

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2009  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## **Transmisión digital. Motor de búsqueda. Descargas. Límites. “Fair Use”.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª

**FECHA:** 17-9-2008

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Comercial)

**FUENTE:** Texto del fallo a través del Portal del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>

**OTROS DATOS:** Recurso 92/2006

### **SUMARIO:**

*“Blas compareció como titular de la Web ... para denunciar la violación de sus derechos de propiedad intelectual sobre dicha Web por parte de la demandada, GOOGLE SPAIN, S.A. (en adelante Google), quien, por medio de los sistemas de búsqueda, para incorporar una página a sus archivos realiza una copia de la misma, en la ubicación denominada «caché», sin requerir la autorización del titular de la página copiada. La demanda añade que la demandada efectúa y mantiene en sus archivos una copia de las páginas de Internet que visita y utiliza tal información con el fin de prestar sus servicios, sin autorización de los titulares de las páginas Web. En concreto, la demanda afirma que Google confecciona con retales de distintas páginas Web una página que presenta como propia en la que inserta publicidad ...”.*

[...]

*“Para la resolución de este recurso de apelación, puede resultar de utilidad centrar la controversia exponiendo en primer lugar en qué consiste la actividad desarrollada por Google con su herramienta de búsqueda de sitios Web, para luego calificarla jurídicamente y advertir cómo afecta a los derechos de propiedad intelectual sobre las páginas reproducidas. En síntesis, para este servicio de buscador de páginas Web, Google emplea unos robots de búsqueda que rastrean periódicamente los sitios Web conectados a la red y hacen una copia del código html de las páginas visitadas en su propia memoria, para facilitar la indexación de la información contenida en dichas páginas. Google, además, ofrece al usuario una parte del contenido de la página copiada y un enlace a la copia almacenada en su memoria caché”.*

*“Lo esencial a los efectos del presente juicio es que el tratamiento de la información realizado por Google para responder a una petición de búsqueda se realiza en sus propios ordenadores y empleando la base de datos que conforma la información copiada, en un soporte denominado «memoria caché», que es temporal y transitoria. Es innegable que esta*

*actividad constituye una reproducción total o parcial de las páginas Web, lo que, en principio, constituiría una vulneración de los derechos de explotación de sus titulares ...”.*

[...]

*“El art. 31.1 TRLPI <sup>1</sup> configura como un límite al derecho de reproducción los que denomina actos de reproducción provisional que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios, formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico, y respondan a la única finalidad de 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 Ley. Este precepto es una trasposición del art. 5.1 de la Directiva 2001/29 ..., que introduce como primera limitación al derecho de reproducción, «los actos de reproducción provisional (...) que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar:*

*a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o*

*b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente ... ».*

[...]

*“De este modo, la copia realizada por los robots de búsqueda de Google del código html de las páginas Web que visita periódicamente, en la medida en que se realiza para indexar la información y facilitar después las búsquedas solicitadas, quedaría incluida dentro del límite del art. 31.1 TRLPI ...”.*

*“... la parte apelante individualizó como conductas infractoras independientes a la anterior de copia del código html en la memoria de los ordenadores de Google, para facilitar la posterior la búsqueda solicitada, otras dos: una, consistente en las reproducciones parciales del texto de los sitios Web al presentar el resultado de la búsqueda formulada, que se lleva a cabo mostrando una pantalla con una relación de sitios Web, en que aparece el título de cada sitio, debajo del cual se reproduce un fragmento del texto del sitio en cuestión; y otra, las reproducciones de la copia caché que Google ofrece a sus usuarios y que es la misma que le ha servido para efectuar el proceso interno de selección. En ambos casos, el apelante considera que la reproducción no es necesaria ni está afectada por ninguna limitación del derecho del autor a la explotación de su obra”.*

*“La primera conducta muestra una parte muy pequeña de la información copiada, para contextualizar las palabras empleadas en la búsqueda y ayudar así al usuario de Internet a discriminar fácilmente los resultados obtenidos con la búsqueda. La reproducción y comunicación que puede suponer esta conducta es tan efímera, incidental y mínima que, como veremos más adelante, carece de relevancia infractora”.*

---

<sup>1</sup> Texto Refundido de la Ley española de Propiedad Intelectual, nota del compilador

