

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

Responsabilidad de proveedores. Intercambio de archivos. Servidores de noticias.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Estados Unidos de América

ORGANISMO: Corte de Distrito del Distrito Sur del Estado de Nueva York

FECHA: 20-6-2009

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en <http://beckermanlegal.com>

TRADUCCIÓN: Melisa Espinal

OTROS DATOS: 07 Civ. 8822 (HB)

SUMARIO:

“La presente acción surge por alegatos de infracción generalizada de derechos de autor sobre fonogramas bajo la titularidad de los demandantes ..., cuyas copias están disponibles para su descarga accediendo a la red de computadoras denominada USENET a través de servicios prestados por los demandados ...”.

[...]

“La red USENET ... es un sistema global de cartelera de anuncios en el cual los usuarios (o «suscriptores») pueden publicar sus propios mensajes o leer los mensajes publicados por otros ... Para acceder a la USENET, el usuario debe obtener acceso a través de un proveedor comercial de USENET ... o un proveedor de servicios de Internet ... Los mensajes publicados en la USENET son conocidos comúnmente como «artículos». Los artículos, a su vez, son publicados en carteleras de anuncios denominados «grupos de noticias». Los grupos de noticias con frecuencia están organizados según una materia u objeto específico, y frecuentemente son denominados de acuerdo al objeto con el que se relacionan los artículos publicados en el grupo de noticias ...”

[...]

“Los usuarios revisan los artículos disponibles para su potencial descarga seleccionando un grupo de noticias y luego examinando los «titulares» o títulos de los artículos que están publicados en ese grupo de noticias; en base al titular, el usuario puede solicitar descargar los artículos que son de interés ...”.

[...]

“Los usuarios revisan los artículos disponibles para su potencial descarga seleccionando un grupo de noticias y luego examinando los «titulares» o títulos de los artículos que están publicados en ese grupo de noticias; en base al titular, el usuario puede solicitar descargar los artículos que son de interés ... Algunos servidores de noticias incluyen un campo de búsqueda en el que un usuario puede tipear el nombre de un archivo deseado y

luego revisar una lista de artículos que responde a la solicitud de búsqueda ... Una vez que se selecciona un artículo, se usa un software para convertir el archivo de texto en contenido binario; sin embargo, este proceso de conversión es automático y virtualmente invisible para el usuario ... «La combinación de estas características adicionales crea una experiencia del usuario que imita la del usuario de aplicaciones usadas en redes peer-to-peer para compartir archivos» como Napster ... Una vez que un archivo ha sido seleccionado y convertido, es descargado desde el servidor del proveedor de USENET y se almacena una copia en la computadora personal del usuario”.

[...]

“Los servidores en cada «hub» de USENET están programados para alimentar los artículos que los usuarios han publicado a otros servidores de USENET, en base a ajustes implícitos o explícitos de configuración del usuario, y a su vez, los servidores reciben artículos publicados de otros servidores. Este proceso no es completamente automático; de hecho los proveedores de USENET controlan cuáles artículos en cuáles grupos de noticias serán aceptados o transmitidos a otros proveedores a través de este proceso de «peering» ... Los artículos que son publicados en la USENET no son retenidos en la red indefinidamente; más bien las tasas de retención oscilan de días a meses dependiendo de la capacidad del servidor del «host» ... Una vez que se alcanza la capacidad máxima, el servidor elimina los artículos más viejos para darle espacio a artículos más nuevos. A diferencia de otras formas de redes de compartir archivos, como las redes «peer-to-peer», los artículos en la USENET son guardados en servidores de noticias en lugar de en la computadora personal de otro usuario final; un usuario accede a estos artículos y archivos de contenidos conectándose a estos archivos centrales que están disponibles a través del servicio de su proveedor”.

[...]

“No puede discutirse que los servicios de los demandados fueron usados masivamente para cometer infracciones de derecho de autor. Efectivamente, ... más del 94% de todos los archivos de contenido ofrecidos en grupos de noticias binarios relacionados con música previamente transmitidos ... eran infractores o con alta probabilidad de ser infractores ...”.

[...]

“Es incontrovertido que los demandantes no han autorizado la distribución o reproducción de sus obras protegidas por derecho de autor a través del servicio de los demandados ...”.

[...]

“Los demandados estaban conscientes de que descargar música era, como mínimo, una razón principal para que una porción sustancial de sus suscriptores se registraran en su servicio: su propio estudio de usuarios mostró que el 42% de los suscriptores que respondieron identificaron la descarga de archivos de música como una razón «principal» para usar el servicio de los demandados ...”.

[...]

“... un proveedor de servicios puede perder la protección de puerto seguro «si no toma acción con respecto a material infractor cuando está al tanto de los hechos o circunstancias

que evidencian la actividad infractora» ... De esta manera, si los demandados estaban al tanto de esas banderas rojas, o peor aún, si alentaron o fomentaron dicha infracción, no serían elegibles bajo las disposiciones de puerto seguro de la DMCA”.¹

[...]

“... los demandados estaban bien conscientes de que los archivos de música digital estaban entre los artículos más populares en su servicio, y tomaron medidas activas para crear servidores dedicados a archivos de mp3 y para incrementar los tiempos de retención de grupos de noticias que contenían archivos de música digital ...”.

[...]

“... al contrario de las afirmaciones de los demandados, aquí su servicio no es meramente un «conducto pasivo» que facilita el intercambio de contenidos entre usuarios que cargan contenido infractor y usuarios que descargan ese contenido; más bien los demandados se involucraron activamente en el proceso para satisfacer el requisito de una «conducta volitiva» para la infracción directa”.

[...]

“Los demandados alegan que los demandantes ... no han establecido de manera conclusiva que sus suscriptores cometieron infracción directa de las obras en cuestión. Por el contrario, los hechos incontrovertidos establecen que los suscriptores de los demandados han cometido infracción directa del derecho exclusivo de reproducción de las obras de los demandantes al descargar copias de las obras de los demandantes desde el servicio de demandados, creando así copias de las obras en sus computadoras sin autorización de los demandantes”.

[...]

“De esta manera los demandantes han establecido el requisito mínimo de infracción directa de los usuarios para sus alegatos de responsabilidad subsidiaria por infracción de derecho de autor”.

[...]

“... los hechos incontrovertidos en este caso indican que los demandados abierta y afirmativamente buscaron atraer a antiguos usuarios de otros servicios de compartir archivos como Napster y Kazaa ...”.

[...]

“El sitio web de los demandados también presentaba materiales promocionales que publicitaban los usos infractores del servicio, incluyendo páginas web que promocionaban archivos de música de populares artistas ...; páginas web que alentaban a los usuarios a «descargar miles de archivos de música con calidad de CD, ¡GRATIS!» ... y anuncios publicitarios de un servidor especializado dedicado a mp3 y grupos que contenían archivos de sonido y música ...”.

¹ Digital Millenium Copyright Act de los Estados Unidos, nota del compilador.

[...]

“... los hechos hablan por sí mismos y pintan un cuadro muy claro de intención de los demandados de fomentar la infracción de sus usuarios ... En consecuencia ... la intención de los demandados de inducir o fomentar la infracción de sus usuarios en sus servicios era inequívoca, y ningún juzgador razonable podría concluir lo contrario. Por lo tanto, se declara con lugar la solicitud de los demandantes de sentencia sumaria por su alegato de incitación a la infracción”.

[...]

“... aunque los demandados cuentan con varias herramientas y mecanismos que podrían usarse para bloquear el acceso a grupos de noticias o artículos infractores, nunca los usaron para limitar la infracción de derecho de autor en sus servidores. En efecto, los demandados sí usaron esta funcionalidad para limitar la descarga de conducta cuestionable, para bloquear a usuarios que publicaran «spam» y limitar la velocidad de descarga de determinados usuarios, pero nunca usaron las mismas capacidades de filtrado para buscar, limitar o eliminar la infracción en su servicio ... los demandados ni siquiera intentaron usar «herramientas de filtrado u otros mecanismos para disminuir la actividad infractora» en su servicio ...; peor aún, los demandados habían desarrollado tales herramientas, pero se negaron a usarlas cuando hacerlo hubiese dañado su modelo de negocios y base de clientes”.

[...]

“La infracción de derecho de autor por contribución »es una forma de responsabilidad subsidiaria con raíces en los conceptos de responsabilidad civil extracontractual de responsabilidad de la empresa e intención imputada» ... Una parte es responsable de infracción por contribución si «con conocimiento de la actividad infractora» ésta «induce, causa o contribuye materialmente con la conducta infractora de otro» ... El requisito de conocimiento para la responsabilidad por infracción por contribución puede ser efectivo o presumido ... «la responsabilidad por contribución requiere que el infractor secundario ‘sepa o tenga razones para saber’ sobre la infracción directa». También se ha concluido que «hacerse la vista gorda» ante la infracción es equivalente al conocimiento ... Así, el conocimiento de infracciones específicas no es requerido para fundamentar una conclusión de infracción por contribución ...”.

[...]

“... se declara con lugar la solicitud de los demandantes de sentencia sumaria por su alegato de infracción por contribución”.

[...]

“Un demandado es responsable por infracción indirecta de derecho de autor al «obtener beneficios de la infracción directa mientras se niega a ejercer el derecho de detenerla o limitarla» ... «uno puede ser indirectamente responsable si tenía el derecho y la capacidad de supervisar la actividad infractora y también tenía un interés financiero directo en tales actividades». Así, la responsabilidad indirecta se fundamenta totalmente en el beneficio financiero directo y el derecho y capacidad de controlar la infracción; no incluye un elemento de conocimiento o intención por parte del infractor indirecto ...”.

“Aquí, el expediente evidencia que los demandados obtuvieron un beneficio financiero directo de la infracción. Primero, las ganancias de los demandados se incrementaban dependiendo del volumen de descarga de sus usuarios; así, a mayor volumen de descargas (la mayoría de las cuales han demostrado infractoras), mayor la ganancia de los demandados ... Más aún, el contenido infractor ciertamente actúa como «un incentivo» para los usuarios que se suscriben al servicio de los Demandados. Los demandados alegan que no tienen un beneficio financiero directo de la infracción porque a ellos se les pagaba por volumen, no por descarga, y porque la música infractora representaba menos del 1% de los grupos de noticias disponibles en su servicio. Sin embargo, la ley es clara en que para constituir un beneficio financiero directo, el «incentivo» de la infracción no necesita ser el principal incentivo, ni siquiera uno significativo –más bien, necesita ser sólo «un» incentivo ... «El aspecto esencial de la cuestión del ‘beneficio financiero directo’ es si hay una relación causal entre la actividad infractora y cualquier beneficio financiero que el demandado coseche, independientemente de cuán sustancial es el beneficio en proporción a las ganancias generales del demandado» ... En este expediente, no hay duda de que la infracción constituye un incentivo para los usuarios del servicio de los demandados”.

[...]

“... como los hechos incontrovertidos ilustran que los demandados cosecharon un beneficio económico directo de la infracción de derecho de autor y no ejercieron su derecho y capacidad de controlar o limitar la infracción en sus servidores, se declara con lugar la solicitud de los demandantes de sentencia sumaria por su alegato de infracción indirecta de derecho de autor”.

COMENTARIO: El caso que se resuelve en este fallo tiene su antecedente en el decidido por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito (4-11-2002), donde ante la puesta a disposición del público de una obra a través de la Internet por medio de un servicio de noticias, declaró que la *Digital Millenium Copyright Act* “se ocupa de las «comunicaciones transitorias en redes digitales» y establece un puerto seguro sólo para la «transmisión, enrutamiento o provisión de conexiones para material a través de un sistema o red controlada u operada por o para el proveedor de servicios, o en virtud del almacenaje intermedio o transitorio de ese material en el curso de tales transmisiones, enrutamiento o provisión de conexiones...» ...”, concluyendo que el proveedor del servicio, al alojar el material por catorce días en sus servidores, no se beneficiaba de esa exclusión de responsabilidad. De la misma manera, la sentencia que acá se reseña deja claro que un “servicio de noticias” como el enjuiciado, no actúa como un mero transmisor automático o provisional de datos, desde el momento en que dichos elementos se mantienen por un tiempo prolongado en su servidor y, por tanto, no se beneficia del carácter de “conducto pasivo”. Y tampoco que desconoce el contenido de los datos transmitidos, razón por la cual no puede quedar eximido de responsabilidad cuando sabe, o tiene motivos razonables para saber, que transmite elementos protegidos sin el consentimiento de los respectivos titulares de derechos. A esos efectos, el fallo parte del principio, ya reconocido en el caso “Napster”, éste donde la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito (12-2-2001) afirmó que los usuarios de ese servicio “*infringen al menos dos de los derechos exclusivos de los titulares de los derechos: los derechos de reproducción y distribución*”. El derecho de “*distribución por distribución*”, reconocido por la jurisprudencia en los Estados Unidos, implica que cada vez que se transmite a través de las redes digitales un contenido protegido, se produce en cada receptor un ejemplar más (aunque sea intangible) y, por tanto, hay allí una distribución. Si bien es cierto que la “*Declaración Concertada*” a los artículos 6 y 7 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (y en sentido similar la “*Declaración Concertada*” a los artículos 2.e), 8, 9, 12 y 13 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas), dispone que “*las expresiones «copias» y «originales y copias» sujetas al derecho de distribución y al derecho de alquiler ..., se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden*

poner en circulación como objetos tangibles”, se trata de un “principio mínimo”, cuyo alcance puede ser ampliado por las legislaciones nacionales. Partiendo entonces de la “infracción directa” por los usuarios del servicio de noticias, la sentencia pasa a considerar si hay allí alguna clase de responsabilidad por parte del proveedor que permite la transmisión de los contenidos infractores. Allí entra en juego la conducta voluntaria del prestador de servicios para facilitar esa infracción directa, dando lugar a una responsabilidad indirecta o subsidiaria, es decir, responsabilidad derivada del hecho de terceros. Ello fue destacado por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el conocido caso “Grokster” (27-6-2005), al afirmar que “cuando un servicio o producto ampliamente utilizado es usado para cometer la infracción, es imposible entablar una acción eficazmente en contra de todos los infractores directos” y que “uno infringe de forma indirecta al sacar provecho de la violación directa ya que se opta por declinar el ejercicio del derecho a detener tal infracción o limitarla”. Ello se agrava cuando se pretende un beneficio económico derivado de la infracción directa por parte de los usuarios, lo que se hace evidente cuando el servicio mantiene anuncios publicitarios, pues como lo apuntó la Corte Federal de Australia, en el caso “Kazaa” (5-9-2005), “es un principio de la mercadotecnia que el precio está relacionado con la propaganda susceptible de alcanzarse a través de la publicidad. Mientras más archivos hubiera para compartir en Kazaa, mayor atracción se generaba para su sitio web”. Por lo que se refiere a la responsabilidad “contributoria” o coadyuvante, cobra suma importancia la actitud aquiescente del proveedor, quien a pesar de tener razones para conocer de la infracción y contando con los medios técnicos para evitarla, no lo hace. Como lo destacó el Tribunal de Distrito de La Haya (9-6-1999), el proveedor de servicios está obligado “a tomar las medidas adecuadas en cuanto esté al corriente de que un usuario de su sistema informático comete un atentado al derecho de autor ayudándose de la página (homepage) o cualquier otro acto ilícito”. Por último, es de destacar la responsabilidad “por inducción”, es decir, cuando se alienta, promueve o invita a los usuarios a incurrir en el ilícito, lo que ya había resaltado la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el mencionado asunto “Grokster”, al decidir que “el ejemplo clásico de una evidencia directa de un propósito ilegal se presenta cuando uno induce a otro a la comisión de la infracción o fomenta o persuade a otro para infringir”. © Ricardo Antequera Parilli, 2009.

TEXTO COMPLETO:

DECISIÓN

ARISTA RECORDS LLC, ATLANTIC RECORDING CORPORATION, BMG MUSIC, CAPITOL RECORDS, LLC, CAROLINE RECORDS, INC., ELEKTRA ENTERTAINMENT GROUP INC., INTERSCOPE, RECORDS, LAFACE RECORDS LLC, MAVERICK RECORDING COMPANY, SONY BMG MUSIC ENTERTAINMENT, UMG RECORDS, INC., VIRGIN RECORDS AMERICA, INC., WARNER BROS. RECORDS, INC., y ZOMBA RECORDING LLC, **Demandantes,**

Contra:

USENET.COM, INC., SIERRA CORPORATE DESIGN, INC., y GERALD REYNOLDS,

Demandados.

Honorable HAROLD BAER, JR., Juez de Distrito de los Estados Unidos

La presente acción surge por alegatos de infracción generalizada de derechos de autor sobre fonogramas bajo la titularidad de los Demandantes Arista Records LLC; Atlantic Recordings Corporation; BMG Music; Capitol Records, LLC; Caroline Records; Elektra Entertainment Group Inc.; Interscope Records; LaFace Records LLC; Maverick Recording Company; Sony BMG Music Entertainment; UMG Recordings, Inc; Virgin Records America, Inc.; Warner Bros. Records Inc; y Zomba Recording LLC (“Demandantes”), cuyas copias están disponibles para su descarga accediendo a la red de computadoras denominada USENET a través de servicios prestados por los Demandados, Usenet.com, Inc. (“UCI”)¹, Sierra Corporate Design, Inc. (“Sierra”) y encabezadas por su director y único accionista,

¹ En un esfuerzo de evitar confusión en base a la similitud entre el nombre del Demandado Usenet.com, Inc. y la red a la que provee acceso, la última en lo sucesivo se denominará “USENET”, mientras que el Demandado Usenet.com, Inc., se denominará en lo sucesivo “UCI.”

