

TRINIDAD VÁZQUEZ RUANO

**LA INSERCIÓN DE ENLACES
EN UNA *WEB***

**Cuestiones de propiedad industrial
y competencia desleal**

Prólogo de
Juan Ignacio Peinado Gracia

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

| | Pág. |
|---|------|
| PRÓLOGO | 9 |
| AGRADECIMIENTOS | 19 |
| ABREVIATURAS | 21 |
| INTRODUCCIÓN | 25 |
| CAPÍTULO I. ESTABLECIMIENTO DE ENLACES ELECTRÓNICOS. EL PRINCIPIO «FREE LINK» | 33 |
| I. EL ESTABLECIMIENTO DE ENLACES ELECTRÓNICOS. NOTAS PREVIAS | 33 |
| II. EL DENOMINADO PRINCIPIO «FREE LINK» | 38 |
| 1. El reconocimiento del principio «free link» | 38 |
| 2. «Free link», ¿libertad absoluta o cumplimiento de requisitos previos? | 43 |
| CAPÍTULO II. CLASIFICACIÓN DE LOS ENLACES ELECTRÓNICOS | 53 |
| I. CONSIDERACIONES PREVIAS | 53 |
| II. LOS ENLACES ELECTRÓNICOS PROMOCIONALES | 57 |
| 1. Rasgos definitorios de los enlaces electrónicos promocionales | 57 |
| 2. Alcance del contenido del enlace. La «invitación a comprar» | 61 |
| A. La delimitación del concepto de «invitación a comprar» | 62 |
| B. Consecuencias jurídicas del contenido de las comunicaciones comerciales con los consumidores | 68 |

| | Pág. |
|---|---------|
| III. LOS ENLACES ELECTRÓNICOS PROMOCIONALES AUTOMÁTICOS | 75 |
| 1. Notas conceptuales..... | 75 |
| 2. Enlaces promocionales automáticos y las prácticas desleales | 79 |
| A. Las prácticas comerciales desleales. Las conductas agresivas..... | 79 |
| B. Las promociones automáticas como posible práctica desleal por agresiva | 85 |
| a) Presupuestos de hecho de la práctica enjuiciada..... | 87 |
| b) Las exigencias de las prácticas agresivas por acoso .. | 93 |
| 3. Adecuación del contenido a los destinatarios. Prácticas de segmentación..... | 96 |
| A. Tipología | 96 |
| B. Tutela de la información de carácter personal | 99 |
| IV. OTRAS PRÁCTICAS CONTRARIAS A DERECHO | 104 |
| 1. La remisión de mensajes comerciales automáticos y la tutela del receptor y del titular del espacio. Los asuntos <i>Gator Corporation</i> y <i>WhenU.com Inc.</i> | 106 |
| 2. La intromisión en los derechos de propiedad industrial | 108 |
| 3. Los actos de competencia desleal | 114 |
| A. La confusión y el posible riesgo de asociación..... | 115 |
| B. El aprovechamiento indebido de la reputación ajena | 122 |
| CAPÍTULO III. ENLACES ELECTRÓNICOS PROMOCIONALES. LOS ENLACES PATROCINADOS Y LOS ENLACES ENMARCADOS | 129 |
| I. LOS ENLACES PATROCINADOS | 129 |
| 1. La distribución de resultados en un motor de búsqueda: enlaces generales y patrocinados | 132 |
| 2. Comunicaciones comerciales electrónicas y motores de búsqueda..... | 139 |
| II. LOS ENLACES PATROCINADOS Y EL DERECHO DE MARCA..... | 142 |
| 1. El empleo de signos distintivos ajenos en los motores de búsqueda electrónicos..... | 143 |
| 2. La tutela del Derecho de marca en los buscadores electrónicos..... | 160 |
| III. LOS ENLACES PATROCINADOS Y LA COMPETENCIA DESLEAL | 166 |
| IV. LOS ENLACES ENMARCADOS | 173 |

| | Pág. |
|--|------------|
| 1. La previsión de <i>frames</i> | 174 |
| 2. Cuestiones controvertidas | 176 |
| CAPÍTULO IV. ENLACES ELECTRÓNICOS NO PROMOCIONALES. LOS ENLACES DE SUPERFICIE Y ENLACES PROFUNDOS | 185 |
| I. ENLACES SIN FINALIDAD PROMOCIONAL..... | 185 |
| II. PREVISIÓN DE ENLACES PROFUNDOS. CUESTIONES PRÁCTICAS..... | 192 |
| CAPÍTULO V. LOS ICONOS DE CONFIANZA EN EL ÁMBITO ELECTRÓNICO | 201 |
| I. SELLOS DE CONFIANZA <i>ON LINE</i> . SITUACIÓN NORMATIVA..... | 202 |
| II. EL ICONO DE CONFIANZA Y LOS ACTOS DESLEALES | 206 |
| 1. La regulación en la Ley de Competencia Desleal..... | 206 |
| 2. Mecanismos de protección ante los códigos de conducta..... | 211 |
| CAPÍTULO VI. RESPONSABILIDAD JURÍDICA DEL PRESTADOR DE SERVICIOS POR EL ESTABLECIMIENTO DE ENLACES Y SERVICIOS DE BÚSQUEDA <i>ON LINE</i> | 213 |
| I. PRIMERAS CONSIDERACIONES | 213 |
| II. RESPONSABILIDAD POR EL ESTABLECIMIENTO DE ENLACES E INSTRUMENTOS DE BÚSQUEDA | 214 |
| 1. Notas introductorias | 214 |
| 2. La regulación de la responsabilidad por la inserción de enlaces electrónicos e instrumentos de búsqueda en la Red..... | 216 |
| A. Previsiones normativas comunitarias | 216 |
| B. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico | 219 |
| 3. El contrato de establecimiento de enlaces electrónicos | 224 |
| BIBLIOGRAFÍA | 227 |
| ANEXO DE TÉRMINOS EMPLEADOS | 243 |

PRÓLOGO

I.

La Dra. Vázquez Ruano, otrora discípula y hoy compañera desde la Universidad de Jaén, por segunda vez en su carrera universitaria, aún corta en el tiempo pero extensa en frutos, me pide que prologue una monografía suya.

Continúa su investigación en el amplio campo de lo que genéricamente llamamos «Internet», medio que, sin alterar su naturaleza, matiza muchas de las instituciones jurídicas tal y como las conocemos. Hemos tenido ocasión ya de manifestarnos al respecto¹ para sostener la identidad de las instituciones por más que el medio —en ocasiones— dificulte la realización o prueba de algunos elementos de su régimen legal o, incluso, que las operaciones que por Internet se realizan no requieran una regulación desde bases nacionales.

En esta ocasión, la Dra. Vázquez Ruano se ha ocupado de una materia esencialmente vinculada a Internet. Así, el trabajo que prologo versa sobre la inclusión de enlaces electrónicos (links) en un espacio web. Centrándose, esencialmente, en las cuestiones de propiedad industrial y competencia desleal que su inserción genera.