*“La segunda conducta se desarrolla en el marco de lo que podríamos denominar servicio caché, complementario del servicio de motor de búsqueda de Google, y pone a disposición del solicitante de la búsqueda, junto a los hipervínculos que remiten a los sitios Web originales, un vínculo en caché, esto es, el acceso a las copias caché realizadas en sus ordenadores por Google. En esta copia aparecen sombreadas en distintos colores las palabras empleadas para la búsqueda. Ello, además de dar razón de porqué ese sitio Web fue incluido en la lista de resultados de la búsqueda solicitada, permite acceder a la información copiada cuando los servidores de los que procede se encuentran temporalmente indisponibles o acelerar dicho acceso cuando el contenido de las páginas copiadas provienen de sitios poco accesibles o sobrecargados”.*

[...]

*“... Lo que en el ámbito anglosajón es la doctrina del fair use debería guiar nuestra interpretación del alcance de la protección de los derechos de propiedad intelectual, que en ningún caso pueden configurarse como derechos absolutos, y sus límites. En última instancia, se trata de trasladar a la esfera de la propiedad intelectual lo que el ius usus inoqui ha sido para la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, un límite natural del derecho de propiedad, que opera sobre todo al interpretar el alcance de su protección para evitar extralimitaciones absurdas”*

*“... para analizar el presente caso deberíamos atender a circunstancias tales como: la finalidad y el carácter del uso, que en este caso persigue facilitar al solicitante de la búsqueda la elección de aquellos resultados que satisfagan el objetivo perseguido con su solicitud y un primer acceso más rápido; la naturaleza de la obra, que es el contenido de una página Web expuesta al público que navega por Internet, pues si se quiere impedir o restringir el acceso existen medios técnicos para ello; la cantidad y sustancialidad de la parte reproducida y exhibida en relación con el conjunto de la obra, que es parcial y, respecto de la mostrada directamente en la lista de resultados, la mínima imprescindible para que el solicitante pueda discriminar en un primer momento si le interesa o no un determinado resultado; y el efecto sobre el mercado potencial y el valor de la obra, que no sólo no perjudica al titular de los derechos sino que le beneficia en cuanto que contribuye a la finalidad originaria de un sitio Web, que es facilitar que sea consultada por el mayor número de personas posible, contribuyendo además a descongestionar la red, pues la primera consulta se realiza sobre las copias caché de Google”.*

[...]

*“Así la justificación de la licitud del caching realizado por Google radicaría en que el empleo de la memoria caché lo ha sido para contribuir a la difusión y puesta a disposición del público que pretende el titular de la obra que «cuelga» en un sitio Web y permite que pueda ser localizada por un buscador, pero en la medida en que se respetan la integridad de la obra y la facultad de puesta a disposición (comunicación) del titular de la obra. Subyace la idea de que este uso de la memoria caché, por su finalidad y la forma en que se desarrolla, no sólo no perjudica al titular ni contraría propiamente sus derechos, sino que está tácitamente aceptado por quienes «cuelgan» sus obras en la red sin impedir o restringir el libre acceso a las mismas”.*

*“Con ello no se reconoce una impunidad absoluta para Google a la hora de prestar su servicio caché, de puesta a disposición del público de la información copiada en su día en memoria caché, pues ese servicio ha de ser realizado salvaguardando unas condiciones mínimas que preservan la integridad de la obra y la facultad de puesta a disposición (comunicación) del titular de la obra: no modifiquen la información; permitan el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita; respeten las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información; no interfieran en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada para obtener datos sobre la utilización de la información; y, finalmente, retiren la información almacenada o hagan lo posible para impedir el acceso a ella cuando tengan conocimiento de que ha sido retirada de la red, se ha imposibilitado el acceso a ella o una autoridad competente ha ordenado retirarla o impedir el acceso a ella”.*