Gerald Reynolds (“Reynolds”) (colectivamente los “Demandados”). Específicamente, los Demandantes presentaron esta demanda alegando (1) infracción directa del derecho exclusivo de distribución de los Demandantes bajo el Título 17 del United States Code (Código de los Estados, en lo sucesivo “U.S.C.”), Sección 106(3)²; (2) incitación a la infracción de derecho de autor; (3) infracción por contribución (*contributory infringement*); y (4) infracción indirecta (*vicarious infringement*). Los Demandantes presentaron dos solicitudes ante mí –una de terminación debido a conducta ilícita en el descubrimiento de pruebas, y otra de sentencia sumaria- y los Demandados también presentan una solicitud de sentencia sumaria. En la solicitud de sentencia sumaria de los Demandados³ se alega que ellos tienen derecho a las protecciones de puerto seguro de la Sección 512(c) de la Digital Millennium Copyright Act (“DMCA”). Todas las partes presentaron numerosas solicitudes adicionales para excluir determinado testimonio, así como voluminosas objeciones probatorias. Los Demandantes en su solicitud de sanciones de terminación alegan que la conducta ilícita en el descubrimiento es suficiente para solicitarme que ataque la contestación de los Demandados y pronuncie una sentencia en rebeldía a su

² En la Modificación de la Demanda, presentada el 17 de septiembre de 2008, los Demandantes alegaron como segunda causa de acción la infracción directa de su derecho exclusivo de reproducción de conformidad con el Título 17 del U.S.C., Sección 106(1). En base a los argumentos que los Demandantes han pronunciado en las actuales solicitudes y en el argumento oral, parece que han abandonado ese alegato, y su alegato de infracción directa se enfoca sólo en el derecho de distribución.

³ El 21 de mayo de 2009, Sierra presentó una Sugerencia de Quiebra en este asunto informando al Tribunal que había presentado una solicitud de conformidad con el capítulo 7 del Código de Quiebras (*Bankruptcy Code*) en el Distrito de Dakota del Norte. Por lo tanto, de conformidad con el Título 11 del U.S.C., sección 362, opera una suspensión automática con respecto a Sierra, y no está sujeto a la Decisión del Tribunal. Para facilitar la referencia, y dado que la mayoría de los alegatos de los Demandantes están dirigidos igualmente a todos los Demandados, esta Decisión se referirá a los “Demandados” en colectivo en la mayoría de los casos. Sin embargo, el Tribunal está plenamente consciente de que ninguna orden afectará los derechos del Demandado-Deudor Sierra.

favor (“Solicitud de Sanciones de Terminación”).

Por las razones expresadas más adelante, la Solicitud de Sanciones de Terminación de los Demandantes se declara con lugar en la medida tratada en esta decisión, pero no en su totalidad; La solicitud de los Demandantes de sentencia sumaria se declara con lugar con respecto a todos los petitorios; y se desestima la solicitud de los Demandados de sentencia sumaria por impertinente.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

A. La USENET y Cómo Funciona

La red USENET, creada hace más de veinte años, es un sistema global de cartelera de anuncios en el cual los usuarios (o “suscriptores”) pueden publicar sus propios mensajes o leer los mensajes publicados por otros. (Declaración de Hechos Incontrovertidos de los Demandados, “DHI de los Demandados”, 1). Para acceder a la USENET, el usuario debe obtener acceso a través de un proveedor comercial de USENET, como el Demandado UCI, o un proveedor de servicios de Internet. (Véase Memorandum Opinion & Order, de fecha 26 de enero de 2009, “Orden de Sanciones” en 3). Los mensajes publicados en la USENET son conocidos comúnmente como “artículos” (Ídem). Los artículos, a su vez, son publicados en carteleras de anuncios denominados “grupos de noticias” (Ídem). Los grupos de noticias con frecuencia están organizados según una materia u objeto específico, y frecuentemente son denominados de acuerdo al objeto con el que se relacionan los artículos publicados en el grupo de noticias (DHI de los Demandados 2). La USENET está dividida en nueve títulos de materias principales conocidos como “jerarquías”, uno de los cuales es la jerarquía alt.* (DHI de los Demandados 3-4). Los archivos de contenidos conocidos como binarios, que representan archivos informáticos como imágenes, videos, sonidos, programas de computación y texto, se encuentran en la jerarquía alt.* (DHI de los Demandados 5). Estos archivos binarios están codificados en forma de texto para almacenamiento y procesamiento y requieren un programa de software para convertir el texto

en un archivo de contenido como un archivo de imagen o música (Véase ídem).

Los usuarios revisan los artículos disponibles para su potencial descarga seleccionando un grupo de noticias y luego examinando los “titulares” o títulos de los artículos que están publicados en ese grupo de noticias; en base al titular, el usuario puede solicitar descargar los artículos que son de interés (Decl. de Horowitz, párrafo 21). Algunos servidores de noticias incluyen un campo de búsqueda en el que un usuario puede tipear el nombre de un archivo deseado y luego revisar una lista de artículos que responde a la solicitud de búsqueda (Ídem, párrafo 24; Declaración de Hechos Incontrovertidos de los Demandantes, “DHI de los Demandantes”, 91). Una vez que se selecciona un artículo, se usa un software para convertir el archivo de texto en contenido binario; sin embargo, este proceso de conversión es automático y virtualmente invisible para el usuario (Decl. de Horowitz, párrafo 35). “La combinación de estas características adicionales crea una experiencia del usuario que imita la experiencia del usuario de aplicaciones usadas en redes peer-to-peer para compartir archivos” como Napster (ídem, párrafo 36). Una vez que un archivo ha sido seleccionado y convertido, es descargado desde el servidor del proveedor de USENET y se almacena una copia en la computadora personal del usuario (Ídem).

Para publicar un artículo en la USENET, el usuario primero debe obtener acceso a al menos un host de USENET, como UCI; segundo, el usuario debe usar el protocolo de USENET adecuado para publicar mensajes; y tercero, al cargar el artículo al host de USENET, el artículo es distribuido a través de la red USENET a otros servidores de hosts (DHI de los Demandados, 33; véase también Orden de Sanciones en 3 “Los servidores en cada hub de Usenet están programados para alimentar los artículos que los usuarios han publicado a otros servidores de Usenet, en base a ajustes implícitos o explícitos de configuración del usuario, y a su vez, los servidores reciben artículos publicados de otros servidores”). Este proceso no es completamente automático; de hecho los proveedores de USENET controlan cuáles

artículos en cuáles grupos de noticias serán aceptados o transmitidos a otros proveedores a través de este proceso de “peering” (Véase Decl. de Horowitz, párrafos 26, 57-58; DHI de los Demandantes, 71). Los artículos que son publicados en la USENET no son retenidos en la red indefinidamente; más bien las tasas de retención oscilan de días a meses dependiendo de la capacidad del servidor del host (DHI de los Demandados, 14). Una vez que se alcanza la capacidad máxima, el servidor elimina los artículos más viejos para darle espacio a artículos más nuevos (Ídem). A diferencia de otras formas de redes de compartir archivos, como las redes peer-to-peer, los artículos en la USENET son guardados en servidores de noticias en lugar de en la computadora personal de otro usuario final; un usuario accede a estos artículos y archivos de contenidos conectándose a estos archivos centrales que están disponibles a través del servicio de su proveedor (Véase Decl. de Horowitz, párrafo 15).

B. Los Demandados y su Negocio

Sierra compró el nombre de dominio “www.usenet.com” en 1998, y dirigió el sitio web hasta que se formó UCI en el 2004 (DHI de los Demandados, 17). Los Demandados ofrecen acceso a la USENET a suscriptores que se inscriben para recibir los servicios de los Demandados en el sitio www.usenet.com (Véase DHI de los Demandados, 19). Para suscribirse, el usuario puede escoger entre una variedad de planes de suscripción mensual, que varían en precio dependiendo de la asignación de ancho de banda deseada por el usuario (Ídem; véase también DHI de los Demandados, 38). Los suscriptores pagan a los Demandados una tarifa mensual que oscila entre \$4,95 y \$18,95; por una tarifa mensual de \$18,95, los usuarios tienen acceso a descargas ilimitadas (Véase DHI de los Demandantes, 63-64; véase también DHI de los Demandantes, 65-66; Orden de Sanciones en 4). El usuario debe luego aceptar determinados “Términos de Uso” (“TOU”, por sus siglas en inglés) que rigen la relación entre UCI y sus suscriptores (DHI de los Demandantes, 67). Ente los términos en el TOU, es política oficial de UCI prohibir cargar contenido no autorizado, incluyendo material protegido por derecho de

autor, sin el permiso del titular de los derechos (DHI de los Demandados, 20). Una vez que el usuario se suscribe al servicio de los Demandados, se le provee acceso a más de 120.000 grupos de noticias (DHI de los Demandados, 28). Los Demandados mismos operan más de 34 servidores diferentes que ejecutan tareas que incluyen el almacenamiento de contenidos y transmisión de copias de artículos a los usuarios a solicitud (DHI de los Demandantes, 89). Los servidores “front-end” de los Demandados (que manejan interacciones con los suscriptores y transmiten los artículos solicitados) exhiben los artículos disponibles para su descarga en servidores en la USENET, y están configurados para conectarse con el servidor “spool” correcto (que efectivamente almacena los artículos) para recoger un artículo que el usuario solicita (Véase DHI de los Demandados 28; Declaración de Horowitz, párrafos 46, 50, 67, 92). Los servidores spool de los Demandados tienen la capacidad de filtrar o bloquear grupos o artículos, y pueden definir feeds (fuentes) que especifican qué artículos y grupos de noticias son copiados a los servidores spool. (Decl. de Horowitz, párrafo 62). Los Demandados también tienen la capacidad de crear servidores designados para ciertos tipos de grupos de noticias; ellos hacen uso de esta capacidad creando servidores para grupos de noticias que contienen archivos binarios de música para incrementar su tiempo de retención. (Véase DHI de los Demandantes, 93-96). Los Demandados, en ciertos momentos, han ejercido su derecho y capacidad de restringir, suspender o terminar suscriptores, incluyendo la suspensión de cuentas de usuarios que envían mensajes “spam” y restringiendo las velocidades de descarga de suscriptores que descargan lo que los Demandados consideran un volumen desproporcionado de contenidos (DHI de los Demandantes 69). También han tomado medidas para evitar que usuarios publiquen o descarguen artículos con contenido pornográfico (DHI de los Demandantes, 70; véase también DHI de los Demandantes, 112). Asimismo, los Demandados tienen el derecho y la capacidad de bloquear el acceso a artículos almacenados en sus propios servidores que contienen contenido infractor (DHI de los Demandantes, 72).

C. Evidencia de que los Suscriptores de los Demandados Descargan las Obras de los Demandantes

No puede discutirse que los servicios de los Demandados fueron usados masivamente para cometer infracciones de derecho de autor. Efectivamente, el experto de los Demandantes ha testificado que en base a análisis estadístico, se concluyó que más del 94% de todos los archivos de contenido ofrecidos en grupos de noticias binarios relacionados con música previamente transmitidos por el Demandado eran infractores o con alta probabilidad de ser infractores (DHI de los Demandantes, 7; Declaración del Dr. Richard Waterman, “Decl. de Waterman”, párrafo 5, 13⁴). Además, no sólo ocurre una desenfadada infracción de derechos sobre obras musicales en el servicio de los Demandados en general, sino que hay evidencia directa incontrovertida de que los fonogramas protegidos por derecho de autor de los Demandantes han sido distribuidos y descargados en violación a sus derechos⁵. Primero, la evidencia de los Demandantes muestra que tanto los investigadores forenses de los Demandantes como los propios antiguos empleados de los Demandados confirmaron descargas de archivos de música digital de fonogramas de los Demandantes desde el servicio de los Demandados (Véase DHI de los Demandantes, 2). Es incontrovertido que los Demandantes no han autorizado la distribución o reproducción de sus obras protegidas por derecho de autor a través del servicio de los Demandados (DHI de los Demandantes, 3). Además, el expediente muestra que al mismo tiempo, los servidores de los Demandados almacenaron lo que se ha denominado “Datos

⁴ Los Demandados han solicitado excluir el testimonio del Dr. Waterman, alegando que no es confiable y es irrelevante. Como se tratará con mayor detalle más adelante, el testimonio del Dr. Waterman es admisible en la actual solicitud de sentencia sumaria. Adicionalmente, los Demandados no han ofrecido ningún hecho que contradiga los hallazgos reales del estudio del Dr. Waterman.

⁵ No hay disputa en que los Demandantes son titulares o controlan los derechos de autor sobre los fonogramas como se detalla en el expediente. Véase DHI de los Demandantes, 1 (citando testimonio).

de Uso” o “registros preexistentes de los servidores de los Demandados que reflejan solicitudes efectivas de los suscriptores de los Demandados de descargar o cargar archivos de música digital usando el servicio de los Demandados”, que hubiesen brindado evidencia directa e irrefutable de infracción de derecho de autor (Véase Orden de Sanciones, en 5). Cerca de la clausura inicial de presentación de pruebas en este caso, los Demandantes presentaron una solicitud de sanciones, alegando que los Demandados habían destruido deliberadamente estos Datos de Uso, entre otras informaciones, y que hubiesen proporcionado evidencia directa de infracción generalizada de los derechos de los Demandantes sobre fonogramas protegidos⁶. Específicamente, los Demandantes afirmaron que el 8 de marzo de 2008, no obstante las obligaciones de los Demandados de preservar información solicitada y relevante, el Demandado Reynolds personal y afirmativamente deshabilitó aproximadamente 900 grupos de noticias relacionados con música, lo que esencialmente destruyó o inutilizó los Datos de Uso que los Demandantes habían solicitado⁷. Como resultado, el Juez Katz otorgó una inferencia adversa para establecer el hecho de que copias de los fonogramas protegidos por derecho de autor de los Demandantes eran efectivamente transmitidos desde los servidores de los Demandados a las

computadoras personales de sus suscriptores (Véase Orden de Sanciones, en 65-66, 68).

D. Participación de los Demandados en la Infracción en su Servicio

El expediente de este caso está repleto de ejemplos de los Demandados y sus empleados específicamente engendrando infracciones de derecho de autor y tratando de que usuarios con propósitos infractores se convirtieran en suscriptores del servicio de los Demandados. Primero, los propios antiguos empleados de los Demandados han testificado que su departamento de mercadeo específicamente tenía como objetivo a jóvenes familiarizados con otros programas para compartir archivos y les sugerían probar los servicios de los Demandados “como una alternativa segura a los programas para compartir archivos peer-to-peer que estaban siendo desactivados” debido a demandas de infracción de derecho de autor y las órdenes judiciales resultantes (Véase DHI de los Demandantes, 8; véase también DHI de los Demandantes, 9, promocionando el servicio de los Demandados como la mejor manera de obtener música “gratis” ahora que “[l]os sitios web para compartir archivos estaban siendo desactivados; DHI de los Demandantes, 10, comparaciones del servicio de los Demandados con Kazaa, un antiguamente popular servicio peer-to-peer notorio por permitir el intercambio de materiales protegidos por derecho de autor; DHI de los Demandantes 88a, “Entendimos que nuestro mercadeo debía estar más dirigido a personas interesadas en contenidos de medios de entretenimiento protegidos”, citando la Declaración de Jolene Goldade (“Decl. Goldade”), párrafo 8). Efectivamente, la literatura promocional de los Demandados, creada por especialistas de mercadeo a instancias de Reynolds, indicaba que cuando Napster y Kazaa comenzaban a tener problemas por las acciones de los titulares de derechos de autor para hacer respetar sus derechos, “esto le abría camino a la Usenet para volver al juego” (DHI de los Demandantes, 11; véase también DHI de los Demandantes, 12, declaración de especialistas de mercadeo de que el servicio de los Demandados tenía como objetivo a “gente que

⁶ El alegato de los Demandantes de destrucción de los Datos de Uso, así como la alegada destrucción de “Archivos de Música Digital” o las copias digitales físicas de los fonogramas protegidos e información relacionada alojada en los servidores de los Demandados fue ante el Juez Accidental Katz en la primera Solicitud de Sanciones de los Demandantes, y constituye el fundamento, en parte, de la Orden de sanciones del Juez Katz que otorgó ciertas inferencias adversas como resultado de la destrucción de esa evidencia durante el descubrimiento. Esos alegatos de destrucción han sido completamente tratados en la primera Solicitud de Sanciones, y no están ante el Tribunal en la actual Solicitud de Sanciones de Terminación de los Demandantes.

⁷ Luego Reynolds seleccionó personalmente 73 de los grupos de noticias de música más populares que habían sido inhabilitados y los rehabilitó, pero los Datos de Uso y Archivos de Música Digital fueron esencialmente irre recuperables. (Véase DHI de los Demandantes 88b).

quería obtener música gratis, ilegal o no”; DHI de los Demandantes, 108-109. El sitio web de los Demandados también tenía páginas dedicadas a determinados artistas populares y expresamente promocionaba la disponibilidad de “MÚSICA GRATIS” y archivos de mp3 para su descarga (DHI de los Demandantes, 20-26, 29; Decl. de Goldade, párrafo 18). Los Demandados estaban conscientes de que descargar música era, como mínimo, una razón principal para que una porción sustancial de sus suscriptores se registraran en su servicio: su propio estudio de usuarios mostró que el 42% de los suscriptores que respondieron identificaron la descarga de archivos de música como una razón “principal” para usar el servicio de los Demandados (DHI de los Demandantes, 52; véase también DHI de los Demandantes, 53-55). Efectivamente, después de que los Demandados inhabilitaron el acceso a sus grupos de noticias de música en marzo de 2008, recibieron cientos de quejas y cancelaciones debido a la no disponibilidad de contenidos musicales (DHI de los Demandantes, 56.)

Los Demandados también insertaron “meta tags” en el código fuente para que su sitio web atrajera el tráfico de la Internet hacia su servicio (Decl. de Horowitz, párrafo 94; DHI de los Demandantes, 13). Los meta tags no son visibles directamente para el usuario que busca en la Internet; están insertas en el código fuente de un sitio web para incrementar la posibilidad de que el sitio web coincida con una búsqueda que se ejecuta en una solicitud de motor de búsqueda (Véase Decl. de Horowitz, párrafo 94). Los Demandados insertaron determinados meta tags en el código fuente de su sitio web que incrementaban la posibilidad de que su sitio coincidiera con las búsquedas de contenido protegido; por ejemplo, los meta tags de los Demandados incluían el término “warez”, que es jerga de Internet bien conocida para contenido pirata, y “kazaa”, el nombre de un antiguamente popular servicio para compartir archivos (Véase ídem párrafo 95).

