



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL

*Problemas de titularidad en la regulación del derecho de autor y derechos conexos respecto
de plataformas de colaboración creativa en redes sociales*

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Ignacia Alejandra Macías Herrera

Profesor: Santiago Schuster Vergara

Santiago

2020

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I: PLATAFORMAS DE COLABORACIÓN CREATIVA EN REDES SOCIALES	
.....	5
1. CONCEPTUALIZACIÓN	5
1.1. Concepto.....	5
1.2. Características.....	7
1.3. Algunos ejemplos	9
2. SUJETOS INVOLUCRADOS EN LA COLABORACIÓN	12
2.1. Usuarios.....	13
2.2. Proveedor de la plataforma.....	14
3. TIPOS DE PLATAFORMAS DE COLABORACIÓN CREATIVA EN REDES SOCIALES	15
3.1. Abiertas o cerradas	16
3.1.1. Abiertas.....	16
3.1.2. Cerradas	18
3.2. Control activo o pasivo.....	21
3.3. Según contenido	25
4. OBRAS OBJETO DE COLABORACIÓN CREATIVA.....	27
4.1. Obras originarias y derivadas	28
4.2. Obras en colaboración y obras colectivas.....	30
4.3. Obras creadas a través de crowdsourcing.....	33
CAPÍTULO II: LOS TÉRMINOS DE USO EN LAS PLATAFORMAS DE COLABORACIÓN CREATIVA EN REDES SOCIALES	36
1. Derecho aplicable a las relaciones jurídicas derivadas de la colaboración creativa.....	36
1.1. Naturaleza contractual de los términos de uso	36
1.2. Términos de uso como ley aplicable propiamente tal	38
2. Contenido de los términos de uso.....	39
3. Aceptación, modificación y vigencia de los términos de uso.....	43
3.1. Aceptación de los términos de uso	45
3.2. Modificación y vigencia de los términos de uso	51
3.2.1. Modificación de los términos de uso.....	51
3.2.2. Vigencia de los términos de uso.....	52
CAPÍTULO III: INFRACCIONES POR USOS DE CONTENIDOS APORTADOS A LAS PLATAFORMAS DE COLABORACION.....	54
1. Causas de infracciones.....	54
2. Infracciones de los términos de uso por contribuciones y usos ilegítimos.....	55
2.1. Infracciones por contribuciones ilegítimas.....	59
2.1.1. Implicancias contractuales de las infracciones por contribuciones ilegítimas	60
2.1.2. Efectos sobre las cadenas de utilizaciones de la obra ilegítimamente contribuida.....	64
2.2. Infracciones por usos ilegítimos.....	68
2.2.1. Usos autorizados y usos ilegítimos.....	68

2.2.2. Efectos de los usos ilegítimos en las cadenas de utilizaciones.....	70
3. Problemas de titularidad derivados de términos de uso abusivos	77
3.1. Cláusulas abusivas frecuentes en términos de uso de plataformas de colaboración creativa en redes sociales.....	78
3.1.1. Cláusulas abusivas sobre modificación y vigencia de los términos de uso...	78
3.1.2. Cláusulas abusivas sobre limitación y exención de responsabilidad de los proveedores de servicio	84
3.2. Efecto de la inaplicabilidad de cláusulas abusivas	87
4. Problemas de titularidad derivados de falta de consentimiento en los términos de uso	92
5. Reflexiones sobre el tratamiento jurídico de la responsabilidad del proveedor de servicio	94
CONCLUSIONES.....	99
BIBLIOGRAFÍA	101

INTRODUCCIÓN

El avance explosivo de la tecnología que hemos experimentado como sociedad ha impactado notoriamente cada aspecto de nuestras vidas, no estando exento el Derecho y, en especial, todo a lo que al área o rama de la propiedad intelectual concierne. En este contexto, la creación y difusión de distintos tipos de obras en redes sociales ha favorecido el acceso de las personas a conocerlas y, además, ha tenido el efecto de inspirar la creación de muchas más.

En palabras de Lipton y Tehranian, “las interacciones transformativas con trabajos creativos median el desarrollo de las relaciones sociales permitiendo que los usuarios dibujen sobre esos trabajos creativos para propósitos expresivos, modelando sus intereses o actividades dentro de un contexto particular –comunicar su alineación con redes culturales, políticas y económicas y facilitando su interacción con la comunidad en su sentido más amplio”¹.

En este contexto, existen plataformas en redes sociales que se plantean como un espacio que convoca personas para que formen parte de su comunidad virtual cuyo fin es la creación de obras originales y derivadas, colaborativas y colectivas. En estas plataformas las personas con calidad de usuario, pueden “subir” (*upload*) obras de su propia creación, así como adaptar o transformar obras de otros usuarios creando nuevas obras, o incluso utilizando fragmentos de obras de otros miembros de la comunidad para mezclarlas –*remix*- con otras.

Este tipo de plataformas, hasta el momento, se han desarrollado con mayor protagonismo en Estados Unidos, donde ya se ha planteado la existencia de situaciones de tensión entre derechos de usuarios respecto de derechos del proveedor, así como entre usuarios y proveedores respecto de terceros. Las prácticas descritas adquieren relevancia jurídica en cuanto al alto riesgo de infracción del derecho de autor y derechos conexos tanto por parte de los usuarios como del

¹ Traducción libre. “*Transformative interactions with creative works mediate the development of social relationships by allowing users to draw upon those creative Works for expressive purposes, couching their alignment with cultural, political, and economic networks and facilitating their interaction with the broader community*”. Lipton, J. y Tehranian, J. (2015). *Derivative Works 2.0: reconsidering transformative use in the age of crowdsourced creation*. *Northwestern University Law Review*, 109(2),402.

proveedor del servicio. Se conforma de esta manera un problema investigativo que comprende distintas aristas.

Dado lo anterior, esta investigación se dedica a identificar las infracciones contractuales y extracontractuales en relaciones jurídicas que se generan a partir del uso de plataformas de colaboración creativa, particularmente, en cuanto a la titularidad de las obras creadas en estas, examinando –a la luz del derecho aplicable a estas relaciones- las consecuencias jurídicas generadas. Para lograr el objetivo mencionado, este trabajo se divide en tres capítulos.

El Capítulo I se aboca a delimitar el ámbito respecto del objeto de estudio: las “plataformas de colaboración creativa en redes sociales”, para lo cual se tratan concepto, sujetos, clasificación, características y obras que se crean a partir de ellas. El Capítulo II está destinado al estudio del marco regulatorio de las plataformas de colaboración creativa en redes sociales que consiste básicamente en el análisis de los términos de uso y servicio –su naturaleza contractual, contenido, aceptación, modificación y vigencia-, con el objetivo de esclarecer el estatuto al que está sometido el usuario de este tipo de plataformas. Finalmente, el Capítulo III derechamente analiza los problemas de titularidad a las que son susceptibles de ser afectas las obras creadas en estos espacios virtuales; identificando las diversas infracciones a través de la determinación del alcance de los usos permitidos y de aquellos usos que no son autorizados. Asimismo, se exploran posibles remedios para los usuarios afectados.

CAPÍTULO I: PLATAFORMAS DE COLABORACIÓN CREATIVA EN REDES SOCIALES

1. CONCEPTUALIZACIÓN

1.1. Concepto

Para efectos de este estudio, es fundamental delimitar el objeto a analizar: las plataformas de colaboración creativa en redes sociales. El tan solo definir el término *red social* o *social media* se presenta como un desafío intelectual, no sólo por la gran cantidad de información disponible sobre el tema, sino además por ser un concepto de gran dinamismo, pues desde la llegada de Internet, la tecnología ha tenido grandes avances técnicos y, además, se ha vuelto más accesible a la comunidad. Esto provoca que un estudio de las redes sociales tenga variaciones respecto de uno realizado hace diez años, por ejemplo.

Los aspectos a tomar en cuenta son los descritos por Christakis y Fowler: “1. Enormidad: la vasta magnitud de nuestras redes y del número de personas a las que se puede llegar. 2. Comunalidad: una ampliación de la escala en la que podemos compartir información y contribuir a esfuerzos colectivos. 3. Especificidad: un impresionante incremento en la particularidad de los vínculos que podemos formar. 4. Virtualidad: la capacidad de asumir identidades virtuales”².

