

ROBERTO YANGUAS GÓMEZ

CONTRATOS DE CONEXIÓN A INTERNET, «HOSTING» Y BÚSQUEDA

SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN RED CON
CONSUMIDORES

Prólogo

SERGIO CÁMARA LAPUENTE



CIVITAS



THOMSON REUTERS

SUMARIO

TABLA DE ABREVIATURAS.....	19
PRÓLOGO	25
INTRODUCCIÓN.....	35

CAPÍTULO I

PRESUPUESTOS COMUNES A LOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN

1. La distinción entre el contrato de obra y el contrato de servicios: Perspectiva doctrinal y jurisprudencial.....	39
<i>1.1. Necesidad de la distinción a los propósitos de este estudio.....</i>	<i>39</i>
<i>1.2. Existencia normativa de la distinción.....</i>	<i>40</i>
1.2.1. Diferencias en el Código civil.....	40
1.2.2. Diferencias en el Derecho comparado.....	42
<i>1.3. Criterios propuestos por la doctrina para fijar la distinción ...</i>	<i>44</i>
1.3.1. La forma de fijar la remuneración.....	44
1.3.2. Independencia organizativa y subordinación.....	48
1.3.3. El contenido del trabajo: la cualificación exigida para llevarlo a cabo.....	52
1.3.4. Tracto único y tracto sucesivo.....	56
1.3.5. La imputación de riesgos.....	58
1.3.6. Otros criterios utilizados.....	61
<i>1.4. Obligaciones de resultado y de medios: el auténtico fundamento de la distinción</i>	<i>63</i>
1.4.1. El origen de la distinción.....	63
1.4.2. La tradicional dificultad en la delimitación.....	65
1.4.3. Los conceptos de «resultado» y «medios».....	67
<i>1.5. Criterios últimos para determinar en la práctica el tipo de obligación.....</i>	<i>73</i>

1.5.1.	Autonomía de la voluntad como fuente de determinación del objeto de las obligaciones	75
1.5.2.	El criterio subsidiario de la prestación «razonablemente esperable»	78
1.5.2.1.	Aproximaciones doctrinales embrionarias.....	78
1.5.2.2.	Su relación con el concepto de «aleatoriedad»	80
1.5.2.3.	Su relación con la «tipicidad social»	84
1.5.2.4.	Formulación del criterio de lo «razonablemente esperable».....	87
2.	La incidencia de la gratuidad en la relación contractual.....	87
2.1.	<i>Planteamiento de la cuestión a los propósitos de este estudio.</i>	87
2.2.	<i>Incidencia de la gratuidad en la naturaleza jurídica de la relación.....</i>	<i>88</i>
2.2.1.	La onerosidad como elemento esencial del tipo	88
2.2.2.	La naturaleza vinculante de las prestaciones gratuitas ..	89
2.2.3.	Posible acomodo de las prestaciones gratuitas dentro de la institución del mandato.....	90
2.2.4.	Los contratos gratuitos de obras y servicios como contratos atípicos. Aplicación analógica de otras normas en el ámbito de la remuneración	92
2.2.4.1.	Posible aplicación de las reglas de la donación	93
2.2.4.2.	Posible aplicación de las reglas de la gestión de negocios ajenos	93
2.2.4.3.	Posible aplicación de las reglas del mandato...	94
2.3.	<i>Incidencia de la gratuidad en el ámbito de la responsabilidad contractual</i>	<i>96</i>
2.3.1.	La facultad moderadora del artículo 1103 del Código civil: ámbito de aplicación.....	96
2.3.2.	Contenido de la facultad moderadora.....	99
3.	La perfección del contrato a través de la navegación: «browse-wrap agreements»	102
3.1.	<i>Planteamiento de la cuestión a los propósitos de este estudio.</i>	102
3.2.	<i>Aproximación conceptual al fenómeno «browse-wrap».....</i>	<i>104</i>
3.3.	<i>La oferta «escondida»</i>	<i>108</i>
3.3.1.	Suficiente precisión de la oferta	109
3.3.2.	Carácter inequívoco	110