Más aún, el expediente refleja numerosos ejemplos de reconocimiento de los propios empleados de los Demandados sobre la disponibilidad de usos infractores a través

del servicio de los Demandados y su uso por ellos mismos para descargar obras protegidas de los Demandantes (Véase, por ejemplo, DHI de los Demandantes 16-18; véase también DHI de los Demandantes 46-49, 78). El personal de soporte técnico de los Demandados incluso brindaba asistencia técnica a usuarios que buscaban descargar material protegido, y aunque empleados en ciertos momentos citaron la política oficial de los Demandados contra asistir potenciales conductas infractoras, con frecuencia procedían a asistir al suscriptor en cualquier caso (Véase DHI de los Demandantes 30-35, 37-39a; Declaración de Charles S. Baker, “Decl. de Baker”, Ex. C; véase también DHI de los Demandantes 79-80; Decl. de Borud, párrafo 10, Ex. 6). Además, los Demandados ofrecían tutoriales del sitio web sobre cómo descargar contenidos desde www.usenet.com, usando obras musicales infractoras como ilustraciones (DHI de los Demandantes, 81). Los Demandados también promovían el hecho de que las actividades de carga y descarga de los usuarios no podían ser rastreadas o monitoreadas, y que a diferencia de otros programas de “baja seguridad” para compartir archivos como Napster y Kazaa, los usuarios podrían llevar a cabo sus actividades infractoras encubiertos en el anonimato (Véase DHI de los Demandantes 40-42, 44; Decl. de Goldade, párrafos 10-11). En base a este conocimiento y participación en la infracción generalizada, los propios empleados de los Demandados han reconocido la ganancia de los Demandados derivada de la disponibilidad de material protegido, incluyendo música, almacenada en sus servidores (Véase DHI de los Demandantes 61; Declaración de Matthew Borud, “Decl. de Borud”, Ex. 9).

E. El Papel de Reynolds en el Negocio de los Demandados

Como director y único accionista de ambos Demandados, UCI y Sierra, el papel de Reynolds es omnipresente⁸ (DHI de los Demandantes, 106-107). Cuando se le

⁸ El Demandado UCI nunca tuvo ningún empleado; más bien, el negocio era llevado a cabo por empleados de Sierra. Sin embargo, para el verano de 2008, Sierra había despedido a todos sus empleados, y sólo quedó Reynolds.

preguntó sobre su papel en el negocio, Reynolds respondió “la compañía soy yo”. (DHI de los Demandantes, 102). Más aún, otros de los empleados de los Demandados testificaron que se dedicaron al negocio de acuerdo a la voluntad e instrucciones de Reynolds, y que Reynolds era el individuo responsable de la “visión estratégica general” del negocio (DHI de los Demandantes, 103-104). Cuando se pidió en interrogatorios que se describieran las responsabilidades laborales de Reynolds, los Demandados respondieron que sus responsabilidades “incluían y continuaban incluyendo virtualmente todos los aspectos de las operaciones de los Demandados” (DHI de los Demandantes, 105; véase también Orden de fecha 17 de junio de 2009 en 5-7, “Orden del 16 de junio”, que observa la “participación activa y personal” de Reynolds en el negocio corporativo de los Demandados y describe a Reynolds como “personalmente involucrado y la fuerza motriz detrás de cada acto de destrucción encontrado en la [Orden de Sanciones] de la Corte”).

II. SOLICITUD DE SANCIONES DE TERMINACIÓN

A. Antecedentes Fácticos Relacionados con la Destrucción de Evidencia y Dolo en el Descubrimiento de Pruebas

Como se observó anteriormente, los Demandados ya fueron sancionados una vez por destrucción de determinados datos con potencial de ser altamente incriminatorios⁹. Sin embargo, al cierre del descubrimiento y después de enterarse de violaciones aún más terribles de las normas sobre descubrimiento, los Demandantes presentaron su Solicitud de Sanciones de Terminación, esta vez buscando el pronunciamiento de una sentencia en rebeldía contra los Demandados en base a la destrucción generalizada de evidencia y conducta dolosa grave en el descubrimiento. La solicitud de los Demandantes cataloga numerosas transgresiones por parte de los

Demandados de manera general, y particularmente por Reynolds.

Los Demandantes alegan que a pesar de numerosas solicitudes de producción de evidencia, conferencias de negociación y correspondencias entre las partes sobre las solicitudes de descubrimiento, los Demandados continuamente usaron tácticas obstructivas en el descubrimiento dejando de producir documentos relevantes o de identificar testigos críticos hasta después del límite del descubrimiento inicial del 15 de octubre de 2008 (Véase Declaración de Gianni P. Servodidio, “Decl. de Servodidio”, párrafos 10-12, 24, 37-38). Específicamente, los Demandantes exigían explicaciones por la no producción por parte de los Demandados de virtualmente ninguna comunicación interna por correo electrónico, “ensayo” promocional del sitio web o documento relacionado con la infracción por parte de los Demandados, sus empleados y suscriptores (Decl. de Servodidio, párrafo 11, Exs. 11-14). La constante reiteración de los Demandados era que ellos habían producido todos los documentos relevantes (Véase ídem). Sólo al declarar la antigua administradora de correos electrónicos y newsmaster de los Demandados, Jessica Heiberg, los Demandantes experimentaron lo que ellos denominan un “momento clave” en el caso. El testimonio de Heiberg confirmó que los empleados de los Demandados regularmente usaban correos electrónicos internos para asuntos relacionados con el trabajo, que un número significativo de empleados de los Demandados almacenaban sus correos electrónicos en sus discos duros locales, y que ella había verificado personalmente las estaciones de trabajo de los empleados para asegurarse de que habían puesto en práctica las políticas adecuadas de retención de correos electrónicos (Véase Deposition de Jessica Heiberg, “Dep. de Heiberg”, en 23:12-16, 27:15-29:21, 30:7-21, 34:4-11, 35:14-37:17, 39:5-9; 41:12-43:9). Heiberg también identificó otros documentos internos claves que los Demandados no había producido, incluyendo “retention scripts” e informes que reflejaban la evaluación por los Demandados de los grupos de noticias más populares disponibles en su servicio (Véase ídem en 100:14-16, 109:11-113:2, 116:18-117:10, 120:10-16).

⁹ Como el Juez Katz concluyó recientemente, la Orden de Sanciones aplicaba a todos los tres Demandados, incluyendo Reynolds, quien “era la fuerza motriz y se involucró personalmente” en todos los actos ilegítimos discutidos en la Orden de Sanciones.

1. Los Siete Discos Duros “Borrados”

En base a la revelación de esta nueva evidencia, los Demandantes prontamente presentaron una solicitud para obligar a la producción de documentos relevantes almacenados en los discos duros de los empleados de los Demandados, y solicitaron una extensión del lapso de descubrimiento. Se celebró una audiencia ante el Juez Auxiliar Katz el 27 de octubre de 2008 para tratar la solicitud de los Demandantes y la no producción de evidencia de los Demandados. En esta audiencia, el abogado de los Demandados reconoció por primera vez que estaba en posesión de siete discos duros de computadoras que habían pertenecido a empleados de los Demandados (los “Siete Discos Duros”, Transcripción de la Audiencia del 27 de octubre de 2008, “Tr. de Oct”, en 13:9-22). Inicialmente, los Demandados concedieron que a cuatro de los Siete Discos Duros se les había borrado o “limpiado” el contenido, y sugirió que producirían los documentos de los tres discos duros restantes (Ídem en 11:30-12:11).

Más tarde, los Demandados admitieron que los tres discos duros restantes tenían también la mayoría de sus contenidos borrados (Véase Decl. de Servodidio, párrafo 20, Ex. 29). Los Demandados contrataron a un experto forense para examinar los discos, y fueron capaces de extraer aproximadamente 300.000 fragmentos de archivos de los tres discos duros restantes. Estos archivos mayormente estaban conformados por fragmentos de archivos borrados y eran casi en su totalidad inservibles; sin embargo, el análisis del experto forense de los Demandantes reveló que los fragmentos de archivos contenían partes de documentos incriminatorios, incluyendo correos electrónicos y documentos de procesadoras de palabras que habían sido almacenados en los discos duros (Véase Declaración de John Loveland, “Decl. de Loveland”, párrafos 8-9).

En el curso del tiempo, los Demandados han ofrecido numerosas explicaciones para el “borrado” de los discos duros. Primero, los Demandados declararon que los discos duros

habían sido encontrados en almacenamiento, y que se habían comprado en blanco en eBay y nunca se habían usado (Véase Tr. de Oct. en 13:12-20, 17:3-5). Más tarde los Demandados se retractaron de esta posición y admitieron que todos los Siete Discos Duros habían sido extraídos directamente de las estaciones de trabajo activas de los empleados de los Demandados en Junio de 2008, por órdenes de Reynolds (Véase Decl. de Servodidio, párrafo 16, Ex. 25, carta de los Demandados de fecha 12/10/08); ídem, Ex. 3, Transcripción de Deposition de Reynolds sobre Destrucción, “Tr. sobre Destrucción”, en 69:17-70:7). Al oponerse a la Solicitud de Sanciones de Terminación, los Demandados ahora proponen una nueva historia –ahora arguyen que los discos “parecieran borrados” como resultado de la modernización que los Demandados hicieron en todas las Computadoras de los empleados al nuevo sistema operativo Windows Vista a comienzos de 2008. El análisis del experto forense de los Demandantes revela que esta explicación simplemente no es plausible (Véase Declaración de Contestación de John Loveland, “Decl. de Cont. de Loveland”, párrafos 5-7; Decl. de Loveland, párrafos 4, 6-7, 11). Como lo explica el experto de los Demandantes, los datos que simplemente son borrados de un disco duro dejan rastros en el disco duro; más bien “limpiar” un disco de esta manera requiere ejecutar tipos específicos de software que eliminan permanentemente los datos y los hacen irrecuperables (Véase Decl. de Loveland, párrafos 10-11). Aquí, el análisis de los fragmentos de documentos indica que los discos fueron borrados tan tarde como en junio de 2008 (Decl. de Loveland, párrafos 4, 11). Los Demandantes alegan que los datos generados por el usuario que habían sido eliminados de estos Siete Discos Duros y no respaldados en ningún servidor central, incluyendo correos electrónicos y otros documentos internos, eran voluminosos e “indudablemente hubiesen sido parte de la evidencia incriminatoria en este caso”.

Además de los Siete Discos Duros que fueron expresamente borrados, la evidencia en autos indica que los Demandados se aseguraron expresamente de otras de sus computadoras laborales no estuviesen

disponibles para su producción en juicio. Por ejemplo, en marzo de 2008, a comienzos del descubrimiento, los Demandados terminaron las relaciones laborales con varios empleados claves, incluyendo su director de tecnología Miro Stoichev y Jessica Heiberg, y en vez de preservar los datos en sus computadoras, los Demandados permitieron que estos y otros empleados despedidos se llevaran sus computadoras con ellos como “regalos de despedida”. Esto sin asegurarse de que el material era preservado. Efectivamente, Sierra había empleado al menos diez diferentes individuos que hicieron trabajo relevante para UCI y su negocio desde el comienzo de este asunto en octubre de 2007. Algunas de las

computadoras de escritorio de los empleados contenían más de un disco duro; de todos, unos quince discos duros fueron borrados o simplemente están perdidos y nunca fueron producidos en juicio para los Demandantes (Véase Decl. de Servodidio, párrafo 18, Exs. 50, 26, 27, 35; Tr. de Dep. sobre Destrucción, 44:12-18, 240:5-241:5; 350:24-352:1).

2. Presunta Destrucción de Correos Electrónicos

Como se observó, a lo largo del descubrimiento los Demandantes presionaron a los Demandados sobre su no producción documental de sus correos electrónicos internos. La contrarréplica de los Demandados ha sido, y lo mantienen hasta hoy, que son una pequeña compañía que no usaba correos electrónicos frecuentemente, y que todos los correos electrónicos relevantes habían sido producidos. Sin embargo, después de la deposición de Heiberg en octubre de 2008, los Demandados sí produjeron algunos correos electrónicos adicionales, muchos de los cuales fueron presuntamente producidos desde un servidor central. Sin embargo, la producción de estos correos electrónicos reveló lagunas significativas e inexplicables en la producción, tales como la ausencia de cualquier buzón de correo electrónico de determinados antiguos empleados claves; la ausencia de cualquier correo que no fuese “spam” del buzón de correos de Miro Stoichev; la ausencia de cualquier correo que no fuese spam del Gerente de Tecnología de la Información, Brad

Allison, anterior al 13 de noviembre de 2007; la absoluta ausencia de correos electrónicos anteriores al 11 de septiembre de 2007 para la Presidenta de Sierra, Lesa Kraft; y la ausencia de correos electrónicos de Heiberg en los últimos dos meses de su empleo (Véase Decl. de Servodidio, párrafo 26). Aún más, aunque se le ordenó a numerosos empleados crear cuentas de “gmail” (esto es, cuentas de correo electrónico disponibles gratuitamente a través de Google) para actividades laborales, los Demandados no produjeron ningún correo electrónico de esas cuentas.

3. Servidor “Workhorse” y Estaciones de Trabajo de Empleados como “Terminales Ligeras”

Los Demandados niegan todos los alegatos de destrucción, afirmando que todos los documentos en discos duros relevantes – tanto discos duros “borrados” como discos en computadoras que permitieron a los empleados llevarse a la terminación de la relación laboral– fueron respaldados en un servidor central llamado “Workhorse”. De esta manera, los Demandados alegan que las computadoras en estaciones de trabajo de empleados individuales eran meras computadoras “de mentira” o “estaciones ligeras” usadas sólo para acceder a discos compartidos y no para guardar ningún documento generado por el usuario en sus discos locales. No obstante, los mismos Demandados fueron capaces de “recuperar” más de 300.000 fragmentos de archivos de tres de los Siete Discos Duros que contenían rastros de correos electrónicos y documentos de procesadores de palabras. Aún más, una revisión del servidor Workhorse revela que aunque algunos documentos relevantes eran aparentemente guardados de forma centralizada, conspicuas lagunas en la organización del servidor indican que no todos los documentos creados por los empleados de los Demandados eran guardados allí. Por ejemplo, documentos de determinados períodos de tiempo están completamente perdidos; y el servidor contiene sólo partes incompletas de los buzones de correo de ciertos empleados. Aún más, como lo testificó el experto de los Demandantes, si todos los buzones de correos electrónicos fueron

respaldados en un servidor central, pudiese esperarse que el servidor genere estructuras de archivo de cuentas de correo electrónico, incluyendo carpetas de archivos como “buzón de entrada”, “correos enviados” y “borradores”, que se aproximen al buzón de correo electrónico del empleado como debería aparecer en su estación de trabajo; estas estructuras de archivos simplemente habían desaparecido de los correos electrónicos dispersos que estaban almacenados en el Servidor Workhorse (Decl. de Cont. de Loveland, párrafo 8).

4. Conducta Ilegítima en el Litigio

Además de estas afirmaciones de empleo de tácticas obstructivas y destrucción de evidencia, los Demandantes también alegan que los Demandados llevaron a cabo otra conducta ilegítima que “perseguía una clara estrategia de evitar que los Demandantes descubrieran evidencia que demostrara la verdadera medida en la que los Demandados promovieron la infracción de derecho de autor”. Primero, los Demandantes alegan que en el momento en el que empezaron a notificar órdenes de comparecencia a terceros, sólo cinco individuos eran aún empleados de Sierra además de Reynolds, todos los cuales eran potencialmente testigos significativos. Los Demandantes alegan que los Demandados orquestaron la indisponibilidad de estos testigos a la altura del descubrimiento haciéndolos viajar a Europa en unas vacaciones con gastos pagados para evitar que declararan. Los Demandados no niegan que enviaron a sus empleados fuera del país durante este período crítico, pero resaltan que los empleados volvieron de Europa a mediados de agosto, dos meses completos antes del final del período de descubrimiento. Sin embargo, información de los Demandantes sugiere que los Demandados intentaron persuadir a los empleados para que permanecieran fuera de la jurisdicción por un período más largo, ilustrando una más de la que parece ser una serie de tácticas de mala fe. Además, al regreso de los empleados, dos de ellos – Leidholm y Richter– presuntamente evadieron la notificación (Véase Declaración de Tony Snesko, párrafos 5-9). Además Reynolds, testificando como designado según la Norma

30(b)(6), suministró información errónea en cuanto a la información de contacto y estatus de empleo de estos testigos. Los Demandantes alegan que los Demandados hicieron todo lo posible para proteger a la antigua Presidente Kraft del descubrimiento proporcionando información errónea en cuando a su empleo y paradero. Aunque la Sra. Kraft a la larga declaró, los Demandantes citan estas acciones como evidencia adicional de mala fe.

Adicionalmente a conducta ilegítima de testigos, los Demandantes también alegan que los Demandados conscientemente notificaron falsas respuestas a interrogatorios. Específicamente, los Demandantes alegan que los Demandados nunca identificaron a dos empleadas –Ina Danova y Jolene Goldade– quienes conjuntamente conformaban el departamento de mercadeo de Sierra, y que los Demandantes se enteraron posteriormente fueron las redactoras de “ensayos” promocionales incriminatorios, a solicitud de Reynolds, tratando de vender la disponibilidad de música de descarga gratuita en el servicio de los Demandados. Las respuestas a interrogatorios de los Demandados expresamente identificaron “una lista de empleados de Sierra”, que supuestamente incluía actuales y antiguos empleados de Sierra desde su inicio en los noventa, pero las respuestas no identificaron a Danova o Goldade (Véase Decl. de Servodidio, Exs. 26, 27).