**COMENTARIO:** La sentencia que se reseña “toma prestada” del sistema “angloamericano” o del “copyright” la figura del “fair use” (“uso leal”, “uso legítimo” o “uso justo”), cuya interpretación queda deferida a los tribunales para determinar, de acuerdo a ciertos criterios legales, si una determinada conducta constituye o no una “infracción de buena fe” (“innocent infringement”). El “fair use” nació de la doctrina judicial en los Estados Unidos y luego fue codificada básicamente en la Sección 107 del 17 U.S.C (*Copyright Act*) de 1976, que reza así: “No obstante las previsiones de las secciones 106 y 106A [derechos patrimoniales exclusivos y derechos morales de paternidad e integridad sobre las artes visuales, respectivamente, nota nuestra], el uso leal de una obra protegida por el derecho de autor, incluyendo el uso por reproducción en copias o discos sonoros o mediante cualquier otro medio especificado en tal sección, para propósitos tales como la crítica, comentarios, reporte de noticias, enseñanza (incluyendo múltiples copias para el uso de la clase), becas o investigación, no es una infracción al derecho de autor. Para determinar si el uso hecho de una obra en un caso particular es un uso leal, los factores a ser considerados deben incluir: (1) El propósito o carácter del uso, incluyendo si el mismo es de naturaleza comercial o si tiene un propósito educacional sin fines de lucro; (2) La naturaleza de la obra objeto de protección; (3) La cantidad y sustancia de la porción usada en relación con la obra como un todo; y (4) El efecto de tal uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra. El hecho de que la obra sea inédita no impedirá en sí mismo considerar un uso leal, si tal consideración está hecha sobre los factores arriba mencionados. Aunque el “fair use” se corresponde en lo esencial con los “usos honrados”, en tanto que permite, en casos especiales, limitaciones al derecho exclusivo del autor siempre que no se afecte la explotación normal de la obra ni se cause un daño irrazonable a los legítimos intereses del titular del derecho, hay un matiz que lo distingue de la tradición latina o franco-germánica, ésta donde los límites admitidos respecto de ese derecho están detallados en la norma jurídica con suma precisión, de interpretación restrictiva, mientras que el “fair use”, de acuerdo a la disposición estadounidense, es un sistema que deja un amplio margen de apreciación para el Juez, de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto, siempre que allí se cumplan los parámetros indicados en el dispositivo transcrito. Dicho de otro modo: una determinada utilización que no estaría conforme a los “usos honrados” en un país del sistema latino o continental, por no figurar expresamente en la ley respectiva como un límite al derecho patrimonial exclusivo, podría ser en cambio lícita en los Estados Unidos, si ese supuesto de hecho satisface los principios generales del “fair use” ya señalados. La aplicación judicial del “fair use” bajo el imperio de las legislaciones que se rigen por la tradición continental no deja de ser delicada, porque podría facilitar una interpretación más amplia de las excepciones o limitaciones al derecho exclusivo, por encima de las restrictivamente previstas en la ley aplicable. Esos razonamientos en la sentencia que se reseña permiten explicar algunos matices diferentes, entre lo allí resuelto y lo decidido en casos que tienen varios puntos de contacto, entre otras decisiones, en las dictadas por el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas (COPIEPRESSE vs. Google Inc.; Google Inc. vs. COPIEPRESSE; SOFAN vs Google Inc.; SAJ, SCAM y ASSUCOPIE vs. Google, Inc.; y PRESSBANKING vs. Google, Inc.) y por el Tribunal de Comercio de París (Flach Film y otros vs Google France y Google Inc.),



también localizables a través de esta base de datos de jurisprudencia. © Ricardo Antequera Parilli, 2009.

### TEXTO COMPLETO:

*Vistos en grado de apelación, ante la Sección Quince de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio Ordinario, número 92/2006 seguidos ante el Juzgado Mercantil número 5 de los de Barcelona, a instancia de Blas, representado por la procuradora Arantzazu Armisén Ocio-Mendiguren, contra GOOGLE SPAIN, S.A., representada por el procurador Antonio María de Anzizu Furest. Estos autos penden ante esta sala en virtud del recurso apelación interpuesto por el actor Blas contra la sentencia dictada en los mismos el día 30 de marzo de 2007.*

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** *La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor siguiente: "Con desestimación ntegra de la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Arantzazu Armisén Ocio, en nombre y representación de D. Blas, debo absolver y absuelvo a GOOGLE SPAIN, S.L. de la pretensión de pago contra ella deducida por aquella parte actora en el presente procedimiento".*

**SEGUNDO:** *La representación procesal de la parte actora, Blas, interpuso recurso de apelación ontra la citada sentencia y, admitido a trámite en ambos efectos, se elevaron los autos a esta sala, previo emplazamiento de las partes, y comparecidas las mismas se siguieron los trámites legales. Para la votación y Fallo del recurso se señaló el día 19 de junio de 2008.*

