

NOTA JURISPRUDENCIAL

N.º 2 (2006)

Dos decisiones judiciales sobre responsabilidad de los intermediarios en Internet**Miquel Peguera Poch**

Desde la entrada en vigor de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), han sido poquísimas las resoluciones judiciales que han abordado en alguna medida el problema de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación por contenidos ilícitos de terceros. La LSSICE dedica sus artículos 13 a 17 a esta cuestión, incorporando, para las actividades de mera transmisión de datos, de copia de materiales en caché y de alojamiento o hosting, las reglas de exención de responsabilidad establecidas en la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico. La LSSICE añade además otra exención, no prevista en la Directiva, para la provisión de enlaces e instrumentos de búsqueda.

En el presente número de IDP queremos destacar dos resoluciones sobre esta materia. La primera es el Auto de 10 de noviembre de 2004, del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid (ponente: Pedro María GÓMEZ SÁNCHEZ), [Diario La Ley, número 6186, miércoles, 9 de febrero de 2005]. La segunda resolución es la Sentencia de 15 de junio de 2005, del Juzgado de Primera Instancia núm. 42 de Madrid (ponente: Eduardo DELGADO HERNÁNDEZ).

El Auto de 10 de noviembre de 2004 trata de un punto fundamental en el sistema de exenciones de responsabilidad, como es el de si las normas de exención impiden el ejercicio de acciones de cesación contra el intermediario. La conclusión a la que llega es que el artículo 14 de la LSSICE ha venido a excluir la posibilidad de ejercitar acciones de cesación contra al prestador de un servicio de transmisión que reúne los requisitos exigidos para la exención, salvo que la cesación se exija a dicho intermediario en virtud del deber de colaboración establecido en el artículo 11 LSSICE. Y considera el auto que ese deber -consistente en colaborar para hacer efectiva una resolución dictada por un órgano competente ordenando que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos- sólo se le puede exigir en el marco del procedimiento en el que se ha dictado la resolución para cuya efectividad resulta necesaria su colaboración, y no, por tanto, en un procedimiento independiente.

Véase el auto compilado en este documento.

Por su parte, la Sentencia de 15 de junio de 2005 declara responsable al prestador de un servicio de alojamiento de datos que almacena contenidos de carácter injurioso proporcionados por un tercero. Se trata de una resolución sorprendente, por cuanto no hace referencia alguna a la exención de responsabilidad que el artículo 16 de la LSSICE concede al prestador de este tipo de servicios. Para la consulta de esta sentencia remitimos al sitio web del prestador de servicio de alojamiento, que ha sido condenado a la publicación de la sentencia firme que recaiga.

http://www.internautas.org/archivos/sentencia_sgae.pdf

Esta sentencia ha sido recientemente confirmada en apelación, mediante la sentencia de 6 de febrero de 2006, de la sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid (ponente Nicolás DÍAZ MÉNDEZ). Aunque en la sentencia de apelación sí se cita la LSSICE, no se ofrece una explicación satisfactoria sobre la inaplicabilidad de la exención, probablemente porque se parte de que el alojador hizo propios los contenidos alojados: según el tribunal, en el caso de autos "se procede a recopilación para hacer propios los contenidos".

Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, Auto de 10 Nov. 2004, proc. 14/2004

