

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. Intercambios p2p. Impedimento de acceso a archivos. Responsabilidad del proveedor de servicios.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Bélgica

**ORGANISMO:** Corte de Distrito de Bruselas

**FECHA:** 28-6-2007

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Civil)

**FUENTE:** Texto del fallo en formato papel

**TRADUCCIÓN:** Melisa Espinal

**OTROS DATOS:** Rollo general 04/8975/A

### **SUMARIO:**

*“... SABAM <sup>1</sup> formuló una demanda ... que versa sobre derecho de autor y derechos conexos, contra la Compañía ..., con el propósito de comprobar las violación de derechos existentes en la protección de las obras musicales pertenecientes a la Sociedad SABAM, las cuales eran violados debido al intercambio no autorizado de archivos llevado a cabo a través del uso de los servicios de la Compañía ..., la cual fue sentenciada a finalizar dichas violaciones, imposibilitando o paralizando cualquier forma de envío o recibo de archivos musicales por parte de sus clientes, siempre que no tuviesen la autorización pertinente ...”.*

[...]

*“La Corte, habiendo rechazado la excepción de incompetencia ratione materiae sostenida por la Compañía ... decidió ...:*

- Aceptar que la Sociedad SABAM tenía un interés justificado al formular una acción contra la Compañía ..., en su capacidad de intermediario ISP, para lo cual alegó que sus servicios eran usados por terceros para infringir la protección del derecho.*
- Establecer que en efecto había una violación al derecho de autor sobre las obras musicales que eran parte del repertorio de SABAM, debido al intercambio no autorizado de archivos de música, usando aplicaciones indebidas a través del uso de la red de Internet por parte de la Compañía ...*
- Recordar que el encontrar dicha violación al derecho de autor, queda obligada la Corte, en principio, a pronunciarse sobre la suspensión del sitio y a su vez a asegurarse de que la orden efectivamente ponga un fin a la situación de ilegalidad”.*

---

<sup>1</sup> Sociedad Belga de Autores Musicales, nota del compilador.

[...]

*“... no se puede demostrar que el problema de una futura encriptación pueda obstruir una medida cautelar actual, ya que se ha demostrado que es técnicamente posible y capaz de producir un resultado, como en este caso particular, en el cual el sector del Internet está en constantes cambios; el juez de la acción o medida cautelar no puede tomar en consideración especulaciones de desarrollos técnicos futuros, dado que los mismos pueden estar sujetos a adaptaciones o cambios en el nivel de bloqueo y filtraje ...”.*

[...]

*“... hay en existencia actual, medidas que son técnicamente posibles para prevenir las infracciones al derecho de autor ...”.*

*“... claramente, estas medidas pudieran indudablemente tener también una consecuencia marginal de bloqueo de ciertos intercambios autorizados; ... la circunstancia de que una medida cautelar afecte a un grupo de información de los cuales algunos elementos no estén en infracción de derechos (por ejemplo, una película, un libro, un CD etc.), no previene que la medida sea llevada a cabo ...; el juez de la medida cautelar no puede rehusarse a la misma usando como recurso el balance de los intereses; ..., en este caso, no puede demostrar que SABAM haya abusado de sus derechos al requerir dichas medidas; y ... la sola circunstancia controversial sería que el bloqueo pudiese afectar ciertos contenidos legales, lo que es insuficiente para concluir que hubo algún abuso de la ley por parte de la Sociedad SABAM ...”.*

[...]

*“Sentenciamos a la Compañía ... a cesar en las violaciones de derecho de autor ... y a imposibilitar la comunicación ilegal entre pares, así como el envío y recibo de archivos electrónicos por parte de sus clientes, incluyendo las obras musicales del repertorio de la Sociedad SABAM ...”.*

*“Se condena a la Compañía ... a comunicarle a la Sociedad SABAM mediante un escrito, todas las medidas que aplicarán para respetar esta decisión ...”.*

**COMENTARIO:** Si bien la Directiva Europea 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 (Directiva sobre el Comercio Electrónico), no impone a los prestadores de servicios intermediarios en la Sociedad de la Información una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni la de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, establece sin embargo las condiciones bajo las cuales tales proveedores no son responsables por los contenidos transmitidos, y dichos requisitos, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, consiste en que el prestador no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o que, en cuanto tenga conocimiento de ello, actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible. Por lo demás, nada de lo anterior afecta la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios poner fin a una infracción o impedirlo. © Ricardo Antequera Parilli, 2009.

