LOS PROVEEDORES DE ACCESO A INTERNET NO DEBEN VIGILAR A LOS INTERNAUTAS QUE INTERCAMBIAN ARCHIVOS P2P

- Ana I. Mendoza Losana-

Profesora contratada doctora de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha

Centro de Estudios de Consumo

http://www.uclm.es/centro/cesco/

Los proveedores de acceso a Internet no están obligados a establecer 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 Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) acaba de pronunciarse sobre esta cuestión en su sentencia de 24 de noviembre de 2011, asunto C-70/2010.

1. BREVE DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS Y PRETENSIONES DE LAS PARTES

En el litigio resuelto por el TJUE se enfrentaban un proveedor de acceso a Internet (ISP), Scarlet Extended S.A. (en adelante, Scarlet) y la sociedad belga de gestión de derechos de autor, SABAM. Scarlet se limita a ofrecer el servicio de acceso a Internet y no otros como la descarga o intercambio de archivos.

En el año 2004, SABAM constató que los internautas que utilizaban los servicios de Scarlet descargaban en Internet, sin autorización y sin pagar derechos, obras que figuraban en su repertorio mediante redes *peer-to-peer* o P2P (medio para compartir contenidos, independiente, descentralizado y dotado de funciones de búsqueda y descarga avanzadas). Demostrada la vulneración de los derechos de autor como consecuencia del intercambio no autorizado de archivos electrónicos musicales realizado gracias a programas de ordenador *peer to peer*, SABAM solicitaba a Scarlet la implantación de un sistema general de filtrado que impidiera o bloqueara cualquier forma de envío o de recepción por sus clientes de archivos que reprodujeran una obra musical sin autorización de sus titulares mediante un programa "peer to peer". La pretensión fue estimada en primera instancia y recurrida por Scarlet, que opone tanto dificultades de tipo técnico (ej. existencia de programas *peer-to-peer* que no permiten la verificación de su contenido por terceros) como de tipo jurídico (implica una obligación general de supervisar todas las comunicaciones que pasan por su red) para implantar dispositivos de bloqueo de las comunicaciones.

Antes de analizar los problemas técnicos, el tribunal de apelación belga interpone una cuestión prejudicial para determinar si el sistema de filtrado requerido era o no conforme al Derecho comunitario.

2. CUESTIÓN PREJUDICIAL: ¿ES CONFORME AL DERECHO COMUNITARIO UN SISTEMA DE FILTRADO SOBRE TODAS LAS COMUNICACIONES DE LOS CLIENTES DEL ISP ("OJO QUE TODO LO VE")?

La legislación belga (Ley de 30 de junio de 1994 relativa a los derechos de autor y derechos afines) autoriza al órgano judicial a dictar un requerimiento de cese contra los intermediarios cuyos servicios sean utilizados por un tercero para vulnerar los derechos de autor o derechos afines. El órgano judicial nacional cuestiona si las Directivas relativas al comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE), a los derechos de autor en la sociedad de la información (Directivas 2001/29/CE y 2004/48/CE), al tratamiento de datos personales (Directiva 95/46/CE) y a la protección de la confidencialidad e intimidad en el sector de las telecomunicaciones (Directiva 2002/58/CE), interpretadas conforme a los artículos 8 (derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones) y 10 (libertad de expresión) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, permiten a los Estados miembros autorizar a un juez nacional a dictar un requerimiento de cese contra los intermediarios cuyos servicios son utilizados por terceros para vulnerar derechos de autor o derechos afines exigiéndoles que establezcan un sistema de filtrado sobre todas las comunicaciones de los clientes del proveedor.

El sistema de filtrado requerido por el demandante era una especie de "ojo que todo lo ve" en cuanto se debía aplicar a toda la clientela, de manera abstracta y con carácter preventivo, esto es, comprendería toda lesión futura y debía proteger no sólo las obras existentes, sino también las obras que se crearan en el futuro. Y todo ello exclusivamente a expensas del ISP y sin limitación en el tiempo, siendo apto para controlar todas las comunicaciones electrónicas, tanto entrantes como salientes, que circularan a través de sus servicios, en particular mediante la utilización de programas *peer-to-peer*, con el fin de identificar la circulación de archivos electrónicos que contengan obras sobre las que el solicitante de la medida alegara ser titular de derechos. Una vez identificados tales archivos, se habría de bloquear su transmisión, bien en el momento en que se solicitara el archivo o bien con ocasión del envío de éste.

En caso de responder afirmativamente a esta primera pregunta, cuestiona el tribunal si el juez nacional deberá imponer tales medidas conforme al principio de proporcionalidad al pronunciarse sobre la efectividad y el efecto disuasorio de la medida solicitada.