Esta obra supone un trabajo distinto y distante de su monografía anterior, pues se amplía en él el campo de estudio inicial y en el que se aborda una perspectiva distinta en el entramado de Internet. Pues, si bien en su primera monografía el tema esencial fue el tratamiento jurídico del envío de comunicaciones comerciales en el entorno electrónico

¹ PEINADO GRACIA, «La edad del Derecho, la edad de Internet. La seguridad jurídica e Internet», en AAVV, *E-abogacía*, Madrid, 2007, pp. 163-172.

y, en particular, en los casos en los que el destinatario era determinado o el medio empleado para ello pertenecía a un sujeto concreto; por el contrario, la cuestión jurídica principal de este nuevo proyecto se asienta precisamente en la delimitación negativa del concepto de comunicación comercial electrónica. Volveremos sobre el tema.

II.

La bibliografía jurídica sobre Internet ha crecido exponencialmente en los últimos años. En ocasiones incluso el tratamiento dogmático del fenómeno ha sido superior a la importancia económica que incipientemente podían tener las relaciones comerciales establecidas a través de la red. Y esto ha sido bueno. En efecto, además de trabajos esenciales en la materia debidos a la autoridad de profesores como los Dres. Illescas, Madrid Parra o Martínez Nadal o, en otro ámbito, Lawrence «Larry» Lessig, contamos ya con un importante acervo dogmático en la materia que permite asumir con seguridad los problemas que ahora se producen en el importante tráfico en Internet.

El trabajo que el lector tiene en sus manos pertenece precisamente desde su mismo nacimiento, al conjunto de obras de referencia en este campo. En las que el conocimiento del mercado y la información precisa, se conjugan con una madura reflexión jurídica.

No es casual. Este trabajo ha sido elaborado en los mejores centros de investigación europeos. Así la Dra. Vázquez Ruano lo ha gestado en sendas amplias estancias en el Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, en su sede de München, bajo la codirección del prof. Hilty; y, particularmente, en el Osservatorio di Proprietà Intellettuale, Concorrenza e Comunicazioni (OPICC) adscrito al Dipartimento de Giurisprudenza de la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli de Roma, dirigido por el maestro y amigo prof. Gustavo Ghidini.

III.

Los enlaces que se prevén en determinados sitios web, al igual que las herramientas de búsqueda de contenidos en la Red son recursos que destacan por su indudable utilidad práctica. Los usuarios de dicho entorno precisan de instrumentos que posibiliten a su navegador visualizar contenidos y espacios en relación con lo que les interesa. O, en su caso, que se incluyan técnicas que faciliten la búsqueda a través de términos o expresiones que ellos mismos inserten. La posibilidad de acceder on line de un sitio a otro distinto de manera simple y fácil comporta ventajas tanto a los usuarios, como a los titulares de los sitios

que se enlazan y que van a ser localizados y visitados sin demasiado esfuerzo. La autora apoya esta premisa reconociendo la presunción iuris tantum de que el que crea e inserta en Internet un espacio consiente implícitamente que sea referenciado y se acceda al mismo siempre que ello se haga bajo la Uniform Resource Locator (dirección de Red) que le corresponde y en la forma en la que el titular lo hubiera previsto. Por tanto, a fin de evitar que el espacio sea vinculado por terceros es preciso que hubiere manifestado con anterioridad la negativa expresa, tal es el caso de la disposición de técnicas electrónicas que impidan la indexación del mismo. Siendo así como se conoce al proceso que hace factible que se elaboren bases de datos con las referencias de los sitios electrónicos de terceros que derivan de la información que ofrecen las técnicas de localización y seguimiento de espacios on line.

IV.

En esta utilidad práctica insiste la autora en la ilustrativa introducción que precede su trabajo y en la que dirige al lector hacia el ámbito de estudio en el que va a centrar su atención. Instruyéndole acerca de las resoluciones más relevantes que la han llevado a ocuparse de aspectos concretos de la práctica de enlazar contenidos de terceros en la Red y en la que, también, adelanta términos y conceptos jurídicos que serán abordados con profundidad a lo largo del mismo. Entre ellos, cabe llamar la atención sobre el proceso de indexación referido y la delimitación jurisprudencial del concepto de «consumidor medio» del que se parte en la valoración de las posibles conductas desleales o que infringen derechos de exclusiva reconocidos. El cual es considerado por la jurisprudencia del TJCE como aquel que es atento, está debidamente informado y es perspicaz, en relación con los factores sociales, culturales y lingüísticos que le caracterizan.

Realmente partir del concepto de consumidor medio es esencial en todo el entramado normativo de lo que se ha venido a llamar Derecho de los consumidores y, particularmente, de la normativa de competencia desleal. El ordenamiento protege unas razonables expectativas conforme el entendimiento y figuración de un receptor de buena fe que estadísticamente podemos considerar medio². La autora trabaja sobre este concepto adaptándolo al medio en el que se introducen los links, a los elementos ya destacados por la doctrina en otros ámbitos, puntualizando que, en el entorno electrónico, el «consumidor medio» va a contar, además, con un cierto nivel de conocimiento del mismo.

² De interés puede resultar MARTÍNEZ LÓPEZ, ORTIGUEIRA y PÉREZ, «Confianza del consumidor en la compra a través de Internet: una propuesta de modelización basada en la jerarquía de aprendizaje estándar», *Cuadernos de gestión*, vol. 6, núm. 2, 2006, pp. 59-82.

Tras esta exposición del tema, el trabajo se divide en seis partes o bloques de materias que cuentan con una diferente extensión. La distribución del contenido, como la autora justifica, es de carácter personal y —a pesar de que no es un referente en el ámbito porque los criterios de clasificación de los vínculos electrónicos son diversos— presenta un razonamiento jurídico y práctico relevante. Siendo aquí donde destaca una de las importantes novedades del trabajo presentado. Pues, atendiendo a la acepción negativa del concepto de comunicación comercial electrónica, el legislador excluye del mismo los datos que permiten acceder de modo directo al espacio web ajeno, tales como la dirección de correo electrónico o el nombre de dominio. Por lo que, en principio y en líneas generales, cabe negar dicha catalogación a los enlaces electrónicos simples que proporcionan un acceso directo al espacio enlazado y los que carecen de dicha finalidad (como los enlaces profundos). Si bien, esta premisa general presenta ciertas excepciones, en particular en cuanto a la inserción de cierto tipo de mensajes promocionales electrónicos que, al mismo tiempo, sirven de enlaces con otros contenidos en la Red.

En razón de lo anterior, la Dra. Vázquez Ruano diferencia entre los vínculos electrónicos que se prevén con una pretensión promocional, de aquellos que no se singularizan por esta finalidad. Este discernimiento lleva a fijar con concreción el análisis de los problemas jurídicos que la previsión de enlaces electrónicos plantea en dos campos concretos: el de los derechos de propiedad industrial y el de las normas de competencia desleal. De los que existen diferentes pronunciamientos jurisprudenciales en el ámbito comunitario y extracomunitario, siendo las resoluciones de los Tribunales estadounidenses pioneros en este sentido, aunque carentes de una misma tendencia argumental.

V.