Ponente: Gómez Sánchez, Pedro María
N.º Recurso: 14/2004
Jurisdicción: CIVIL

LA LEY JURIS: 210/2005

Texto

En Madrid, a 10 de noviembre de 2004.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. Ortiz Cañavate Levenfeld, en nombre y representación de Emi Music Spain, S.L., BMG Music Spain, S.A., Universal Music Spain, S.L., y Sony Music Entertainment (Spain), S.A., se solicitó la adopción de medida cautelar contra Bitmailer, S.L., consistente en el cese de su servicio de acceso a Internet y, en su caso, de alojamiento o almacenamiento de datos respecto de la página web www.weblisten.com, celebrándose la comparecencia prevenida en el art. 734 LEC, oponiéndose la demandada a la adopción de tal medida por las razones expuestas en el desarrollo de dicho acto, todo ello tal y como quedó reflejado en soporte audiovisual unido a los autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Dos son los presupuestos cuya concurrencia ha venido siendo tradicionalmente exigida por doctrina y jurisprudencia para la adopción de cualquier medida cautelar: por un lado, el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, esto es, la concurrencia en la pretensión principal de aquel grado de solidez que permita al órgano judicial concebir --no, desde luego, asegurar-- que su éxito en la resolución definitiva del proceso constituye, cuando menos, una hipótesis verosímil; por otra parte, el *periculum in mora* o, lo que es igual, la presencia de circunstancias que hagan presagiar un riesgo cierto de que, de no adoptarse la medida en cuestión, se produzca durante la sustanciación del proceso principal algún cambio jurídico-material capaz de hacer ilusorio el pronunciamiento estimatorio que en su día pueda recaer.

Al primero de dichos presupuestos se refiere el art. 728.3 de la nueva LEC cuando establece que «... El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión...». Al segundo, el art. 728.1 al decir que «... Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria...».

SEGUNDO.- A la hora de abordar la concurrencia de apariencia de buen derecho en un supuesto como el planteado, no presenta especiales dificultades concluir que la actividad desarrollada por Weblisten, S.A., consistente en comercializar a través de Internet fonogramas en distintos formatos de compresión de audio (mp3, etc.) con respecto a obras del repertorio producido por las demandantes y sin el consentimiento de éstas, constituye, en tanto que acto de reproducción ilícita, flagrante violación de los derechos de propiedad intelectual de éstas (art. 115 de la Ley de Propiedad Intelectual) así como acto de competencia desleal tipificado en la legislación especial sobre el particular (art. 11 de la Ley de Competencia Desleal).

Y la apariencia de buen derecho en este aspecto se desprende, no ya de la elemental calificación jurídica de los hechos descritos que este juzgador pueda llevar a cabo, sino del hecho --documentalmente constatado-- de que las entidades demandantes han obtenido ya a su instancia distintos pronunciamientos judiciales frente a la citada Weblisten, S.A., efectuando la aludida calificación y ordenando a ésta la cesación de su actividad infractora. Por lo demás, es la propia entidad frente a la que se ejercita la presente pretensión cautelar, Bitmailer, S.L., quien no cuestiona en absoluto la ilicitud de los contenidos de la página web www.weblisten.com o, más concretamente, del tipo de actividad mercantil desarrollada a través de ella.

Más espinoso resulta, en cambio, el problema de determinar si pesa o no sobre Bitmailer, S.L., una obligación propia y genuina de suspender los servicios que presta indirectamente para Weblisten, S.L., a través de la entidad Net Provider, S.A. En definitiva, la cuestión del *fumus boni iuris* en un supuesto como el analizado no consiste tanto en determinar si existe --que evidentemente existe-- una obligación de cesación en la transmisión de los contenidos ilícitos provenientes de la aludida

página web como en dilucidar si resulta o no probable o verosímil el éxito de la futura acción por la que se pretenda imponer el cumplimiento de esa obligación precisamente a Bitmailer, S.L. mediante la cesación de las tareas que desarrolla en tanto que prestadora de servicios de Internet (ISP) para Net Provider, S.A., e indirectamente, a través de ésta, para Weblisten, S.L. (o, en su caso, directamente, si llegara a reputarse que existe entre estas dos últimas entidades identidad de substrato personal y material y una artificiosa diversificación de personalidades preordenada al fraude de terceros, como sugieren las entidades demandantes).

SEGUNDO (SIC).- Así planteados los términos del debate, argumentan las demandantes que, en la medida en que Bitmailer, S.L., procura la transmisión en la Red, y, en definitiva, a los usuarios, de los contenidos provenientes de la página web gestionada por Weblisten, S.A., ha de reputarse cooperadora en la producción de la violación de los derechos de propiedad intelectual de aquéllas y en la comisión del ilícito concurrencial anteriormente definido, por lo que, siendo ello así, la obligación de cesación --se razona-- le incumbiría a dicha entidad personalmente por directa aplicación de los arts. 139 de la Ley de Propiedad Intelectual y 18.2.^a y 20.1 de la Ley de Competencia Desleal, este último referido a la legitimación pasiva de los simples cooperadores. Y ello --sostienen dichas entidades-- sin necesidad de acudir a los específicos campos responsabilísticos definidos por la legislación especial en la materia, actualmente constituida por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (especialmente arts. 13 a 17) por la que se incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) y, parcialmente, la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