## TEXTO COMPLETO:

### ANTECEDENTES

En un emplazamiento fechado el 24 de Junio de 2004, SABAM formuló una demanda basada en el artículo 87, sección 1 de la Ley del 30 de Junio de 2004 que versa sobre derecho de autor y derechos conexos, contra la Compañía S.A. Tiscali, con el propósito de comprobar las violación de derechos existentes en la protección de las obras musicales pertenecientes a la Sociedad SABAM, los cuales eran violados debido al intercambio no autorizado de archivos llevado a cabo a través del uso de los servicios de la Compañía SA Tiscali, la cual fue sentenciada a finalizar dichas violaciones, imposibilitando o paralizando cualquier forma de envío o recibo de archivos musicales por parte de sus clientes, siempre que no tuviesen la autorización pertinente, y estando sujeta al pago de una multa de 25.000 euros diarios, si no acataba lo allí establecido. Además se ordenó que la Compañía SA Tiscali presentara medidas explicativas de dicha orden en su página Web y que fuera publicada en los periódicos.

La Compañía SA Tiscali formuló una contrademanda para que la Sociedad SABAM fuese sentenciada a pagar la suma de 25.000 euros, por llevar a cabo un procedimiento humillante y descabellado y otros 25.000 euros por los costos de la defensa.

La Corte, habiendo rechazado la excepción de incompetencia *ratione materiae* sostenida por la Compañía SA Tiscali, decidió el 26 de Noviembre de 2004:

- Aceptar que la Sociedad SABAM tenía un interés justificado al formular una acción contra la Compañía SA Tiscali, en su capacidad de intermediario ISP, para lo cual alegó que sus servicios eran usados por terceros para infringir la protección del derecho (p.7 de la decisión).

- Establecer que en efecto había una violación al derecho de autor sobre las obras musicales que eran parte del repertorio de

SABAM, debido al intercambio no autorizado de archivos de música, usando aplicaciones indebidas a través del uso de la red de Internet por parte de la Compañía SA Tiscali. (p.9 de la decisión).

- Recordar que el encontrar dicha violación al derecho de autor, queda obligada la Corte, en principio, a pronunciarse sobre la suspensión del sitio y a su vez a asegurarse de que la orden efectivamente ponga un fin a la situación de ilegalidad.

A su vez, se ordenó una pericia del caso y la misión encomendada al experto fue la siguiente:

- Examinar las soluciones propuestas en los informes redactados por HP, Cap Gemini y L. Golvers;

- Determinar si las soluciones propuestas en estos reportes son técnicamente posibles y si pueden ser utilizadas en las instalaciones de la Compañía SA Tiscali,

- Determinar si esas soluciones permiten que los intercambios ilegales de archivos electrónicos puedan ser filtrados o si, a su vez, pueden interferir todas las aplicaciones ilegales;

- Establecer si las medidas (la filtración y otras) pueden ser consideradas para el control del uso ilegal de aplicaciones y, cuando sea apropiado, determinar si esas medidas afectarían todas las operaciones vía Internet o sólo aquellas ilegales,

- Determinar el costo de las medidas a ser implementadas y la duración de dicha implementación.

- Responder todas las preguntas apropiadas de las partes, buscar la reconciliación y la mediación si es posible, y de no serlo, redactar un reporte con el secretario de la Corte, dentro de los tres meses del inicio de la evaluación experta, bajo la solicitud de la parte mas diligente.

Además, el perito fue convocado para declarar sobre la contrademanda interpuesta por la Compañía SA Tiscali.