La primera parte del trabajo se dedica a analizar en qué consiste la previsión de enlaces electrónicos desde una perspectiva técnica y jurídica. Esta última, centrada en el tratamiento del principio denominado free link o libre previsión de vínculos on line en relación con la posible intromisión en los derechos de autor. La activación de un link por parte de un usuario implica la realización de copias temporales y provisionales de los contenidos ajenos. La necesidad de las mismas respecto del correcto funcionamiento de la Red, permite catalogarlas como limitaciones del derecho de reproducción del titular del sitio. Quedando excluidos ciertos enlaces que, una vez ejecutados, presentan el contenido ajeno de manera diversa a la que el titular ha previsto, pero sin contar con su autorización. De algunos de estos fenómenos

bien por la presentación (framing) bien por la navegación (deep linking) se ocupa también la autora, como veremos.

Analizada esta perspectiva jurídica, la segunda parte del trabajo se amplía en extensión pues en ella se expone el criterio seguido por la autora para estructurar la materia en la forma indicada con anterioridad. Cual es, la pretensión promocional del establecimiento de vínculos en los sitios electrónicos de terceros. Finalidad que hace que se aborde esta tipología en dos partes: una de carácter general y otra específica dedicada al tratamiento jurídico de los enlaces patrocinados y de los enmarcados (o frames).

VI.

En cuanto a la primera, se realiza un análisis común y completo de los links promocionales y que se halla en consonancia con ciertas argumentaciones jurisprudenciales de referencia (como lo son los asuntos Gator Corporation y WhenU.com Inc.). Las cuestiones de estudio de esta modalidad de vínculos electrónicos no sólo se ocupan de las peculiaridades de su naturaleza publicitaria, sino que van más allá. Me refiero a que la autora, de un lado, realiza una valoración jurídica de su contenido y, de otro, se ocupa de los efectos que jurídicamente genera la disposición de enlaces promocionales en relación con las normas de competencia desleal y la protección de los derechos de exclusiva sobre los signos distintivos reconocidos. Materias, éstas, en las que —como se ha señalado— no hay una línea jurisprudencial homogénea ni en el seno de la UE ni en el marco de las resoluciones de los Tribunales norteamericanos.

Centrándose en el contenido de los mismos, la Dra. Vázquez Ruano hace un análisis del concepto de «invitación a comprar» que supone una categoría intermedia entre la mera invitatio ad offerendum y la verdadera oferta contractual. Por la que se impone al que la realiza la necesidad de incluir en las comunicaciones comerciales que dirija a los consumidores o usuarios unos datos o información básica y que se entiende precisa para que adopten una decisión de compra con el debido conocimiento. La inobservancia de esta exigencia hace que la conducta resulte desleal por engañosa, en la medida en que haga o pueda hacer que el consumidor adopte una decisión que, de haberla tenido, no hubiera llevado a cabo.

De otro lado, la inserción de links de carácter promocional automáticos hace que la autora preste atención a otras posibles actuaciones desleales, como las denominadas prácticas agresivas. Al estimar que la recepción no autorizada de numerosos mensajes promocionales que enlazan con contenidos ajenos puede influir en la libertad de elección

del consumidor o usuario en el entorno electrónico y afectar o llegar a perjudicar su comportamiento económico. En concreto, en aquellos supuestos en los que el contenido guarde relación con los productos o servicios e, incluso, la imagen de entidades que interesan al destinatario o que está relacionado con el del espacio que está visitando en un determinado momento. Asimismo, esta materia hace que la autora destaque la necesidad de tutelar la información de carácter personal de los destinatarios en cuanto a determinadas formas de segmentación del contenido de las comunicaciones comerciales que sirven de enlaces con los espacios electrónicos de terceros. En la medida en que se hubieren empleado técnicas informáticas que hacen posible la recopilación de datos que pertenecen a un sujeto determinado o determinable; o que posibiliten el acceso a información almacenada en su equipo informático, sin que éste tenga conocimiento de ello, ni lo hubiera autorizado previamente.

En cuanto a los efectos jurídicos que la disposición de enlaces promocionales electrónicos genera en relación con la protección de los derechos de exclusiva, la autora se refiere a los casos en los que el signo distintivo protegido del tercero se prevea en la página de un titular diverso para identificar en ese mismo espacio los bienes o servicios que éste ofrece y también a aquellos supuestos en los que se emplea como anuncio publicitario electrónico el signo distintivo ajeno en el site de un tercero que, a su vez, permite a los usuarios acceder al espacio del sujeto-anunciante con el que se establece el vínculo al hacer clic sobre dicho mensaje promocional. En el primer planteamiento, la práctica resulta contraria a los derechos de propiedad industrial, en la medida en que se hace uso de un signo distintivo ajeno (marca) en el tráfico empresarial para distinguir productos o servicios idénticos a los del titular del signo registrado y sin que éste lo hubiera autorizado o, en su caso, para distinguir productos o servicios equivalentes generando en los consumidores y usuarios un riesgo de confusión. Este reconocimiento también es valorado en la conocida práctica promocional como keyword banner o pop up. Esto es, el uso de signos distintivos ajenos como palabra clave para que el anunciante registre su mensaje promocional con el fin de que éste aparezca de forma automática en un espacio determinado cuando el usuario inserta dicho término coincidente o similar con la marca protegida del tercero³.

Por el contrario, no cabe llegar a la misma consideración respecto del segundo supuesto destacado. Pues la pretensión del uso del signo ajeno es a modo de promoción y no como distintivo. Es decir, se hace

³ Sigue teniendo interés el trabajo de G. SHEA, «Trademarks and keyword banner advertising», *Southern California Law Review*, vol. 75, 2002, pp. 529-558.

con la intención de atraer a los consumidores y usuarios hacia el sitio electrónico del anunciante. Aunque, la autora reconoce la necesidad de profundizar sobre la afirmación referida y concluye la necesidad de matizarla en ciertas actuaciones de la práctica comercial.

VII.

La imposibilidad de incluir la utilización del signo identificativo ajeno en un enlace electrónico entre las prácticas que vulneran el derecho de exclusiva hace plantear su posible encuadre entre los comportamientos desleales, al objeto de establecer un adecuado nivel de tutela de los intereses de los consumidores y usuarios y, en su caso, de los competidores en el mercado. A este respecto, la autora analiza el posible riesgo de confusión generado a los usuarios y al aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

VIII.

Siguiendo la tendencia argumental indicada al inicio, la tercera parte del trabajo que se presenta se ocupa en concreto de dos tipos de vínculos específicos que la autora ha calificado como promocionales: los enlaces patrocinados en relación con la utilización de los motores de búsqueda y los enmarcados o frames. Planteando, en ambos supuestos, las posibles cuestiones jurídicas que desde la tutela de los derechos de marcas y de las normas de competencia desleal pueden surgir en la práctica. Pues, en el caso de los enlaces patrocinados los principales inconvenientes que surgen derivan de la inserción como palabras clave (o keywords) de signos distintivos protegidos de terceros para referenciar espacios en la Red y que éstos aparezcan entre los primeros resultados del buscador. Más aún, si se tiene en cuenta que la particularidad de los enlaces patrocinados es que se visualizan en un espacio concreto de la pantalla y que, a su vez, se encuentran claramente identificados. Por lo que cabe entender que el titular del espacio patrocinado tiene que abonar una determinada cantidad al buscador en cuestión para que su sitio electrónico aparezca de modo distinto al resto de resultados naturales de la búsqueda.