El problema, sin embargo, no es, a juicio de quien provee, tan sencillo como las demandantes lo plantean. Sabido es que Internet constituye una red integrada por ininidad de «nodos», esto es, de ordenadores dedicados a encaminar los paquetes de información desde su origen hasta su destino, eligiendo el enlace más adecuado en cada momento. Al resultar acreditado --además de plenamente admitido-- que Bitmailer procura a Net Provider servicios de provisión de acceso a Internet y de tránsito IP, no cabe duda de que, de operar con un concepto de causalidad estrictamente mecanicista, habríamos de concluir inexorablemente que la ahora demandada coopera a la difusión a través de la red del tipo de comercio ilícito que Weblisten practica desde el momento en que, suprimida idealmente la labor de intermediación que lleva a cabo, la transmisión de la información hasta el usuario final no tendría lugar, no siendo menos cierto que, a partir de una concepción de la causalidad de tipo universalista como la expuesta, el reproche inherente a la conducta cooperadora habría de proyectarse no solamente sobre Bitmailer, sino también sobre todos y cada uno de los titulares de los múltiples «nodos» que, en definitiva, posibilitan integralmente esa transmisión hasta el usuario final. Y ello con el consiguiente riesgo que para la pervivencia del sistema en su conjunto representaría una noción de la responsabilidad tan generalizada y abierta.

El dilema de que se trata no es nuevo. Su origen hay que buscarlo en la pugna planteada en Estados Unidos entre la industria de contenidos y el sector de las telecomunicaciones y de los proveedores de servicios de Internet, entre quienes se debatió durante largo tiempo si debía o no otorgarse a los titulares de derechos de autor la posibilidad de exigir responsabilidad a los prestadores de servicios de Internet (IPS) por razón de las copias ilegales que circulaban por sus redes y/o se alojaban en sus servidores, y si esa responsabilidad debería o no extenderse no sólo a los infractores principales (en nuestro caso lo sería Weblisten, S.A., y/o Net Provider, S.A.), sino también a cualquier prestador de servicios que físicamente hubiera posibilitado la difusión (en el caso, Bitmailer, S.L.). En el aludido trance, la consideración de que una disciplina responsabilística dotada del grado de rigor que proponía la industria de contenidos comprometería seriamente la viabilidad económica de los operadores de Internet, determinó finalmente la adopción de una solución de compromiso entre los diversos intereses en juego con la denominada Digital Millennium Copyright Act (DMCA) de 1998, en la que se establecieron una serie de exenciones a la responsabilidad de los ISP por los materiales que infringieran derechos de autor. Solución que, en nuestro ámbito, fue más tarde adoptada por la Directiva de Comercio Electrónico, incorporada al ordenamiento interno español por la ya mencionada Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, siendo su ámbito material más amplio que el de la comentada Ley estadounidense

al ir referido no sólo --que también-- a los supuestos de infracción de derechos de propiedad intelectual, sino, en general, a cualquier resultado dañoso proveniente de los contenidos transmitidos o almacenados, incluyendo, por tanto, la infracción de otros derechos de exclusiva (vgr. marcas, diseño industrial), la competencia desleal o la violación de la intimidad, entre otros muchos supuestos imaginables. Pues bien, la idea común que subyace en todos esos cuerpos normativos consiste no solamente en huir de las nociones de causalidad universal derivadas de conceptos meramente mecanicistas sobre la transmisión de información, sino también en prescindir del manejo de conceptos jurídicos indeterminados --y por ello inseguros-- como el de la causalidad adecuada o el consistente en discernir entre causas próximas y remotas en atención al mayor o menor grado de previsibilidad del daño. Por el contrario, el problema se resuelve, en general, estableciendo una cláusula genérica de exención de responsabilidad a la que se añade un elenco de definiciones, con arreglo a criterios de tipicidad legal, de los específicos servicios en cuyo desarrollo los prestadores de servicios de intermediación pueden, bajo determinados presupuestos --que igualmente se definen y tipifican--, incurrir en responsabilidad por razón de los contenidos transmitidos y/o alojados o almacenados.