El experto entregó su reporte ante el Secretario de la Corte de Distrito, en fecha 3 de Enero de 2007.

La Compañía SA Tiscali cambió el nombre de su compañía y se ha convertido en Compañía SA Scarlet Extended.

## DISCUSIÓN

### 1. Demanda Principal

Visto que Scarlet acusa a la Sociedad SABAM de haber esperado hasta el mes de Marzo 2006 para comenzar la evaluación experta, y que por ende la “urgencia de la pretensión de la acción no puede ser ya presumida” y que se induce un abuso potencial en el comportamiento de la Sociedad SABAM en la insistencia de dicho procedimiento;

Visto que la solicitud de no requiere urgencia, que el demandante puede ser entonces accionado si se ha retrasado en sus actuaciones, (C. Dalcq, Vers et pour une théorie générale du comme en référé, CUP 2006, Les actions comme en référé, p. 60);

Visto que en mayo 22 de 2006, la Sociedad SABAM envió al experto legal una nota de introducción técnica que incluía muchas soluciones para el bloqueo y filtraje de información;

Que el alegato no puede ir en contra de la Sociedad SABAM, la cual está a priori menos informada en los términos del Internet que un operador de telecomunicaciones, por el hecho de haber querido entregar a un experto el caso completo, y que el número de soluciones otorgadas al mismo por la Sociedad SABAM explicarían la tardanza que se tomó la misma para armar completamente el archivo;

Que la tardanza criticada por Scarlet no constituye un acto de abuso a la ley, dado que en su reporte, el experto extrajo 11 soluciones que eran “técnicamente pertinentes para filtrar el P2P a corto plazo”, 7 de las cuales eran

“aplicables a la red de Scarlet” (ver p.30 del reporte por el experto Gerbehaye)

Que dentro de esas 7 soluciones, el experto sintió que una solamente, la de “Magia Auditiva” (CopySense Network Appliance), “busca identificar el contenido musical protegido en las redes de P2P”, y al ser las otras “soluciones de manejo de tráfico, que particularmente y no exclusivamente usan el reconocimiento de la aplicación como discriminante. Ninguna de esas otras soluciones tienen entonces el propósito de diferenciar el contenido manejado dentro de estas aplicaciones”.

El experto entonces considera que “la solución propuesta por la Compañía Magia Auditiva es la única solución para tratar de atacar de forma específica al problema” (conclusión general, p.38, punto 4).

El experto nota, sin embargo, que:

- La permanencia de la aplicación P2P filtrando soluciones está lejos de estar asegurada a mediano plazo (2-3 años), dado el creciente uso de encriptaciones en este tipo de aplicación.

- La solución propuesta por Magia Auditiva, “esencialmente diseñada para el mundo de la educación no está....prevista para responder al volumen de tráfico de un ISP” (proveedor de servicio de Internet).

Dado que con base en estos hallazgos la Sociedad SABAM considera que hay una gran cantidad de soluciones que permiten a Scarlet finalizar con los intercambios localizados.

Scarlet, por su lado, expresa que las técnicas a las que se refiere la Sociedad SABAM no son capaces de prevenir el intercambio no autorizado de obras musicales, debido a que “es inaccesible para la técnica manejar la ilegalidad de una transmisión de datos” (No es posible saber si el autor de la obra en cuestión ha consentido en la comunicación de la misma) y que donde la “identificación propia de las obras intercambiadas puede acarrear un problema”. debido a la encriptación de la información transmitida.