Estos aspectos son centrales para entender el marco de realidad en que se desenvuelven las redes sociales y permiten aproximarse a una descripción del fenómeno social que representan.

Las definiciones postuladas por parte de los académicos varían dependiendo del área de estudio desde que se miran, por lo que no se puede afirmar que un concepto sea más correcto que otro, sino que están planteados desde distintas perspectivas. Ahora bien, hay aspectos

² Christakis, A. & Fowler, J. (2010). *Conectados*. Madrid: Taurus. p. 283.

básicos que están presentes en toda rama, coincidiendo en que: “una red social es un conjunto organizado de personas formado por dos tipos de elementos: seres humanos y conexiones entre ellos”³.

Dicho esto, lo que se busca es intentar conceptualizar reuniendo los aspectos y características comunes o reconocidas sobre las plataformas digitales de redes sociales de colaboración creativa, destacando aquellas relevantes para esta investigación jurídica en un contexto tecnológico contemporáneo al surgimiento de la *Web 2.0* y el *Used Generated Content*⁴.

Así, podemos decir que las *plataformas de redes sociales* son todos aquellos espacios digitales que facilitan el intercambio de ideas o información entre usuarios que forman parte de una comunidad virtual. En otras palabras, “las redes sociales emplean tecnologías móviles [smartphones, tablets, etc.] y basadas en la web para crear plataformas altamente interactivas mediante las cuales los individuos y comunidades comparten, crean en conjunto, discuten y modifican contenido generado por los usuarios”^{5 6}.

³ *Ibíd.*, p. 27.

⁴ “Una definición formal del término [red social] primero requiere una vinculación con dos conceptos relacionados que son frecuentemente nombrados en conjunción con este: Web 2.0 y Used Generated Content. Web 2.0 es un término que fue primero usado en 2004 para describir una nueva forma en la cual desarrolladores de softwares y usuarios finales empezaron a utilizar la World Wide Web; esto es, una plataforma en la que el contenido y aplicaciones ya no son creadas y publicadas por individuos, sino en cambio están continuamente siendo modificadas por todos los usuarios en un método de participación y colaboración”. Traducción libre. “[A] formal definition of the term [red social] first requires drawing a line to two related concepts that are frequently named in conjunction with it: Web 2.0 and User Generated Content. Web 2.0 is a term that was first used in 2004 to describe a new way in which software developers and end-users started to utilize the World Wide Web; that is, as a platform whereby content and applications are no longer created and published by individuals, but instead are continuously modified by all users in a participatory and collaborative fashion”. Kaplan, A. y Haenlein, M. (2010). Users of the world, unite! The challenges and opportunities of social media. *Business Horizons*. Kelley School of Business, Indiana University, 53(1),60-61.

⁵ Kietzmann, J., Hermkens, K., McCarthy, I.P. y Silvestre, B. (2011). Social media? Get serious! Understanding the functional building blocks of social media. *Business Horizons*. Kelley School of Business, Indiana University, 54(3),241. Traducción libre. “Social media employ mobile and web-based technologies to create highly interactive platforms via which individuals and communities share, co-create, discuss, and modify user-generated content”.

⁶ Véase: Ídem. Este breve trabajo a pesar de tener una mirada desde la relación empresario-consumidor hace una conceptualización objetiva de las redes sociales a través de lo que denominan “the Honeycomb of social

Estos espacios producen la creación de *comunidades* conformadas por *usuarios* que, por regla general, no tienen contacto más allá de lo virtual; es decir, personas que no se conocen en la materialidad, que pueden no tener la misma nacionalidad ni hablar el mismo idioma, sino que se vinculan meramente por tener acceso a plataformas digitales a través de Internet; estos usuarios adquieren una identidad virtual dentro de la comunidad. Por otro lado, están habilitados por un *proveedor de la plataforma* quien se encarga de su operación y actúa como intermediario entre usuarios. En este sentido, las plataformas según lo que disponga el proveedor pueden ser abiertas o cerradas en cuanto al acceso al contenido –visibilizar, aportar o modificarlo.

Para el caso de este estudio interesan como foco las plataformas de *colaboración creativa* que tienen como funcionalidad habilitar espacios de intercambio de ideas e información para efectos de la creación de expresiones literarias, artísticas y científicas que, en términos jurídicos, constituirán obras originales o derivadas, colaborativas y/o colectivas⁷.

Las plataformas de colaboración creativa en redes sociales pueden ser definidas como **aquellos espacios virtuales abiertos o cerrados, operados por un proveedor, en los cuales convergen distintos usuarios que colaboran entre sí con el fin de crear obras literarias, artísticas o científicas, sean éstas originales o derivativas, colaborativas y/o colectivas.**

1.2. Características

Son características relevantes de las plataformas de colaboración creativa en redes sociales:

media”, que establece gráficamente siete facetas fundamentales sobre las redes sociales: identidad, conversaciones, compartir, presencia, relaciones, reputación y grupos (“*the seven functional blocks of social media*”).

⁷ “Actualmente existe una rica y diversa ecología de redes sociales, las cuales varían en términos de foco y funcionalidad”. Traducción libre. “*There currently exists a rich and diverse ecology of social media sites, which vary in terms of their scope and functionality*”. *Ibíd.*, p. 242.

- (1) Están estructuradas para ser de fácil acceso y uso, es decir, cualquiera que pueda ingresar a Internet y que cuente con las condiciones mínimas para desenvolverse en espacios virtuales, puede utilizar la plataforma de manera expedita.
- (2) El mismo espacio virtual provee a los usuarios de herramientas de colaboración, tanto para una comunicación expedita (foros de discusión, chats, correos) como para la creación propiamente tal (herramientas digitales para agregar, modificar o remover partes de las obras dentro de la misma plataforma⁸).
- (3) Son multiterritoriales, es decir, sus usuarios se encuentran ubicados en distintos territorios del mundo, teniendo como efecto que las plataformas no sólo deberán atender al derecho interno de un país, sino que la determinación de su regulación deberá partir desde una perspectiva del derecho internacional privado.
- (4) Reúnen gran cantidad y diversidad de usuarios con intereses comunes. Es innegable que Internet derriba las barreras que existen para que fluya la conectividad entre personas de distintas culturas, que hablan diferentes lenguajes y que tienen distintas habilidades. Si no fuese por este espacio digital quizás estas personas jamás tendrían algún tipo de vínculo y probablemente no sabrían de la existencia del otro.
- (5) Existe multidireccionalidad entre usuarios, es decir, flujo o intercambio de aportes, información, opiniones, críticas u otros. Se forma un espacio propicio para la reunión de creadores y artistas que buscan tener a su disposición el más amplio abanico de colaboradores⁹.
- (6) El uso de estas plataformas comprende que toda actividad o interacción del usuario se enmarque dentro de las reglas y directrices establecidas en los términos o condiciones de uso que postula el proveedor. Estos términos y condiciones del

⁸ Por este motivo la plataforma *Youtube* no califica como plataforma de colaboración creativa en redes sociales, pues carece de herramientas colaborativas que permitan la creación, edición o transformación de videos dentro de la misma plataforma.

⁹ En otras palabras, “la capacidad de multidirigir sus mensajes a diferentes personas y de recibir asimismo una respuesta rápida, superando además con creces las barreras espacio-tiempo, potencia la comunicación hasta un nivel que hasta ahora no se había conseguido”. Martínez, F. (2011). Las redes sociales: una aproximación conceptual y una reflexión teórica sobre los posibles usos y gratificaciones de este fenómeno digital de masas. *Teccom Studies, Estudios de Tecnología y Comunicación*, Universidad Complutense de Madrid, (1),30.

servicio son la fuente principal de derecho sobre la regulación de las plataformas de colaboración creativa en redes sociales.