Así las cosas, no cabe duda de que, por más que sean la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Competencia Desleal quienes nos permiten definir en este caso la ilicitud de los contenidos o de la actividad, la circunstancia de que ésta se lleve a cabo, no en cualquier medio imaginable, sino precisamente a través del medio conocido como Internet, obliga a integrar mediante la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, el concepto mismo de la legitimación o, lo que es igual, la capacidad para soportar pasivamente cualquiera de las acciones de cesación previstas en los arts. 139 y 18.2.^a, respectivamente, de aquellos cuerpos legales, incluido el propio concepto de «cooperación» manejado por el art. 20.1 de la Ley de Competencia Desleal. Y ello en la medida en que es precisamente esa legislación especial la que se ocupa de deslindar las respectivas responsabilidades cuando del ejercicio de actividades de intermediación se trata. No en vano el art. 13 de la Ley 34/2002, después de establecer que «... Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico...», nos indica que ello es «... sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley...», y, más explícitamente aún, que «... Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes...».

Intentando salir al paso de ese considerable obstáculo argumental, razonan las demandantes que, en la medida en que las normas de la Ley 34/2002 tienen por objeto regular la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, tales normas no resultarían aplicables al supuesto examinado por cuanto ni a través de su pretensión cautelar actual ni a través de su futura demanda principal aspiran a exigir de Bitmailer, S.L., responsabilidad de clase alguna, siendo su más modesto propósito el de obtener de ella la simple cesación de su actividad en relación con los contenidos de WEBLISTEN, S.A. Sin embargo, no puede compartirse ese punto de vista. Si una norma jurídica define consecuencias adversas --en este caso en términos de responsabilidad civil-- para ciertas clases de personas cuando éstas realizan determinadas conductas (de acción o de omisión), esa norma está estableciendo al propio tiempo, de forma indirecta, específicas obligaciones (de abstención o de acción, respectivamente) cuyo cumplimiento incumbe a dichos sujetos. En otras palabras, si los arts. 14 y ss. de la Ley 34/2002 no imponen a los prestadores de servicios de intermediación explícitas obligaciones, pero en cambio les atribuyen responsabilidad civil cuando se abstienen, vrg., de retirar los contenidos que albergan en determinados supuestos, ello implica, en definitiva, que, concurriendo los supuestos legalmente previstos, la ley está imponiendo al prestador una obligación --propia y personal-- de proceder a dicha retirada, obligación que, atendiendo a la cuádruple clasificación del art. 1089 del Código Civil, no puede calificarse sino como de origen legal. En definitiva, lo único que late detrás de esa disquisición es una mera cuestión de técnica legislativa donde no pueden advertirse diferencias sustanciales entre, por un lado, la hipotética opción del legislador de haber definido primero las obligaciones para pasar después a establecer las consecuencias de su incumplimiento y, por otro, la fórmula más abreviada --la que de hecho se ha adoptado por la referida Ley-- de determinar directamente las consecuencias (responsabilidad civil) que se anudan, bajo presupuestos definidos, a la ejecución o inejecución de conductas específicas. Consecuentemente, si, de acuerdo con lo que acaba de razonarse, podemos colegir que la Ley 34/2002 impone a los prestadores de servicios de intermediación, aunque sea mediante formulaciones de tipo indirecto, una concreta obligación de cesación (retirada de con-

tenidos) en determinadas circunstancias, resulta obvio que dicha Ley ha de cumplir una función integradora a la hora de definir los sujetos pasivos a quienes puedan llegar a incumbir las acciones de cesación reguladas de modo general en la Ley de Propiedad Intelectual y en la Ley de Competencia Desleal cuando los contenidos ilícitos vulneradores de estas Leyes se ejecutan, transmiten y difunden a través de la Red.