Los enlaces enmarcados, sin embargo, se distinguen por la forma en la que presentan el contenido vinculado cuando se ejecutan y que es bajo la dirección del espacio en el que se encontraba el usuario. Por lo que no se aprecia la dirección electrónica que corresponde al contenido enlazado. Lo cual suscita cuestiones sobre el posible riesgo de confusión en los usuarios y, en su caso, el aprovechamiento indebido de la reputación de los competidores en el mercado.

IX.

En el cuarto bloque del trabajo se hace referencia a la inclusión de vínculos electrónicos que, en opinión de la autora, carecen de finalidad promocional en sentido estricto. Aludiendo, en este caso, a los enlaces simples que, como se ha adelantado, ofrecen un acceso directo al espacio ajeno y los enlaces profundos (o deep link). Estos últimos se singularizan porque se emplean para vincular un sitio específico de un espacio electrónico, pero no se visualiza la página principal del tercero enlazado. Las cuestiones que su establecimiento ocasiona, al margen de los derechos de autor⁴, se plantean en relación con los derechos de exclusiva sobre los signos distintivos protegidos y sobre las normas de competencia desleal. En concreto, en el caso de los enlaces profundos, tanto desde la perspectiva del titular del espacio que se enlaza por el aprovechamiento indebido de la reputación ajena en el mercado, como para los usuarios que al no ser conscientes del espacio web al que han accedido pueden caer en confusión o asociar el origen empresarial de las entidades.

X.

Novedoso resulta también el quinto bloque del trabajo presentado en el que se abordan los iconos de confianza como una modalidad concreta de vínculos electrónicos. Cuya previsión en un espacio electrónico supone que la entidad se ha adherido de manera voluntaria a unas normas éticas determinadas en un código y que va a aceptar la posible resolución de conflictos en los términos que resuelvan los órganos competentes para ello, como así se ha previsto en dicho código. El empleo de estos sellos son un identificativo para las empresas que los prevén en sus espacios, pero —desde la perspectiva de los consumidores o usuarios— les va a generar una mayor seguridad y confianza en el sitio en el que se hubieran previsto. En consecuencia, el legislador ha incluido una regulación específica entre los principios de competencia desleal que ha sido objeto de análisis en este trabajo. La valoración de la deslealtad de la conducta, según los presupuestos de la norma, requiere que la actuación suponga un perjuicio relevante para el comportamiento económico de los destinatarios en el mercado.

⁴ Vid. PEINADO y SOLANA, «“Press clipping”: competencia desleal y propiedad intelectual», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 2, 2008, pp. 37-63.

XI.

La conclusión de este trabajo no podía haberse llevado a cabo sin incluir el régimen de responsabilidad del Prestador de Servicios que establece enlaces hacia espacios de terceros o, en su caso, que incluye instrumentos de búsqueda electrónicos en los suyos. Esta materia no ha quedado exenta de polémica doctrinal y jurisprudencial si se tiene en cuenta que este tipo de responsabilidad no ha sido tenido en cuenta en la norma comunitaria. Sin embargo, el legislador nacional reconoce, como norma general, la exención de responsabilidad respecto de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información que faciliten enlaces a contenidos electrónicos de terceros o instrumentos de búsqueda. A tal fin se requiere que el Prestador no tenga conocimiento efectivo de la ilicitud de la actividad o la información a la que remite o recomienda, o de que lesiona bienes o derechos de un tercero que sean susceptibles de reparación o indemnización. En caso contrario, se exige que hubiera actuado con diligencia para eliminar o inutilizar el vínculo de que se trate.

La amplitud de los términos empleados en la norma hace que haya sido necesario acudir a los Tribunales en diversos supuestos para obtener una adecuada interpretación de los mismos. Aunque, en la práctica, resulta frecuente que el Prestador quede liberado de dicha responsabilidad. Por cuanto se presume que «tiene conocimiento» en los casos en los que conoce la resolución dictada por el órgano competente en la que se declara la ilicitud u ordena la retirada de los contenidos, o se imposibilita el acceso a los mismos, o se haya declarado la existencia de la lesión.

XII.

Puede parecer un detalle menor pero es necesario destacar que el trabajo que el lector tiene entre manos incluye un completo glosario debido al Interactive Advertising Bureau Spain. Consideramos que es un acierto por cuanto la comprensión del trabajo exige manejar multitud de términos técnicos que el lector no tiene por qué dominar. No habría tenido sentido detenerse en cada caso en su definición o descripción, ni es exigible una formación previa en el lector. La dificultad así queda salvada por esta inclusión (autorizada) que permite al lector acudir cuando es necesario al listado final para un mejor entendimiento.

XIII.

Para finalizar ya. El trabajo al que estas páginas sirven de prólogo es difícil. Se enfrenta a una materia desconocida y en continuo cambio. Y, sin embargo, la autora, con precisión cirujana, donosura y buen estilo, realiza un extraordinario esfuerzo de comprensión, calificación, análisis y exposición, con un discurso claro e ilustrativo. Todo lo hace apoyada en el conocimiento de las mejores prácticas del mercado y contando con el aparato crítico inigualable que su bibliografía evidencia. Obviamente, quedan aún labores pendientes en estos temas, y las relaciones entre enlaces electrónicos y derechos de autor es una empresa que todavía aguarda a quien la tome para sí. Quizás la propia autora que ahora ha demostrado tal maestría. Los aspectos de propiedad industrial y de competencia desleal relacionados con los enlaces electrónicos (links) quedan, pues, perfectamente tratados, agotando cualquier esfuerzo posterior.

Málaga, 2 de abril de 2013, festividad de San Juan Brittos, jesuita que destacó por su empeño en la difusión de la Verdad en territorios hostiles y no siempre bien conocidos. A él encomendamos, pues, esta obra que responde a similar empeño, sin que para autora ni lector sea martirio.

Juan Ignacio PEINADO GRACIA
Catedrático de Derecho mercantil
Universidad de Málaga

INTRODUCCIÓN¹

Los enlaces o *links* son recursos electrónicos de indudable interés en un entorno como Internet en el que las opciones son numerosas y la información en general y las ofertas promocionales en particular, resultan indeterminadas. Por ello, la posibilidad de acceder de un espacio a otro o, en su caso, emplear motores de búsqueda que hagan factible la localización de sitios electrónicos en relación con aquello que es de interés para el usuario es de notable importancia. Los *links* se configuran como instrucciones que hacen que el navegador del usuario pueda visualizar el espacio ajeno que se encuentra identificado con una dirección de Internet distinta a la del *site* en el que se halla en un determinado momento. Por su parte, el uso de un motor de búsqueda va a facilitar la localización de espacios mediante palabras o términos concretos. Los buscadores elaboran unas bases de datos con las referencias de los sitios de terceros y que derivan de la información que les proporcionan los *robots* de rastreo de espacios *on line*, éste es el proceso de indexación. Recopilados dichos *sites*, éstos se relacionan con determinadas palabras clave (*keywords*) a fin de que cuando el usuario introduzca ese término en el motor de búsqueda se le puedan mostrar los resultados relacionados con el mismo.