Finalmente, los Demandantes afirman que los Demandados violaron dos órdenes de la Corte en un esfuerzo de ocultar su generalizada destrucción de evidencia. Específicamente, dados los asuntos planteados por la deposición de Heiberg y los Siete Discos Duros, el 22 de diciembre de 2008 el Juez Auxiliar Katz ordenó a los Demandados proveer una explicación detallada de la eliminación de los datos de los Siete Discos Duros así como del paradero de los otros discos duros que habían pertenecido a antiguos empleados (Véase Decl. de Servodidio, Ex. 49). El 8 de enero de 2009, los Demandados notificaron a los Demandantes la declaración de Reynolds en respuesta a la Orden del 22 de diciembre, que los Demandantes sostenían que era “tan general y

evasiva que era virtualmente carecía de sentido”. En particular, la Declaración de Reynolds no contenía ninguna información que identificara específicamente dónde podían encontrarse los respaldos de los discos duros de empleados en la producción de los Demandados (Véase Decl. de Servodidio, Ex. 50). Los Demandantes plantearon el incumplimiento de los Demandados ante el Juez Auxiliar Katz, quien emitió una segunda orden el 22 de febrero de 2009, ordenando a los Demandados (1) proveer a los Demandantes una declaración jurada estableciendo de manera precisa dónde podrían conseguirse en la producción de los Demandados los contenidos de los discos duros extraviados; y (2) comparecer para una deposición preparada para dar un testimonio detallado sobre categorías específicamente enumeradas de información relativa a los Siete Discos Duros y otras computadoras de empleados extraviadas (Véase Decl. de Servodidio, Ex. 52). Los Demandados no cumplieron con la Orden del 22 de febrero. Reynolds presentó una segunda declaración, pero incluso el abogado de los Demandados concedió que no especificaba la información cuya divulgación se requería expresamente (Véase Tr. de Dep. sobre Destrucción en 217:25-218:5). En la deposición sobre la destrucción, Reynolds también estuvo repetidamente no preparado o no dispuesto a responder las preguntas que la Corte había instruido expresamente que se respondieran (por ejemplo, ídem en 87:17-91:23, 304:11-310:2).

B. La Norma Legal

Un tribunal de distrito tiene amplia discrecionalidad para determinar las sanciones apropiadas para transgresiones en el descubrimiento tanto de conformidad con la Norma 37 de las Normas Federales de Procedimiento Civil (Federal Rules of Civil Procedure) como con sus facultades inherentes (Gutman v. Klein, No. 03 CV 1570 (BMC) (RML), 2008 WL 4682208, en *11 (E.D.N.Y. Oct. 15, 2008)). Las sanciones de la Norma 37 exigen que se demuestre la violación de una orden judicial (Daval Steel Prod. v. M/V Fakredine, 951 F.2d 1357, 1363 (2d Cir. 1991)). Las sanciones de conformidad con las

facultades inherentes del Tribunal exigen que se demuestre mala fe o dolo (Véase DLC Mgmt. Corp. v. Town of Hyde Park, 163 F.3d 124, 136 (2d Cir. 1998)). Cuando se decide una sanción apropiada, un tribunal debe de manera general considerar, a la luz del expediente completo del caso, (a) dolo o mala fe por la parte transgresora; (b) la historia, si la hubiere, de transgresión; (c) la efectividad de sanciones menores; (d) si la parte transgresora ha sido advertida sobre la posibilidad de sanciones; (e) la complicidad del cliente; y (f) el perjuicio de la parte solicitante (Ídem). En el contexto de la destrucción, el tribunal también debe considerar los “fundamentos profilácticos, punitivos y de reparación que subyacen en la doctrina de la destrucción de evidencia” (West v. Goodyear Tire & Rubber Co., 167 F.3d 776, 779 (2d Cir. 1999)). De esta manera, la sanción debería “(1) disuadir a las partes de no llevar a cabo destrucción de evidencia; (2) colocar el riesgo de una decisión errónea sobre la parte que ilícitamente creó el riesgo; y (3) devolver a la parte perjudicada a la misma posición en la que se encontraría en ausencia de la destrucción ilícita de evidencia” (Ídem).

Las sanciones de terminación se usan “sólo en circunstancias extremas, usualmente después de considerar sanciones alternativas y menos drásticas” (Ídem). Sin embargo, “en esta época de litigio floreciente, costoso y protegido, los tribunales no deberían vacilar en imponer sanciones severas cuando están claramente justificadas” (Jones v. Niagara Frontier Transp. Auth., 836 F.2d 731, 735 (2d Cir. 1987); véase también Cine Forty-Second Street Theatre Corp. v. Allied Artists Pictures Corp., 602 F.2d 1062, 1968-69 (2d Cir. 1979): La desestimación es particularmente apropiada cuando el cliente, y no el abogado, es responsable por la conducta que condujo a la desestimación). Se ha concluido que sanciones menos severas son inapropiadas en casos que involucran la destrucción irrecuperable de mala fe de documentos posiblemente importantes (Gutman, 2008 WL 4682208 en *12, imponiendo sanciones de terminación cuando “es imposible saber lo que los Demandantes hubiesen encontrado si los Demandados (...) hubiesen cumplido con sus obligaciones de descubrimiento de evidencia” y especialmente cuando “el tribunal ha impuesto previamente

sanciones menores a la parte responsable por otra transgresión en la etapa de descubrimiento”; *Arista Records, LLC v. Tschirhart*, 241 F.R.D. 462 (W.D. Tex. 2006): “quien anticipe que el cumplimiento de las normas de descubrimiento y la producción resultante de evidencia condenatoria producirá una decisión adversa, posiblemente no será disuadido de no destruir esa evidencia decisiva por ninguna sanción inferior a la decisión adversa que está tentado a evadir de esta manera”; *Miller v. Time-Warner Commc’ns, Inc.*, No. 97 Civ. 7286, 1999 WL 739528 (S.D.N.Y. Sept. 22, 1999)).

C. Análisis

En este caso, los Demandantes han producido evidencia de un amplio rango de transgresiones en la etapa de descubrimiento que según ellos justifican las más rigurosas de las sanciones disponibles – el pronunciamiento de una sentencia en rebeldía. Aunque estoy de acuerdo en que la evidencia de los Demandantes ilustra de manera creíble un patrón de destrucción de evidencia crítica, la no preservación de otros documentos y comunicaciones relevantes y en el mejor caso tácticas dilatorias (en la peor mala fe) con respecto a la conducta de los Demandados durante la etapa de descubrimiento, no estoy preparado para imponer la sanción máxima.

1. **Destrucción de Evidencia**

La piedra angular de la Solicitud de Sanciones de Terminación de los Demandantes, y la más terrible transgresión alegada, se encuentra en el “borrado” de los Siete Discos Duros que habían pertenecido a los empleados de los Demandados sin respaldar los datos en un servidor central. En menor medida, los Demandantes se concentran en la no producción o preservación de comunicaciones de correo electrónico por parte de los Demandados, que los Demandantes afirman que tenían que existir, en base a la deposición testimonial de Jessica Heiberg y a la producción de documentos del disco duro del antiguo empleado de los

Demandados, Matthew Borud¹⁰. No puede discutirse que los Demandados estaban bajo una obligación de preservar todos los documentos y comunicaciones almacenados en las computadoras de sus empleados, al menos desde el inicio de este litigio (Véase *In re Terrorist Bombings of U.S. Embassies in E. Africa v. Odeh*, 552 F.3d 93, 148 (2d Cir. 2008): “La obligación de preservar evidencia surge cuando la parte tiene conocimiento de que la evidencia es relevante para el litigio o cuando una parte debió haber sabido que la evidencia puede ser relevante para un futuro litigio” (se omiten citas); *Kronisch v. United States*, 150 F.3d 112, 126 (2d Cir. 1998); *Stephen v. Hanley*, 03-CV-6226(KAM)(LB), 2009 U.S. Dist. LEXIS 42779, en *9 (E.D.N.Y. May 20, 2009)). Efectivamente, es posible que la obligación de preservación surgiera mucho antes del inicio de esta acción, ya que los Demandantes habían enviado varias cartas de cese y desistimiento meses antes de presentar su demanda (Véase *Fox v. Riverdeep, Inc.*, 07 Civ. 13622, 2008 WL 5244297, en *7 (E.D. Mich. Dec. 16, 2008), que impone sanciones cuando el demandado en la acción por infracción de derecho de autor no preservó evidencia, incluyendo correos electrónicos, después de que recibió una carta de cese y desistimiento del demandante). A diferencia de los Datos de Uso y Archivos de Música Digital que el Juez Auxiliar Katz consideró en su Orden de Sanciones, los datos que se alega han sido destruidos aquí no eran de naturaleza transitoria; más bien era el tipo de datos –informes internos, comunicaciones de correo electrónico y similares– que claramente son objeto de una obligación de preservación.

¹⁰ En apoyo a su Solicitud de Sanciones, los Demandantes también indican la presunta destrucción de ciertas páginas del sitio web de los Demandados que contenían información altamente incriminatoria. Sin embargo, me niego a considerar estos alegatos ya que fueron tratadas de lleno ante el Juez Auxiliar Katz y al menos en parte constituyeron el fundamento de su Orden de Sanciones del 26 de enero de 2009 (véase Orden de Sanciones en 10-11, 47, 58-59). Si en efecto los Demandados llevaron a cabo la destrucción de esta evidencia, no me corresponde tomar en cuenta esta conducta en su contra dos veces, por terrible que pueda ser.

Una vez que un tribunal ha determinado que una parte estaba bajo la obligación de preservar evidencia que ésta destruyó, debe considerar si la parte actuó con un estado de ánimo lo suficientemente culpable para justificar la imposición de sanciones (Véase *Fujitsu Ltd. v. Federal Express Corp.*, 247 F.3d 423, 436 (2d Cir. 2001): “El grado de culpabilidad se relaciona con la severidad de las sanciones que están justificadas. Pueden imponerse sanciones severas a violaciones en la etapa de descubrimiento, incluyendo desestimación, en caso de conducta intencional como mala fe o negligencia grave”; *Reino De España v. American Bureau of Shipping*, No. 03 Civ. 3573, 2007 WL 1686327, en *3 (S.D.N.Y. June 6, 2007)). Los Demandantes afirman que los Demandados dañaron los Siete Discos Duros, removieron las computadoras usadas por otros empleados, y no preservaron comunicaciones de correo electrónico, todo de mala fe. Los Demandados no han presentado ni un mero indicio de evidencia creíble que apoye la desaparición de esta posiblemente relevante información o sus alegatos de que todos los archivos eran respaldados en un servidor central. Primero, con respecto a los Siete Discos Duros, el testimonio del experto forense de los Demandantes desvanece de manera concluyente la supuesta explicación de que los discos eran borrados como resultado de una modernización al sistema operativo Vista a comienzos de año pasado. La evidencia revela que en base a fragmentos de archivos que pudieron ser extraídos de algunos de los discos, los documentos existían y se había accedido a ellos tan tarde como en junio de 2008, lo que es consistente con el reconocimiento de Reynolds de que él extrajo los discos de las estaciones de trabajo de los empleados aproximadamente en esa época. Igualmente, el testimonio de Loveland explica que la extracción completa y permanente de los archivos de los discos no se hubiese logrado mediante una simple modernización de sistema operativo; más bien “borrar” documentos permanentemente de una computadora requiere ejecutar un software especializado.

Los Demandados alegan que ellos de hecho enviaron una copia de todos los

documentos al servidor central “Workhorse”, y que las computadoras que estaban borradas o que fueron sacadas de la compañía eran meras “estaciones ligeras” que no contenían documentos reales, sino más bien se usaban sólo para tener acceso a discos y servidores compartidos. Esta explicación carece de credibilidad por varias razones. Primero, el propio experto forense de los Demandados pudo extraer 300.000 fragmentos de archivos de los Siete Discos Duros, incluyendo fragmentos de correos electrónicos y documentos de procesadoras de palabras. En palabras simples, esto claramente significa que al menos esos discos duros habían contenido, en un momento, correos electrónicos y documentos que eran guardados en el disco duro local. Sólo esto demuestra que la teoría de la “estación ligera” es falsa. Segundo, el antiguo empleado Matthew Borud, en respuesta a una orden de comparecencia, produjo cientos de miles de documentos del disco duro de su computadora laboral, incluyendo buzones de correo electrónico y documentos internos completos. Finalmente, el experto forense de los Demandantes proporcionó evidencia creíble que ilustra que no es probable que el servidor Workhorse respaldara todos los documentos y correos electrónicos de los empleados de los Demandados. Específicamente, hay numerosos archivos de ciertas fechas o ciertos empleados claves que están perdidos, y los buzones de correo no contienen la estructura de archivos que se esperaría que existiera si se guardaran automáticamente en el servidor.

En base a esta evidencia, es claro que el “borrado” de los Siete Discos Duros por parte de los Demandados fue intencional y de mala fe, y que no asegurar que todos los documentos –incluyendo correos electrónicos, en la medida en que existían– fuesen preservados antes de intencionalmente disponer de los discos duros de los empleados fue, cuando menos, de una negligencia grave. Aquí, en lo que concierne a documentos internos, los planes de mercadeo, informes y evaluaciones de la popularidad de grupos de noticias de usuarios y comunicaciones con los usuarios, entre otras cosas, son entre los más importantes para evaluar el conocimiento, fomento o contribución material de los

Demandados en la infracción de derecho de autor, no puede haber duda de que los documentos eliminados eran altamente relevantes para este caso. Aún más, cuando la evidencia es destruida de mala fe o con negligencia grave, se ha concluido que sólo eso es suficiente para justificar la inferencia de que la evidencia faltante hubiese sido favorable para la parte perjudicada, y por lo tanto relevante (Véase Residential Funding Corp. v. DeGeorge Fin. Corp., 306 F.3d 99, 109 (2d Cir. 2002)).

2. Otras Conductas Ilegítimas en Litigio

Los Demandantes también señalan otros ejemplos de conducta procesales que, tomadas en contexto, se agregan al aire transgresor que rodea las acciones de los Demandados a lo largo de la etapa de descubrimiento. Como se detalló anteriormente, la conducta ilegítima alegada incluye enviar potenciales testigos claves a Europa para orquestar su indisponibilidad durante la etapa del descubrimiento e intentar convencerlos de permanecer no disponibles hasta la finalización del lapso de descubrimiento; animar a testigos a evadir el proceso a su regreso; proveer respuestas juradas evasivas o falsas en interrogatorios; y violar no una, sino dos órdenes del Tribunal que les exigían presentar información específica sobre la evidencia representada en las computadoras dañadas descrita en la sección precedente. Aunque soy de la opinión de que ninguno de estos actos sería por sí mismo suficiente para la imposición de sanciones severas, vistos a la luz de la conducta completa de los Demandados en este caso, y especialmente a la luz del hecho de que los Demandados ya han sido sancionados una vez por destrucción de evidencia de mala fe, encuentro que estas acciones apoyan un fallo de que se justifica alguna sanción por conducta ilegítima en litigio en este caso.

3. Sanción Apropriada

Habiendo determinado que la imposición de sanciones está justificada en este caso, el Tribunal debe ahora determinar la medida apropiada. Como se observó, diseñar

*una sanción apropiada cae dentro de la sensata discreción del tribunal de juicio, y deberá evaluarse de caso a caso (West, 167 F.3d en 779-80; Fujitsu, 247 F.3d en 436). Los Demandantes argumentan que la conducta ilegítima es tan abusiva y grave, y llega tan al núcleo del caso de los Demandantes, que la única medida posible es suprimir la contestación de los Demandados y pronunciar una sentencia en rebeldía a favor de los Demandantes. No puedo estar de acuerdo. Aunque hay ciertamente evidencia sólida de conducta ilegítima extrema, los tribunales deben ser cautelosos al imponer sanciones que concluyan definitivamente el caso; tales sanciones “deberían ser impuestas sólo en circunstancias extremas, usualmente después de la consideración de sanciones alternativas y menos drásticas” (West, 167 F.3d en 779). Una de esas sanciones menores es impedir al transgresor litigar ciertas demandas o defensas durante el resto del caso (Véase, por ejemplo, American Stock Exch., LLC v. Mopex, Inc., 215 F.R.D. 87 (S.D.N.Y. 2002), que adopta la recomendación de que se declarara con lugar la solicitud de los Demandantes de impedir la defensa positiva por violaciones en el descubrimiento; véase también Logan v. Gary Cmty. Sch. Corp., No. 2:07-CV- 431-JVB-PRC, 2009 U.S. Dist. LEXIS 4784, en *6 (N.D. Ind. Jan. 23, 2009), que declara con lugar la solicitud de suprimir las defensas positivas como sanción por relacionarse directamente con la substancia del descubrimiento buscado por el demandante); Relectronic Service Corp. v. Kansas City Youth for Christ, No. 87-2247-O, 1988 U.S. Dist. LEXIS 12238, en *3-4 (D. Kan. Oct. 14, 1988), que declara con lugar la solicitud de suprimir las defensas positivas como sanción porque el demandado retuvo el descubrimiento de evidencia relacionado con esa defensa).*

En este caso, los Demandados se confían en gran medida en su aparente razonable puesta en práctica de buena fe de una política de no infracción para sus usuarios. Efectivamente, la solicitud de sentencia sumaria de los Demandados se basa en su derecho a protección bajo las disposiciones de puerto seguro (safe harbor) de la DMCA. Para demostrar que tienen derecho a dicha protección, los Demandados no pueden haber

estado al tanto de las “banderas rojas” que indican infracción por parte de sus usuarios (Por ejemplo, *Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC*, 488 F.3d 1102, 1114 (9th Cir. 2007), que concluye que un proveedor de servicios puede perder la protección de puerto seguro “si no toma acción con respecto a material infractor cuando está ‘al tanto de los hechos o circunstancias que evidencian la actividad infractora’”, citando el Título 17 del U.S.C., § 512(c)(1)(A)(ii)). De esta manera, si los Demandados estaban al tanto de esas banderas rojas, o peor aún, si alentaron o fomentaron dicha infracción, no serían elegibles bajo las disposiciones de puerto seguro de la DMCA. La evidencia que se alega se destruyó o perdió en este caso, debería haber sido directamente relevante para ilustrar el estado de ánimo de los Demandados en este respecto. Aún más, las actividades publicitarias y promocionales de mercadeo —llevadas a cabo caso exclusivamente a través de sus antiguas empleadas Danova y Goldade, que no fueron identificadas en ninguna de las respuestas juradas de los Demandados en interrogatorios— debían haber sido sumamente relevantes para los alegatos de los Demandantes de que los Demandados tenían como objetivo específico y alentaban la infracción de derecho de autor por parte de sus usuarios, lo que también descalificaba a los Demandados para reclamar las protecciones de puerto seguro de conformidad con la DMCA. Más concretamente, sin embargo, la destrucción de mala fe de documentos y otras tácticas evasivas por parte de los Demandados han impedido a los Demandantes determinar la medida en la que han sido perjudicados con respecto a sus propias demandas o sus argumentos en oposición a la defensa afirmativa de los Demandados (Véase, por ejemplo, *Leon v. IDX Sys. Corp.*, 464 F.3d 951, 960 (9th Cir. 2006)). En consecuencia, encuentro que la sanción apropiada en este caso es impedir a los Demandados hacer valer su defensa afirmativa de protección bajo las disposiciones de puerto seguro de la DMCA. Como la solicitud de sentencia sumaria de los Demandados se basa en su derecho a dicha

protección, esa solicitud es cuestionable y será desestimada¹¹.