TERCERO.- A partir, pues, de los precedentes planteamientos, y, entrando ya en el manejo del elenco de responsabilidades que definen los arts. 14 y ss. de la Ley 34/2002, es de destacar que, al margen de un servicio de «housing» al que más adelante aludiremos, la demandada Bitmailer no admite prestar para Net Provider otros servicios que los ordinarios de provisión de acceso a Internet y de tránsito IP a través de la red, esto es, el tipo de servicios a que alude el art. 14 de la Ley cuando, fuera de algunas excepciones que no hacen al caso, establece que «... Los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta no serán responsables por la información transmitida...». Pues bien, la exención de responsabilidad que este precepto establece comporta --retomando conceptos anteriormente expuestos-- la consecuencia indirecta de que no resulte legalmente posible atribuir a quienes prestan esa clase de servicios, fuera del deber general de colaboración con las autoridades que establece el art. 11 y al que más adelante haremos referencia, un deber propio y genuino de cesación o de retirada de contenidos aún en el supuesto de conocer el carácter ilícito de los mismos.

El art. 15 contempla la posibilidad de que los prestadores de servicios a los que acabamos de referirnos procedan, con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de los datos a otros destinatarios que los soliciten, a almacenarlos en sus sistemas «... de forma automática, provisional y temporal...». Se trata de la práctica conocida en el sector informático como «caching» o «memoria tampón», mediante la cual el proveedor, cuando un usuario solicita determinada página web de las que se visitan con mayor frecuencia, procede a realizar copia temporal de la misma con el propósito de facilitar su tránsito a ulteriores demandantes de dicha página eludiendo así la incomodidad de reproducir la búsqueda en su alojamiento original. Pues bien, para este supuesto el referido precepto impone indirectamente al proveedor de acceso y tránsito, en lo que aquí nos interesa, la obligación de retirar la información que haya almacenado o de hacer imposible el acceso a ella en cuanto tenga conocimiento efectivo de que un Tribunal u órgano administrativo competente así lo ha ordenado.

Por su parte, el art. 16 impone idéntica obligación a otro tipo de prestador de servicios de intermediación, a saber, el que desarrolla la función de alojar o albergar de forma estable datos ajenos (en este caso, la página web www.weblisten.com), con la única particularidad de que en este caso la obligación de retirar o de imposibilitar el acceso a los contenidos surge para el prestador por el solo hecho de adquirir conocimiento de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, configurándose la eventual noticia relativa a la existencia de resolución cesatoria emanada de órgano competente como una más --entre otras posibles-- de las vías por las que puede llegar a adquirirse el conocimiento de la ilicitud. No obstante, debe indicarse que el mayor rigor que ello supone en relación con la obligación nacida del simple uso de memoria caché o tampón carece de especial relevancia en el supuesto que ahora examinamos desde el momento en que, acreditado que la demandada Bitmailer recibió de las demandantes copia de todas y cada una de las resoluciones judiciales conteniendo pronunciamientos cesatorios, y, no habiendo cuestionado dicha entidad --ni en la relación epistolar previa mantenida con la parte actora ni en el acto de la comparecencia celebrada ante este Juzgado-- el carácter ilícito de los contenidos provenientes de la aludida página web, su obligación de retirarlos o de imposibilitar el acceso a los mismos habría surgido para ella en cualquiera de los dos tipos de supuestos o en ambos a la vez, es decir, tanto si viniera practicando el almacenamiento temporal, memoria caché o «caching», como si prestase el servicio de alojamiento de datos propiamente dicho, servicio más conocido en el sector con el nombre de «hosting». Ello hace, en definitiva, que la valoración del *fumus boni iuris* pase por determinar, *prima facie* y con la provisionalidad propia de esta fase cautelar, si las demandantes han logrado o no aportar algún indicio más o menos sólido de que Bitmailer esté prestando alguno de los dos aludidos tipos de servicio (téngase en cuenta que la prestación del servicio de facilitación de enlaces o de buscador a que alude el art. 17 ni siquiera ha llegado a plantearse). Y al respecto ha de indicarse lo siguiente :