El trabajo que se presenta versa sobre las cuestiones que en la práctica genera la previsión de enlaces electrónicos que redirigen al usuario

¹ Al final del trabajo se incluye un listado de definiciones de términos empleados en el mismo y que se han reproducido de acuerdo con las definiciones recogidas en el Glosario de términos del *Interactive Advertising Bureau Spain* [para su consulta: www.iabspain.net/wp-content/uploads/downloads/2012/04/Volumen2_Glosario_deTerminos_primeraparte.pdf (parte 1) y www.iabspain.net/wp-content/uploads/downloads/2012/04/Volumen2_Glosario_deTerminos_segundaparte.pdf (parte 2)].

a sitios de terceros, en ocasiones en formatos promocionales y, en otras, como simples vínculos *on line*. Prestando una especial atención a las consecuencias jurídicas derivadas de los *links* desde la perspectiva de los derechos de propiedad industrial y las normas de competencia desleal. Lo cual se justifica, esencialmente, por la clasificación específica que se ha realizado de esta técnica electrónica de localización de espacios y que se expondrá a continuación. No obstante, se dedica la primera parte del trabajo a abordar el debate doctrinal surgido respecto al reconocimiento del *principio free link* o libertad de establecer vínculos que referencian espacios electrónicos ajenos en relación con la garantía de los derechos de propiedad intelectual y los derechos de autor. Se parte de la determinación de este principio como una manifestación de los derechos a la libertad de expresión e información reconocidos en nuestra Constitución y que, en la medida en que su previsión tenga en cuenta las exigencias normativas aplicables, va a suponer una ventaja tanto para el prestador que los establece, como para el titular del sitio que se enlaza o vincula y al que el usuario es redireccionado. Aunque no puede considerarse que se trate de una facultad de carácter ilimitado, por lo que se precisa de la atención del resto de principios constitucionales y de las normas que los desarrollan. En particular, la tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y las normas de publicidad y competencia en el mercado.

La previsión de vínculos hace posible la relación organizada de datos, documentos y otros recursos del entorno electrónico con una funcionalidad simple y que se concreta y limita en el ofrecimiento por parte del que los prevé de una referencia con la que se identifica el contenido ajeno. El usuario va a ser el que al activar el *link* acceda al *site* del tercero o se «descargue» el contenido del mismo. La cuestión principal se plantea porque la ejecución de un enlace hace que se realicen copias temporales y de carácter provisional de los contenidos ajenos disponibles en la Red para que los usuarios tengan la posibilidad de visualizarlos. No siendo el prestador que facilita el vínculo el que reproduce o hace una comunicación pública que consiste en la explotación de los derechos de propiedad intelectual del creador del *site*. En cuanto que las mencionadas copias son necesarias para el adecuado funcionamiento de la Red y, por ende, van a quedar encuadradas en las limitaciones del derecho de reproducción del titular del sitio.

Si bien, el que establece un espacio en la Red puede hacerlo de forma abierta o cerrada, siendo las consecuencias jurídicas distintas en cada una de estas posibilidades en relación con los derechos de autor. Pues si se prevén medidas técnicas que impiden que el sitio sea visualizado o que —de alguna manera— suponen un control sobre el acceso del espacio que se inserta en la Red, la posibilidad de visualizarlo va a requerir que se obtenga con anterioridad la autorización de

su titular. En razón de ello cabe reconocer la presunción *iuris tantum* de que quien establece un sitio en un ámbito sin limitaciones temporales o territoriales como el de la red Internet autoriza de manera implícita que éste sea referenciado y se posibilite su acceso en la forma en que lo hubiere previsto e identificado con la dirección electrónica que le corresponde. Así, a menos que se hubieran empleado mecanismos o técnicas electrónicas que impidan que terceros (como los motores de búsqueda) los indexen, en los demás supuestos no es preciso que su voluntad para vincularlo se facilite expresamente. Pues limitar en exceso la aplicación del *principio free link* supone un riesgo para el propio funcionamiento de Internet o, al menos, una restricción de la libre accesibilidad a los espacios previstos en la Red.

Aunque lo habitual es que el que crea un sitio electrónico pretenda que el mismo sea visitado y conocido por los usuarios, resultando beneficiosa cualquier técnica que facilite su localización *on line*, diferente resulta y —en consecuencia— relevantes cuestiones genera la vinculación de un espacio ajeno que no respete la forma habitual de los enlaces o cuya activación implique la alteración del contenido del sitio enlazado, sin que su titular lo hubiera consentido. Nos referimos a cierto tipo de *links* que cuando son activados bien por la forma en la que presentan el contenido ajeno o por el modo en el que se enlaza, impiden que se perciba como lo ha previsto su titular. En estos supuestos va a ser precisa la autorización expresa del mismo, la cual puede manifestarse mediante el establecimiento de licencias de uso o, en su caso, con la conclusión de contratos (*web linking agreement*) en los que se autorice la reproducción de las páginas electrónicas y el acceso a las mismas en forma distinta a la habitual.

La nota de novedad del estudio de los enlaces electrónicos que se presenta se incluye en lo que concierne a su clasificación y que justifica la distribución del contenido del trabajo. La tipología de los *links* que se va a analizar responde a un criterio personal y que se funda en la diferente funcionalidad con la que se puede insertar en un determinado sitio de Internet un vínculo. Lo que permite distinguir entre aquellos *links* que se establecen con una pretensión promocional, de los que no se caracterizan por esta finalidad. Siendo las consecuencias jurídicas distintas en cada uno de estos planteamientos. Este razonamiento se ha extraído del propio texto de la norma, en particular en la acepción negativa del concepto de comunicación comercial electrónica. En cuyo caso, se excluyen de dicha catalogación los datos que permiten acceder de manera directa al espacio del tercero, tales como la dirección de correo electrónico o el nombre de dominio, así como los anuncios que se refieran a productos, servicios e incluso la imagen de un tercero que se hagan al margen de su voluntad y sin haber recibido compensación económica alguna. Esta delimitación permite afirmar que habrá víncu-

los electrónicos simples que proporcionen un acceso directo al espacio enlazado y que, por tanto, no podrán calificarse como comunicaciones promocionales, al igual que tampoco los que carezcan de dicha finalidad (como los enlaces profundos).

Esta distinción va a ser relevante en cuanto al estudio de los problemas que desde la óptica de los derechos sobre los signos distintivos y las normas de competencia desleal genera su previsión en un espacio ajeno. Este análisis jurídico va a partir necesariamente del concepto de *consumidor medio* acuñado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE y que se define como el que es *atento, está debidamente informado y es perspicaz*, de acuerdo con los factores sociales, culturales y lingüísticos que le caracterizan². Aunque se matiza que en el entorno electrónico, además, posee un cierto nivel de conocimiento del mismo.

La responsabilidad derivada de la previsión de enlaces electrónicos que redireccionan a los usuarios hacia contenidos de terceros es una materia que tampoco ha quedado exenta de cuestiones interpretativas. No sólo porque no se ha recogido en las normas comunitarias, sino esencialmente por la regulación que el legislador nacional ha previsto al respecto (así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en diversos pronunciamientos)³. En cuyo caso, se reconoce un régimen de exoneración de responsabilidad respecto de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información que faciliten enlaces a contenidos electrónicos de terceros o que faciliten instrumentos de búsqueda. Para lo cual es preciso que carezcan del conocimiento efectivo acerca de la ilicitud de la actividad o la información a la que remiten o recomiendan; o de

² Siendo el pronunciamiento de referencia en esta delimitación el de la Sentencia del TJCE, Sala Quinta, de 16 de julio de 1998, Asunto C-210/96, p. I-04657, en relación con la petición dirigida al Tribunal de Justicia (según el art. 177 del Tratado CE) por el *Bundesverwaltungsgericht* (Alemania) para obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano entre *Gut Springenheide GmbH, Rudolf Tusky y Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*, una decisión prejudicial sobre la interpretación de la letra e) del apartado 2 del art. 10 del Reglamento (CEE) 1907/90 del Consejo, de 26 de junio, relativo a determinadas normas de comercialización de los huevos.