**TERCERO.-** *En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.*

*Ponente el Ilmo.. Sr. Magistrado D. IGNACIO SANCHO GARGALLO.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** *Blas compareció como titular de la Web ... para denunciar la violación de sus derechos de propiedad intelectual sobre dicha*

*Web por parte de la demandada, GOOGLE SPAIN, S.A. (en adelante Google), quien, por medio de los sistemas de búsqueda, para incorporar una página a sus archivos realiza una copia de la misma, en la ubicación denominada "caché", sin requerir la autorización del titular de la página copiada. La demanda añade que la demandada efectúa y mantiene en sus archivos una copia de las páginas de Internet que visita y utiliza tal información con el fin de prestar sus servicios, sin autorización de los titulares de las páginas Web. En concreto, la demanda afirma que Google confecciona con retales de distintas páginas Web una página que presenta como propia en la que inserta publicidad. La demanda finalizaba solicitando que se condenara a la actora a cesar en la utilización del motor de búsquedas de páginas Web, a indemnizar al actor 2.000 euros por daño moral y a publicar la sentencia en el diario La Vanguardia.*

*La sentencia desestima la demanda al no apreciar una vulneración de los derechos de propiedad intelectual del actor, en atención a que "el uso realizado por la demandada de sólo una pequeña parte del contenido de la página Web de la actora, bajo las condiciones de temporalidad, provisionalidad, respeto a la integridad y autoría de la obra", que además es conforme "a la finalidad social para la cual la obra fue divulgada en Internet", constituye un límite de los derechos de explotación de la obra, de conformidad con el art. 31 TRLPI y los arts. 15 y 17 de la Ley 34/2002.*

*En su recurso de apelación, el actor distingue tres tipos de uso efectuados por Google: 1º la reproducción en la memoria caché de los equipos del buscador, que tiene por objeto el código html de las páginas de terceros, y que sí estaría amparada por la excepción del art. 31.1 TRLPI; 2º las reproducciones parciales del texto de los sitios Web al presentar el resultado de la búsqueda formulada, que se lleva a cabo mostrando una pantalla con una relación de sitios Web, en que aparece el título de cada sitio, debajo del cual se reproduce un fragmento del texto del sitio en cuestión, que no resulta necesario ni se encuentra amparado*

por la limitación mencionada en la sentencia; y 3º las reproducciones de la copia caché que le ha servido para efectuar el proceso interno de selección, que Google ofrece a sus usuarios y que tampoco se aprecia ni necesaria ni afectada por ninguna limitación del derecho del autor a la explotación de su obra. El recurso argumenta también que la forma de uso de Google no es la más respetuosa con la obra ajena, pues fácilmente podía haber recabado antes la autorización de su titular. Finalmente, comentando la normativa aplicada por la sentencia, concluye que el art. 31 TRLPI tan sólo alcanza al primero de los usos efectuados por Google, pero no a los otros dos; el art. 15 de la Ley 34/2002 regula una excepción de las llamadas "por contenido", referida a compañías que se dedican a la transmisión de datos a través de una red de telecomunicaciones, lo que no es aplicable a la demandada; y el art. 17 de la Ley 34/2002 es otra exención de responsabilidad "por contenido" que sí se dirige a los motores de búsqueda, pero que no resulta de aplicación al caso pues lo es -la exención de responsabilidad- "por la información a la que dirijan", sin referirse a la información que reproduzcan de forma exteriorizada, en concordancia con el art. 31 TRLPI.

La oposición al recurso de Google insiste en que realiza un solo tipo de acto de reproducción, temporal y accesorio, de las páginas Web que encuentra en Internet y las manifestaciones externas que tiene esa reproducción en forma de resultados y de enlaces al sistema caché son esenciales, absolutamente necesarios, en la funcionalidad del buscador. Esta actividad, según Google, está amparada por la excepción contenida en el art. 31.1 TRLPI, y por lo tanto no requiere del previo consentimiento de los titulares de las páginas Web. Además, argumenta la aplicabilidad al caso de los arts. 15 y 17 de la Ley 34/2002.

**SEGUNDO:** Para la resolución de este recurso de apelación, puede resultar de utilidad centrar la controversia exponiendo en primer lugar en qué consiste la actividad desarrollada por Google con su herramienta de búsqueda de sitios Web, para luego calificarla jurídicamente y advertir cómo afecta a los derechos de

propiedad intelectual sobre las páginas reproducidas. En síntesis, para este servicio de buscador de páginas Web, Google emplea unos robots de búsqueda que rastrean periódicamente los sitios Web conectados a la red y hacen una copia del código html de las páginas visitadas en su propia memoria, para facilitar la indexación de la información contenida en dichas páginas. Google, además, ofrece al usuario una parte del contenido de la página copiada y un enlace a la copia almacenada en su memoria caché.