1. Que, a preguntas de quien provee formuladas en el acto de la comparecencia, el perito propuesto por la demandada D. Alexis Gómez Soto consideró improbable que Bitmailer estuviera utilizando memoria «caché» en relación con los contenidos provenientes de Weblisten, y ello a juzgar por las características de las máquinas que había examinado in situ dentro de las instalaciones de Bitmailer. Por el contrario, respondiendo a idéntica pregunta, el perito propuesto por las demandantes D. Teodoro Mayo Muñiz consideró probable dicha práctica invocando en apoyo de esa conclusión única y exclusivamente el hecho de tratarse, a su juicio, de un tipo de procedimiento que habitualmente utilizan los proveedores de acceso y tránsito. Ciertamente, podría argumentarse que la razón de ciencia del primer experto, fundada en el examen directo de las máquinas, es de superior valor a la del segundo por estar esta última basada en una simple conjetura de tipo probabilístico. Pero, al margen de esa consideración, lo cierto es que, aun en el mejor de los casos para las demandantes, del resultado contradictorio de ambas periciales sobre este particular no podría extraerse otra conclusión que la de que su respectivo valor se habría neutralizado recíprocamente originando así un vacío probatorio que sólo a la parte solicitante de las medidas debería perjudicar. Pues innecesario resulta decir que, por aplicación del art. 214 LEC, no correspondía a Bitmailer acreditar el hecho negativo consistente en no practicar la llamada «memoria caché o tampón», sino que era a las demandantes a quienes incumbía proporcionar algún indicio del dato positivo correlativo. Y al respecto cabe indicar que no solamente no se ha aportado tal indicio (en su informe pericial ni siquiera se menciona), sino que, a decir verdad, tampoco se ha invocado explícita y categóricamente que la demandada incurra en ese tipo de práctica, ya que tanto en su demanda inicial como en los alegatos vertidos en el acto de la vista la parte actora ha invocado exclusivamente la prestación por parte de la demandada de un servicio de alojamiento de datos propiamente dicho (no de almacenamiento temporal con miras a la simple facilitación del tránsito).

2. Que del contrato existente entre Bitmailer, S.L., y Net Provider, S.A. se desprende que, al margen de la provisión de acceso y tránsito, lo que aquélla presta a ésta es un típico servicio de «housing» consistente en albergar, no los datos como exigiría el art. 16 de la Ley 34/2002, sino más bien las máquinas de Net Provider, que sería el auténtico servidor (bien de Weblisten, S.A., bien de sí misma si llegara a juzgarse procedente el empleo de la técnica del levantamiento del velo de la persona jurídica), limitándose Bitmailer a procurar respecto de dichas máquinas la prestación de meras funciones de apoyo logístico o de simple intendencia material como las referentes a su ubicación en un espacio delimitado y debidamente custodiado, brindándoles la conectividad y el soporte técnico y ambiental precisos para su adecuado funcionamiento en tanto que máquinas, pero sin que el prestador --Bitmailer-- tenga acceso no ya al control de los contenidos o datos que albergan sino ni siquiera a la manipulación de las propias máquinas, acceso que queda en todo momento reservado al contratante de dicho servicio, esto es, a Net Provider. Por lo demás, el perito propuesto por Bitmailer llegó en torno a este punto a conclusiones mucho más rotundas extraídas de un minucioso examen de las instalaciones de ambos contratantes, examen que le lleva a colegir sin fisuras que lo prestado no es en modo alguno un servicio de alojamiento de datos o «hosting», sino una simple función de alojamiento y mantenimiento de máquinas o «housing», abundando en su informe en las diferencias sustanciales existentes entre ambos tipos de servicio. En definitiva, tanto el contenido del contrato como el exhaustivo análisis del perito Sr. Gómez Soto permiten colmar el vacío suscitado por el interrogante que, a modo de conclusión final, dejó planteado en su informe el perito Sr. Mayo Muñiz cuando expuso (página 5-2) que «... Suponiendo que Bitmailer realiza el alojamiento físico de la máquina (cuestión ya resuelta en sentido afirmativo, como hemos visto), no se puede discernir si los servicios que proporciona Bitmailer son de hosting (la gestión de la máquina directamente el ISP, en cuyo caso la realizaría Bitmailer) o de housing (la gestión de la máquina la realiza la empresa contratista, en este caso Weblisten, S.A.)...». A mayor abundamiento, cualquier consideración de tipo probabilístico carece en este caso de especial valor cuando resulta notorio en la Red que las empresas del ramo ofrecen al público ambos tipos de servicio --hosting y housing-- con caracteres y definiciones netamente diferenciados por más que existan también en el mercado ofertas de paquetes heterogéneos que comprenden conjuntamente, entre otros, los dos servicios en cuestión.