3.3.3. Falta de consciencia y «vis cognoscitiva»	112
3.4. <i>Error obstativo</i>	113
3.4.1. Error en la atribución de significado al uso del servicio	113
3.4.2. La génesis de los artículos 10.1 de la Directiva 2000/ 31/CE y 27.1 LSSI.....	114
3.4.3. Excusabilidad del error	117
3.4.4. Las consecuencias de la falta de conciencia.....	118
3.5. <i>¿Aceptación expresa o aceptación a través de «facta conclu- dentia»?.....</i>	118
3.6. <i>El control de incorporación de los actos válidamente formados</i>	120
3.6.1. Panorama general	120
3.6.2. Posibilidad del adherente de conocer el contenido de las condiciones (cognoscibilidad).....	120
3.6.3. Control de incorporación y transparencia en el ámbito de los <i>browse-wrap</i>	124
3.6.4. El requisito de la aceptación y la compatibilidad entre los arts. 5.3 y 5.4 de la Ley sobre Condiciones Genera- les de la Contratación	127
3.6.5. Prueba de la cognoscibilidad y la aceptación	129
3.7. <i>El requisito del envío de justificación escrita: significado y evolución legislativa</i>	132

CAPÍTULO II

EL CONTRATO DE CONEXIÓN A INTERNET

1. Confusión terminológica en torno al «nomen iuris»: Acceso, in- terconexión y conexión	137
2. Contrato de naturaleza mixta: Entre lo público y lo privado	141
3. Delimitación del contrato de conexión a Internet	145
3.1. <i>Elementos esenciales del tipo: especial atención a la inciden- cia de la gratuidad en la configuración del tipo</i>	145
3.2. <i>Modalidades de conexión a Internet</i>	149
3.2.1. Clasificación en atención a la condición del prestador..	150
3.2.2. Clasificación en atención al tipo de red al que se efectúe la conexión (red fija o red móvil)	151
3.2.3. Clasificación en función del modo de determinación del precio	152

3.3.	<i>Naturaleza jurídica del contrato de conexión a Internet</i>	152
3.3.1.	Nociones de «acceso funcional» a Internet en relación con el servicio universal	152
3.3.1.1.	El acceso funcional a Internet	152
3.3.1.2.	Velocidad comprendida en el acceso funcional	154
3.3.1.3.	Determinación de la conexión fuera del servicio universal	160
3.3.2.	Nociones de «conexión a Internet» relevantes para delimitar la naturaleza jurídica	161
3.3.2.1.	La conexión a Internet desde un punto de vista técnico	162
3.3.2.2.	La conexión a Internet desde un punto de vista finalista	164
3.3.3.	Parámetros para delimitar jurídicamente la calidad del servicio	165
3.3.3.1.	Requisitos de calidad perseguidos por el cliente	165
3.3.3.2.	El «valor global del nivel de calidad»	169
A.	Noción y deber de información	169
B.	Excepciones al deber de información	171
i.	Excepción subjetiva: operadores no obligados a publicar los niveles de calidad del servicio.....	172
ii.	Excepción objetiva: tecnologías y modalidades de servicio irrelevantes..	174
C.	Divergencias entre el valor global y la causa subjetiva: soluciones mediante el criterio de lo razonablemente esperable.....	176
3.3.3.3.	El «compromiso de calidad»	176
A.	Noción y deber de información	176
B.	Alcance de la oferta vinculante.....	178
C.	Auténtica naturaleza jurídica del «compromiso de calidad» y paradojas normativas..	180
3.3.4.	Oferta y principio del «máximo esfuerzo» («best effort»): claves para la calificación del contrato de conexión como contrato de servicios.....	185
3.3.5.	Diferencia con otros tipos contractuales	190
3.3.5.1.	Diferencias con el contrato de suministro.....	190