³ *Vid.* la STS de 9 de diciembre de 2009 (Sentencia núm. 773/2009, RJ 2010/131, sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos por los insultos vertidos contra la Sociedad General de Autores y Editores en los espacios *www.putasgae.org* y *www.antisgae.internautas.org*), la STS de 18 de mayo de 2010 (Sentencia núm. 316/2010, RJ 2010/2319, sobre la demanda contra un prestador de servicios por los daños causados en el ejercicio de la actividad de almacenamiento de datos al haber alojado en su página electrónica, a solicitud de un tercero, un comentario negativo sobre la seriedad del comportamiento frente a sus clientes de la sociedad aseguradora para la que el propio demandante prestaba como abogado servicios de defensa jurídica) y STS de 10 de febrero de 2011 (Sentencia núm. 72/2011, RJ 2011/313, en materia de responsabilidad por el servicios de alojamiento de datos en cuanto al conocimiento de contenidos ilícitos, en concreto insultos y comentarios vejatorios sobre un personaje público y conocido).

que lesiona bienes o derechos de un tercero que sean susceptibles de reparación o indemnización. En caso contrario, es decir cuanto tengan conocimiento de ello se exige que hubieran actuado con diligencia para eliminar o inutilizar el vínculo de que se trate. Entendiendo que tendrá ese conocimiento en los casos en los que conozcan la resolución dictada por un órgano competente en la que se declare la ilicitud o se ordene la retirada de los contenidos, o se imposibilite el acceso a los mismos, o se haya declarado la existencia de la lesión. Extremos que hacen que en la práctica el prestador se suela liberar de dicha responsabilidad.

Si bien, este régimen no va a resultar aplicable cuando el proveedor de los contenidos enlazados o localizados en la Red actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilita su localización.

I. COMUNICACIONES COMERCIALES ELECTRÓNICAS QUE ENLAZAN CON SITES AJENOS

La inserción en un determinado sitio de Internet de anuncios promocionales que, a su vez, se emplean como vínculos con el contenido de la entidad-anunciante o de cuyos productos o servicios se promocionan presenta unas particularidades que merecen un estudio separado, tal y como se ha reflejado en determinados pronunciamientos jurisprudenciales (es el caso de los asuntos norteamericanos *Washingtonpost. Newsweek Interactive Company, LLC, et al. v. the Gator Corporation* y *United States District Court, E.D. Virginia, Alexandria Division. U-Haul International, Inc., Plaintiff, v. When U.com, Inc.*). En concreto, en lo que respecta a la valoración jurídica de su contenido y a las consecuencias jurídicas de la forma o disposición que les caracteriza en relación con las normas de competencia desleal y la protección de los derechos de exclusiva sobre los signos distintivos reconocidos o renombrados.

En el primer caso, por cuanto se trata de mensajes promocionales que ofrecen al destinatario la posibilidad de acceder al espacio del tercero, lo cual supone que no sólo sea necesario el cumplimiento de la exigencia de la clara identificación de las comunicaciones comerciales y del anunciante en nombre del que se difunden, sino también hay que tener presente el concepto de «invitación a comprar». Entendida como una categoría promocional distinta e intermedia entre la oferta de contrato propiamente dicha y la simple publicidad comercial en el ámbito jurídico. Por la que se impone al empresario únicamente que incluya en las comunicaciones comerciales que dirija a los consumidores o usuarios cierta información básica para que éste pueda adoptar una decisión de compra en base a dichos datos objetivos. En caso contrario, la conducta se calificará de desleal por engañosa al omitirse información relevante, en la medida en que haga o pueda hacer que el consumidor

adopte una decisión que, de haberla tenido, no hubiera llevado a cabo (Resolución del TJCE en el caso planteado entre el defensor del consumidor sueco y la agencia de viajes *Ving Sverige AB*. Asunto C-122/10, de 12 de mayo de 2011, Sala Segunda).

La valoración de los presupuestos de deslealtad de la incursión de mensajes promocionales que enlazan con contenidos ajenos hace relevante detenerse en la adaptación del mismo al público al que se dirige, es decir su posible segmentación en razón de los destinatarios (publicidad comportamental, selectiva o contextual). Práctica que puede resultar determinante respecto de ciertos presupuestos de las conductas desleales, como la influencia en el comportamiento económico del consumidor y usuario; y, también, en cuanto a la tutela de los datos de carácter personal y la protección de la intimidad de los destinatarios.

Pero, además, hay que analizar los supuestos en los que el contenido de las comunicaciones comerciales electrónicas que vinculan con sitios ajenos se encuentran conformadas únicamente por el signo distintivo de un tercero (como lo es la marca). Lo cual puede suponer una intromisión en el derecho de exclusiva sobre la marca en los casos en los que ésta se utiliza en el tráfico empresarial para distinguir productos o servicios idénticos a los del titular del signo registrado y sin que éste lo hubiera autorizado o para distinguir productos o servicios equivalentes generando en los consumidores y usuarios un riesgo de confusión o de asociación acerca del origen de los bienes o servicios ofertados. Esta posibilidad se plantea con mayor nitidez respecto del uso de signos distintivos ajenos como palabra clave bien para referenciar su espacio electrónico patrocinado en un motor de búsqueda o, de manera específica, para que el anunciante registre su mensaje promocional con el fin de que éste aparezca de forma automática en un espacio determinado cuando el usuario prevé el término o palabra clave que es coincidente o similar con la marca protegida de un tercero (técnica del *keyword banner* o *pop up*).

Las primeras cuestiones que a este respecto han surgido en la práctica se han dilucidado por los Tribunales norteamericanos, pero sus decisiones no resultan coincidentes. Los Tribunales del Segundo Circuito consideran que el empleo interno de palabras clave equivalente a los signos protegidos para designar un espacio electrónico no constituye una infracción del Derecho de marca porque no posee un carácter distintivo y al tratarse de términos clave el usuario no los percibe. Sin embargo, los Tribunales de los Circuitos Tercero, Noveno y Décimo justifican la ilicitud por el riesgo de confusión que se genera en los destinatarios en aplicación de la teoría del *initial interest confusion*, pese a que no influya en el comportamiento del usuario en el mercado (caso *Playboy Enterprises v. Netscape Communications*). Por su parte, las resoluciones europeas han destacado la necesidad de que exista una

identidad entre los signos distintivos que debe interpretarse en sentido estricto y que el uso del signo ajeno como metaetiqueta sin autorización de su titular implique un riesgo de confusión en el consumidor medio, teniendo en cuenta las circunstancias y peculiaridades del entorno en el que actúa. En caso contrario, es posible aplicar la exención de responsabilidad al prestador de servicios, como se planteó en el caso *Google France* (Sentencia de 23 de marzo de 2010, TJCE/2010/87 pionero en abordar el uso de marcas en enlaces patrocinados de buscadores de Internet).