III. SOLICITUD DE SENTENCIA SUMARIA DE LOS DEMANDANTES

A pesar de la destrucción masiva de evidencia, así como otras conductas ilegítimas y tácticas evasivas que los Demandados han perpetrado a lo largo del descubrimiento, los Demandantes sin embargo afirman que la evidencia en autos —obtenida principalmente de terceros y por sus propias investigaciones— brinda abrumadora evidencia de la infracción directa por parte de los Demandados de los derechos de autor de los Demandantes y su complicidad en la infracción de sus suscriptores, de tal forma que no hay una controversia real sobre hechos materiales a ser tratados en ninguna de las peticiones de los Demandantes. Trato ahora esos argumentos y el corazón del caso, que se centra en la infracción de material protegido de los Demandantes.

A. Norma Legal Sobre Solicitud de Sentencia Sumaria

Una solicitud de sentencia sumaria debe declararse con lugar si la parte solicitante demuestra que “no hay controversia real sobre ningún hecho material” y “tiene derecho a un fallo de pleno derecho” (Fed. R. Civ. P. 56(c)). Al considerar una solicitud de sentencia sumaria, el Tribunal debe ver la evidencia a la luz más favorable para la parte no solicitante (Véase *Anderson v. Liberty Lobby, Inc.*, 477 U.S. 242, 255 (1986)). La sentencia sumaria debe otorgarse “contra una parte que no hace una exposición suficiente para establecer la existencia de un elemento esencial para su caso, y sobre el que dicha parte tenía la carga

¹¹ De conformidad con la suspensión automática contra Sierra, este razonamiento aplica sólo a UCI y Reynolds. En la medida en que los Demandados parecen alegar que un fallo sobre la actual solicitud debería suspenderse porque toda la presunta conducta ilegítima, si acaso ocurrió, estuvo en manos de Sierra, dicho argumento se rechaza. Como lo deja claro la anterior explicación, los empleados de Sierra en general, y Reynolds en particular, llevaron a cabo todas las acciones mencionadas para fomentar el servicio de UCI, servicio que constituye el corazón de los argumentos de los Demandantes.

de la prueba en juicio” (*Celotex Corp. v. Catrett*, 477 U.S. 317, 322 (1986)). Al demostrar la existencia de una controversia real sobre un hecho material, “la parte no solicitante no puede basarse en meros alegatos de derecho o especulaciones” (*Golden Pac. Bancorp v. F.D.I.C.*, 375 F.3d 196, 200 (2d Cir. 2004)), ni puede basarse en meros desmentidos o explicaciones alternativas sin fundamentos sobre su conducta (véase *SEC v. Grotto*, No. 05 Civ. 5880 (GEL), 2006 WL 3025878, en *7 (S.D.N.Y. Oct. 24, 2006)). Más bien “deben presentar evidencia suficiente para permitir a un jurado razonable concluir a [su] favor” (*Brown v. Henderson*, 257 F.3d 246, 252 (2d Cir. 2001); véase también *Fed. R. Civ. P.* 56(e)).

B. Admisibilidad de Ciertos Testimonios y/o Evidencias

Ambas partes han presentado numerosas solicitudes de exclusión de testimonios de testigos presentados en apoyo a las solicitudes cruzadas de sentencia sumaria, así como detalladas y voluminosas objeciones probatorias. El Tribunal debe tratar esos asuntos como punto de partida antes de volcarse a los méritos de la solicitud de sentencia sumaria de los Demandantes (Véase *Colon v. BIC USA, Inc.*, 199 F. Supp. 2d 53, 68 (S.D.N.Y. 2001): “[E]l tribunal debe evaluar la evidencia de admisibilidad antes de considerar esa evidencia para decidir sobre una solicitud de sentencia sumaria”).

1. Testimonio de Richard Waterman

El primer cuestionamiento de los Demandados es a la admisibilidad del testimonio pronunciado por el testigo experto de los Demandantes, Dr. Richard P. Waterman. Como ya se observó, al decidir si debe declararse con lugar una solicitud de sentencia sumaria, un tribunal de distrito puede considerar sólo evidencia admisible (Véase *Major League Baseball*, 542 F.3d en 309; *Nora Beverages, Inc. v. Perrier Group of Am., Inc.*, 164 F.3d 736, 746 (2d Cir. 1998)). De esta manera, el Segundo Circuito ha concluido que el tribunal de distrito debería considerar la admisibilidad del testimonio experto al

determinar si la sentencia sumaria es apropiada (Véase *Raskin v. Wyatt Co.*, 125 F.3d 55, 66 (2d Cir. 1997)). Al hacer esta determinación, “[e]l tribunal ejecuta el mismo papel en la fase de sentencia sumaria que en el juicio” (Ídem). La admisibilidad del testimonio experto es analizada de conformidad con la Norma 702 de las Normas Federales de Evidencia, que establece:

Si el conocimiento científico, técnico u otro conocimiento especializado asistirá al juzgador de los hechos a entender la evidencia o a determinar un hecho discutido, un testigo

calificado como experto por conocimiento, destreza, experiencia, capacitación o educación puede testificar en el mismo en forma de opinión o de otra forma, si (1) el testimonio se basa en hechos o datos suficientes, (2) el testimonio es el producto de principios y métodos confiables, y (3) el testigo ha aplicado los principios y métodos a los hechos del caso de manera confiable.

(*Fed. R. Evid. 702*). El promovente del testimonio experto tiene la carga de establecer la prueba irrefutable de que se han cumplido los requisitos la Norma 702 (Véase, por ejemplo, *Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc.*, 509 U.S. 579, 593 n.10 (1993); *United States v. Williams*, 506 F.3d 151, 160 (2d Cir. 2007)). Sin embargo, “el tribunal de distrito es el ‘guardián’ definitivo”; *Williams*, 506 F.3d en 160). Bajo *Daubert* y su progenie, el tribunal de distrito debe cumplir con esta función de guardián para asegurarse que “todas y cada una de las evidencias y testimonios científicos son no sólo relevantes, sino confiables” (*Daubert*, 509 U.S. en 589).

Los tribunales de distrito tienen una amplia discreción para determinar si el testimonio experto pronunciado es admisible (Véase *Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael*, 526 U.S. 137, 152 (1999); *Berk v. St. Vincent’s Hosp. & Med. Ctr.*, 380 F. Supp. 2d 334, 351 (S.D.N.Y. 2005)). El Segundo Circuito ha establecido un test de tres partes para la

admisibilidad de testimonio experto de conformidad con la Norma 702, en el que el tribunal debe determinar (1) si el testigo está calificado para ser un experto; (2) si la opinión se basa en datos y metodología confiables; y (3) si el testimonio del experto sobre un asunto particular ayudará al juzgador de los hechos (Véase *Nimely v. City of New York*, 414 F.3d 381, 396-97 (2d Cir. 2005)). Con respecto a la confiabilidad, “el tribunal de distrito debería considerar los indicios de fiabilidad identificados en la Norma 702, que son (1) que el testimonio se base en suficientes hechos o datos; (2) que el testimonio sea producto de principios y métodos confiables; y (3) que el testigo ha aplicado posprincipios y métodos a los hechos del caso de manera confiable” (*Williams*, 506 F.3d en 160, se omiten comillas y citas internas).

Aquí, el testimonio del Dr. Waterman se basa en un estudio estadístico desarrollado con el fin de estimar la proporción de archivos de contenido infractor disponibles en determinados grupos de noticias de usuarios en el servicio de los Demandados. Específicamente, el Dr. Waterman diseñó un protocolo para extraer una muestra aleatoria de archivos de contenido de una lista de grupos de noticias de música que habían sido inhabilitados por el sitio web de los Demandados, *Usenet.com*, pero que permanecían disponibles en otro servicio denominado *Giganews.com*¹². El protocolo del Dr. Waterman fue puesto en práctica en dos etapas: primero, se descargaron archivos escogidos por una muestra aleatoria, y luego se analizó el estatus de autorización de los archivos descargados por el analista de derecho de autor, Brad Newberg (Véase Decl. de Waterman, párrafos 7-9). Después de revisar las clasificaciones de Newberg, el Dr. Waterman concluyó que más del 94% de los archivos de contenido disponibles en los

grupos de noticias de música bien no estaban autorizados o bien era muy probable que no lo estuviesen (Decl. de Waterman, párrafos 10-13). Los Demandados afirman que la conclusión del Dr. Waterman no es confiable y debería excluirse porque (1) el marco de muestreo no era representativo del universo de artículos en su servicio, (2) excluyó incorrectamente archivos de texto y archivos incompletos de su análisis, y (3) categorías de archivos descargados no son confiables porque fueron creados por Newberg, un abogado contratado. Los Demandantes afirman que al contrario de la visión de los Demandados, el propósito del estudio del Dr. Waterman nunca fue medir las infracciones en la USENET en general, sino más bien estimar el volumen de archivos de contenido infractor en los grupos de noticias de música. Más aún, los Demandantes alegan que la exclusión de archivos de texto y archivos incompletos por parte del Dr. Waterman era consistente con el propósito del estudio —esto es, medir el volumen de infracciones en archivos de contenido completos disponibles para su descarga en el servicio de los Demandados, “porque el acceso a contenido es el *quid* del servicio que los Demandados prestan”. Finalmente, los Demandantes afirman que las clasificaciones de Newberg se basaban en su amplia experiencia en asuntos de derecho de autor y se dependían de “múltiples fuentes públicas confiables de información sobre distribución y titularidad de derecho de autor” (Decl. de Waterman, Ex. 4 “Declaración de Brad Newberg”, párrafo 5). Efectivamente, los Demandantes señalan de manera correcta que tales clasificaciones se han considerado aceptables en otras acciones comparables por infracción de derecho de autor (Véase *Metro-Goldwin-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 454 F. Supp. 2d 966, 985 (C.D. Cal. 2006), considerando porcentajes de archivos clasificados como “infractores” o con “alta posibilidad de ser infractores”, (“*Grokster II*”); *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896, 903 n.6 (N.D. Cal. 2000), observando archivos de muestra estadística que fueron confirmados como infractores o clasificados como “con posibilidades de estar protegidos por derecho de autor”). Considerando la evidencia pronunciada y las afirmaciones de las partes, **en concordancia**

¹² Los Demandantes afirman que como podía esperarse que el contenido en el mismo grupo de noticias de música fuese sustancialmente el mismo, el Dr. Waterman era capaz de extraer conclusiones sobre el nivel de infracción en el servicio de los Demandados usando los grupos de noticias de música en *Giganews.com*. (Véase Decl. de Waterman, párrafo 7; Decl. de Horowitz, párrafo 48 n.12).

con la Norma 702 y la sentencia Daubert y su progenie, los Demandantes han cumplido con su carga de probar que el testimonio del Dr. Waterman es confiable y relevante, y admisible para los fines de la solicitud en discusión. Por lo tanto, se desestima la Solicitud de Exclusión del testimonio del Dr. Waterman.

2. Testimonio de Thomas Sehested y Bruce Ward

Los Demandados también buscan la exclusión de las declaraciones de Thomas Sehested y Bruce Ward, mandantes de DtecNet Software y IP Intelligence, Inc. respectivamente, que los Demandantes contrataron como investigadores forenses. Los Demandados alegan que estos declarantes son testigos fácticos cuyas identidades y documentos de soporte fueron incorrectamente ocultos hasta el final del descubrimiento bajo la doctrina de la inmunidad del producto del trabajo. De esta manera, los Demandados afirman que los Demandantes han usado el privilegio de producto del trabajo “como escudo y como espada”. Específicamente, los Demandados alegan que los Demandantes no identificaron a Sehested y Ward en la respuesta a un interrogatorio que solicitaba los nombres de “todas las personas con conocimiento respecto a cualquier monitoreo por [los Demandantes] o en nombre de [Demandantes] de los archivos cargados, puestos a la disposición, buscados, copiados, descargados o intercambiados por [UCI]” (Véase Decl. de Baker Decl., Ex. A). Adicionalmente, los Demandados afirman que los Demandantes reivindicaban el privilegio sobre los anexos a las declaraciones de Ward y Sehested –principalmente descargas de los fonogramas de los Demandantes que los declarantes obtuvieron en el servicio de los Demandados– sólo para presentarlos como evidencia en apoyo a su solicitud de sentencia sumaria. Los Demandados también especulan que esos documentos específicos o parte de los mismos, fueron listados en el registro de evidencia bajo privilegio, afirmando, por ejemplo, que la fecha de un documento

particular en el registro de evidencia bajo privilegio “coincide [] perfectamente con el período de tiempo en que Sehested afirma que fueron creados [los documentos anexos a su Declaración]”.

Por el contrario, el expediente refleja que todas las descargas efectivamente efectuadas por Sehested y Ward se produjeron oportunamente en el descubrimiento, y de hecho los Demandados tomaron extensamente la declaración de un representante de la Recording Industry Association of America (“RIAA”), Mark McDevitt, respecto a la investigación de los Demandantes, y en particular examinaron a McDevitt sobre esas mismas descargas. Más aún, aunque el Demandado ahora caracteriza a Sehested y Ward como “testigos de hecho”, el expediente es claro en que los Demandantes presentaron a estos dos individuos como testigos expertos, sin objeción por parte de los Demandados. Los Demandantes hicieron una presentación completa y oportuna de los testigos expertos, y le dieron a los Demandados la oportunidad de preguntarles, que los Demandados declinaron (Véase Declaración en Contestación de Duane C. Pozza, “Decl. de Cont. de Pozza”, párrafos 16-17. Las declaraciones simplemente explican los procesos técnicos que rodean las descargas que los Demandantes produjeron en el descubrimiento. Finalmente, los Demandantes afirman que la especulación de los Demandados de que los anexos a las Declaraciones de Sehested y Ward eran documentos preexistentes listados en su registro de evidencia bajo privilegio era simplemente falsa; más bien esos anexos meramente describen las descargas efectivas producidas para los Demandados en el descubrimiento, y todos menos uno de los anexos fueron creados después del cierre de la etapa de descubrimiento en preparación de las declaraciones en apoyo a la sentencia sumaria, y el anexo restante fue oportunamente divulgado con las presentaciones de testigos expertos de los Demandantes. Por todas estas razones, se desestima la solicitud de los Demandados de exclusión de las Declaraciones de Sehested y Ward.

3. Otras Solicitudes Misceláneas de Exclusión y Objeciones Probatorias

Los Demandantes han solicitado la exclusión de determinadas declaraciones de los Demandados presentadas en estas solicitudes cruzadas de sentencia sumaria, total o parcialmente, porque, *inter alia*, (1) la no disponibilidad de ciertos testigos fue orquestada durante el descubrimiento; (2) el testimonio de ciertos testigos se trata de inadecuados testimonios de opiniones de testigos no expertos; (3) cierto testimonio es contradicho por el la deposición previa de los declarantes; y (4) cierto testimonio es contradicho por el testimonio anterior de los testigos de los Demandados designados bajo la Norma 30(b)(6) sobre los mismos tópicos. También ambas partes han presentado numerosas objeciones a ofrecimientos de evidencia por sus contrapartes. Con el interés de ahorrar papel (interés que aparentemente no comparten las partes), no me pronunciaré sobre cada solicitud individualmente. Más bien le aseguro a las partes que soy plenamente capaz de separar el grano de la paja y que sólo consideraré la evidencia –tanto testimonios como anexos- admisible en sentencia sumaria.

C. Infracción Directa

Los Demandantes afirman que el servicio de los Demandados infringe directamente sus derechos de autor al llevar a cabo la distribución no autorizada de copias de sus obras musicales a suscriptores que las solicitan para su descarga. “Para establecer un alegato de infracción de derecho de autor, un demandante debe establecer (1) la titularidad de un derecho de autor válido y (2) la copia no autorizada o una violación de alguno de los demás derechos exclusivos otorgados a los titulares de derechos de conformidad con la Ley de Derecho de Autor (Copyright Act)” (*Byrne v. British Broad. Corp.*, 132 F. Supp. 2d 229, 232 (S.D.N.Y. 2001), citando *Twin Peaks Prods. v. Publ’ns Int’l. Ltd.*, 996 F.2d 1366, 1372 (2d Cir. 1993)). Es un hecho incontrovertido que los Demandantes son titulares de los derechos sobre los fonogramas del caso, y los Demandados no han planteado ninguna objeción o hecho que cuestione la

validez de esos derechos (Véase DHI de los Demandantes, 1)¹³. También es un hecho incontrovertido que los Demandantes no autorizaron la distribución o reproducción de ninguna de sus obras protegidas a través del servicio de los Demandados (DHI de los Demandantes, 3). El Tribunal por lo tanto se volcará a la cuestión restante de si el servicio de los Demandados distribuye directamente las obras de los Demandantes en violación de la Ley de Derecho de Autor (Véase Título 17 del U.S.C. § 106(3), que otorga al titular de derecho de autor el derecho exclusivo de “distribuir copias (...) de la obra protegida al público por venta u otra transferencia de titularidad”).