3.3.5.2. Diferencias con el contrato de transporte.....	198
3.3.5.3. Diferencias con el contrato de arrendamiento .	200
4. Contenido obligacional del contrato.....	200
4.1. <i>El precio.....</i>	200
4.1.1. Panorama actual: sistemas habituales de fijación de precios y su problemática	200
4.1.2. Tarifas planas.....	202
4.1.3. Pago por tráfico gestionado (o «por consumo»).....	204
4.1.4. Modelos mixtos.....	205
4.1.5. Precios exorbitantes y conexiones involuntarias: «dialers»	211
4.2. <i>La conexión a Internet: limitaciones en el uso del servicio mediante condiciones generales. En particular, la exclusividad en el aprovechamiento de la conexión.....</i>	218
4.2.1. Delimitación de la prestación principal: remisión	218
4.2.2. Prohibición genérica de uso por parte de terceros: especial atención al supuesto de las redes privadas.....	218
4.2.3. Supuestos concretos de cesión de uso sin ánimo de lucro que recaen dentro de la prohibición genérica.....	223
4.2.3.1. Delimitación	223
4.2.3.2. Ponderación del desequilibrio comercial a la luz de diversos parámetros técnicos y jurídicos.....	225
A. La posible aplicación del art. 1550 del Código civil	225
B. Contrato de conexión e «intuitu personae»	230
C. Desequilibrio en cuanto al incremento de las infraestructuras requeridas	231
D. El «modelo de negocio» del prestador	231
E. Síntesis y conclusiones: ausencia de justificación en la prohibición	233
4.2.4. Prohibición específica de uso por parte de terceros existiendo ánimo de lucro en el prestatario.....	233
4.2.5. ¿Obligación de asegurar la red privada? : la encrucijada jurídica ante la intrusión en redes ajenas	237
4.2.5.1. ¿Obligación derivada de la relación contractual?	238

4.2.5.2. ¿Obligación derivada de la posible consideración del cesionario como prestador de servicios?.....	241
4.3. <i>Límites normativos a la gestión del servicio y neutralidad de la red</i>	244
4.3.1. La neutralidad de la red desde la perspectiva europea..	245
4.3.2. Prospectiva en el ámbito nacional y ejemplos de aplicación práctica	249
5. Incumplimiento y Responsabilidad	252
5.1. <i>La cláusula de exoneración del art. 14 LSSI</i>	252
5.1.1. Requisitos para la exoneración	252
5.1.2. Diferencias con los otros regímenes de exoneración contemplados en la LSSI	255
5.2. <i>Responsabilidad contractual</i>	262
5.2.1. Incumplimiento total: compensación por la interrupción del servicio	263
5.2.2. Cumplimiento parcial o defectuoso: compatibilidad de vías resarcitorias y dificultad de prueba.....	267
5.2.3. Prácticas generadoras de un cumplimiento defectuoso y sanciones del ordenamiento distintas de la responsabilidad contractual («breve excursus»)	269
5.2.3.1. Bloqueo	270
5.2.3.2. Priorización	273
5.2.3.3. Sanciones distintas de la responsabilidad contractual (en particular, la operatividad de la competencia desleal).....	275
5.2.4. Dificultades judiciales en la fijación de la indemnización por incumplimiento contractual	278
5.3. <i>Responsabilidad extracontractual: su limitado alcance</i>	283
5.3.1. La responsabilidad frente a terceros.....	283
5.3.2. La responsabilidad frente al usuario por la naturaleza dañosa de los contenidos transmitidos	284
5.3.3. Un caso especial: la responsabilidad del operador de redes privadas por los daños causados por quienes a ellas se conectan.....	285
5.3.3.1. Posible aplicación de las normas de exoneración de la LSSI	285

5.3.3.2. Atribución de responsabilidad	287
5.3.3.3. Daños inevitables y «probatío diabólica»	291
5.4. <i>Mecanismos de resolución de conflictos: preeminencia de los procedimientos extrajudiciales</i>	295
6. Más allá de los contornos naturales del contrato de conexión: el modelo FON	297
6.1. <i>FON como proveedor de servicios</i>	298
6.1.1. Naturaleza jurídica de la relación con el prestatario	298
6.1.2. FON como prestador de servicios de intermediación....	300
6.1.3. Aspectos conflictivos de la relación contractual	302
6.2. <i>Los acuerdos de FON con los operadores de redes privadas: naturaleza</i>	305
6.3. <i>Otras vicisitudes</i>	308
6.3.1. La relación entre el operador de la red privada y los usuarios finales del servicio de FON.....	308
6.3.2. Calificación de la actividad del operador de redes privadas.....	309