- (7) No se requieren para su uso calidades técnicas o profesionales cuya exigibilidad significaría una exclusión de las personas que forman parte de la comunidad de colaboración creativa. Esto tiene como corolario la ventaja de que incluso quienes no hayan tenido acceso a la educación formal, tengan oportunidad de desarrollar sus habilidades¹⁰.
- (8) De todas las características se concluye que, al no utilizar un soporte material, constituyen espacios que simplifican el proceso de creación de la obra en comparación con las formas tradicionales. Por ejemplo, la publicación tradicional de una novela contempla la siguiente cadena de producción: (1) creación de la obra por el autor, (2) edición (da composición a los textos, corrige, diseña, imprime, promociona, negocia con distribuidores y librerías), (3) distribución de los pedidos a las librerías – (4) venta en librerías. Esta cadena implica el trabajo de distintas personas que, a través de la plataforma digital, pueden tener a su disposición –en un mismo espacio- las herramientas tecnológicas para reunirse, crear, editar, distribuir y vender.

1.3. Algunos ejemplos

Las plataformas de colaboración creativa son más comunes de lo que podríamos pensar. Para informar acerca de la forma en que las redes colaborativas se insertan en la vida social y son parte del quehacer cotidiano de las personas, ofrecemos algunos ejemplos ilustrativos.

¹⁰ En este sentido, la OCDE ha establecido que el “UCC (*user-created content*) es usualmente creado afuera de las rutinas y prácticas profesionales. A menudo no tiene un contexto de mercado institucional o comercial y puede ser producido por no-profesionales sin expectativas de remuneración o ganancias. Factores motivacionales incluyen: conectar con pares, lograr fama, notoriedad o prestigio, y expresarse a sí mismo”. Traducción libre. “*User-created content is usually created outside of professional routines and practices. It often does not have an institutional or commercial market context and UCC may be produced by non-professionals without expectation of remuneration or profit. Motivating factors include: connecting with peers, achieving fame, notoriety or prestige, and expressing oneself*”. OECD Publishing; Organisation for Economic Co-operation and Development, Wunsch-Vincent, S. y Vickery, G. (2007). *Participative Web and User-Created Content: Web 2.0, Wikis and Social Networking*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, p. 18.

Como primer acercamiento, *Wikipedia* es una de las plataformas que puede más rápidamente atraer al lector. Es “una enciclopedia libre, políglota y editada de manera colaborativa”¹¹. Su sitio web está dentro de los 10 más populares del mundo y cuenta con “más de 48 millones de artículos en 300 idiomas [que] han sido redactados en conjunto por voluntarios de todo el mundo, lo que suma más de 2000 millones de ediciones, y permite que cualquier persona pueda sumarse al proyecto para editarlos”¹². El éxito de esta plataforma, a su vez, ha propiciado el surgimiento de *wikis hermanas*: Wikcionario, Wikilibros, Wikiversidad, Wikiquote, Wikinoticias, Wikisource, Wikiespecies y Wikiviajes.

Wikipedia no es la única plataforma *wiki*¹³ que se podemos identificar; otro ejemplo de gran reconocimiento es *FANDOM*¹⁴ que cuenta con más de 385.000 comunidades y más de 50.000.000 páginas sobre los más diversos temas de la industria del entretenimiento. Su sitio web establece que es un lugar donde sus usuarios pueden discutir, encontrar y compartir conocimientos sobre cualquier tema, estableciendo tres funciones que puede realizar el usuario: crear (compartir información, editar, crear una página o iniciar una comunidad), conectarse (puede encontrar comunidades que compartan su misma pasión, editando y añadiendo información en su propia *wiki* o en otra) y descubrir (encontrar *wikis* sobre los temas favoritos en TV, películas, juegos, etc.).

Otra plataforma que podemos reconocer como colaboración creativa es *hitRECORD*, sitio web fundado en el año 2004 por el actor y director Joseph Gordon-Levitt. Creando una cuenta de usuario se accede a esta plataforma que ofrece distintos intereses: escritura tradicional y de libretos, edición, poesía, ilustración, diseño gráfico, fotografía, actuación, cinematografía, edición cinematográfica, animación, música, actuación de voz, videos de preguntas/respuestas,

¹¹ Wikipedia. [En Wikipedia]. Recuperado (2019, Octubre 15) en <https://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia>

¹² *Ibíd.*

¹³ “L[a]s wikis, que toman su nombre de la palabra hawaiana para «rápido», están diseñad[a]s para permitir que cualquiera que tenga acceso a ell[a]s pueda modificar su contenido. Esto hace posible que grupos de gente con un interés común por una determinada información puedan aunar recursos y trabajar juntos”. Christakis, A. & Fowler, J., *Op. cit.*, p. 286.

¹⁴ Fandom, Inc. (2019). *Explore*. Recuperado de <https://www.wikia.com/explore-es?uselang=es>

etc. A partir de estos intereses el usuario puede: (1) crear un proyecto¹⁵, (2) crear desafíos o participar de aquellos planteados por otros usuarios¹⁶ y (3) formar álbumes que reúnan contenido filtrado para algún proyecto¹⁷. Para estos efectos le es permitido al usuario acceder, descargar, usar, reproducir, modificar, adaptar, hacer trabajos derivados y combinar el contenido puesto a disposición en la plataforma por otros usuarios, pudiendo en el proceso trabajar con dichos usuarios u otros nuevos. Con estas actividades se busca que los proyectos sean finalizados convirtiéndose en *final products* o *productos finales*, que bajo la orientación, coordinación y dirección de la plataforma pueden generar ganancias (*monetized final products*), las cuales son repartidas entre los contribuyentes de la obra y la plataforma, de acuerdo a las reglas establecidas por los términos de uso para estos efectos¹⁸.

Otro ejemplo que ha atraído a la comunidad de internet recientemente es el sitio web y aplicación para dispositivos portátiles *daisie* cofundada por Maisie Williams, actriz conocida por su rol de Aria Stark en la exitosa serie *Game of Thrones*. Su finalidad es introducir creadores alrededor de todo el mundo para traer a vida obras a partir de nuevas ideas y reactivar antiguos proyectos. “*daisie* permite a los usuarios publicar, proveer o enviar contenido como información de perfiles, videos, imágenes, textos, música, sonido grabado, animaciones, logos, comentarios,

¹⁵ Se debe dar un nombre al proyecto y una descripción (escrita y/o audiovisual) de lo que se busca crear. Se invita al resto de los usuarios a participar de él a través de desafíos.

¹⁶ Un desafío es un aviso creativo de tamaño reducido, organizado según alguno de los intereses mencionados cuyo objetivo es convocar a otros usuarios para que colaboren en algún aspecto del proyecto. Cualquiera puede plantear un desafío o contribuir a otro. Por ejemplo, un usuario plantea un desafío en el que busca convocar editores que transformen un cuento de su autoría en un poema.

¹⁷ Un álbum es una compilación de contenido específico disponible en la plataforma que busca ser la selección más apropiada para un proyecto propio o de otro usuario. Por ejemplo, un álbum sobre las actuaciones de voz consideradas más apropiadas para un cortometraje animado.

¹⁸ En palabras de Gordon-Levitt, “Cuando me parece que algo que hemos hecho ha resultado especialmente bueno, me acerco a la industria tradicional del entretenimiento para convertir nuestro trabajo en producciones generadoras de dinero; y luego compartimos cualquier ganancia con los artistas colaboradores”. Traducción libre. “*Now and then, when I think something we've made has come out especially well, I approach the traditional entertainment industry to turn our work into money-making productions; and then we share any profits with the contributing artists*”. Joe. (16 julio, 2010). *What is hitRECORD?* Recuperado de <https://hitrecord.org/records/101039>

preguntas, proyectos, data”¹⁹. Los usuarios colaboran entre sí, aportan contenido, modifican el de otros y crean conjuntamente con otros usuarios.

Por último, también es ejemplo de plataforma de creación colaborativa *Star Wars: Uncut* -famosa versión de la película *Star Wars IV: A New Hope*- que fue galardonada con un *Primetime Emmy for Outstanding Creative Achievement in Interactive Media – Fiction*. Tal como indica su sitio web, en 2009, su creador Casey Pugh inspirado por Internet y los fanáticos de *Star Wars*, quiso dar vida a este proyecto a través de un *crowdsourcing* de la clásica película que resultó en una versión mezclada de la película original hecha con los aportes de los fanáticos²⁰. La obra final producida, dirigida y editada por Pugh consiste en 473 segmentos de 15 segundos aportados por distintas personas que dieron vida a nuevas versiones de las escenas del filme que en conjunto recrean la famosa obra de George Lucas²¹.