*Dado también que, así como ya fue recordado en la decisión del 26 de noviembre de 2004, la acción interpuesta debe producir como resultado que efectivamente se ponga fin a la situación ilegal (ver Caso. 6 diciembre 2001, A&M 2002, 146 y la nota por B. Michaux);*

*Que deben existir medidas técnicamente posibles para prevenir las violaciones al derecho de autor;*

*Que el reporte experto, completado con la información producida por la Sociedad SABAM en su informe, permite, en este caso, que la Corte concluya que dichas medidas efectivamente existen;*

*Que el experto extrajo 7 soluciones aplicables a la red de Scarlet, 6 de las cuales contienen el efecto del bloqueo de la comunicación ilegal entre personas, sin distinción del contenido (soluciones de bloqueo) y cuya solución de filtraje la considera la más apropiada para “tratar de resolver específicamente el problema planteado”;*

*Que en relación con la solución planteada, la Sociedad SABAM mantiene, sin ser contradicha, que la solución “Magia Auditiva”, la cual según el experto busca “identificar el contenido musical protegido en las redes P2P”, usa una base de datos “que cubre el 70 % de las canciones protegidas intercambiadas en el Internet”, que corresponde “en realidad a más del 90% del volumen de archivos musicales ilegales actualmente intercambiados en la Internet”.*

*Que la Sociedad SABAM ofreció pruebas de que esta solución ya ha sido adoptada por uno de los “gigantes del Internet”, My Space, “el cual es uno de los espacios y plataformas más solicitados por los usuarios para el intercambio de información” para bloquear el uso no autorizado de contenidos protegidos por el derecho de autor; que Microsoft también ha anunciado su intención de usar la aplicación “Magia Auditiva para detectar y bloquear cualquier contenido protegido”; que, finalmente, de acuerdo con Magia Auditiva, “una ISP líder en el mercado asiático ha instalado la aplicación Magia Auditiva en su red para evaluar su tecnología y su potencial en el*

*ámbito de la banda ancha. La prueba fue llevada a cabo en verano de 2005. La misma demostró que la tecnología podía ser usada para identificar y filtrar el contenido protegido por derecho de autor en su red”. (Carpeta VIII, archivo SABAM);*

*Que esos elementos pueden contradecir la conclusión del experto (la cual no poseía ningún elemento informativo), cuando establecía que la solución Magia Auditiva no “podría preverse para responder al volumen de tráfico de un ISP”; que la Sociedad SABAM produce en su archivo “lometrix” un estudio que busca demostrar la capacidad de Magia Auditiva para lidiar con muy grandes volúmenes de tráfico con un resultado de 99.3 al 100% de archivos bloqueados.*

*Estas consideraciones técnicas no fueron disputadas por Scarlet Extended;*

*Que fundamentalmente y primordialmente, no se puede demostrar que el problema de una futura encriptación pueda obstruir una medida cautelar actual, ya que se ha demostrado que es técnicamente posible y capaz de producir un resultado, como en este caso particular, en el cual el sector del Internet está en constantes cambios; el juez de la acción o medida cautelar no puede tomar en consideración especulaciones de desarrollos técnicos futuros, dado que los mismos pueden estar sujetos a adaptaciones o cambios en el nivel de bloqueo y filtraje y en particular la solución Magia Auditiva,*

*Que, finalmente, el costo promedio de la implementación de dichas medidas no parece excesivo, pues de acuerdo al experto el costo estimado en un período de tres años y basándose en el número de usuarios de alrededor de de 150.000 personas, no debería exceder 0.50 euros al mes por usuario;*

*Que resulta de todas estas consideraciones que hay en existencia actual, medidas que son técnicamente posibles para prevenir las infracciones al derecho de autor, como fue expresado en la decisión del 26 de noviembre de 2004;*

Que, claramente, estas medidas pudieran indudablemente tener también una consecuencia marginal de bloqueo de ciertos intercambios autorizados; que la circunstancia de que una medida cautelar afecte a un grupo de información de los cuales algunos elementos no estén en infracción de derechos (por ejemplo, una película, un libro, un CD etc.), no previene que la medida sea llevada a cabo, así como la Corte competente lo reveló en su decisión del 26 de noviembre 2004; que el juez de la medida cautelar no puede rehusarse a la misma usando como recurso el balance de los intereses; que Scarlet, en este caso, no puede demostrar que SABAM haya abusado de sus derechos al requerir dichas medidas; y que la sola circunstancia controversial sería que el bloqueo pudiese afectar ciertos contenidos legales, lo que es insuficiente para concluir que hubo algún abuso de la ley por parte de la Sociedad SABAM;

Dado que la Compañía SA Scarlet Extended alega, sin embargo, la posibilidad de la Corte para ordenar la suspensión de la medida argumentando que:

- Las medidas técnicas solicitadas impondrían una obligación de vigilancia del tráfico de todas las actuaciones entre usuarios, que constituiría una carga permanente contraria a la legislación de comercio electrónico.