CAPÍTULO III

LOS CONTRATOS DE «HOSTING» Y BÚSQUEDA EN INTERNET

1. Consideraciones generales	313
1.1. <i>Delimitación del contrato de «hosting»</i>	314
1.1.1. Naturaleza jurídica	314
1.1.2. Modalidades de «hosting» en atención a los privilegios de administración del prestatario	318
1.1.2.1. «Hosting» gestionado (managed «hosting»)....	318
1.1.2.2. «Hosting» no-gestionado («full control hosting»)	319
1.1.3. Diferencia con otros tipos contractuales	319
1.1.3.1. La errónea tipificación del «hosting» como arrendamiento	319
A. La necesaria distinción entre soporte y capacidad	319
B. Análisis sobre la adecuación del hosting a los caracteres del tipo arrendaticio.....	323

1.1.3.2. Las diferencias con el contrato de depósito.....	328
1.2. <i>Delimitación del concepto de servicios de búsqueda en Internet</i>	329
1.2.1. Definición de motor de búsqueda.....	329
1.2.2. Naturaleza jurídica	333
1.2.3. Los motores de búsqueda y su consideración como bases de datos	338
2. Contenido obligacional	342
2.1. <i>Contenido del contrato de hosting</i>	342
2.1.1. Elementos esenciales.....	342
2.1.1.1. El deber de almacenamiento.....	343
2.1.1.2. La obligación de custodia.....	344
2.1.1.3. El deber de posibilitar el tráfico de datos («routing»).....	346
2.1.1.4. El deber de proporcionar un medio que posibilite la gestión del contenido almacenado	347
2.1.2. Elementos no esenciales	349
2.1.2.1. Asignación de un nombre de dominio	349
2.1.2.2. Mantenimiento del sistema informático que regula los procesos de «routing» y almacenamiento.....	350
2.1.2.3. Escalabilidad	351
2.2. <i>Contenido del contrato de servicios de búsqueda por Internet</i>	351
2.2.1. Elementos esenciales.....	351
2.2.1.1. Categorización subjetiva y presentación de resultados.....	351
A. Introducción al problema: neutralidad de la búsqueda versus subjetividad	351
B. La relevancia del asunto «Kinderstart» en el Derecho comparado	352
C. Planteamiento de la cuestión en el ordenamiento español.....	353
2.2.1.2. Derecho a la consulta, extracción y reutilización	356
2.2.2. Elementos no esenciales: la ausencia de un derecho a «estar en el buscador».....	357

2.3. <i>Cláusulas de limitación</i>	359
2.3.1. Exclusivas del contrato de «hosting».....	359
2.3.1.1. Cláusulas de exoneración frente a la pérdida de información.....	359
2.3.1.2. Limitaciones al caudal de tráfico objeto de encaminamiento.....	363
2.3.1.3. Limitación en el uso de los recursos tecnológicos.....	365
2.3.2. Exclusivas del contrato de servicios de búsqueda (prohibición de búsquedas automatizadas).....	367
3. Incumplimiento y responsabilidad	368
3.1. <i>Aspectos comunes</i>	368
3.1.1. Naturaleza y ámbito de aplicación de los arts. 16 y 17 LSSI.....	368
3.1.1.1. Funcionalidad: exoneración frente a atribución.....	368
3.1.1.2. Ámbito de aplicación: una aproximación común.....	370
3.1.2. Responsabilidad por contenidos ajenos, por hecho propio y por hecho ajeno.....	370
3.1.3. El «conocimiento efectivo».....	374
3.1.3.1. Enunciado normativo.....	374
3.1.3.2. El origen del concepto «conocimiento efectivo».....	376
A. En la normativa comunitaria.....	376
B. «Actual knowledge» y procedimiento de detección y retirada en las normas estadounidenses.....	378
i. «Actual knowledge».....	378
ii. Procedimiento de detección y retirada («notice and take down») en la DMCA.....	381
C. Breve acercamiento al Derecho comparado europeo.....	383
3.1.3.3. Resoluciones jurisprudenciales más destacadas hasta la fecha en Derecho español.....	386
3.1.4. Ausencia de mecanismos de notificación y retirada de contenidos.....	392