En las plataformas expuestas se hace evidente que los sujetos que participan de ellas interactúan de distintas formas, y que hay diversidad de obras que pueden surgir de dichas interacciones. Esto genera matices en el análisis legal que serán abordado a lo largo de este estudio a través del examen de sus términos de uso²².

2. SUJETOS INVOLUCRADOS EN LA COLABORACIÓN

Para comprender las interacciones dentro de las plataformas de colaboración creativa es necesario conocer quiénes son los sujetos involucrados en estas y sus características destacables.

¹⁹ Traducción libre. “*daisie allows Users to post, provide or submit content such as profile information, videos, images, text, music, sound recording, animations, logos, comments, questions, projects, data*” (Sección 2.1). Daisie. (2019, Octubre 15). *Terms*. Recuperado de <https://www.daisie.com/terms#registration>

²⁰ VHX. (2018). *About*. Star Wars Uncut. Recuperado de <http://www.starwarsuncut.com/about>

²¹ Star Wars. (10 octubre, 2014). *The Empire Strikes Back Uncut: Full Movie (Official)* [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=GjsFAZWnA00&t=84s>

²² Términos y condiciones de uso. [En Wikipedia]. Recuperado (2019, Octubre 15) en https://foundation.wikimedia.org/wiki/Terms_of_Use/es; Fandom, Inc. (2019). *Terms of use*. Recuperado de <https://www.fandom.com/terms-of-use>; Fandom, Inc. (2019). *Licensing*. Recuperado de <https://www.fandom.com/licensing>; Hitrecord. (2019, Octubre 15). *Terms of service*. Recuperado de https://hitrecord.org/terms_conditions/terms; Daisie. (2019, Octubre 15). *Terms*. Recuperado de <https://www.daisie.com/terms#registration>

Esta porción del capítulo se dedica a lo anterior, posicionándose el análisis más profundo de estas interacciones en lo que sigue de este estudio.

2.1. Usuarios

Los usuarios de las plataformas digitales en estudio “[s]on los directos encargados de forma colaborativa de crear, editar, eliminar y vincular los contenidos generados valiéndose de sus navegadores”²³.

Antes de la llegada de la *Web 2.0* y el *User-Generated Content*, la dinámica del Internet era distinta, en particular para el usuario que estaba limitado a ser un destinatario de información en la forma más tradicional de comunicación: emisor – mensaje – receptor. Por el contrario, el “*user-created content* comprime varias formas de *media* y obras (escritas, auditivas, visuales y combinados) creadas mediante usuarios de Internet y tecnología”²⁴. En este contexto, el usuario: (1) participa activamente publicando contenido, (2) hace un esfuerzo creativo al aportar el contenido o al adaptar el existente añadiendo nuevo valor a la obra, y (3) como ya se ha explicado, crea en un contexto que no requiere certificación técnica o profesional²⁵.

Los usuarios tienen una *identidad digital* que es “todo lo que manifestamos en el ciberespacio e incluye tanto nuestras actuaciones como la forma en la que nos perciben los demás en la red”²⁶. En relación con la identidad física, “la identidad que una persona se crea puede coincidir o no con la identidad analógica, es decir, con las características de esa persona en el espacio físico”²⁷.

²³ Sereno, J. (2010). Contenido generado por usuarios (UGC), wikis y derecho de autor. *La Propiedad Inmaterial*. 14,213.

²⁴ Traducción libre. “UCC comprises various forms of media and creative works (written, audio, visual, and combined) created by Internet and technology users” Op. cit., WUNSCH-VINCENT y VICKERY, p. 17.

²⁵ Para mayor profundización: Ibíd. p.18.

²⁶ RUIZ, C. 2010. Regulando la creatividad con leyes del pasado. En: Internet, Copyright y Derecho: Opiniones Contingentes. Santiago, Chile. ONG Derechos Digitales, p. 94.

²⁷ Ídem.

Esta identidad digital o 2.0 puede ser estudiada desde distintas disciplinas (psicología, sociología, comunicaciones y otras), pero para este estudio es relevante respecto de las consecuencias legales a las que están afectos los usuarios: su identificación relacionado con los tipos de plataformas –abiertas o cerradas- y su responsabilidad (por ejemplo, si es que el anonimato del usuario versus el registro de éste en la plataforma tiene algún efecto en la materia, o qué implicancia puede tener identificar a la persona natural detrás de la identidad digital).

Sumado a lo anterior, es necesario reiterar que el usuario no sólo se desenvuelve como individuo en la plataforma, sino que comparte el interés común del resto de los sujetos que tienen su misma calidad, formando una *comunidad virtual* en la cual todos participan de manera igualitaria²⁸. Con esto, también es relevante para este estudio analizar las interacciones entre los usuarios que forman parte de dicha comunidad: qué acciones pueden realizar y cuáles no pueden realizar dentro de la plataforma. Respecto de estas últimas, cuáles son sus implicancias legales respecto de otros usuarios y, eventualmente, respecto de terceros.

2.2. Proveedor de la plataforma

Los proveedores de las plataformas de colaboración creativa en redes sociales son, genéricamente, los intermediarios que proveen de la plataforma a los usuarios.

La amplitud de esta definición se debe a que para que esta intermediación sea efectiva, en la práctica, intervendrá más de un sujeto o proveedor. En este sentido, la doctrina ha dicho que “[l]as distintas formas de comunicación, la participación de naturaleza disímil de los intermediarios y las distintas formas de cometer ilícitos en la red justifican la necesidad de una

²⁸ En este sentido, hay autores que consideran que “la masificación de tecnología ha supuesto la democratización de la creatividad. A partir de Internet, hoy somos todos creadores. [...] Por tanto, la regulación del derecho de autor, que debiera equilibrar los intereses de todos los actores relevantes, debe [...] suponer que ya no sólo hay autores en academias y universidades, sino que también en aquellas casas con tecnología que hace posible que cualquier persona con un computador de quinientos dólares pueda crear y editar obras audiovisuales. Y esa persona se transforma [...] en autor”. Aparici, R. y Osuna, S. (2013). La Cultura de la Participación. *Revista Mediterránea de Comunicación*. 4(2),144.

regulación diferenciada para cada tipo de intermediario”²⁹. En consecuencia, “desde la perspectiva de los derechos de autor, surge la pregunta de cómo los intermediarios en línea son responsables de los asuntos relacionados con los derechos de autor”³⁰. La respuesta será que “dependiendo del ilícito, cada intermediario estará sujeto a los requisitos legales existentes para su exención o para asignar de forma directa su responsabilidad”³¹.

Si atendemos al detalle técnico se pueden identificar proveedores de acceso, proveedores de tránsito, proveedores de alojamiento, proveedores de servicios en línea, proveedores de búsqueda y enlaces³². Estos pueden ser sujetos distintos o coincidir en una sola persona.

Para este estudio no resulta relevante la calidad de cada uno de los sujetos que intermedia en el proceso de puesta a disposición de una plataforma colaborativa al usuario. El sujeto a quien se refiere principalmente este estudio será el propietario y administrador de la plataforma.

En consecuencia, el proveedor del servicio es el propietario de la plataforma quien es dueño del nombre de dominio, y también creador y operador de la plataforma³³. Será el proveedor quien plantee los términos y condiciones de uso del servicio y quién controlará activa o pasivamente el contenido aportado por los usuarios.

3. TIPOS DE PLATAFORMAS DE COLABORACIÓN CREATIVA EN REDES SOCIALES

²⁹ Lara, J.C., Vera, F. y Viollier, P. (2014). *Estado de Internet en Chile: aspectos generales, regulación y actores relevantes*. Santiago, Chile: ONG Derechos Digitales. Policy Paper N°6, p. 19.

³⁰ Op. cit., WUNSCH-VINCENT y VICKERY. p. 85.