Los Demandantes afirman que la entrega de copias de sus obras protegidas por parte de los Demandados al transmitir las copias en respuesta a las solicitudes de los suscriptores de descargas de un archivo digital de música constituye una “distribución” bajo la Ley de Derecho de Autor. En apoyo a esta posición, los Demandantes se basan principalmente en la sentencia de la Corte Suprema en el caso *New York Times Co., Inc. v. Tasini*, 533 U.S. 483 (2001). En ese caso, los Demandados operaban una base de datos en línea en la que los usuarios podían descargar copias digitales de artículos de prensa previa solicitud (Véase *ídem* en 498). La Corte concluyó que era “claro” que “al vender copias de los Artículos a través de la Base de Datos NEXIS”, los Demandados “distribuían copias” de los Artículos “al público por venta” en violación del derecho exclusivo de distribución del titular (*Ídem*). Al sostener esto, la mayoría implícitamente rechazó la conclusión del Magistrado del voto salvado de que eran los usuarios, no NEXIS, quienes cometían la

¹³ En respuesta a la declaración de hechos incontrovertidos de los Demandantes en cuanto a su titularidad o control de los derechos sobre los fonogramas del caso, la única respuesta de los Demandados es que ellos “no pueden cuestionarlo o confirmarlo en este momento”. De esta manera, el hecho no ha sido adecuadamente cuestionado, y se considerará admitido para los fines de esta solicitud. (Véase Norma Local 56.1(c); cada hecho “se considerará admitido para los fines de la solicitud salvo que sean específicamente refutados”).

infracción directa (Véase ídem en 518 & n.14 (Stevens, J., voto salvado). Los Demandados señalan correctamente que el “centro” de la opinión de la Corte en el caso Tasini no era un análisis de si el servicio que los proveían constituía una distribución directa; más bien, el análisis del Tribunal se fundamentaba principalmente en si las bases de datos tenían derecho a un privilegio bajo la Sección 201(c) de la Ley de Derecho de Autor, que permite la reproducción y distribución de revisiones de obras colectivas, entre otras cosas (Véase de manera general ídem, en 499-506). Sin embargo, una conclusión de infracción directa del derecho de distribución (y reproducción) era esencial para la opinión y razonamiento del Tribunal –esto es, sin una conclusión de distribución y reproducción directa, no hubiese habido necesidad para el privilegio de la Sección 201(c), porque la base de datos no se hubiesen visto involucradas en infracción directa en primer lugar. Así, los Demandantes están en lo correcto en que la sentencia Tasini indica que la entrega de artículos y/o contenido para su descarga a solicitud de los suscriptores puede ser el fundamento de infracción directa del derecho de distribución.

Sin embargo, los Demandados citan la decisión del Segundo Circuito en Cartoon Network LLLP v. CSC Holdings, Inc., 536 F.3d 121 (2d Cir. 2008) (“Cablevision”) para la proposición de que la infracción directa requiere alguna conducta volitiva por parte del proveedor de servicios, y cuando un servicio actúa como un mero “conducto pasivo” para la entrega de obras solicitadas por usuarios, no puede ser responsable por infracción directa de pleno derecho. Los Demandantes afirman que el tribunal en Cablevision trató sólo la infracción directa de los derechos exclusivos de reproducción u exhibición pública bajo las Secciones 106(1) y 106(6) de la Ley de Derecho de Autor, y limitó el requisito de la “conducta volitiva” a asuntos tratados en ese caso, y no al derecho exclusivo de distribución. No estoy de acuerdo. Aunque las circunstancias particulares ante el tribunal en Cablevision involucraban los derechos exclusivos que no están en discusión en este caso, el tribunal dejó claro que la “conducta volitiva es un importante elemento de la responsabilidad directa” (Ídem en 131. No hay

nada en el lenguaje o razonamiento del tribunal que me convenza de que la conclusión de Cablevision es tan limitada como los Demandantes afirman. La línea de casos en la que se basa Cablevision –comenzando con Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc., 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995)– sugiere que el requisito de conducta volitiva debería aplicar igualmente a todos los derechos exclusivos bajo la Ley de Derecho de Autor (Véase Cablevision, 536 F.3d en 131, concluyendo que la aplicabilidad del requisito de la conducta volitiva es “una interpretación particularmente racional de la sección 106”, citando CoStar Group, Inc. v. LoopNet, Inc., 373 F.3d 544, 551 (4th Cir. 2004)). Al contrario de las afirmaciones de los Demandantes, este resultado no es embargado por la decisión de la Corte Suprema en Tasini. En consecuencia, sostengo que una conclusión de infracción directa del derecho de distribución bajo la Sección 106(3) de la Ley de Derecho de Autor exige demostrar que los Demandados se involucraron en alguna conducta volitiva suficiente para mostrar que ellos llevaron a cabo activamente la distribución de las copias de los fonogramas protegidos de los Demandantes (Accord Playboy Enterprises, Inc. v. Russ Hardenburgh, Inc., 982 F. Supp. 503 (N.D. Ohio 1997): volición requerida para infracción directa del derecho de distribución; cf. CoStar, 373 F.3d 544: volición requerida para la infracción directa de cualquiera de los derechos exclusivos de la Sección 106; Parker v. Google, Inc., 242 Fed. Appx. 833 (3d Cir. 2007); NetCom, 907 F. Supp. 1361: volición requerida para la infracción de derechos exclusivos de reproducción y exhibición pública).

La cuestión es, entonces, si los Demandados llevaron a cabo dicha conducta volitiva. Los Demandados alegan que su servicio es semejante a un “transportador común” que entrega artículos solicitados a suscriptores automáticamente sin participación activa. Los Demandantes alegan que incluso si se requiere conducta volitiva, como yo lo considero, los hechos incontrovertidos ilustran que los Demandados llevaron a cabo dicha conducta. El razonamiento en Playboy Enterprises, Inc. v. Russ Hardenburgh, Inc.,

982 F. Supp. 503, es instructivo en este respecto. En ese caso, el tribunal de distrito otorgó una sentencia sumaria a favor de los Demandantes en su alegato de infracción directa del derecho de distribución, a pesar de estar de acuerdo con el tribunal de NetCom en que la conducta volitiva se requiere para una conclusión de infracción directa. En *Playboy*, el tribunal concluyó que los Demandados (cuyo servicio consistía en un tablón de anuncios en línea, no diferente a la USENET, que proporcionaba acceso a artículos e imágenes descargables) tenía una política de alentar a los suscriptores a cargar archivos y también usaba una política de examen que permitía a los empleados ver los archivos antes de que fuesen cargados y moverlos a un archivo disponible de manera general para los suscriptores (Ídem en 513). Estas dos políticas “transformaron a los Demandados de proveedores pasivos de un espacio en el que casualmente ocurrían actividades infractoras a participantes activos en el proceso de infracción de derecho de autor” (Ídem). Además, los hechos incontrovertidos en *Playboy* indicaban que la cantidad de archivos protegidos disponibles para los clientes incrementaba el atractivo del servicio para los mismos, los Demandados activamente alentaron a los suscriptores a cargar tales archivos, los Demandados tenían control sobre cuáles archivos eran descargados y cuáles eran movidos al sistema general, y los Demandados sabían que había una posibilidad de que fotografías protegidas estuviesen siendo cargadas pero no adoptaron procedimientos para asegurarse de que tales imágenes fuesen desechadas (Ídem). Bajo estas circunstancias, el tribunal concluyó que los Demandados eran responsables por infracción directa de derecho de autor de pleno derecho (Ídem; véase también *Playboy Enters. v. Webworld, Inc.*, 968 F. Supp. 1171, 1175, rechazando el argumento del demandado de que “no era más que un conducto de información” donde “era claro que la función [del demandado] no era proveer acceso a Internet, sino más bien proveer a sus suscriptores imágenes para adultos que estaban contenidas en los dispositivos de almacenamiento de sus computadoras”).

De manera similar, en este caso, los Demandados estaban bien conscientes de que los archivos de música digital estaban entre los artículos más populares en su servicio, y tomaron medidas activas para crear servidores dedicados a archivos de mp3 y para incrementar los tiempos de retención de grupos de noticias que contenían archivos de música digital (Véase DHI de los Demandantes, 94-96; véase también DHI de los Demandantes 52: 42% de los suscriptores encuentran a los archivos de música digital como la razón “principal” para suscribirse al servicio de los Demandados). Más aún, los Demandados tomaron pasos activos, incluyendo tanto el filtrado automático como la revisión humana, para remover el acceso a determinadas categorías de contenido y para bloquear a determinados usuarios (véase DHI de los Demandantes 69-70), y los Demandados admiten que tienen control sobre cuáles grupos de noticias aceptan y almacenan en sus servidores y cuáles rechazan, y que rutinariamente ejercen ese control (DHI de los Demandantes 71). Bajo estas circunstancias, como en *Playboy*, las acciones de los Demandados han “transformado a los Demandados de proveedores pasivos de un espacio en el que casualmente ocurrían actividades infractoras a participantes activos en el proceso de infracción de derecho de autor” (982 F. Supp. en 513). En otras palabras, al contrario de las afirmaciones de los Demandados, aquí su servicio no es meramente un “conducto pasivo” que facilita el intercambio de contenidos entre usuarios que cargan contenido infractor y usuarios que descargan ese contenido; más bien los Demandados se involucraron activamente en el proceso para satisfacer el requisito de una “conducta volitiva” para la infracción directa. Por consiguiente, se declara con lugar la solicitud de los Demandantes de sentencia sumaria por su alegato de infracción directa del derecho exclusivo de distribución de conformidad con el Título 17 del U.S.C., Sección 106(3)¹⁴.

¹⁴ Los Demandados también proponen algunos otros argumentos en oposición a la sentencia sumaria por el alegato de infracción directa, ninguno de los cuales tiene mérito. Primero, ellos afirman que como sus suscriptores pagan tarifas en base a volumen, en lugar de por artículo,

D. Responsabilidad Subsidiaria (Secondary Liability)

Además de su argumentación de infracción directa, los Demandantes también solicitaron sentencia sumaria por sus alegatos contra los Demandados de responsabilidad subsidiaria en base a la infracción directa por sus suscriptores del derecho exclusivo de reproducción de los Demandantes de conformidad con la Sección 106(1) de la Ley de Derecho de Autor. Específicamente, los Demandantes presentan alegatos de (1) incitación a infracción de derecho de autor, (2) infracción por contribución (contributory

cualquier distribución de artículos no constituye una “venta” bajo la Ley de Derecho de Autor. No obstante, los Demandados no citan ninguna autoridad para la posición de que se requiere un pago por descarga para constituir una venta (Véase *Playboy*, 982 F. Supp. en 505-06: el servicio de tablón de anuncios es responsable por infracción directa incluso cuando el servicio cobraba suscripción en base a volumen). Segundo, los Demandados alegan que no pueden ser considerados directamente responsables porque como ellos no son titulares de los artículos publicados en su sistema, no pueden efectuar una “transferencia” de conformidad con la Ley de Derecho de Autor. El argumento de los Demandados ilustra un malentendido básico del derecho de distribución bajo la Sección 106(3). Tan asombroso como pueda parecer, los Demandados citan de forma equivocada el texto de la Ley – ésta no define la distribución como una “transferencia de derechos de titularidad”, como los Demandados afirman, sino más bien como una “transferencia de titularidad” de copias (véase Título 17 del U.S.C., sección 106(3)). La misma Ley deja claro que la titularidad de una copia y la titularidad de un derecho de autor son dos conceptos completamente separados (véase Título 17 del U.S.C., sección 202: “La titularidad de un derecho de autor, o de cualquiera de los derechos exclusivos de conformidad con un derecho de autor, es distinta a la titularidad de cualquier objeto material en el que se incorpora la obra”; véase también 3-10 NIMMER ON COPYRIGHT, Sección 10.09 (2009)). Así, la titularidad de las copias de archivos de música digital es transferida de los Demandados (quienes son titulares de las copias almacenadas en sus servidores) a los suscriptores que descargan las copias. Finalmente, los Demandados alegan que la responsabilidad directa no puede basarse en poner a la disposición copias no autorizadas. Este argumento es un sofisma de distracción, ya que los Demandantes no han fundamentado su alegato de infracción directa en la teoría de “puesta a la disposición”.

infringement), y (3) infracción indirecta (vicarious infringement).

Para todas las tres teorías de infracción subsidiaria de derecho de autor, tiene que existir la infracción directa de un tercero (Véase, por ejemplo, *Matthew Bender & Co. v. West Publ'g Co.*, 158 F.3d 693, 706 (2d Cir. 1998)). Los Demandados alegan que los Demandantes no han cumplido este requisito mínimo porque no han establecido de manera conclusiva que sus suscriptores cometieron infracción directa de las obras en cuestión. Por el contrario, los hechos incontrovertidos establecen que los suscriptores de los Demandados han cometido infracción directa del derecho exclusivo de reproducción de las obras de los demandantes al descargar copias de las obras de los Demandantes desde el servicio de Demandados, creando así copias de las obras en sus computadoras sin autorización de los Demandantes. (Véase *DHI de los Demandantes 1-3*). Los Demandantes presentan evidencia incontrovertida de reproducción no autorizada de sus obras desde tres fuentes diferentes. Primero, los Demandantes pudieron acceder a un conjunto limitado de datos del servidor de los Demandados que éstos últimos no destruyeron, que constituye evidencia directa de los suscriptores solicitando descargar las obras protegidas por los Demandantes (Véase *Horowitz Dec. ¶ 97, Ex. S*). Dentro de los registros de Datos de Uso sobrevivientes de los Demandados, los Demandantes también identificaron artículos que contenían copias de las obras protegidas de los Demandantes (Véase *Decl. de Sehested Decl.*, párrafo 11; *Declaración de Mark McDevitt*, párrafo 2). Segundo, los antiguos empleados de los Demandados admiten que descargaron ciertas obras de los Demandantes desde el servicio de los Demandados, y produjeron copias de esas obras para los Demandantes (Véase *Decl. de Borud*, párrafo 34 & *Ex. 49*; *Decl. de Goldade*, párrafo 23 & *Ex. 25*)¹⁵. Finalmente, los

¹⁵ Los Demandados alegan que hay controversias sobre hechos materiales en los alegatos de los Demandantes porque ellos afirman que el testimonio de estos declarantes no es creíble. Sin embargo, “afirmar simplemente que un testigo puede estar mintiendo sin ninguna evidencia para contradecir el testimonio del

Demandantes presentan evidencia directa de sus investigadores forenses de descargas de obras protegidas de los Demandantes desde el servicio de los Demandados (Véase Decl. de Sehested, párrafos 5, 7, 9; Decl. de Ward, párrafos 5-7)¹⁶. Más aún, en la Orden de Sanciones, en respuesta a la destrucción de “mala fe” de los Datos de Uso y Archivos de Música Digital por parte de los Demandados, el Juez Auxiliar Katz otorgó la inferencia adversa de que “[c]ada una de las obras protegidas de los Demandantes que ha aparecido en uno de los Grupos de Música inhabilitados, ha sido transmitida desde los servidores de los Demandados a las computadoras personales de los suscriptores de los Demandados” (Orden de Sanciones en 68-69). Los Demandados no han presentado ninguna evidencia para rebatir esta inferencia. De esta manera los Demandantes han establecido el requisito mínimo de infracción directa de los usuarios para sus alegatos de responsabilidad subsidiaria por infracción de derecho de autor.

1. Incitación a la Infracción¹⁷

testigo no puede derrotar una solicitud de sentencia sumaria” (*Fernandez v. China Ocean Shipping, (Group) Co.*, 312 F. Supp. 2d 369, 278 (E.D.N.Y. 2003)).

¹⁶ El argumento de los Demandados de que estas descargas no son prueba de copia no autorizada porque los Demandantes habían “autorizado” las descargas por sus investigadores no tiene méritos. Los tribunales rutinariamente fundamentan conclusiones de infracción en acciones de investigadores de los Demandantes (Véase, por ejemplo, *U2 Home Entm’t, Inc. v. Fu Shun Wang*, 482 F. Supp. 2d 314, 317-18 (E.D.N.Y. 2007); la responsabilidad por infracción en base a alquileres de obras protegidas a investigador de los Demandantes; véase también *Microsoft Corp. v. Rechanik*, 249 Fed Appx. 476, 478 (7th Cir. 2007); *Olan Mills, Inc. v. Linn Photo Co.*, 23 F.3d 1345, 1347-48 (8th Cir. 1994); *Capitol Records, Inc. v. Thomas*, 579 F. Supp. 2d 1210, 1215 (D. Minn. 2008); *Atlantic Records, Inc. v. Howell*, 554 F. Supp. 2d 976, 978 (D. Ariz. 2008)).

¹⁷ Los Demandantes han establecido sus teorías de incitación e infracción por contribución como dos causas de acción separadas. Aunque los Demandados no han planteado ninguna objeción a la articulación de los alegatos de los Demandantes, vale la pena observar que recientemente varios tribunales han expresado dudas en cuanto a si la incitación a la infracción indica un alegato separado o más bien si constituye una especie de la infracción por contribución (Véase, por ejemplo, *KBL Corp. v. Arnouts*, 08 Civ. 4873 (JGK), 2009 U.S. Dist.