En otro orden, desde la óptica de la competencia desleal, la literatura jurídica ha debatido la posible ilicitud de la forma en la que se insertan los anuncios electrónicos en espacios de terceros que, además, vinculan con contenidos ajenos. La previsión de forma sorpresiva y no solicitada de estas comunicaciones comerciales puede suponer una práctica desleal por agresiva. En el sentido de que se trata de promociones que el destinatario no ha solicitado y que se llevan a cabo por medios electrónicos que hacen posible una comunicación a distancia.

Al igual que cabe cuestionar la deslealtad del modo en el que se presentan dichos contenidos cuando se activa el vínculo, nos referimos a los enlaces *frames* que se insertan con una finalidad promocional, pero que visualizan el contenido ajeno enmarcado o bajo la dirección electrónica del espacio en el que se encontraba el usuario. A pesar de que se trata de una práctica poco habitual y que en su mayor parte ha sido analizada desde los derechos de propiedad intelectual y los derechos de autor, nada impide que se analice el posible riesgo de confusión y, en su caso, el aprovechamiento indebido de la reputación de los competidores en el mercado. Como así se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia norteamericana (asunto *Washington Post v. Total News, Inc.*) y, en menor medida, en la europea (asunto *Baumarkt.de v. Baumarkt.de* resuelto por la Corte de Apelación de Dusseldorf).

II. ENLACES ELECTRÓNICOS CARENTES DE UNA PRETENSIÓN PROMOCIONAL

Los vínculos simples y los conocidos como enlaces profundos o *deep links* no se establecen en un espacio ajeno con una pretensión promocional en sentido estricto. Así, los simples *links* van a quedar excluidos de la delimitación conceptual de comunicación comercial electrónica en la medida en que ofrecen el acceso directo al espacio ajeno y, en su caso, en los supuestos en los que se prevén al margen del tercero y sin que se hubiera recibido la correspondiente compensación económica por ello. Por su parte, los *deep links* se emplean para vincular no el contenido principal de un tercero, cuanto más un sitio específico dentro de su espacio electrónico. En consecuencia, no se vi-

sualiza la página principal del tercero enlazado, ocasionándole ciertos perjuicios tanto desde una perspectiva económica por la reducción del número de visitas, como jurídica. Pues, a diferencia de los enlaces de superficie o simples, el usuario no es consciente de que accede a un *site* concreto del sitio del tercero vinculado. Ello hace que se planteen cuestiones jurídicas en relación con el titular del espacio enlazado y respecto de los destinatarios de los mismos. En el primer caso, principalmente referidas a la tutela de los derechos de autor cuando no lo hubiera autorizado u otorgado la correspondiente licencia de uso. Aunque la tendencia jurisprudencial ha llevado a alegar también la aplicación de las normas que protegen el uso de los signos distintivos ajenos que crean confusión en los usuarios por la forma en la que se presenta el contenido ajeno cuando se activa un vínculo profundo y, en su caso, los actos de competencia desleal por el aprovechamiento indebido de la reputación ajena en el mercado. Tal y como sucede en los asuntos norteamericanos *Ticketmaster Corp. v. Microsoft* y *L. A Kelly, v. Arriba Soft Corp.* Y en el ámbito europeo en los casos *Shetland Times Ltd v. Dr. Jonathan Wills* o en el supuesto holandés *Algemeen Dagblad et al. v. Eureka Internetdiensten*.

Al margen de ello, se ha planteado el análisis de los iconos de confianza como categoría de vínculos que carecen de una pretensión promocional propiamente dicha. Por cuanto se trata de distintivos que indican y acreditan la vinculación de una entidad a unas normas deontológicas específicas. Lo cual hace factible la discriminación en sentido positivo a favor de los empresarios comprometidos con dichas reglas y con los procedimientos y decisiones de los órganos de resolución extrajudicial de controversias. En consecuencia, dichos identificativos o iconos de confianza no sólo van a ser un distintivo para las entidades, sino también un referente que ofrece información a los usuarios *on line*. La trascendencia de ello en el tráfico empresarial justifica que las normas de competencia desleal hayan previsto unas previsiones concretas en este sentido, de aplicación en los supuestos en los que la conducta llevada a cabo por la entidad suponga un perjuicio relevante para el comportamiento económico de los destinatarios en el mercado. En cuyo caso, y en un momento previo a la interposición de la acción de rectificación o cesación de la conducta, cabe la posibilidad de instar al órgano de control del código la cesación o, en su caso, rectificación del comportamiento desleal aludido.

CAPÍTULO I

ESTABLECIMIENTO DE ENLACES ELECTRÓNICOS. EL PRINCIPIO «*FREE LINK*»

El establecimiento de un espacio en la Red se caracteriza, entre otros aspectos, por ser de trascendencia indeterminada. La conexión entre los sitios electrónicos facilita la navegación de los usuarios y mejora la búsqueda de información y la comunicación *on line*.

I. EL ESTABLECIMIENTO DE ENLACES ELECTRÓNICOS. NOTAS PREVIAS

El funcionamiento del entorno telemático en líneas generales se basa en la interconexión de equipos informáticos a una red descentralizada. La transmisión de información y, en particular, la visualización de los espacios electrónicos a través de los mismos precisa la realización continua de copias temporales de los contenidos en su memoria de transferencia¹ que se almacena en los servidores. Se trata de copias

¹ Se trata de una copia temporal que se considera el medio para realizar el acto de comunicación pública, por ejemplo la realizada en la memoria *Random Access Memory* o *RAM* del ordenador (sobre ello *vid.* D. HAYES, «Advances Copyright Issues on the Internet», *Texas Intellectual Property Law Journal*, vol. 7, 1998 pp. 5 y 7, aunque como son copias que no se mantienen, el autor duda de su carácter). *Vid.* también J. CREMADES, «Problemática de los contenidos», en AAVV, J. CREMADES, M. A. FERNÁNDEZ-ORDOÑEZ y R. ILLESCAS (coords.), *Régimen jurídico de Internet*, Madrid, 2002, p. 238; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet*, Pamplona, 2011, pp. 233-235; S. LÓPEZ MAZA, *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Granada, 2009, pp. 135-136, distinguiendo como tipos de copias las efímeras, las de la memoria *RAM*, las *caché* y las temporales (pp. 136-142); J. F. ORTEGA DÍAZ, «Sitios

provisionales o de corta duración que son necesarias respecto del adecuado funcionamiento de la transmisión de redes en su sentido técnico. En principio, y puesto que se estima su necesidad para el funcionamiento del entorno electrónico, cabe reconocer su previsión entre las limitaciones del derecho de reproducción². En cuanto que su empleo sirve para ofrecer al usuario la utilización de las obras y prestaciones contenidas en la Red. Lo contrario, es decir, considerar que las copias temporales vulneran dicho derecho, supondría una limitación del adecuado funcionamiento de las redes y, por consiguiente, un obstáculo a la implementación de las mismas.