³¹ Lara, J.C., Vera, F. y Viollier, P., Op. Cit., p. 19.

³² Clasificación extraída de Lara, J.C. y Vera, F. (2013). *Responsabilidad de los prestadores de servicios de internet*. Santiago de Chile: ONG Derechos Digitales. Policy Paper N°3, pp. 3-5.

³³ Definición basada en Correa, M. (2013). La naturaleza jurídica de las wikis en el derecho de autor. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Universidad de Chile*. 2(2),217.

Ya adentrados en la definición del objeto de estudio, podemos clasificar las plataformas de colaboración creativa en redes sociales en dos categorías que son relevantes para efectos de este análisis: (1) plataformas abiertas o cerradas y (2) plataformas de control activo o pasivo por parte del proveedor.

Lo relevante de estas clasificaciones es, respecto de la primera, determinar las particularidades del estatuto del usuario en cada tipo de plataforma y, de la segunda, establecer qué tipos de comportamientos pueden tener los proveedores de la plataforma dependiendo de si optan por un control estricto o flexible.

Adicionalmente, se hace una última distinción sobre el contenido según el sujeto que lo pone a disposición en la plataforma: el usuario o el proveedor.

3.1. Abiertas o cerradas

Esta clasificación puede ser hecha adoptando dos perspectivas: desde el acceso del usuario a estas plataformas y desde la práctica material de colaboración –aportación de contenido original y transformación de contenido ya disponible-. Como se ha enfatizado, interesa conocer el estatuto del usuario colaborador para lo cual esta clasificación resulta de interés para determinar si hay un tratamiento diferente, si existen aspectos comunes y cuáles son sus implicancias jurídicas.

3.1.1. Abiertas

Las plataformas abiertas son esencialmente de público acceso, es decir, cualquier persona puede ingresar al contenido de éstas sin la exigencia de registrar sus datos personales como requisito.

Este es el caso de las plataformas *wiki*. Por ejemplo, en *Wikipedia* hay distintos tipos de usuario, quienes realizan diferentes acciones y cumplen determinadas tareas según los parámetros de su cuenta. “Un usuario es un miembro de un ‘grupo de usuarios’, cada uno de los

cuales tiene algunos ‘permisos’ y el derecho o no al uso de ciertas características del software *MediaWiki*”³⁴.

De estos grupos de usuarios, los *anónimos* son el grupo más común y quienes tienen las funcionalidades más básicas. Son aquellos contribuyentes que no han creado una cuenta o no han iniciado sesión, pueden leer todas las páginas de *Wikipedia*, y crear y editar páginas que no estén protegidas o semiprotegidas³⁵.

Se observa que, en general, las plataformas abiertas -si bien no exigen- tienen la opción de registro a través de la creación de una membresía que señale correo electrónico, nombre de usuario y contraseña; así, el usuario tiene un perfil en la plataforma a través del cual puede ser identificado –aunque escuetamente-.

Desde un segundo aspecto, una plataforma es abierta cuando, tal como acepta formas de colaboración donde el usuario sin necesidad de registrar sus datos puede realizar contribuciones, tampoco requiere de dichas exigencias para efectos de aportar o transformar contenido.

Siguiendo el caso de *Wikipedia* –así como sus derivados *Wikcionario*, *Wikilibros*, *Wikiversidad*, *Wikiquote*, *Wikinoticias*, *Wikisource*, *Wikiespecies*, *Wikiviajes*, etc³⁶-, la plataforma está diseñada para permitir que cualquiera que tenga acceso a ella pueda modificar su contenido. Si contrastamos a los *usuarios anónimos* de esta plataforma con los *usuarios nuevos* (quienes se registran a través de la creación de una cuenta), observamos que las diferencias entre uno y otro no son de fondo, sino que la plataforma otorga a estos últimos herramientas para hacer de la colaboración un proceso más expedito, por ejemplo, “puede crear

³⁴ Wikipedia: Tipos de usuarios. [En Wikipedia]. Recuperado (2019, Octubre 18) en https://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Tipos_de_usuarios#Usuarios_anónimos

³⁵ Wikipedia: Esta página está protegida. [En Wikipedia]. Recuperado (2019, Octubre 15) en https://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Esta_página_está_protegida

³⁶ Para conocer más ejemplos de *wikis*: Category: Active. [En Wikiindex]. Recuperado (2019, Octubre 10) en <https://www.wikiindex.org/Category:Active>

de forma inmediata páginas en cualquier espacio de nombres³⁷ [...] y, si activa una cuenta de correo en sus preferencias, enviar correos electrónicos a otros usuarios. También puede marcar sus ediciones como *menores*³⁸.

Al observar los ejemplos *Wikipedia* y *FANDOM*, estamos frente a plataformas que pueden ser abiertas en las dos perspectivas estudiadas, pues el usuario tiene libre acceso al contenido, y para modificar no requiere de registro –aunque se da la opción-. Siguiendo los ejemplos, “tanto usuarios registrados como anónimos aceptan la posterior utilización y modificación de sus aportes. Esto resulta coherente con el hecho que los usuarios saben, o es razonable que sepan, que al generar contenidos en una *wiki* éstos pueden ser modificados posteriormente, ya que es de la naturaleza de la plataforma que así sea³⁹”.

Respecto de los términos de uso de este tipo de plataformas veremos que, coherentemente, reflejan en el contenido de sus disposiciones su calidad de abiertas, modelando reglas que sistematizan las actividades que puede realizar el usuario de la plataforma, y que, a su vez, den la flexibilidad adecuada para que la colaboración sea fluida.

3.1.2. Cerradas

En las plataformas de colaboración creativa cerradas las personas acceden como usuarios registrando los datos exigidos por el proveedor de servicio, debiendo aceptar expresa e íntegramente los términos de uso planteados. En la mayoría de los casos esta limitación rige tanto para el acceso al contenido disponible como para el aporte y modificación del mismo.

³⁷ “Un espacio de nombres es un conjunto de nombres o identificadores en el que todos los nombres son únicos. [...] Como todos los wikis basados en MediaWiki, Wikipedia utiliza espacios de nombres para diferenciar los tipos de páginas. La Wikipedia en español tiene 26 espacios de nombres: 12 básicos, 12 son sus correspondientes páginas de discusión asociadas, y 2 virtuales. Los espacios de nombres de Wikipedia tienen tres funciones: Identificar cada página de forma única. Identificar los propósitos de cada página. Evitar conflictos entre nombres de páginas”. Ayuda: Espacio de nombres. [En Wikipedia]. Recuperado (2019, Octubre 18) en https://es.wikipedia.org/wiki/Ayuda:Espacio_de_nombres

³⁸Wikipedia: Tipos de usuarios. [En Wikipedia]. Recuperado (2019, Octubre 18) en https://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Tipos_de_usuarios#Usuarios_anónimos

³⁹ Correa, M., Op. cit., p. 239.

Las personas adquieren de esta forma la membresía y pueden “subir” (*upload*) obras de su propia creación, y adaptar o transformar contenido de otros usuarios, incluso utilizando sólo fragmentos de éstos, creando nuevas obras producto de la colaboración.

El registro puede ser gratis o pagado, y tiene por objetivo la identificación de la persona y la aceptación de términos o condiciones de uso. El nivel de detalle de la identificación de la persona será variable según el criterio del proveedor del servicio, y no significa una traba al acceso a las plataformas pues no hay limitaciones para acceder a ser un miembro más que cumplir requisitos de capacidad mínimos (tener cumplidos cierta cantidad de años o no estar afecto a ciertas incapacidades). Para ejemplificar es preciso examinar los casos de *hitRECORD* y *daisie*. Son plataformas cerradas pues para ingresar requieren del registro de nombre de usuario, correo electrónico y contraseña. Además, se establece como criterio de elegibilidad para ser miembro tener una edad determinada y acogerse a los términos de uso del servicio.