Lo esencial a los efectos del presente juicio es que el tratamiento de la información realizado por Google para responder a una petición de búsqueda se realiza en sus propios ordenadores y empleando la base de datos que conforma la información copiada, en un soporte denominado "memoria caché", que es temporal y transitoria. Es innegable que esta actividad constituye una reproducción total o parcial de las páginas Web, lo que, en principio, constituiría una vulneración de los derechos de explotación de sus titulares. Así se desprende del contenido actual del art. 18 TRLPI, que entiende por reproducción "la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias". Conforme a esta definición, la reproducción de páginas Web en la memoria caché constituiría un acto de reproducción afectado, en principio, por las facultades de explotación que la Ley de Propiedad Intelectual reconoce al autor respecto de su obra, y por lo tanto requeriría la previa autorización si no fuera porque el art. 31.1 TRLPI parece que lo excluye. A esa conclusión llega la sentencia de primera instancia y este extremo no sólo no ha sido impugnado por el actor, sino que lo ha reconocido expresamente en su recurso de apelación.

El art. 31.1 TRLPI configura como un límite al derecho de reproducción los que denomina actos de reproducción provisional que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios, formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico, y respondan a la única finalidad de 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 Ley. Este precepto es una trasposición del art. 5.1 de la Directiva 2001/29 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, que introduce como primera limitación al derecho de reproducción, "los actos de reproducción provisional (...) que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar:

a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o

b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente...".

El alcance de esta limitación se comprende un poco mejor a la vista de los considerando (33) de la Directiva, según el cual en la medida en que los actos de reproducción provisional cumplen las condiciones explicitadas por la Ley (que sean transitorias o accesorias, formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico desarrollado con la única finalidad de permitir una transmisión eficaz en una red entre terceras partes, a través de un intermediario, o bien la utilización lícita de una obra o prestación, y que tales actos carezcan en sí de valor económico), esta excepción debe cubrir los actos que permitan hojear o crear ficheros de almacenamiento provisional, incluidos los que permitan el funcionamiento eficaz de los servicios de transmisión, siempre y cuando el intermediario no modifique la información y no interfiera en la utilización de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información.

De este modo, la copia realizada por los robots de búsqueda de Google del código html de las páginas Web que visita periódicamente, en la medida en que se realiza para indexar la información y facilitar después las búsquedas solicitadas, quedaría incluida dentro del límite del art. 31.1 TRLPI. O por lo menos así ha sido aceptado por las partes en esta alzada.

**TERCERO:** En su recurso de apelación, la parte apelante individualizó como conductas infractoras independientes a la anterior de copia del código html en la memoria de los ordenadores de Google, para facilitar la posterior la búsqueda solicitada, otras dos: una, consistente en las reproducciones parciales del texto de los sitios Web al presentar el resultado de la búsqueda formulada, que se lleva a cabo mostrando una pantalla con una relación de sitios Web, en que aparece el título de cada sitio, debajo del cual se reproduce un fragmento del texto del sitio en cuestión; y otra, las reproducciones de la copia caché que Google ofrece a sus usuarios y que es la misma que le ha servido para efectuar el proceso interno de selección. En ambos casos, el apelante considera que la reproducción no es necesaria ni está afectada por ninguna limitación del derecho del autor a la explotación de su obra.

La primera conducta muestra una parte muy pequeña de la información copiada, para contextualizar las palabras empleadas en la búsqueda y ayudar así al usuario de Internet a discriminar fácilmente los resultados obtenidos con la búsqueda. La reproducción y comunicación que puede suponer esta conducta es tan efímera, incidental y mínima que, como veremos más adelante, carece de relevancia infractora.