3. SISTEMAS DE FILTRADO Y CONFLICTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Ciertamente, los titulares de derechos de propiedad intelectual pueden solicitar medidas cautelares contra los prestadores de servicios de intermediación, entre los que se encuentran los proveedores de acceso a Internet, cuyos servicios sean utilizados por terceros para infringir sus derechos (arts. 8.3 Directiva 2001/29 y 11 Directiva 2004/48). Y estas medidas se pueden imponer tanto con carácter represivo, para hacer

cesar las lesiones de derechos de propiedad intelectual ya causadas como con carácter preventivo, para evitar nuevas lesiones, correspondiendo al Derecho nacional determinar las modalidades de requerimiento judicial, los requisitos que deben cumplirse y el procedimiento que debe seguirse (STJUE de 12 de julio de 2011, L'Oréal y otros, C-324/09, Rec. p. I-0000, apartado 131).

No obstante, tanto las normas nacionales como la aplicación que de ellas hacen los órganos judiciales deben respetar las limitaciones previstas en las Directivas 2001/29 y 2004/48, que contemplan expresamente como límite los artículos 12 a 15 de la Directiva de comercio electrónico (Directiva 2000/31) cuyo artículo 15.1 prohíbe a las autoridades nacionales adoptar medias que obliguen a un ISP a proceder a una supervisión general de los datos que se transmitan por su red. En concreto, el TJUE ha considerado prohibidas aquellas medidas nacionales que obliguen a un prestador de servicios de intermediación, como un ISP, a proceder a una supervisión activa del conjunto de datos de cada uno de sus clientes con el fin de evitar cualquier futura lesión de los derechos de propiedad intelectual (sentencia L'Oréal, apdo. 139).

El sistema de filtrado requerido se basa en la previa identificación de los archivos correspondientes al tráfico *peer-to-peer* de entre el conjunto de comunicaciones de los clientes; la identificación dentro de este tráfico de los archivos que contenga obras sobre las que aquellos que solicitan el requerimiento ostenten derechos protegidos; la determinación de cuáles de esos archivos se intercambian ilícitamente y por último, el bloqueo de los intercambios de archivos considerados ilícitos. Tras el análisis del sistema de filtrado solicitado, **el TJUE llega a la conclusión de que implica una supervisión general de todas las comunicaciones de sus clientes, supervisión prohibida** por el artículo 15.1 de la Directiva de comercio electrónico.

Obviamente, el derecho de propiedad intelectual es un derecho protegido (art. 17.2 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), pero no un derecho absoluto. Su protección cede ante la necesaria protección de otros derechos, como el derecho a la protección de datos personales, el secreto de las comunicaciones o la libertad de información. Al adoptar cualquier media de protección de los derechos de autor se hace imprescindible ponderar su incidencia sobre una eventual restricción de otros derechos fundamentales y garantizar un justo equilibrio entre los diversos derechos fundamentales afectados (sentencia 29 de enero de 2008, Promusicae vs. Telefónica, C-257/06, Rec. p. I-271), tales como la libertad de empresa (art. 16 Carta), el derecho a la protección de los datos personales (art. 8 Carta) y el derecho a recibir y enviar informaciones (art. 11 Carta).

3.1. Derechos de autor *versus* libertad de empresa

Analizado el sistema de filtrado descrito en los apartados anteriores, el TJUE llega a la conclusión de que la medida no garantiza un adecuado equilibrio entre los derechos de los titulares de derechos de autor protegidos y la libertad de empresa de los ISP. Al contrario, implica "una vulneración sustancial de la libertad de empresa del proveedor afectado dado que le obligaría a establecer un sistema informático complejo, gravoso,

permanente y exclusivamente a sus expensas, que además sería contrario a los requisitos recogidos en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/48, el cual exige que las medidas adoptadas para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual no sean inútilmente complejas o gravosas" (apdo. 49 de la sentencia comentada).

3.2. Derechos de autor y otros derechos fundamentales de los ciudadanos

Scarlet alegaba que el establecimiento de un sistema de filtrado vulnera las disposiciones del Derecho de la Unión sobre la protección de datos de carácter personal y la confidencialidad de las comunicaciones, ya que implica el tratamiento de las direcciones IP, que son datos personales pues permiten identificar concretamente a los usuarios, además de un control general sobre todas las comunicaciones de sus clientes.

Corresponde a los Estados miembros garantizar la confidencialidad de las comunicaciones y de los datos asociados a ellas, realizadas a través de las redes públicas de comunicaciones y de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, prohibiendo en particular el almacenamiento por personas distintas de los usuarios y sin el consentimiento de estos de tales datos (art. 5.1 Directiva 2002/58), a excepción de las personas legalmente autorizadas (art. 15.1 Directiva 2002/58) y el almacenamiento técnico necesario para la conducción de una comunicación. Por lo que respecta a los datos de tráfico, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2002/58 dispone que los que están almacenados deben eliminarse o hacerse anónimos cuando ya no sean necesarios a los efectos de la transmisión de una comunicación, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 5 del mismo artículo y en el artículo 15, apartado 1, de la misma Directiva (Sentencia TJUE, 29 de enero de 2008, Promusicae, apdo. 47).