Tabla 1 Criterios de elegibilidad para el registro de usuarios en plataformas cerradas

	<i>hitRECORD</i>	<i>daisie</i> ⁴⁰
EDAD	Su uso está destinado para personas mayores de 18 años o para menores de 18 y mayores de 13 años que posean consentimiento parental o de su guardián.	Su uso está destinado para personas mayores de 18 años.
LIMITACIONES	No está destinado para personas menores de 13 años ni para aquellos usuarios que hayan sido previamente suspendidos o removidos del sitio.	<ul style="list-style-type: none"> - No está destinado para personas menores de 13 años ni para aquellos usuarios que hayan sido previamente removidos del sitio. - El usuario debe tener la edad establecida por el derecho interno sustantivo de la persona para consentir al procesamiento de la data personal.
ACEPTACIÓN	La persona debe ser capaz y competente para ingresar y acogerse a estos términos de manera expresa al registrarse, chequeando una casilla que establece que los ha leído y comprende.	La persona debe leer y acogerse a los términos de uso. Se entiende que comprende y está de acuerdo con dichos términos por el sólo hecho de acceder a la plataforma (visitarla, usarla con o sin una cuenta de registro).

⁴⁰ Daisie. (2019, Octubre 15). *Children and our services*. Recuperado de <https://www.daisie.com/terms#children-and-our-services>

Como primera observación, en mi opinión es relevante que los términos de uso hagan un tratamiento extenso de la edad como criterio de elegibilidad, es decir, no dejando vacíos en su regulación. Atendiendo a los casos expuestos, por un lado, *hitRECORD* regula de manera sistémica el requisito de la edad del usuario: (1) la plataforma está destinada para mayores de 18 años, (2) está prohibido su uso para menores de 13 años y, (3) pueden usarla mayores de 13 y menores de 18 años, pero con el consentimiento de los padres o guardián. Respecto de la última situación, expresa en los mismos términos que padre, madre o quien sea guardián del menor de 18 años consiente a los términos en su lugar, y que el uso de la persona se sujeta a su discreción, teniendo como efecto legal que el padre, madre o guardián puede solicitar a la plataforma que modifique, deniegue el acceso o termine la cuenta de usuario, y la plataforma estará obligada a hacerlo en cualquier momento, con o sin motivo, sin notificar y sin ningún tipo de responsabilidad. Además, se dispone en la Sección 2 de los términos de uso que, al llevar a cabo el proceso de registro y usar la plataforma, el usuario declara que cumple los criterios de elegibilidad y que no ha sido previamente suspendido o negado de permiso para usarla.

Por otro lado, la plataforma *daisie* si bien establece los mismos criterios de elegibilidad respecto de la edad es deficiente al expresarlo en sus términos, particularmente respecto de la falta de pronunciamiento sobre la situación del mayor de 13 años y menor de 18 años. Ante esto, por ser la capacidad materia sobre las leyes reguladoras de la persona se deberá atender a las normas de derecho internacional privado de la persona usuario mayor de 13 y menor de 18 años para definir la ley aplicable para regular cómo se debe desenvolver este usuario en la plataforma⁴¹.

Como segunda observación, existen similitudes respecto de las limitaciones para obtener una membresía: la primera, que el usuario menor de 13 años no puede usar la plataforma, y la segunda, que no puede haber sido previamente suspendido o removido de la plataforma.

⁴¹ En el caso de Chile, por ejemplo, interpretando sistemáticamente los artículos 14 y 15 del Código Civil, se llega a la conclusión de que la capacidad del chileno en el extranjero para actos que no van a cumplir efectos en Chile es la ley del lugar de celebración del acto. Ver más: Villarroel, C. y Villarroel, G. (1998). Consideraciones sobre el Estatuto Personal en la legislación chilena. *Revista Chilena de Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 15(2),368.

Por último, respecto de que la membresía sea gratis o pagada, esta determinación la hará quien provea el servicio. En los ejemplos analizados, *hitRECORD* y *daisie* constituyen plataformas gratis para el usuario. Como ejemplo de plataforma cerrada pagada se presenta *Bitbucket*⁴², servicio de alojamiento en web que usan programadores para proyectos que utilizan el sistema de control de versiones Mercurial y Git, dando a equipos de trabajo un espacio para planear proyectos, colaborar en código, testear y desplegar. Esta plataforma en su versión más básica es gratis, pero para utilizar más funcionalidades requiere del pago de 2 dólares o 5 dólares por mes, dependiendo de la extensión de los miembros del equipo de trabajo.

3.2. Control activo o pasivo

El control es activo cuando el propietario tiene poder de decisión sobre los contenidos que pueden ser incorporados a la plataforma, tanto exigiendo ciertas condiciones en los términos de uso, como eventualmente censurando contenido que no cumpla con dichas especificaciones u otras que le parezcan relevantes al respecto. Asimismo, el control es activo cuando el proveedor se atribuye amplias facultades respecto del manejo de las cuentas creadas por el usuario.

Por otro lado, en una plataforma con control pasivo, el propietario no interviene respecto del contenido que esté disponible en su plataforma, recayendo en los miembros de la plataforma la evaluación sobre si los contenidos son o no apropiados. Además, en las plataformas de control pasivo el proveedor tiene facultades más restringidas respecto del manejo de las cuentas de los usuarios, por ejemplo, enunciación estricta en los términos de uso de las causales de remoción de cuentas.

El estado activo o pasivo del control de una plataforma se extraerá de sus condiciones y términos de uso. Examinemos los siguientes casos.

⁴² Atlassian. (2019, Agosto 4). *Bitbucket*. Recuperado de <https://bitbucket.org/product/>

Tabla 2 Control ejercido por el proveedor de las plataformas

	<i>Wikipedia</i>	<i>FANDOM</i>	<i>hitRECORD</i>	<i>daisie</i>
CONTROL SOBRE CONTENIDO APORTADO POR USUARIOS	<ul style="list-style-type: none"> - Proveedor no ejerce rol editorial, no monitorea o edita el contenido de los sitios web de los proyectos, y no tiene responsabilidad alguna por este (Sección 1). - Ante violaciones de los términos de uso, a iniciativa propia o de la comunidad, puede rechazar, deshabilitar o restringir el acceso a la contribución (Sección 10). 	<p>Proveedor puede borrar cualquier contenido o información que haya subido el usuario al Servicio por cualquier razón o sin razón en cualquier momento bajo su propia discreción, con o sin notificación.</p>	<p>Notificados por un usuario o dueño de contenido de cualquier <i>RECORD</i> o producto final que supuestamente no esté en conformidad con los términos de uso o viole derechos de terceros, la compañía podrá investigar la alegación y determinar a su sola discreción si remueve dicho <i>RECORD</i> o producto final, en cualquier momento, sin previo aviso y sin responsabilidad ante ningún usuario (Sección 8.h).</p>	<ul style="list-style-type: none"> - El proveedor se reserva el derecho de rechazar y/o remover cualquier contenido de usuario que crea, a su sola discreción, en violación de cualquiera de los términos de uso (Sección 2.4). - Proveedor se reserva el derecho de remover contenido que viole términos de uso o cuando lo requiera la ley (Sección 3.2.).
CONTROL SOBRE FIABILIDAD DEL CONTENIDO	<p>Proveedor no declara o garantiza la veracidad exactitud o fiabilidad del contenido publicado por la comunidad (Sección 14).</p>	<p>Proveedor no declara ni garantiza que la información obtenida por el usuario como resultado del uso del servicio está libre de error, es exacta o fiable.</p>	<p>Compañía no garantizan ni hace declaraciones sobre el uso o los resultados del uso de la plataforma, los registros, los productos finales, los materiales o cualquier sitio de terceros en términos de corrección, precisión, fiabilidad, o de otra manera (Sección 16.d).</p>	<p>La plataforma no está obligada a monitorear o controlar el contenido publicado por vía de los servicios y no puede tomar responsabilidad por dicho contenido (Sección 2.5).</p>