CUARTO.- El precedente análisis nos revela, pues, que la parte solicitante de la medida cautelar no ha aportado indicio alguno de que la demandada esté desarrollando, respecto de la actividad ilícita de referencia, cualquiera de las dos prácticas que, de acuerdo con los arts. 15 y 16 de la Ley 34/2002, serían susceptibles de generar a su cargo el nacimiento de una obligación de cesación entendida como obligación propia y genuina. Naturalmente, ello no

significa que el legislador dé la espalda al problema generado por una realidad insoslayable, cual es la de que, no incumbiendo esa clase de obligación al prestador de servicios de mero acceso y tránsito, éste pudiera considerarse facultado para persistir sine die en la prestación de un servicio que, de hecho, provoca resultados antijurídicos y daños para terceros. De ahí que el art. 11 de dicha Ley imponga a todos los prestadores de servicios de intermediación, incluidos los que define el art. 14, un deber general de colaboración con las autoridades al establecer que «... Cuando un órgano competente por razón de la materia hubiera ordenado, en ejercicio de las funciones que legalmente tenga atribuidas, que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, podrá ordenar a dichos prestadores, directamente o mediante solicitud motivada al Ministerio de Ciencia y Tecnología, que suspendan la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación que realizaran...». Sin embargo, una elemental exégesis de dicho precepto nos permite deducir que a través de él no se configura una especial acción de cesación frente a aquel prestador de servicios a quien, en principio, no incumbe la obligación de cesar. Por el contrario, al contemplar un deber generalizado de colaboración con las autoridades que hayan dictado orden de cesación, constituye pieza esencial para la operatividad del precepto la previa existencia de esa orden de cesación emanada de autoridad competente, en su caso judicial, de tal suerte que aquel deber no se concibe como la concreción de una obligación propia y genuina de cesación del prestador nacida para él ex lege del art. 1089 del Código Civil en relación con los arts. 15 y 16 de la Ley 34/2002, sino como un deber de Derecho público que obliga a todo operador de Internet --de la clase que sea-- a colaborar con las autoridades en la materialización o cumplimiento de una obligación que no es propia del llamado a colaborar, sino ajena y que genuinamente no incumbe más que a aquél frente a quien se ha dirigido la orden de cesación emanada de aquella autoridad.

Así las cosas, considerando que la pretensión cautelar ahora ejercitada constituye la antesala de una futura acción de cesación frente a Bitmailer en virtud de la relación de homogeneidad que debe existir entre toda cautela y su correlativa pretensión principal, nunca esa acción cesatoria podría encontrar apoyo en el deber de colaboración que consagra el referido art. 11 desde el momento en que la misión de este precepto no es la de imponer a los operadores obligación propia de clase alguna, sino --ya se ha indicado-- la carga de colaborar con las autoridades en la ejecución de resoluciones por las que esa obligación ha resultado ya impuesta a un tercero. Desde dicho punto de vista, teniendo en cuenta que --como se indicó-- todas las actuales demandantes han obtenido ya individualmente otros tantos pronunciamientos judiciales ordenando a Weblisten, S.A., la cesación de su actividad comercial en relación con los fonogramas producidos por aquéllas, es patente que cualquier requerimiento de simple colaboración dirigido a Bitmailer en orden a la materialización de dicho mandato judicial habría de enmarcarse en el seno de la ejecución de tales resoluciones. Consecuentemente, cabe indicar al respecto lo siguiente:

1. Que una hipotética resolución de este Juzgado accediendo a la adopción de la medida cautelar solicitada con base en el art. 11 incurriría en vicio de incongruencia por cuanto las demandantes, lejos de invocar la existencia en Bitmailer del deber de colaboración que dicho precepto establece, pretenden imponerle la obligación de cesación como una obligación propia que le incumbiría personalmente, lo que, en vista de lo razonado en los numerales precedentes, no puede sostenerse teniendo en cuenta la ausencia de indicios (o *fumus boni iuris*) en relación con el desempeño por parte de dicha entidad mercantil de alguno de aquellos servicios o prácticas de intermediación susceptibles de hacer surgir ex lege esa clase de obligación personal.