La segunda conducta se desarrolla en el marco de lo que podríamos denominar servicio caché, complementario del servicio de motor de búsqueda de Google, y pone a disposición del solicitante de la búsqueda, junto a los hipervínculos que remiten a los sitios Web originales, un vínculo en caché, esto es, el acceso a las copias caché realizadas en sus ordenadores por Google. En esta copia aparecen sombreadas en distintos colores las palabras empleadas para la búsqueda. Ello, además de dar razón de porqué ese sitio Web fue incluido en la lista de resultados de la búsqueda solicitada, permite acceder a la información copiada cuando los servidores de los que procede se encuentran temporalmente indisponibles o acelerar dicho acceso cuando el contenido de las páginas copiadas proviene de sitios poco accesibles o sobrecargados.



*En puridad, lo que se discute es la licitud de esta puesta a disposición, pues la reproducción que supone la copia del código html en la memoria del ordenador de Google para realizar después las búsquedas, vendría directamente justificada por el servicio de búsqueda, conforme al art. 31.1 TRLPI. Tanto la demandada como la sentencia de primera instancia, para justificar la conducta que supone el servicio caché de Google, la equiparan al "caching", también denominado "system caching" o "Proxy caching".*

*Propiamente, esta actividad la desarrollan los servidores cuando almacenan de forma automática los contenidos visitados por los usuarios la primera vez en un área especial de su disco duro, de manera que si los usuarios solicitan de nuevo esa página, no haya que efectuar una nueva transferencia de información.*

*Esto es, después solicitada por primera vez una página Web, y hecha la copia caché (Proxy cache) por exigencias técnicas, esta copia es mostrada directamente a los posteriores solicitantes del acceso a la misma página Web, sin necesidad de acudir nuevamente al sitio original donde se encuentra la página solicitada. Con ello se consigue un acceso más rápido a la información contenida en los sitios más visitados y se reduce la congestión en la red.*

*El Proxy caching realizado por los servidores de acceso a Internet estaría amparado, con algunas dudas por un sector de la doctrina, por el art. 31.1 TRLPI pues, aunque propiamente no es esencial para hacer técnicamente posible la transmisión, en la medida en que sí lo es para acelerar las transmisiones digitales, contribuye a hacerla eficaz. En cualquier caso su licitud viene amparada sin duda alguna por una norma complementaria, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSI), que incorpora los tres supuestos de exclusión de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación previstos en la Directiva 2000/31 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, también denominada de comercio electrónico, esto es la mera*

*transmisión realizada por los operadores de redes y proveedores de acceso a Internet, el caching y el alojamiento de datos o hosting, y añade otra exclusión de responsabilidad relativa a los supuestos de provisión de enlaces e instrumentos de búsqueda de contenidos.*

*Por lo que respecta al "caching", el art. 15 LSSI, a los prestadores de un servicio de intermediación "que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio y, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión interior a otros destinatarios que los soliciten, los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal", no sólo les exime de responsabilidad "por el contenido de esos datos", sino también "por la reproducción temporal de los mismos", siempre que se cumplan unos requisitos enumerados a continuación en ese precepto: a) no modifiquen la información; b) permitan el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita; c) respeten las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información; d) no interfieran en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada para obtener datos sobre la utilización de la información; y e) retiren la información almacenada o hagan lo posible para impedir el acceso a ella cuando tengan conocimiento de que ha sido retirada la red, se ha imposibilitado el acceso a ella o una autoridad competente ha ordenado retirarla o impedir el acceso a ella.*

*La sentencia de primera instancia, siguiendo la tesis de la parte apelada, integra dentro de la referencia que el art. 15 LSSI hace a "los prestadores de un servicio de intermediación" a los buscadores de Internet como Google, a la vista del anexo b) de la LSSI, que define el servicio de intermediación como aquel "por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información y, a continuación, hace una enumeración de estos servicios incluyendo expresamente los que presta Google por medio de su buscador de sitios Web ("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 y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet").

Pero en puridad ello no es correcto, pues el art. 15 LSSI no se refiere a cualquier prestador de un servicio de intermediación, de los contenidos en el anexo b), sino sólo a aquellos "que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio "; esto es, este precepto está pensando en el "proxy caching" que realizan los servidores de acceso a Internet. Ello se ve más claro en el art. 13 de la Directiva de comercio electrónico, origen del art. 15 LSSI, que claramente limita su aplicación a los prestadores de un servicio de transmisión.