	<i>Wikipedia</i>	<i>FANDOM</i>	<i>hitRECORD</i>	<i>daisie</i>
CONTROL SOBRE LAS CUENTAS DE USUARIO O ACCESO A LA PLATAFORMA	<ul style="list-style-type: none"> - En conformidad con el DMCA, pueden rescindir en circunstancias apropiadas, usuarios y titulares de cuentas de su sistema y red que sean infractores repetidos (Sección 8). - Ante violaciones de los términos de uso, a iniciativa propia o de la comunidad, el proveedor puede bloquear a un usuario de editar o contribuir, o bloquear la cuenta de un usuario o su acceso (Sección 10). 	Compañía puede bloquear cuentas, borrar perfiles y cualquier contenido o información que haya subido el usuario al Servicio y/o prohibir usar o acceder al Servicio por cualquier razón o sin razón en cualquier momento bajo su propia discreción, con o sin notificación.	<ul style="list-style-type: none"> - Compañía se reserva el derecho de revisar, rechazar o revocar el derecho de cualquier usuario a usar cualquier nombre de usuario en hitRECORD (Sección 11.b). - Compañía puede a su sola discreción terminar cualquier cuenta por motivo de violación de los términos de uso, o discontinuar el acceso con o sin aviso (Sección 13.a). 	<ul style="list-style-type: none"> - Proveedor se reserva derecho de confiscar forzosamente cualquier nombre de usuario por cualquier motivo (Sección 3.2). - Proveedor se reserva derecho de terminar o suspender cuentas de usuario en cualquier momento, sin aviso, sin responsabilidad y por cualquier motivo (Sección 3.2). - Notificado el proveedor de la existencia de infracción a derechos de propiedad intelectual, podrá a su sola discreción limitar acceso al servicio y/o terminar cuentas (Sección 9).
FACULTADES INVESTIGATIVAS Y OTRAS	Ante violaciones de los términos de uso, a iniciativa propia o de la comunidad el proveedor se reserva el derecho de investigar el uso de los usuarios y tomar medidas legales contra los mismos. También puede investigar el uso para cumplir cualquier ley o proceso legal aplicable o solicitud gubernamental apropiada (Sección 10).	No establece expresamente.	Notificados por un usuario o dueño de contenido de cualquier <i>RECORD</i> o producto final que supuestamente no esté en conformidad con los términos de uso o viole derechos de terceros, la compañía podrá investigar la alegación (Sección 8.h).	No establece expresamente.

De las plataformas cerradas se observa que ambas ejercen un control activo sobre el contenido aportado por los usuarios. *hitRECORD* establece para el proveedor facultad de censura de contenido y de cuentas a iniciativa de los mismos usuarios de la plataforma o de terceros afectados. Esta iniciativa es lo que impulsa dichas facultades, pero el resultado dependerá exclusivamente de la decisión del proveedor.

Por otro lado, a pesar de que *daisie* establece en la Sección 2.5 de sus términos de uso que es un “conducto pasivo para la distribución *online* y publicación del contenido de usuario”, es una plataforma que ejerce control activo pues -como muestra la *Tabla 2*-, el proveedor se atribuye amplias facultades para censurar contenido y cerrar cuentas de usuarios a su sola discreción. En consecuencia, que el proveedor se declare expresamente un agente pasivo no es suficiente para determinar el tipo de control que ejerce sobre el contenido, sino que debe ser analizado a través de una interpretación sistemática de los términos de uso.

Respecto de las plataformas abiertas pareciera ser que lo compatible con su fin colaborativo es que exista un control pasivo de manera que no haya trabas siendo la colaboración lo más fluida posible. Ahora bien, aunque la afirmación resulta lógica no es un requisito para que una plataforma sea calificada como abierta. Puede darse el caso en que haya control activo en una plataforma abierta –la conveniencia o inconveniencia de esto en términos prácticos es una discusión distinta-.

De los casos presentados, *Wikipedia* ejerce un control pasivo sobre el contenido: la regla general es la establecida en la Sección 1 de sus términos de uso –“el proveedor no ejerce rol editorial”-, siendo el listado de la Sección 10 sobre “Administración de los sitios web” y la hipótesis de la Sección 8, casos específicos en que la plataforma está facultada para censurar contenido, cuentas o acceso. Por otro lado, *FANDOM* tiene un control activo sobre el contenido del usuario exponiendo la hipótesis más amplia de censura de todos los ejemplos analizados en la *Tabla 2*.

Se observa que esta clasificación atiende al nivel de vigilancia y facultades del proveedor sobre el contenido aportado por el usuario a la plataforma, y sobre el desenvolvimiento de este como colaborador en general a través de facultades de control sobre el acceso del usuario a la plataforma o a las herramientas de colaboración que esta otorga, determinándose especialmente un control activo en la censura ilimitada, a discreción del propietario administrador.

3.3. Según contenido

En cuanto a sus contenidos, estos pueden ser internos o externos. Los primeros son generados por la misma plataforma mientras que los externos se incorporan por aporte de los usuarios.

El contenido externo debe ser aportado en conformidad con los términos de uso y las guías de comportamiento que señala cada plataforma, haciendo énfasis en que sea de autoría del usuario que lo aporta o, en su defecto, que tenga la licencia que le otorgue el de derecho de poner el contenido a disposición de la plataforma y ser usado en ésta en los términos acordados por las condiciones de uso.

Respecto del contenido interno su tratamiento también se encuentra en los términos y condiciones de uso del servicio y la manera de usarlo por parte de los usuarios varía según la plataforma.

Tabla 3 Contenido interno de las plataformas de colaboración

	<i>Wikipedia</i>	<i>FANDOM</i>	<i>hitRECORD</i>	<i>daisie</i>
CONTENIDO INTERNO DE LA PLATAFORMA	No hay tratamiento.	Los artículos y el contenido creado por la compañía son exclusivamente de su propiedad (y de sus licenciantes) y está protegido por los derechos de autor y las leyes y tratados de propiedad intelectual, y todos los derechos están reservados. Incluye contenido visual, como videos, artículos, fotografías, música, gráficos y logotipos.	Las interfaces visuales, gráficos, diseño, compilación, información, código de computadora (incluido el código fuente o código de objeto), productos, software, servicios y todos los demás elementos de <i>hitRECORD</i> proporcionados por la compañía están protegidos por los derechos de propiedad intelectual y propiedad relevantes, y las leyes aplicables. Estos materiales son propiedad de la compañía o sus subsidiarias o compañías afiliadas y/o licenciatarios de terceros (Sección 14.a).	La plataforma se reserva y posee todos los derechos sobre su nombre, logotipo y sitio web, la Aplicación, incluidos los derechos de propiedad intelectual relacionados con ellos (Sección 2.3).
LICENCIAS SOBRE EL CONTENIDO	No hay tratamiento.	Nada en el acuerdo se considerará para crear una licencia para el contenido original de la compañía, el usuario acepta no vender, licenciar, alquilar, modificar, distribuir, copiar, reproducir, transmitir, mostrar públicamente, actuar públicamente, publicar, adaptar, editar o crear trabajos derivados. No obstante, sujeto a los términos y condiciones del acuerdo, la compañía le proporciona al usuario una licencia para usar este contenido para su uso personal, no comercial. La compañía puede terminar esta licencia en cualquier momento y por cualquier razón o sin razón. El uso de este contenido para cualquier propósito que no esté expresamente permitido por el acuerdo está estrictamente prohibido.	Excepto por lo expresamente autorizado por la compañía por escrito, usted acepta no vender, licenciar, distribuir, copiar, modificar, realizar públicamente, mostrar públicamente, transmitir, publicar, editar, adaptar, crear trabajos derivados o de otro modo hacer uso no autorizado de los Materiales. La compañía se reserva todos los derechos no expresamente otorgados, y no hay licencias implícitas otorgadas por la compañía a los usuarios o a un tercero (Sección 14.a).	El usuario no puede reutilizar, distribuir, copiar ni duplicar ninguna parte de <i>daisie</i> (Sección 2.3).

Wikipedia no trata en sus términos de uso el régimen sobre su contenido interno. En mi opinión el motivo es que se identifica como un servicio de mero alojamiento y por su esencia todo el contenido es aportado por usuarios en colaboración. Ahora bien, hay ciertas excepciones que se identifican como contenido interno: páginas permanentemente protegidas como la portada del sitio web o la entrada que exhibe los términos y condiciones de uso.