En el reciente caso Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005) (“Grokster”), la Corte Suprema enunció lo que algunos han interpretado como una nueva teoría de infracción subsidiaria de derecho de autor: incitación a la infracción (Véase 3-12 NIMMER ON COPYRIGHT § 12.04[A][3][b][ii]). La Corte en *Grokster* sostuvo que “quien distribuye un dispositivo con el fin de promover su uso para cometer una infracción de derecho de autor, mostrándose mediante la clara expresión u otros pasos afirmativos tomados para fomentar la infracción, es responsable por los actos resultantes de infracción por parte de terceros” (545 U.S. en 936-37). La Corte fue cuidadosa en observar que “el simple conocimiento de usos infractores potenciales o reales no sería suficiente aquí para someter a un distribuidor a responsabilidad”; más bien “[l]a regla de la incitación (...) basa la responsabilidad en la expresión y conducta intencional y culpable, y por lo tanto no hace nada para comprometer el comercio legítimo o desalentar la innovación que tiene un propósito lícito” (Ídem en 937). Varias características del servicio de los Demandados en *Grokster* llevaron a la Corte a concluir que su objetivo ilícito era “inequívoco” (Véase ídem en 940). Primero, los Demandados “aspiraban satisfacer una conocida fuente de demanda para la infracción de derecho de autor, el mercado conformado por los antiguos usuarios de Napster” (Ídem en 939). Segundo, “a esta evidencia (...) [se le] agregó significancia al demostrar [el demandante] que [el demandado] no había intentado desarrollar herramientas de filtrado u otros mecanismos para disminuir la actividad infractora usando su software” (Ídem).

LEXIS 9192, at *27-29 & n.5 (S.D.N.Y. Feb. 2, 2009): concluyendo que el alegato de incitación no podía existir separadamente del alegato de infracción por contribución). Sin embargo, como lo indicó un tribunal, “es irrelevante si la teoría de responsabilidad [por incitación] es una subespecie de la responsabilidad (...) por contribución, o si es una teoría completamente separada en base a la incitación. La cuestión es si aplica a los Demandados en este caso” (*In re Napster, Inc. Copyright Litig.*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 30338, at *31 (N.D. Cal. May 17, 2006)). En pro de la claridad, trataré las teorías de responsabilidad subsidiaria por incitación y contribución separadamente en la misma forma en la que las partes trataron los asuntos.

Finalmente, la evidencia reveló que los Demandados obtuvieron sustanciales ganancias de la publicidad, y que el modelo de negocios de los Demandados dependía de la existencia de la infracción (Ídem en 939-40, véase también Ídem en 926). La Corte también observó que “[e]l ejemplo clásico de incitación es la publicidad o promoción que transmite un mensaje diseñado para estimular a otros a cometer violaciones” (Ídem en 937).

Al reenvío, el tribunal de distrito declaró con lugar la solicitud de los Demandantes de sentencia sumaria en base a “aplastante” evidencia de intención ilegal. El tribunal de distrito consideró un número de factores que, tomados en conjunto, indican que el demandado había actuado con la intención de promover o inducir la infracción de sus usuarios. Primero, en base a un estudio estadístico basado en una muestra aleatoria, los Demandantes presentaron evidencia de infracciones masivas de su contenido protegido por derecho de autor. Específicamente, el experto de los Demandantes testificó que aproximadamente el 87% de los archivos ofrecidos para su distribución en la red del demandado era infractor o con altas posibilidades de ser infractor. El tribunal observó que “la asombrosa escala de infracción hace más probable que [el demandado] consintiera el uso ilegal, y proporcionara el telón de fondo contra el cual deben considerarse todas las actividades [del demandado]” (Grokster II, 454 F. Supp. 2d en 985). Segundo, el tribunal de distrito observó que el “cortejo de la comunidad Napster [por parte del demandado], que era notoria por infracción de derecho de autor, indicaba una intención de fomentar la infracción” (Ídem). Tercero, los hechos incontrovertidos indicaron que el demandado había proporcionado a los usuarios asistencia técnica para la reproducción de contenido protegido (Ídem en 986). Cuarto, el hecho de que el demandado había evaluado la funcionalidad de su sistema por sus capacidades infractoras manifestaba un intento de expandir el uso infractor (Ídem en 987). Quinto, la evidencia demostró que el demandado sabía que su modelo de negocios dependía de la existencia de infracción masiva y que actuó para que su negocio creciera en consecuencia (Ídem en 989). Finalmente, el

tribunal concluyó que el hecho de que el demandado no hubiese evitado los usos infractores, aunque no era suficiente para establecer la responsabilidad por sí mismo, “podía considerarse junto con otras circunstancias para determinar el motivo del demandado” (Ídem).

Aquí, los hechos incontrovertidos son igualmente convincentes, y en muchos aspectos no son distintos. Como en *Grokster II*, un estudio estadístico basado en una metodología de muestreo aleatorio reveló que el servicio de los Demandados alberga cantidades masivas de infracciones. Por ejemplo, el estudio del Dr. Waterman concluyó que más del 94% de todos los archivos de contenidos ofrecidos en los grupos de noticias binarios de los Demandados relacionados con música eran infractores o con altas posibilidades de ser infractores (Véase Decl. de Waterman, párrafos 5, 12-13). Como en *Grokster II*, esta “asombrosa escala de infracción hace más probable que [los Demandados] consintieran el uso ilegal” (454 F. Supp. 2d en 985). Más aún, también de manera similar que en *Grokster*, los hechos incontrovertidos en este caso indican que los Demandados abierta y afirmativamente buscaron atraer a antiguos usuarios de otros servicios de compartir archivos como Napster y Kazaa¹⁸ (Véase, por ejemplo, DHI de los Demandantes, 8, 12). Sólo como ejemplo, en ensayos promocionales que explicaban cómo Napster y Kazaa eran inspeccionados y cerrados por infracción de derecho de autor, los Demandados se jactaban de que “esto le abría camino a la Usenet para volver al juego” (DHI de los Demandantes, 11)¹⁹. Otra señal de

¹⁸ Los Demandados admiten en su oposición a la sentencia sumaria que ellos promocionaron su servicio como mejor que Morpheus (programa para compartir archivos de Grokster) y Kazaa, pero alegan que lo hicieron sólo para promover el servicio de manera general, y no con el objetivo específico de atraer usuarios con intención infractora. Como se trata en detalle en esta decisión, esta negación de la intención es desmentida por los hechos incontrovertidos.

¹⁹ La afirmación de los Demandados de que no pueden ser considerados responsables por las acciones de “empleados desvergonzados” al crear esos ensayos promocionales no soporta escrutinio. En efecto, como lo sostuvo recientemente este Tribunal, el “conocimiento y

que los Demandados buscaban usuarios con intenciones infractoras es su uso de “meta tags” en el código fuente de su sitio web, que incluían palabras como “warez” (jerga informática para contenido pirata) y “Kazaa” para asegurarse de que una búsqueda de contenido ilegal en un motor de búsqueda devolvería el sitio web de los Demandados como resultado. (Véase DHI de los Demandantes 13-15; Decl. de Horowitz, párrafos 94-95).

Además, el expediente está lleno de evidencia de los propios empleados de los Demandados reconociendo abiertamente el propósito infractor con el que se usaba su servicio, y promocionando tales usos en su sitio web. Por ejemplo, un empleado comentó que el eslogan del servicio de los Demandados debería ser “piratería, porno y fotos – Usenet” (DHI de los Demandantes, 16); otro empleado comentó que “Usenet está lleno de Música y Películas ¡así que monta a tu pirata!” (DHI de los Demandantes, 17); después de que el empleado recibió copias de varios álbumes infractores descargados por un compañero de trabajo, expresó claramente su deleite por el propósito ilícito de los Demandados

acciones de los empleados y agentes de una corporación son de manera general imputados a la corporación cuando los actos son ejecutados en nombre de la corporación y están dentro del ámbito de su autoridad” (UCAR Int’l, Inc. v. Union Carbide Corp., No. 00 CV 1338 (GBD), 2004 WL 137073, en *13 (S.D.N.Y. Jan. 26, 2004); véase también United States v. Koppers Co., Inc., 652 F.2d 290, 298 (2d Cir. 1981), concluyendo que el empleado o agente no necesita ser de alto rango para que el conocimiento y acciones fuesen imputados a la corporación si el empleado estaba actuando dentro del ámbito de sus responsabilidades). Aquí, no se discute que el departamento de mercadeo de los Demandados –a saber, antiguas empleadas Danova y Goldade– redactaron los “ensayos” que promocionaron el servidor de los Demandados como un nuevo remplazo para Napster y programas similares para compartir archivos, y que ellas crearon esos ensayos bajo la dirección de Reynolds, quien proporcionó el bosquejo de lo que tratarían dichos ensayos. En consecuencia, es demostrable que las empleadas del departamento de mercadeo estaban actuando dentro del ámbito de sus responsabilidades, y los Demandados no pueden desconocer el conocimiento o responsabilidad por actos que éstas cometieron en pro del objetivo colectivo de los Demandados de atraer usuarios con intención infractora a su servicio.

exclamando “¡Bendita sea la Usenet y todo lo que se roba!” (DHI de los Demandantes, 18; véase también Decl. de Borud, Ex. 2 en 419-20; ídem en párrafo 10 & Ex. 3; Deposition of Matthew Borud (“Dep. de Borud”) en 343:1-344:7). Más aún, el expediente refleja numerosos ejemplos de que los propios empleados de los Demandados reconocieron la disponibilidad de usos infractores a través del servicio de los Demandados y que ellos mismos usaron el servicio para descargar las obras protegidas de los Demandantes (Véase, por ejemplo, DHI de los Demandantes, 16-18; véase también DHI de los Demandantes, 46-49, 78). El sitio web de los Demandados también presentaba materiales promocionales que publicitaban los usos infractores del servicio, incluyendo páginas web que promocionaban archivos de música de populares artistas (DHI de los Demandantes, 20); páginas web que alentaban a los usuarios a “descargar miles de archivos de música con calidad de CD, ¡GRATIS!” (DHI de los Demandantes, 21-22, 25); y anuncios publicitarios de un Servidor especializado dedicado a mp3 y grupos que contenían archivos de sonido y música (DHI de los Demandantes, 28). Adicionalmente, los empleados de los Demandados específicamente proporcionaron asistencia técnica a usuarios para obtener contenido protegido por derecho de autor (véase DHI de los Demandantes 30-35, 37-39a; véase también DHI de los Demandantes, 79-80; Decl. de Borud, párrafo 10, Ex. 6), y proporcionaron tutoriales de página web sobre cómo descargar contenido, usando obras infractoras como ejemplo (Véase DHI de los Demandantes, 81). Los tribunales han tomado en cuenta este tipo de asistencia en la determinación de responsabilidad por infracción subsidiaria de derecho de autor (Véase *Grokster*, 545 U.S. en 926, que concluye que el hecho de que los Demandados “mostrarán [obras] protegidas como ejemplo” ayudó a servir al propósito de “atraer a usuarios de intenciones infractoras”). Además, los Demandados promovieron el hecho de que las transmisiones de archivos no podían ser monitoreadas, y que a diferencia de otros programas de compartir archivos de “baja seguridad” como Napster y Kazaa, los usuarios podrían llevar a cabo actividades infractoras de manera anónima (Véase DHI de los

Demandantes,, 40-42, 44; Decl. de Goldade, párrafo 10-11).

Otra evidencia revela que aunque los Demandados cuentan con varias herramientas y mecanismos que podrían usarse para bloquear el acceso a grupos de noticias o artículos infractores, nunca los usaron para limitar la infracción de derecho de autor en sus servidores. En efecto, los Demandados sí usaron esta funcionalidad para limitar la descarga de conducta cuestionable, para bloquear a usuarios que publicaran “spam” y limitar la velocidad de descarga de determinados usuarios, pero nunca usaron las mismas capacidades de filtrado para buscar, limitar o eliminar la infracción en su servicio (Véase DHI de los Demandantes, 69-70, 72, 112). Como en *Grokster*, los Demandados ni siquiera intentaron usar “herramientas de filtrado u otros mecanismos para disminuir la actividad infractora” en su servicio (545 U.S. en 939); peor aún, los Demandados habían desarrollado tales herramientas, pero se negaron a usarlas cuando hacerlo hubiese dañado su modelo de negocios y base de clientes. Como bien sabían los Demandados, el contenido infractor de música constituía la espina dorsal de su modelo de negocios, sirviendo al menos como una razón “principal” para las suscripciones de aproximadamente 42% de sus suscriptores (Véase DHI de los Demandantes, 52). En efecto, cuando ellos inhabilitaron el acceso a determinados grupos de música en marzo de 2008, hubo un gran número de quejas de los usuarios, y un sustancial número de usuarios incluso canceló su suscripción a los servidores de los Demandados (Véase DHI de los Demandantes, 56). Además, el plan de pago de suscripción diferenciado de los Demandados asegura que los usuarios paguen más a medida que descargan más (véase DHI de los Demandados 19, 38; DHI de los Demandantes 63-64); de esta manera, cuando el contenido musical de un servicio es tan aplastantemente infractor como el servicio de los Demandados, no puede decirse que los Demandados no tenían la misma “dependencia en las ganancias por el uso infractor” como se concluyó constituía una intención ilícita en *Grokster II* (Véase 454 F. Supp. 2d en 988). El no ejercicio por parte de los Demandados de su clara

capacidad de filtrar y limitar la infracción bajo dichas circunstancias en una sólida evidencia circunstancial de su intención de fomentar la infracción de derecho de autor de sus usuarios²⁰.

Los argumentos principales de los Demandados en oposición al alegato de incitación a la infracción de los Demandantes se basan en su posición de que las cuestiones de intención y credibilidad de testigos son tradicionalmente reservadas al examen de un jurado. Esto es completamente cierto en un caso ordinario; sin embargo, este no es un caso ordinario. En efecto, la Corte Suprema en *Grokster* no hizo sino ordenar explícitamente al tribunal de distrito que otorgara la solicitud de sentencia sumaria de los Demandantes, incluso cuando el asunto central en un alegato de incitación es la intención del demandado de inducir o fomentar la infracción (Véase *Grokster*, 545 U.S. en 936-37). En efecto, como el Segundo Circuito lo ha reconocido, “la regla de la sentencia sumaria sería estéril (...) si la simple invocación de la intención o estado de ánimo operara como talismán para rechazar una solicitud de otra forma válida” (*Meiri v. Dacon*, 759 F.2d 989, 998 (2d Cir. 1985)). Además, como se observó anteriormente, “simplemente afirmar que un testigo puede estar mintiendo sin ninguna evidencia para contradecir el testimonio del testigo no puede derrotar una solicitud de sentencia sumaria” (*Fernandez*, 312 F. Supp. 2d en 278). Aquí, los Demandados han presentado testimonio que niega la intención ilegítima; sin embargo, los hechos hablan por sí mismos y pintan un cuadro muy claro de intención de los

²⁰ Los Demandados intentaron frustrar esta conclusión afirmando que ellos efectivamente habían puesto en práctica medidas para reducir la infracción, por ejemplo, exigiendo que los suscriptores cumplieran con las leyes y prohibiendo a su personal de soporte técnico asistir en infracciones (Véase Respuestas de los Demandados a la DHI de los Demandantes (“RDHI”) 30-36, 66-68, 102; DHI de los Demandados, 19-22). Sin embargo, las acciones dicen más que las palabras. Aunque los hechos sí revelan que los Demandados en ocasiones han aparentado cumplir con sus obligaciones bajo la ley de derecho de autor de no permitir o fomentar la infracción por sus usuarios, los hechos indican que en efecto violaron sus propias políticas llevando a cabo la misma conducta que esas políticas prohibían.

Demandados de fomentar la infracción de sus usuarios (Véase *United States v. One Parcel of Real Prop.*, 985 F.2d 70, 73 (2d Cir. 1993): “la cautela normalmente ejercida al otorgar una sentencia sumaria cuando está en discusión el ánimo o la intención (...) es innecesaria (...) cuando (...) el ánimo alegado es tan consistente con los hechos incontrovertidos”). En consecuencia, en base a los hechos incontrovertidos, encuentro que la intención de los Demandados de inducir o fomentar la infracción de sus usuarios en sus servicios era inequívoca, y ningún juzgador razonable podría concluir lo contrario. Por lo tanto, se declara con lugar la solicitud de los Demandantes de sentencia sumaria por su alegato de incitación a la infracción.

2. Infracción por Contribución (Contributory Infringement)

La infracción de derecho de autor por contribución “es una forma de responsabilidad subsidiaria con raíces en los conceptos de responsabilidad civil extracontractual de responsabilidad de la empresa e intención imputada” (*Perfect 10, Inc. v. Visa Int’l Serv. Ass’n*, 494 F.3d 788, 794-95 (9th Cir. 2007), cert. denied, 128 S. Ct. 2871 (2008)). Una parte es responsable de infracción por contribución si “con conocimiento de la actividad infractora” ésta “induce, causa o contribuye materialmente con la conducta infractora de otro” (*Gershwin Publ’g Corp. v. Columbia Artists Mgmt, Inc.*, 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971)). El requisito de conocimiento para la responsabilidad por infracción por contribución puede ser efectivo o presumido (*Faulkner v. Nat’l Geographic Soc’y*, 211 F. Supp. 2d 450, 474 (S.D.N.Y. 2002), aff’d, *Faulkner v. Nat’l Geographic Enters. Inc.*, 409 F.3d 26 (2d Cir. 2005); *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1020 (9th Cir. 2001): “la responsabilidad por contribución requiere que el infractor secundario ‘sepa o tenga razones para saber’ sobre la infracción directa”). También se ha concluido que “hacerse la vista gorda” ante la infracción es equivalente al conocimiento (*Aimster*, 334 F.3d en 650). Así, el conocimiento de infracciones específicas no es requerido para fundamentar una conclusión de infracción por contribución (Véase *Arista Records, Inc. v. Flea World, Inc.*, No. 03-2670

(JBS), 2006 U.S. Dist. LEXIS 14988, en *47-48 (D.N.J. Mar. 31, 2006).