El TJUE considera probado que el sistema de filtrado requerido conlleva un análisis sistemático de todos los contenidos y la recopilación e identificación de la dirección IP de los usuarios que hayan originado el envío de contenidos ilícitos en la red, por lo que colisiona con el derecho a la protección de datos de carácter personal y por tanto debe ceder ante ella. Como tiene declarado el TJUE en su sentencia de 29 de enero de 2008, caso Promusicae, debe señalarse, que, "las Directivas mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente tienen por finalidad que los Estados miembros garanticen, concretamente en la sociedad de la información, la protección efectiva de la propiedad intelectual y, en particular, de los derechos de autor. Sin embargo, resulta de los artículos 1, apartado 5, letra b), de la Directiva 2000/31, 9 de la Directiva 2001/29 y 8, apartado 3, letra e), de la Directiva 2004/48, que tal protección no puede ir en perjuicio de las exigencias relativas a la protección de los datos personales" (apdo. 57).

Además, tal sistema de filtrado no permite distinguir las transmisiones de contenido lícito de aquellas que no lo son e implica un control general de todas las comunicaciones, sin atender a consideraciones legales o excepciones a la protección de derechos de autor. En particular, cabe que en determinados Estados ciertas obras ya pertenezcan al dominio público o que los autores afectados las hayan puesto

gratuitamente en Internet y no por ello se sustraerían al control del sistema de filtrado solicitado.

3.3. Conclusión sobre el conflicto de derechos

El TJUE se pronuncia categóricamente declarando 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**" (apdo. 53).

4. OTRAS FORMAS DE COLABORACIÓN DE LOS ISP

La industria discográfica insiste en que el fallo judicial no afecta a otras formas de cooperación de los ISP, como los sistemas de avisos a infractores o el bloqueo de páginas web. A tenor de esto y por lo que a España se refiere, conviene recordar que por el momento está pendiente de desarrollo reglamentario la conocida como "Ley Sinde", esto es, los artículos 8.1,e y 8.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónica y 158 del Real Decreto Legislativo 1/1996, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual en la nueva redacción dada por la DF 43ª de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible. Estos nuevos preceptos facultan a una autoridad administrativa (la Comisión de Propiedad Intelectual), previa intervención judicial, para restringir la prestación de servicios de acceso a internet a fin de salvaguardar los derechos de propiedad intelectual y exigir al ISP la cesión de los datos que permitan la identificación del responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando una conducta presuntamente vulneradora de los derechos de propiedad intelectual, pudiendo llegar incluso a ordenar el cierre de páginas web a través de las que se vulneren derechos de propiedad intelectual. Se preveía que el Consejo de Ministros (en funciones) del próximo viernes, 2 de diciembre, abordara esta cuestión pero según declaraciones de un miembro del Gobierno, no será así.

En tanto llega (o no) el desarrollo de la nueva Ley, se ha consolidado una línea jurisprudencial que niega la obligación de los ISP de facilitar a los titulares de derechos de propiedad intelectual los datos (dirección IP) de los clientes que intercambian archivos *peer-to-peer* de contenido protegido como medida preparatoria de acciones civiles declarativas o de cesación por infracción de derechos de propiedad intelectual (STJUE Promusicae, Autos AP de Barcelona de 10 de diciembre de 2009 (JUR 2010, 117525); de 15 de diciembre de 2009 (JUR 2010, 117178); AP de Madrid, de 12 de abril de 2010 (AC 2010, 1001)). Sólo existe la obligación de cesión de datos cuando estos son requeridos en relación a la persecución de delitos (no lo es el intercambio de archivos protegidos mediante redes P2P siempre que a través de dichos intercambios no se hayan realizado actos de comercio) y previa autorización judicial (Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal, Sección Única, del Tribunal Supremo, de 23 de febrero de 2010,

JUR 2010/59653). En suma, por el momento, la normativa comunitaria restringe el deber de colaboración de los ISPD únicamente en relación con la persecución de delitos, sin perjuicio de la valoración que el legislador nacional pudiera realizar a la hora de introducir este deber de colaboración para proteger los derechos de propiedad intelectual en caso de infracciones civiles, a la vista de los derechos afectados (Auto AP de Madrid de 15 de diciembre de 2009 (JUR 2010, 117178)).

29 de noviembre de 2011