En realidad, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información contiene diversas exenciones de responsabilidad (mera transmisión, caching, alojamiento de datos y provisión de enlaces e instrumentos de búsqueda de contenidos en la red), en los arts. 13 y ss., que no se aplican indiscriminadamente a todos los prestadores de servicios de intermediación enumerados en el anexo b), sino en cada caso a los que cumplen con los respectivos presupuestos legales. En el caso de un buscador como Google, su inclusión en el anexo tiene relación con la previsión contenida en el art. 17 LSSI, que sí le es de aplicación, aunque resulte irrelevante para este pleito. El art. 17 LSSI no resulta de aplicación al presente caso pues, si bien se refiere a la actividad de los prestadores de servicios "que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos", lo hace para eximirles de la responsabilidad "por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios" -siempre que se cumplan unas condiciones-, lo que no afecta a la conducta que estamos juzgando que es la copia caché y el ofrecimiento de la misma al

mostrar los resultados de las búsquedas solicitadas.

De este modo, no parece que sea aplicable la exención de responsabilidad del art. 15 LSSI al servicio caché prestado por Google, porque no encaja en sus presupuestos legales, al no desarrollarse propiamente en el marco de un servicio de transmisión. Si ello es así, tampoco parece que queda su inclusión dentro de la excepción del art. 5.1 de la Directiva 2001/29 / CE y, consiguientemente, del art. 31.1 TRLPI, porque difícilmente encaja en la dicción literal de dichos preceptos. Entre otras objeciones, el recurso niega que el servicio caché de un buscador, que permite el acceso a la copia de determinadas paginas Web indexadas en el buscador, objeto de una búsqueda solicitada, sea técnicamente necesario para llevar a cabo el servicio de búsqueda, pues éste se cumple con la relación de hipervínculos correspondiente al resultado de la búsqueda solicitada, que permitirá el acceso directo a la página Web. Además se objeta que se diluye su carácter provisional, ya que esa copia caché queda a disposición de los usuarios por un tiempo, aleatorio, que en cualquier caso no queda asegurado concuerde con la modificación del contenido de la página Web por su titular, de manera que es posible encontrar obras que o bien ya han sido modificadas o bien ya no aparecen en los sitios Web en los que estaban originariamente.

**CUARTO:** Pero al margen de si las conductas enjuiciadas se encuentran cubiertas directamente por la excepción del art. 31.1 TRLPI, sobre lo que la anterior posición doctrinal ha logrado generar algo más que una duda razonable, en realidad, estas conductas carecen de entidad suficiente como para considerarlas infractoras de los derechos de autor respecto de la información reproducida y/o puesta a disposición del público. Si bien, aparentemente, la Ley parece haber seguido un listado cerrado de excepciones al ejercicio de las facultades patrimoniales derivadas de la titularidad de derechos de propiedad intelectual en el capítulo segundo de su Título III, ello admite algunas matizaciones. En primer lugar, el art. 40 bis) TRLPI, introducido por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación de la Directiva 96/9 /CE sobre bases de datos,

dispone que los artículos sobre límites (art. 31 y ss LPI) "no podrán interpretarse de manera tal que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran". Este precepto, que originariamente pretendía ser un criterio hermenéutico de los límites legales tipificados previamente, puede dar lugar a que, por vía interpretativa, nos cuestionemos los límites de estos derechos más allá de la literalidad de los preceptos que los regulan, positiva y negativamente, en este caso los derechos de reproducción y de puesta a disposición (comunicación). Lo que en el ámbito anglosajón es la doctrina del fair use debería guiar nuestra interpretación del alcance de la protección de los derechos de propiedad intelectual, que en ningún caso pueden configurarse como derechos absolutos, y sus límites. En última instancia, se trata de trasladar a la esfera de la propiedad intelectual lo que el *ius usus inoqui* ha sido para la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, un límite natural del derecho de propiedad, que opera sobre todo al interpretar el alcance de su protección para evitar extralimitaciones absurdas.

De este modo, para analizar el presente caso deberíamos atender a circunstancias tales como: la finalidad y el carácter del uso, que en este caso persigue facilitar al solicitante de la búsqueda la elección de aquellos resultados que satisfagan el objetivo perseguido con su solicitud y un primer acceso más rápido; la naturaleza de la obra, que es el contenido de una página Web expuesta al público que navega por Internet, pues si se quiere impedir o restringir el acceso existen medios técnicos para ello; la cantidad y sustancialidad de la parte reproducida y exhibida en relación con el conjunto de la obra, que es parcial y, respecto de la mostrada directamente en la lista de resultados, la mínima imprescindible para que el solicitante pueda discriminar en un primer momento si le interesa o no un determinado resultado; y el efecto sobre el mercado potencial y el valor de la obra, que no sólo no perjudica al titular de los derechos sino que le beneficia en cuanto que contribuye a la finalidad originaria de un sitio Web, que es facilitar que sea consultada por el mayor

número de personas posible, contribuyendo además a descongestionar la red, pues la primera consulta se realiza sobre las copias caché de Google.