En este caso, va más allá de la casualidad que los Demandados supieran o debieran haber sabido de la infracción de sus usuarios. Las declaraciones de los propios empleados de los Demandados dejan claro que estaban conscientes de que el servicio de los Demandados era usado principalmente para obtener material protegido por derecho de autor (Véase, por ejemplo, DHI de los Demandantes, 73; Decl. de Goldade, párrafo 9: “La disponibilidad generalizada de (...) medios de entretenimiento protegidos por derecho de autor en los servidores de Sierra [USENET] [era] obvia”; Dep. de Heiberg. 197:5-13: la empleada “estaba consciente de que los usuarios del servicio en Usenet.com estaban descargando archivos de MP3 del servicio “porque ellos se lo dijeron” mientras ella prestaba soporte técnico). En efecto, los empleados reconocieron que la “principal audiencia” de los Demandados era “gente que quería obtener música gratis, ilegal o no” (DHI de los Demandantes, 19), y en muchas ocasiones, los usuarios de los Demandados explícitamente le dijeron a los empleados de soporte técnico de los Demandados que estaban llevando a cabo infracciones de derecho de autor (véase DHI de los Demandantes, 79-80, 82). Reynolds también ordenó al departamento de mercadeo de Sierra crear “ensayos” promocionales para enfatizar la disponibilidad de contenido protegido popular y para seducir a antiguos usuarios de servicios como Napster y Kazaa para que probaran el servicio de los Demandados (Véase DHI de los Demandantes, 77, 88a). Más aún, los mismos empleados de los Demandados usaron el servicio de los Demandados para cometer infracciones al descargar los fonogramas protegidos de los Demandantes (DHI de los Demandantes, 46-49). Adicionalmente, los Demandados fueron explícitamente informados de la existencia de miles de copias de los fonogramas protegidos de los Demandantes disponibles en su servicio.

Con respecto al elemento de la “contribución material”, “el presunto infractor por contribución debe haber hecho más que una simple contribución cuantitativa con la

*infracción primaria: en otras palabras, la participación o contribución debe ser sustancial” (Faulkner, 211 F. Supp. 2d en 473, se omiten comillas y citas internas). Se concluye que se cumple este requisito cuando un demandado provee el “sitio y facilidades” o el “ambiente y mercado” para la actividad infractora (Véase Fonovisa v. Cherry Auction, Inc., 76 F.3d 259, 264 (9th Cir. 1996); véase también Napster, 239 F.3d en 1022; Flea World, 2006 U.S. Dist. LEXIS 14988 en *51 (uno “sólo necesita proveer un ‘hub’ central para contribuir materialmente con la infracción”). En este caso, los servidores de los Demandados son el único instrumento de la infracción de sus suscriptores. Los Demandados operan más de 30 computadoras diferentes que almacenan y distribuyen contenido (DHI de los Demandantes, 89). Para usar su servicio para descargar contenido, los suscriptores deben conectarse a uno de esos servidores; una vez conectados, los suscriptores pueden buscar a través de los grupos de noticias por titulares o pueden ejecutar búsquedas de obras particulares deseadas que deseen descargar (Véase DHI de los Demandantes, 90-91). Luego el usuario transmite una solicitud de descarga a los servidores front-end de los Demandados, y la solicitud se pasa a otro servidor (el servidor “spool”) que almacena físicamente el contenido cuya descarga el suscriptor solicita (DHI de los Demandantes, 92; DHI de los Demandados, 28). Los Demandados también han creado servidores designados para grupos de noticias que contienen archivos de mp3 o binarios de música para maximizar el tiempo promedio de retención de esos artículos (Véase DHI de los Demandantes, 93-96). De esta manera, va más allá de cualquier reparo que el servicio de los Demandados literalmente crea el “sitio y las facilidades” que sus suscriptores usan para infringir directamente derechos de autor.*

Al oponerse a la sentencia sumaria, los Demandados no tratan los elementos del conocimiento o contribución material del alegato de infracción por contribución de los Demandantes. Más bien se fundamentan completamente en su afirmación de que el razonamiento de la Corte Suprema en Sony Corp. of America v. Universal Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984), crea una defensa completa

para la responsabilidad por infracción por contribución cuando un producto es “capaz de sustanciales usos no infractores” (Idem en 442). En Sony, la Corte Suprema consideró si podía responsabilizarse al fabricante de un grabador de VHS por la conducta infractora del usuario final del producto. La Corte sostuvo que Sony no era responsable cuando además de los usos infractores de los que estaba consciente, el dispositivo también era capaz de sustanciales usos no infractores (Véase ídem en 456.) Los Demandados se basan en esta porción del razonamiento de la Corte, afirmando que como su servicio era capaz de sustanciales usos no infractores, no podían ser considerados responsables por infracción por contribución de pleno derecho. Para estar seguros, no se discute que el servicio de los Demandados pueda usarse por razones diferentes a la reproducción y distribución de contenido musical infractor. Sin embargo, el argumento de los Demandados hace caso omiso de una parte crítica del razonamiento de la Corte Suprema en Sony. Verbigracia, la Corte observó que el último contacto significativo de Sony con el producto o el comprador era en el punto de venta, después del cual no tenía una “relación continua” con el producto o su usuario final (Ídem en 438: “El único contacto entre Sony y los usuarios del Betamax (...) ocurría en el momento de la venta (...) [Sony no tenía] relación directa con la presunta actividad infractora o contacto directo con los compradores del Betamax que grababan obras protegidas de la televisión”). En este caso, no se discute que los Demandados mantienen una relación continua con sus usuarios; de esta manera, el servicio de los Demandados es bastante diferente al de Sony, donde los Demandados no tienen ningún contacto con el producto o el usuario una vez que el dispositivo fue liberado en la corriente del comercio. Así, encuentro que los usos no infractores del servicio de los Demandados son inmateriales, ya que el aislamiento de la responsabilidad por contribución de Sony no es aplicable en este caso. En consecuencia, se declara con lugar la solicitud de los Demandantes de sentencia sumaria por su alegato de infracción por contribución.

3. Infracción Indirecta (Vicarious Infringement)

Finalmente, los Demandantes afirman que los Demandados son indirectamente responsables por la infracción de sus usuarios. Un demandado es responsable por infracción indirecta de derecho de autor al “obtener beneficios de la infracción directa mientras se niega a ejercer el derecho de detenerla o limitarla” (*Grokster*, 545 U.S. en 930; véase también *Gershwin*, 443 F.2d en 1162: “uno puede ser indirectamente responsable si tenía el derecho y la capacidad de supervisar la actividad infractora y también tenía un interés financiero directo en tales actividades”). Así, la responsabilidad indirecta se fundamenta totalmente en el beneficio financiero directo y el derecho y capacidad de controlar la infracción; no incluye un elemento de conocimiento o intención por parte del infractor indirecto (Véase *Ellison v. Robertson*, 189 F. Supp. 2d 1051, 1060 (C.D. Cal. 2002), revisada por otras causas, 357 F.3d 1072 (9th Cir. 2004)).

Aquí, el expediente evidencia que los Demandados obtuvieron un beneficio financiero directo de la infracción. Primero, las ganancias de los Demandados se incrementaban dependiendo del volumen de descarga de sus usuarios; así, a mayor volumen de descargas (la mayoría de las cuales han demostrado infractoras), mayor la ganancia de los Demandados (Véase DHI de los Demandantes 63-65; véase también *Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co.*, 316, F.2d 304, 308 (2d Cir. 1963), que concluye que el demandado tenía un interés financiero definido por el porcentaje de comisión en base a ventas de discos, independientemente de si los discos vendidos eran “piratas” o legítimos). Más aún, el contenido infractor ciertamente actúa como “un incentivo” para los usuarios que se suscriben al servicio de los Demandados. El Juez Auxiliar Katz ha otorgado una inferencia adversa de que los archivos de música “constituían una porción sustancial del contenido previamente disponible a través del servicio de los Demandados” y de que los grupos de música “actuaban como un incentivo para seducir a los usuarios a suscribirse al servicio de los Demandados” (Orden de Sanciones en 59, 68-69). En efecto, los empleados de los

Demandados han reconocido que los Demandados obtenían ganancias de la disponibilidad de material protegido, incluyendo música, almacenado en sus servidores (Véase DHI de los Demandantes, 61). Los Demandados alegan que no tienen un beneficio financiero directo de la infracción porque a ellos se les pagaba por volumen, no por descarga, y porque la música infractora representaba menos del 1% de los grupos de noticias disponibles en su servicio. Sin embargo, la ley es clara en que para constituir un beneficio financiero directo, el “incentivo” de la infracción no necesita ser el principal incentivo, ni siquiera uno significativo –más bien, necesita ser sólo “un” incentivo (Por ejemplo, *Ellison*, 357 F.3d en 1079: “El aspecto esencial de la cuestión del ‘beneficio financiero directo’ es si hay una relación causal entre la actividad infractora y cualquier beneficio financiero que el demandado coseche, independientemente de cuán sustancial es el beneficio en proporción a las ganancias generales del demandado”; *Flea World*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 14988 en *41). En este expediente, no hay duda de que la infracción constituye un incentivo para los usuarios del servicio de los Demandados.

Los Demandados tampoco ejercieron su derecho y capacidad de detener o limitar la infracción en su servicio. En este respecto, el Segundo Circuito ha concluido que un demandado no necesita tener un “poder de control formal” cuando un infractor directo “depende de la dirección [del demandado]” (*Gershwin*, 443 F.2d en 1163). Más bien, “la capacidad de bloquear el acceso de los infractores a un ambiente particular por cualquier razón es evidencia del derecho y capacidad de supervisar” (*Napster*, 239 F.3d en 1023)²¹. Aquí, es incontrovertido que los

²¹ Además, los tribunales han desaprobado los argumentos de los Demandados de que monitorear y controlar la infracción en sus propias instalaciones o sistemas es demasiado engorroso (Véase, por ejemplo, *Flea World*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 14988 en *37: “Si (...) el crecimiento sobrepasa la capacidad de los Demandados de monitorear y controlar lo que pasa en sus propias instalaciones (...), entonces debieron haber reducido el tamaño y alcance de sus operaciones o contratado mayor seguridad para cumplir con sus obligaciones, o ambos”).

Demandados expresamente se reservan el derecho, a su sola discreción, de terminar, suspender o restringir suscripciones de los usuarios, limitando así su acceso a la carga y descarga de contenido a o desde los servidores de los Demandados (DHI de los Demandantes, 68). Los Demandados, en el pasado, han ejercido su derecho y capacidad de controlar las acciones de sus suscriptores terminando o limitando el acceso de los suscriptores que publicaron “spam” (véase DHI de los Demandantes, 69); restringiendo las velocidades de descarga de los suscriptores que descargaron lo que ellos consideraban un volumen desproporcionado de contenido (ídem); y tomando medidas para evitar que los usuarios publicaran o descargaran artículos que contienen pornografía (DHI de los Demandantes, 70). Los Demandados igualmente tienen el derecho y capacidad de bloquear el acceso a los artículos almacenados en sus propios servidores que contienen contenido infractor (DHI de los Demandantes, 72), pero el expediente no muestra ningún ejemplo de los Demandados ejerciendo el derecho y capacidad de limitar la infracción por sus usuarios. Más generalmente, los Demandados tienen el derecho y capacidad de controlar cuáles grupos de noticias aceptar y mantener en sus servidores y cuáles rechazar, una capacidad que decidieron ejercer cuando inhabilitaron el acceso de aproximadamente 900 grupos de noticias relacionados con música en el 2008 (DHI de los Demandantes, 88). Se ha concluido que tal capacidad sin restricciones de controlar el acceso a grupos de noticias en la USENET es un “dominio total” sobre el contenido de los servidores de un proveedor (véase *Playboy Enter., Inc. v. Webworld, Inc.*, 991 F. Supp. 543, 552-53 (N.D. Tex. 1997), *aff’d without opinion*, 168 F.3d 543 (5th Cir. 1999)).

Como defensa principal para la responsabilidad por infracción indirecta, los Demandados se basan en la misma defensa bajo la doctrina del “artículo básico de comercio” (*staple article of commerce doctrine*) de Sony, como constituyó su defensa contra el alegato de los Demandantes de infracción por contribución. Aunque Sony fue un caso de infracción por contribución, los Demandados se basan en un criterio auxiliar de la Corte, en una

nota al pie, en el que la Corte observaba que “la línea entre la infracción directa, la infracción por contribución y la infracción indirecta no estaba claramente trazada” (Sony, 464 U.S. en 435 n.17). Esto es, los Demandados afirman que Sony es entendido mejor como una limitación general de la responsabilidad subsidiaria. En apoyo, los Demandados citan la opinión de *Aimster*, que observó en un criterio no esencial para la decisión, que Sony trataba indistintamente la responsabilidad por contribución y la indirecta (224 F.3d en 654). Otros tribunales, sin embargo, han concluido expresamente que el razonamiento de Sony no guarda ninguna relación con la responsabilidad indirecta (véase *Napster*, 239 F.3d en 1022: “El análisis del artículo básico de comercio de Sony no tiene ninguna aplicación a la potencial responsabilidad de Napster por infracción indirecta de derecho de autor”). La Corte no necesita resolver esta cuestión aparentemente difícil, ya que ya se ha determinado que la doctrina del “artículo básico de comercio” de Sony no brinda inmunidad a los Demandados, ya que ellos mantienen una relación continua con sus usuarios. En consecuencia, como los hechos incontrovertidos ilustran que los Demandados cosecharon un beneficio económico directo de la infracción de derecho de autor y no ejercieron su derecho y capacidad de controlar o limitar la infracción en sus servidores, se declara con lugar la solicitud de los Demandantes de sentencia sumaria por su alegato de infracción indirecta de derecho de autor.

E. Responsabilidad del Demandado Reynolds

Como un último intento desesperado de evitar responsabilidad, los Demandados afirman que los Demandantes no tienen evidencias de que Reynolds pueda ser considerado responsable por una conducta que ha sido descrita sólo en amplios términos refiriéndose a los “Demandados” colectivamente. Este argumento no soporta escrutinio. Está bien establecido en este Circuito que “todas las personas y corporaciones que participan en la infracción, ejercen control sobre ella o se benefician de ella, son conjunta y solidariamente responsables como infractores de derecho de

autor” (*Syigma Photo News, Inc. v. High Society Magazine, Inc.*, 778 F.2d 89, 92 (2d Cir. 1985), citando *Shapiro*, 316 F.2d en 308-09). Aquí la evidencia ratifica que Reynolds fue personalmente responsable por gran parte de las actividades infractoras de los Demandados; más aún, él fue la fuerza motriz detrás de todo el negocio de ambas compañías demandadas. UCI nunca tuvo empleados; más bien su negocio es llevado a cabo por los empleados de Sierra, todos los cuales (aparte de Reynolds) fueron despedidos para agosto de 2008. Reynolds es el director y único accionista de ambas compañías, y él y otros empleados de Sierra han admitido expresamente su omnipresente papel en las actividades de las compañías (véase, por ejemplo, DHI de los Demandantes, 102-05). Específicamente, Reynolds fue ciertamente responsable por la “visión estratégica general” de las compañías demandadas (DHI de los Demandantes, 105), y la antigua presidenta de Sierra, Lesa Kraft, testificó que “dirigió la compañía como [Reynolds] lo solicitó” y “llevó a cabo lo que él quisiera, como él lo quisiera” (DHI de los Demandantes, 103; véase también DHI de los Demandantes, 115: “No somos una corporación de participación pública. Dirigimos las cosas como [a Reynolds] (...) le gustaría que se hiciera”); véase también Orden del 16 de Junio en 5-7). Además, de forma separada y aparte de su rol general, la evidencia revela de manera conclusiva que Reynolds estaba personal e íntimamente involucrada en muchas de las actividades que constituyen el fundamento de la responsabilidad de los Demandados. Por ejemplo, Reynolds ordenó al departamento de mercadeo de Sierra redactar “ensayos” promocionales para dirigir el tráfico al sitio web Usenet.com y dio instrucciones detalladas “para asegurarse de que todo [estaba] cubierto” (DHI de los Demandantes, 108-09). Como se indicó anteriormente, estos ensayos promocionales están entre las múltiples pruebas que muestran la intención de los Demandados de fomentar la infracción.

Igualmente, Reynolds tenía un papel activo en las operaciones técnicas de las compañías demandadas, ordenando a los empleados bloquear ciertos grupos y filtrar cierta conducta –aunque según lo que muestra el expediente esos imperativos nunca se emitieron para limitar la extensión de la infracción de derecho de autor en su servicio (véase DHI de los Demandantes, 112).

* * *

En consecuencia, la evidencia en el expediente no revela ninguna controversia real sobre algún hecho material en cuanto a ninguna de las teorías de los Demandantes de responsabilidad directa o subsidiaria por infracción de derecho de autor por parte de los Demandados UCI y Reynolds. Por lo tanto, los Demandantes tienen derecho a sentencia sumaria de pleno derecho, y la única cuestión restante es la extensión de la responsabilidad de los Demandados por daños y perjuicios.

IV. CONCLUSIÓN

Por las razones anteriores, SE DECLARA CON LUGAR la solicitud de sanciones de los Demandantes en la medida antes indicada. También SE DECLARA CON LUGAR la solicitud de los Demandantes de sentencia sumaria. El Secretario de este tribunal cerrará todas las solicitudes abiertas en este asunto y pronunciará sentencia a favor de los Demandados en todas las causas de acción. Las partes presentarán informes complementarios de no más de diez (10) páginas y proposición de órdenes en el ámbito de medidas judiciales permanentes dentro de los veintiún (21) días siguientes a la fecha de esta Decisión. Por orden separada de remisión que acompaña a esta Decisión, este asunto será remitido al Juez Auxiliar Katz para la determinación de daños y perjuicios.

ASÍ SE ORDENA