3.1.5. Deber de cooperación: diligencia exigible en el bloqueo y retirada de contenidos	398
3.1.5.1. Celeridad en el bloqueo o eliminación.....	399
3.1.5.2. Posibilidad técnica	400
3.1.5.3. Concreción.....	404
A. Posiciones que rechazan la obligación de filtrado, con fundamento en argumentos compatibles con el Derecho español.....	405
B. Posiciones que rechazan la obligación de filtrado con argumentos incompatibles con el Derecho español	407
C. Posiciones que consideran que el prestador está sujeto a una obligación de filtrado	408
3.1.5.4. Posibilidades de impedir la indexación por el proveedor de contenidos: ¿hacia un traslado del deber de cooperación?	409
3.1.6. Acciones de cesación y medidas de restricción.....	411
3.1.6.1. Acomodo normativo.....	411
3.1.6.2. Restricciones a la prestación de servicios y acciones civiles de carácter especial.....	413
3.1.6.3. Cesación en el caso de los «blogs» y foros: una propuesta para salvaguardar la efectividad de las acciones compatible con la normativa analizada.....	419
3.1.6.4. Restricciones acordadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual	420
3.1.7. Normativa aplicable y criterios de imputación: reglas comunes de responsabilidad previstas en el Código Civil y en el TR-LGDCU	426
3.1.7.1. Aplicación del artículo 1902 del Código civil.	428
3.1.7.2. Aplicación del artículo 1903 del Código Civil por remisión del régimen legal de la LSSI.....	431
3.1.7.3. Aplicación de los artículos 128 a 149 TR-LGDCU	433
A. El concepto de servicio defectuoso.....	434
B. La exclusión de determinado tipo de daños	440
C. El consumidor como destinatario del daño	442
3.1.7.4. Factores de atribución y diligencia exigible	445

3.2. Aspectos particulares de la responsabilidad del proveedor de servicios de «hosting»	447
3.2.1. Consideraciones en torno a la cláusula de exoneración del art. 16 LSSI.....	447
3.2.1.1. Ámbito de aplicación: contrato de «hosting» y servicio de almacenamiento por cuenta de terceros	449
3.2.1.2. Aplicación del art. 16 LSSI a supuestos distintos del contrato de «hosting»: una concepción amplia de «servicio de intermediación».....	450
3.2.2. Supuestos exclusivos de responsabilidad	455
3.2.2.1. En el ámbito contractual.....	455
A. Responsabilidad por pérdida, destrucción o alteración del contenido hospedado	455
B. Responsabilidad por los errores en la accesibilidad al contenido.....	459
C. Incumplimiento del resto de obligaciones esenciales	461
3.2.2.2. En el ámbito extracontractual.....	461
A. Responsabilidad de los «bloggers» por su servicio de almacenamiento de comentarios.....	461
i. Medios de comunicación en Internet y medios de comunicación tradicionales	462
ii. Normas de responsabilidad aplicables: sistema de «doble filtro» y «reportaje neutral»	464
iii. Dirección IP e identificación	470
B. Foros en Internet.....	473
3.3. Aspectos particulares de la responsabilidad del proveedor de servicios de búsqueda en Internet.....	474
3.3.1. Consideraciones en torno a la cláusula de exoneración del art. 17 LSSI.....	474
3.3.1.1. La omisión de los servicios de búsqueda en la Directiva 2000/31/CE y la justificación de su regulación en nuestro Derecho interno.....	474
3.3.1.2. Ámbito de aplicación.....	480
3.3.2. Supuestos exclusivos de responsabilidad	480

3.3.2.1. En el ámbito contractual: remisión al artículo 1104 del Código Civil.....	480
3.3.2.2. En el ámbito extracontractual.....	482
A. El daño causado por el «collage textual» que constituyen los «snippets».....	482
B. Búsquedas predictivas (función de auto-completado).....	484
C. Un supuesto especialmente complejo: integración de servicios de búsqueda de terceros en una página de contenidos.....	487
CONCLUSIONES.....	491
TABLA DE JURISPRUDENCIA.....	497
BIBLIOGRAFÍA.....	513