análogas, como *.eu* para la Unión Europea). Los *gTLD* (*generic TLD*) identifican el tipo de organización a la que está asignado el dominio. También existen TLD comerciales “de fantasía”, como *.biz*, *.movie*, *.porn*,...

A la izquierda del TLD se especifican los dominios de segundo nivel, tercer nivel, etc. Por ejemplo, *uma.es* es un nombre de dominio con TLD *.es* y dominio de segundo nivel *uma*.

¿Quién asigna los nombres de dominio correspondientes al ccTLD de España (.es)?

La entidad pública empresarial *Red.es*⁶¹, siguiendo los criterios y procedimientos reglamentarios⁶².

¿Qué criterios se siguen?

Los nombres de dominio de segundo nivel se asignarán atendiendo a un criterio de prioridad temporal en la solicitud. No podrán ser objeto de solicitud nombres de dominio que ya hayan sido previamente asignados.

Podrán solicitar la asignación de un nombre de dominio de segundo nivel las personas físicas o jurídicas y las entidades sin personalidad que tengan intereses o mantengan vínculos con España⁶³.

Estos nombres de dominio se asignarán sin comprobación previa, salvo en lo relativo a las normas de sintaxis, la lista de términos prohibidos y las limitaciones específicas y las listas de nombres de dominio prohibidos o reservados.

¿Cuáles son estas limitaciones y prohibiciones?

No podrán asignarse nombres de dominio de segundo nivel que coincidan con nombres generalmente conocidos de términos de Internet cuyo uso pueda generar confusión.

Podrá determinarse una lista de nombres de dominio de segundo nivel relativos a denominaciones de instituciones del Estado y de organizaciones internacionales y de topónimos que coincidan con la denominación oficial de Administraciones públicas territoriales. Estos nombres no podrán ser objeto de asignación libre.

Entonces, ¿puedo solicitar un nombre de dominio que no esté relacionado con mi nombre o el nombre de mi empresa?

⁶¹<http://www.red.es/>

⁶²Orden ITC/1542/2005, de 19 de mayo, que aprueba el Plan Nacional de nombres de dominio de Internet bajo el código de país correspondiente a España *.es*.

⁶³Red.es recomienda encarecidamente que la solicitud se tramite a través de un Agente Registrador acreditado. El registro directo únicamente se ofrece para situaciones muy concretas que no requieran intermediarios por circunstancias especiales. El registro directo supone un precio elevado regulado por instrucción interna.

Sí.

¿Se pueden transmitir los nombres de dominio?

El derecho a la utilización de un nombre de dominio podrá ser transmitido voluntariamente.

En los casos de sucesión universal “inter vivos” (p. ej., absorción de empresas) o “mortis causa” (herencia) y en los de cesión de la marca o nombre comercial al que estuviera asociado el nombre de dominio, el sucesor o cesionario podrá seguir utilizando dicho nombre, siempre que solicite la modificación de los datos de registro del nombre de dominio.

¿Qué puedo hacer si un nombre de dominio que estimo que me corresponde ha sido ya registrado?

Debo acudir a un sistema de resolución extrajudicial de conflictos basado en los siguientes principios:

a) Se proporcionará una protección eficaz frente al registro de nombres de carácter especulativo o abusivo⁶⁴, en especial cuando el nombre de dominio sea idéntico o similar hasta el punto de crear confusión con otro término sobre el que existan derechos previos de propiedad industrial protegidos en España, tales como los nombres comerciales, marcas protegidas, denominaciones de origen, nombres de empresas; o con las denominaciones oficiales o generalmente reconocibles de Administraciones Públicas y organismos públicos.

b) Se entenderá que existe un registro especulativo o abusivo cuando el titular del dominio haya registrado el mismo careciendo de derechos o intereses legítimos sobre el nombre de dominio en cuestión y haya sido registrado o se esté utilizando de mala fe.

c) La participación en el sistema de resolución extrajudicial de conflictos será obligatoria para el titular del nombre de dominio.

d) La autoridad de asignación podrá acreditar a proveedores de servicios de solución extrajudicial de conflictos basándose en condiciones proporcionadas, objetivas, transparentes y no discriminatorias que garanticen su cualificación y experiencia en el campo de la resolución extrajudicial de conflictos. La autoridad de asignación mantendrá en su página de Internet la relación de proveedores acreditados.

¿Y no puedo acudir a los Tribunales?

Los resultados del sistema extrajudicial de resolución de conflictos serán vinculantes para las partes y para la autoridad de asignación. Pero pueden iniciarse procedimientos judiciales en el plazo de treinta días naturales a partir de su notificación a las partes.

¿Y qué puedo pedir ante la Jurisdicción ordinaria?

La legislación española no prevé explícitamente la reivindicación de los nombres de dominio, por lo cual los Tribunales suelen estimar que no tienen apoyo legal declarar el cambio de su titularidad. Por otra parte, salvo en el caso de los dominios **.es**, es muy dudoso que los Tribunales españoles sean competentes para entender en esta cuestión⁶⁵.

⁶⁴El llamado *cybersquatting* o “ciberocupación”.

⁶⁵Pero todo es posible: por ejemplo, un juzgado y la Audiencia de A Coruña (sentencia de 10/11/2014) ordenaron al ICANN cancelar un nombre de dominio.

¿Y entonces?

Los litigios más frecuentes se originan por la coincidencia entre un nombre de dominio y una marca. En este sentido, la Ley de Marcas⁶⁶ establece que el titular de la marca registrada podrá prohibir que los terceros usen un signo idéntico o semejante en redes de comunicación telemáticas y como nombre de dominio cuando ello implique un riesgo de confusión del público.

O sea, que el titular de la marca puede impedir que se use un nombre de dominio...

En efecto. Y también puede solicitar una compensación económica de quien lo haya usado causando confusión.

Internet tiene ámbito mundial. ¿Hay alguna organización que regule los nombres de dominio globalmente en todo el mundo?

Sí, la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), constituida como organización sin ánimo de lucro bajo las leyes del Estado de California⁶⁷. Esta organización, que funciona siguiendo el principio del consenso, establece las normas generales para los *Top Level Domains* (TLD), y está especialmente involucrada en la gestión de los dominios genéricos (gTDL). La gestión de los dominios de código de país, como *.es*, se delega en autoridades locales.

La ICANN ha establecido una Política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio (UDRP), en la que se inspira la normativa española antes citada.

Entonces, si quiero un dominio .com, .biz, etc. ¿tengo que solicitarlo a la ICANN?

No. Existen Agentes Registradores acreditados que son quienes llevan a cabo todo el procedimiento.

¿Se puede saber si un nombre de dominio está ya registrado, y a favor de quién?

Sí, consultando los servicios Whois⁶⁸.

⁶⁶ Art. 34 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

⁶⁷ <https://new.icann.org>

⁶⁸ Se ha discutido recientemente si, en el caso de personas físicas, los servicios Whois pudieran vulnerar la legislación europea de protección de datos.