El *vínculo, enlace simple o directo, hipervínculo o hiperenlace (HREF)* puede definirse como un sistema que relaciona de manera estructurada datos y documentos que se encuentran en la Red, es decir, que permite crear dichas copias temporales para que los equipos conectados los puedan mostrar a sus usuarios de modo rápido y constante³. En un sentido más técnico, es un elemento (*anchors*) de un documento electrónico que se refiere a un recurso distinto que, conectado con una red de datos y con un protocolo de acceso⁴, ofrece al usuario el recurso que referencia de modo diverso⁵. Esto es, puede ser otra página electrónica o un *site* específico dentro de la misma, una imagen, una dirección de correo electrónico, un archivo o un programa, entre otros. De esta definición se pueden extraer las dos partes que componen un enlace electrónico: en primer término, la que podíamos denominar «oculta» que hace referencia al código *HTML*⁶ de la página a la que vincula e

web y enlaces en Internet. Una reflexión desde el ámbito de la Propiedad Intelectual», *RCE*, núm. 35, febrero de 2003, p. 36.

² Con este mismo argumento, *vid.* J. GUIBAULT, «Discussion paper on the question of Exceptions to and limitations on copyright and neighbouring rights in the digital era», 1998, para su consulta: www.ivir.nl/publications/guibault/final-report.html (consultado en octubre 2012).

³ *Hypertext Reference*, según la definición extraída del Glosario de términos del *Interactive Advertising Bureau Spain* (www.iabspain.net/wp-content/uploads/downloads/2012/04/Volumen2_GlosariodeTerminos_primeraparte.pdf). Para ampliar el concepto, *vid.* A. GARCÍA VIDAL, *Derecho de marcas e Internet*, Valencia, 2002, p. 44.

⁴ El Protocolo de acceso a Internet (*Internet Protocol –IP–*) es el protocolo que ofrece información a la Red acerca de las direcciones electrónicas de los paquetes o unidades de datos o información y su enrutamiento (definición extraída del Glosario de términos del *Interactive Advertising Bureau Spain* (www.iabspain.net/wp-content/uploads/downloads/2012/04/Volumen2_GlosariodeTerminos_primeraparte.pdf)).

⁵ *Vid.* K. DETLEF, G. JUTTA y H. CLAAS, *Internet für Juristen*, Berlín, Luchterhand, Neuwied, 1998, pp. 47-64; P. GABEIRAS, V. DE JUAN y B. ÁLVAREZ, «La protección de sitios *web*», en AAVV, J. CREMADES, M. A. FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ y R. ILLESCAS (coords.), *Régimen jurídico de Internet*, Madrid, 2002, p. 1446; M. LOBATO, *Comentario de la Ley 17/2001, de marcas*, 2.ª ed., Madrid, 2007, p. 553.

⁶ *HyperText Markup Language (Lenguaje de Marcado de Hipertexto)* que es el lenguaje usual de las páginas electrónicas. Según la definición del glosario del *IAB-Spain* es un conjunto de códigos (*tags*) en archivos de texto (*.txt) que determinan el modo en que el navegador recupera y muestra la información (www.iabspain.net/wp-content/uploads/downloads/2012/04/Volumen2_GlosariodeTerminos_primeraparte.pdf)).

indica la forma en la que tiene que presentarse el documento al usuario; y la parte «externa» que se concreta en los términos del hipervínculo.

El funcionamiento de un vínculo no resulta complejo pues, bien cuando el usuario hace clic⁷ en el enlace o bien de modo automático, el destino se muestra en el navegador electrónico, se abre o ejecuta según el tipo de enlace de que se trate, como se ha indicado.

En consecuencia, el empleo habitual de un *Hypertext Reference Link* en una página de Internet consiste en la designación de una serie instrucciones que hacen posible que el navegador del sujeto-usuario acceda al sitio de un tercero que se identifica con una *URL*⁸ diferente de la página en la que se encuentra⁹. De este modo, el hiperenlace facilita la dirección electrónica del sitio con el que se ha establecido la conexión y permite que la *web* vinculada aparezca en la pantalla del usuario de forma íntegra e insertada en la dirección que le corresponde, por lo que el titular de la misma se halla correctamente identificado.

De modo hipotético, en el supuesto de que se quisiera establecer en un determinado espacio un vínculo hacia la página electrónica del buscador *AVG Secure Search* cuyo sitio en Internet se corresponde con

⁷ Respecto de la forma en la que se puede obtener el consentimiento es preciso destacar el caso de la entidad especializada en publicidad *on line DoubleClick*. La cual fue demandada en febrero de 2000 por el Centro de Información sobre la Privacidad Electrónica (*EPIC*) ante la Fiscalía de Michigan en base a la vulneración de la privacidad de los usuarios por haber recabado de los mismos información personal mediante la inserción de archivos *cookies* a fin de enviarles con posterioridad publicidad personalizada. La entidad enviaba un archivo para aceptar las *cookies* y si se devolvía se presumía que el usuario había autorizado su establecimiento. La entidad demandada a fin de reestablecer su imagen pública ofreció anuncios *banners* para que los usuarios accedieran a un sitio *web* de la entidad (*Privacy Choices*) en el que les informaban sobre los usos de los archivos *cookies* y les ofrecían la posibilidad de optar entre recibir publicidad indirecta o excluirse de tal servicio. Para ampliar esta información pueden consultarse: G. FERRERA, S. LICHTENSTEIN, M. REDER, R. BIRD y W. SCHIANO, *CyberLaw: Text and Cases*, 2.ª ed., Ohio, 2004, pp. 281-283; F. LAWRENCE STREET y P. GRANT MARK, *Law of the Internet*, San Francisco, 2005, pp. 2&7-2&8; Y. PIULLET y J. M. DINANT, «Hacia Nuevos principios de protección de datos en un nuevo entorno TIC», en el *III Congreso Internet, Derecho y Política. Nuevas perspectivas, IDP, Revista Internet, Derecho y Política*, núm. 5, 2007, p. 44 (para su consulta: www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/piullet_dinant.pdf).

⁸ La *URL* — abreviatura de *Uniform Resource Locator* o Localización Uniforme de Recursos — hace referencia a la dirección de localización del sitio *web* en cuestión. *Vid.* G. CARRIZO SAINERO, «El consumo actual de las tecnologías de la información», *Documentación de las Ciencias de la Información*, núm. 24, 181-186, 2001, p. 2; M. D. SCOTT, *Internet and Technology Law desk reference*, USA, 2005, pp. 869-870, y A. TERRETT, *A Lawyer's Introduction to the Internet, Law&The Internet. Regulating Cyberspace*, Oxford, 1997, p. 14.

⁹ Para ampliar el concepto pueden consultarse, entre otros: W. A. EFFROSS, «Withdrawal of the Reference: Rights, Rules and Remedies for Unwelcomed Web-Linking», *49 South Carolina Law Review*, 1998, pp. 651-693; I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en Internet. Los Tratados de la OMPI de 1.996 y la incorporación al derecho español de la Directiva 2001/29/CE*, 2.ª ed., Granada, 2003, pp. 28-29; J. MASSAGUER FUENTES, «La cláusula de prohibición de la competencia desleal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 11, 2002, pp. 120-122; GARCÍA VIDAL, *Derecho de... op. cit.*, pp. 47-51.