2. Que esa hipotética resolución invadiría de lleno la competencia funcional que corresponde a los órganos judiciales de los que han emanado las distintas órdenes de cesación frente a Weblisten, S.A., ya que únicamente a ellos incumbe la eventual decisión de recabar la colaboración de Bitmailer, S.L., haciendo uso del tan citado art. 11 de la Ley 34/2002 en el seno del proceso de ejecución de dichas resoluciones, y siempre, naturalmente, en el caso de resultar ello preciso por surgir dificultades u obstáculos para obtener el cumplimiento voluntario por parte de Weblisten, S.A., todo ello en función de cuanto al respecto dispone el art. 61 LEC («.. Salvo disposición legal en otro sentido, el Tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare...»).

3. Que, desde dicha perspectiva, la actitud mantenida por Bitmailer, S.L., en el acto de la comparecencia fue jurídicamente consecuente: por una lado, mostró --como no podía ser de otro modo-- su plena disposición a colaborar, caso de ser requerida para ello, con los aludidos órganos judiciales en la ejecución de la obligación de cesación impuesta a Weblisten, S.A., pero, por otra parte, se opuso a que esa clase de prestación se le imponga como consecuencia del éxito de una demanda en la que se le atribuye sin fundamento suficiente la condición --que niega rotundamente ostentar-- de persona primariamente obligada ex lege a la adopción de un comportamiento cesatorio. Por lo demás, al margen de cuestiones de estricta legalidad procesal, no se ve qué clase de contratiempo pueda suponer para las demandantes esa opción cuando, habiendo relatado en el acto de la comparecencia que las diversas ejecuciones de dichas resoluciones se han visto paralizadas por cierta controversia surgida en su seno en torno al alcance objetivo de los repertorios de fonogramas concernidos, su Letrado alegó finalmente que tales controversias están siendo resueltas por los distintos órganos judiciales en sentido favorable a sus intereses, y cuando, en cualquier caso, son dichos órganos --y no este Juzgado-- quienes disponen del grado de información y de competencia en torno al aludido alcance objetivo que resultan precisos para propiciar la adecuada y exacta ejecución de tales resoluciones.

Planteamientos los precedentes que, en su conjunto, determinan en definitiva el fracaso de la pretensión cautelar ejercitada.

QUINTO.- A pesar del resultado procesal que acaba de anunciarse, la particular complejidad de la cuestión sometida a debate, regulada en su conjunto por una legalidad novedosa plagada de nociones de alcance técnico y de naturaleza informática, unida a la ausencia en el estado actual de la jurisprudencia de criterios que resuelvan problemas dotados del grado de especificidad del que se aborda a través de la presente resolución, son, en su globalidad, circunstancias que aconsejan hacer uso de la facultad prevista en el inciso final del art. 394.1 LEC (aplicable por remisión del art. 736.1), y, consecuentemente, no efectuar especial pronunciamiento en torno a las costas causadas.

Vistos los preceptos legales de general aplicación, S.S.^a efectuó, por ante mí, la Secretaria, el siguiente pronunciamiento:

DISPONGO:

No ha lugar a la adopción de la medida cautelar solicitada por Emi Music Spain, S.L., BMG Music Spain, S.A., Universal Music Spain, S.L., y Sony Music Entertainment (Spain), S.A., frente a la entidad Bitmailer, S.L., medida consistente en el cese de su servicio de intermediación respecto de los contenidos de la página web www.weblisten.com. Todo ello sin efectuar especial pronunciamiento en torno a las costas causadas.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación por ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, el cual deberá prepararse en término de cinco días ante este Juzgado.

Así lo mandó y firma el Ilmo. Sr. D. Pedro María Gómez Sánchez, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil número dos de Madrid; doy fe.

Ante mí,