En este contexto, tiene gran interés la acertada reflexión que la sentencia de primera instancia hacía al final de su fundamento jurídico tercero, cuando ponía de relieve que la creación de una página Web y su introducción en la red responde a la finalidad de divulgarla en ese medio, lo que se logra principalmente gracias al servicio prestado por buscadores como Google, que necesariamente hacen uso del contenido de la página Web y en la medida que lo hacen con la única finalidad de facilitar la labor de búsqueda y discriminación por el internauta de los resultados obtenidos con su solicitud, llevan a cabo un uso social tolerado de aquellas obras, que responde además a la finalidad perseguida por el autor. Esta reflexión viene guiada por el sentido común, que debe impedir sancionar y prohibir una actividad que no sólo no perjudica al titular de los derechos de propiedad intelectual sobre un sitio Web sino que le beneficia, pues contribuye a conseguir una de las finalidades implícitamente perseguidas por el autor que es su difusión y acceso a los internautas, siendo además efímera e incidental la reproducción y comunicación realizada.

Así la justificación de la licitud del caching realizado por Google radicaría en que el empleo de la memoria caché lo ha sido para contribuir a la difusión y puesta a disposición del público que pretende el titular de la obra que "cuelga" en un sitio Web y permite que pueda ser localizada por un buscador, pero en la medida en que se respetan la integridad de la obra y la facultad de puesta a disposición (comunicación) del titular de la obra. Subyace la idea de que este uso de la memoria caché, por su finalidad y la forma en que se desarrolla, no sólo no perjudica al titular ni contraría propiamente sus derechos, sino que está tácitamente aceptado por quienes "cuelgan" sus obras en la red sin impedir o restringir el libre acceso a las mismas.

Con ello no se reconoce una impunidad absoluta para Google a la hora de prestar su servicio caché, de puesta a disposición del

*público de la información copiada en su día en memoria caché, pues ese servicio ha de ser realizado salvaguardando unas condiciones mínimas que preservan la integridad de la obra y la facultad de puesta a disposición (comunicación) del titular de la obra: no modifiquen la información; permitan el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita; respeten las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información; no interfieran en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada para obtener datos sobre la utilización de la información; y, finalmente, retiren la información almacenada o hagan lo posible para impedir el acceso a ella cuando tengan conocimiento de que ha sido retirada de la red, se ha imposibilitado el acceso a ella o una autoridad competente ha ordenado retirarla o impedir el acceso a ella.*

*Estas condiciones, cuya dicción coincide con las previstas en el art. 15 LSSI para que pueda operar la exención de responsabilidad por el "system caching" realizado por los servidores de acceso a Internet, son traídas a colación no porque resulte de aplicación dicho precepto, sino porque explicitan los límites que en todo caso debe tener esta práctica del "caching" la salvaguarda de la integridad de la obra y la facultad de puesta a disposición (comunicación) del titular de la obra.*

*En nuestro caso, no consta, y ni siquiera fue alegado en la demanda, que Google haya*

*infringido estas condiciones al prestar su "servicio caché" respecto de la página Web del actor, razón por la cual no cabe apreciar ninguna infracción de los derechos de propiedad intelectual del actor respecto de su obra contenida en dicha página Web, sin que el mero hecho de prestar ese servicio caché constituya una infracción del derecho de reproducción y/o de comunicación.*

**QUINTO:** *Aunque ha sido desestimado el recurso de apelación, se aprecian serias dudas de derecho que justifican la no imposición de costas ni en primera instancia ni en esta alzada (arte. 394, 397 y 398 LEC).*

### **FALLAMOS**

*DESESTIMAR sustancialmente el recurso de apelación interpuesto por Blas contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil nº 5 de Barcelona de fecha 30 de marzo de 2007, cuya parte dispositiva obra transcrita en los antecedentes de la presente; que CONFIRMAMOS, sin que proceda la condena en costas ni en primera instancia ni en esta alzada.*

*Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.*

*Así por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.*