- Las medidas técnicas solicitadas requieren: “servicios e instalación de aparatos de ayuda para escuchar”, los cuales violarían derechos fundamentales, en especial el derecho a la privacidad, a la confidencialidad de las comunicaciones y el derecho a la libertad de expresión.

La medida cautelar no le impone a Scarlet la obligación de “vigilancia” en su red;

Las soluciones identificadas por el experto son “instrumentos técnicos” que están diseñados únicamente para filtrar o bloquear cierta información que es transmitida en la red de Scarlet y que no constituyen una obligación general de vigilancia en su red;

Al llevar a cabo y forzar esta medida cautelar, la Corte no ordena nada que contraríe lo establecido en la legislación;

Dado que, finalmente, las aplicaciones para el filtraje y bloqueo no procesan ninguna información personal y, así como los antivirus, son simples instrumentos técnicos que no implican la identificación de los usuarios del Internet;

Que, además, la ley de diciembre 8 de 1992 sobre la protección de la privacidad autoriza en su artículo 5, b) el procesamiento de la data personal que sea requerida para la ejecución del contrato; que las condiciones generales de Scarlet firmadas con sus subscriptores nunca deben dar paso a la infracción del derecho de autor; que Scarlet se reserva el derecho de tomar medidas en los casos en los que los usuarios infrinjan lo antes comentado; y que la instalación de programas de filtraje y bloqueo no contravendría lo establecido en la ley del 8 de diciembre de 1992;

## 2. Contrademanda

Dado que la Compañía SA Scarlet solicita que se condene a la Sociedad SABAM al pago de daños y perjuicios debido al humillante procedimiento,

Que la contraparte siente que la demanda fundamentada por la Sociedad SABAM está únicamente diseñada para causar un daño, ya que sólo comenzó como un procedimiento contra ellos, cuando en la realidad compañías de Internet mucho más grandes también han expresado su descontento con la situación actual de comunicación entre partes;

Que la Sociedad SABAM no actuó imprudentemente al solicitar una medida cautelar contra un solo operador ISP, habiendo una gran cantidad de los mismos que también tienen problemas de violaciones de derecho entre personas, y que esa Sociedad sólo dirigió sus recursos contra una única compañía ISP;

## DECISIÓN

Nosotros, C. Helporn juez designado para sustituir al Juez de Distrito de la Corte de Bruselas,

*Asistido por Wansart, el secretario*

*Por virtud de la Ley del 15 de Junio de 1935 en el uso del lenguaje en las materias legales;*

*Decidiendo en conjunto,*

*Sentenciamos a la Compañía SA Scarlet Extended a cesar en las violaciones de derecho de autor identificadas en la decisión del 26 de noviembre de 2004, y a imposibilitar la comunicación ilegal entre pares, así como el envío y recibo de archivos electrónicos por parte de sus clientes, incluyendo las obras musicales del repertorio de la Sociedad SABAM, sujeto todo ello a una multa de 2.500 euros diarios, si Scarlet no acata la decisión,*

*Se condena a la Compañía SA Scarlet a comunicarle a la Sociedad SABAM mediante un escrito, todas las medidas que aplicarán para respetar esta decisión*

*Condena a la Compañía SA Scarlet a pagar los costos incurridos por el demandante en las sumas de: 253.86 Euros + 233.03 Euros + el monto de la evaluación hecha por el experto y para el abogado defensor la cantidad de 233.03 Euros;*

*Así se declara en juicio público en fecha 28-6-2007*