Del resto de los casos se observa que el tratamiento jurídico que dan los términos de uso al contenido interno está enfocado a enunciar qué constituye contenido interno y a expresar que su propiedad es exclusiva del proveedor. Las licencias que otorgan *FANDOM* y *hitRECORD* son estrictas en cuanto dan derecho solo al uso personal del contenido, por lo que, aunque haya casos en que se permite el uso del contenido interno de la plataforma, el objetivo de colaboración no se satisface por este, sino que es el contenido incorporado por los usuarios aquel relevante para la colaboración creativa y al cual se aboca este estudio.

4. OBRAS OBJETO DE COLABORACIÓN CREATIVA

En las plataformas de colaboración creativa se pueden crear diversas obras que jurídicamente pertenecen a distintas categorías: obras originales o derivadas, obras en colaboración o colectivas⁴³.

Importarán estas distinciones para identificar los aportes de cada usuario que haya participado en una obra colaborativa, lo que, a su vez, será relevante al examinar hipótesis de infracción a los derechos otorgados en los términos de uso, específicamente, en las cláusulas que disponen el otorgamiento de licencias.

⁴³ “La finalidad del Derecho de autor es estimular la creación de obras. Tal finalidad la cumple atribuyendo facultades patrimoniales (y morales) a los creadores de obras sobre estas últimas. Para lograr tal función, esta rama del Derecho se vale de un conjunto de figuras jurídicas, principalmente, la autoría, las obra en colaboración, las obras colectivas y las obras derivadas, cuyo efecto jurídico es atribuir facultades patrimoniales sobre una obra, y en caso de existir concurrencia de facultades sobre la misma, coordinar su ejercicio”. Sereno, J., Op. cit., p. 214.

4.1. Obras originarias y derivadas

El mundo digital es un lugar propicio para la creación de obras tanto originarias como derivadas por el material y herramientas disponibles y la conectividad que otorga. Las plataformas objeto de este estudio se crean con esta finalidad: que las obras, proyectos o ideas que pueden resultar de la originalidad de una sola persona se vean enriquecidas por la colaboración de otras y de esta misma forma, se enriquezcan las artes, ciencia y academia.

La creación de obras originales consiste en la colaboración entre usuarios dentro de la plataforma cuyo resultado es una obra literaria, artística o académica primogénitamente creada⁴⁴. Por otro lado, la creación de obras derivadas implica la adaptación, traducción o transformación de la obra originaria, cumpliendo con el requisito de la originalidad. En otras palabras, el usuario puede –colaborativamente- realizar obras derivadas a partir de obras originales puestas a disposición en la plataforma por parte de otros usuarios.

Los derechos del autor de la obra originaria no tienen por qué afectarse por la existencia de la obra derivada, sino que continúan en iguales condiciones⁴⁵, esto en razón a:

- (1) El trabajo derivado debe cumplir con el requisito de ser original, y el estándar que se exija para que se entienda por cumplido el requisito de la originalidad –discutido por la doctrina- será aquél que indique el derecho aplicable a los actos y relaciones jurídicas que genera la plataforma de colaboración creativa en el caso concreto⁴⁶.

⁴⁴ “Obra originaria: aquella que es primogénitamente creada”. Walker, E. (2014). *Manual de Propiedad Intelectual*. Santiago: Thomson Reuters/Legal Publishing Chile, p. 101.

⁴⁵ Sereno, J., Op. cit., pp .220-221.

⁴⁶ Walker basada en la definición de *creación* del Diccionario de la Real Academia Española que se refiere a una *gran inventiva* explica que la creación conlleva en su esencia la originalidad de la obra. Señala, además, que es un elemento que diferencia la regulación del derecho de autor del *copyright*, pues si bien “[a]mbas tradiciones legales exigen que una obra sea original para que tenga protección legal [...], autores señalan que el estándar de exigencia de ambos sistemas es diferente. Se dice que, en el caso del *copyright*, el requisito de la originalidad se satisface en base a mínimas exigencias”, mientras que “[e]n el caso del derecho de autor, no basta con probar que la nueva obra no es una copia de otra existente sino que debe demostrarse que la obra es un trabajo creativo que refleja la individualidad de la personalidad del autor”, de manera que se deben satisfacer estándares mayores de exigencia para que se considere como original. Walker, E., Op. Cit., pp. 78-83.

- (2) El autor o autores de la obra originaria tienen el derecho a que se les sea solicitada autorización⁴⁷. Ahora bien, este derecho es renunciable, característica que en la práctica es relevante por la frecuencia en que los términos de uso de las plataformas hacen valer dicha renunciabilidad en el otorgamiento de licencias.
- (3) El autor o autores de la obra derivada no tienen derechos sobre la obra originaria⁴⁸.

De los casos presentados como ejemplos, se observa que todos albergan tanto obras originarias como derivadas. La plataforma *hitRECORD* permite al usuario crear un proyecto con objeto de realizar tanto una obra originaria, como para modificar, adaptar, preparar trabajos derivativos y combinar los contenidos aportados a la plataforma con cualquier otro material, como todo o en parte, y en cualquier formato, para el sólo propósito de crear otras obras en la plataforma y darle todos los usos que permitan los términos y condiciones. En el mismo sentido, en la plataforma *daisie*, de acuerdo con las licencias otorgadas en los términos de uso, los contenidos aportados por los usuarios pueden generar obras originarias y obras derivadas.

Respecto de las plataformas abiertas, las obras originarias corresponden a la primera versión del texto de la *wiki*. Por ejemplo, si se visita en *Wikipedia* el artículo *Breaking Bad* se tendrá acceso a la última versión de este. Para acceder a la primera versión se debe revisar el *Historial de «Breaking Bad»* -al que se ingresa en el mismo artículo seleccionando la opción *Historial*-. En el ejemplo, la primera versión se realizó el 8 de marzo del año 2009, por lo que esta corresponde a la obra originaria⁴⁹.

⁴⁷ “Respecto de la obra derivada, el autor de la obra originaria tiene el derecho a que le sea solicitada autorización y a decidir si la otorga, ya que uno de los derechos patrimoniales del autor es el derecho de transformación de la obra”. Sereno, J., Op. cit., p. 221.

⁴⁸ “El autor de la obra derivada no tiene derecho alguno sobre la obra originaria. Respecto de la derivada su autor tiene derechos solo sobre el material adicional que incorporó a la pre-existente”. Ídem.

⁴⁹ En palabras de Sereno, “[l]a primera versión de una entrada individual creada por un usuario (“obra originaria”) por regla general es una forma de expresión literaria que posee suficiente originalidad como para considerarla una obra. Así, por ejemplo, entradas aún bastante cortas e incompletas son formas de expresión literaria creadas de forma independiente (no copiadas) –por regla general– y con un mínimo de creatividad. Solo excepcionalmente una entrada individual carecería de la originalidad requerida para considerar la existencia de una obra, como cuando se crean links a páginas inexistentes, de tal manera que se crea una entrada individual solo con el título de la página pero sin ningún contenido”. *Ibíd.*, pp. 225-226. Correa agrega además que tampoco son obras originarias traducciones ni redirecciones. Correa, M., Op. cit., p. 240.

Por otro lado, las versiones siguientes constituyen obras derivadas. Sereno en este sentido explica que las versiones de las entradas individuales⁵⁰ editadas por usuarios son obras derivadas y que, “[e]n efecto, las ediciones implican normalmente la supresión e introducción de expresión literaria; en síntesis, su modificación”⁵¹. Correa identifica un problema práctico al respecto: “da por supuesto que el autor primario aportará con una parte sustancial del contenido, pero, ¿qué sucedería si quien inicia una entrada sólo escribiera una frase, mientras que los autores de las versiones posteriores añadieran una gran cantidad de contenido a esa entrada?”⁵². El autor citado no da solución al problema, pero en opinión de esta autora, en el caso concreto, la respuesta se debe encontrar en el derecho aplicable que establecen las normas materiales o conflictuales de los términos de uso, aplicando los estándares de exigencias del requisito de originalidad de la creación para así establecer si es que efectivamente el aporte genera una obra derivada.

Por último, respecto de la entrada de la *wiki* en sí misma, de acuerdo a lo dicho por la doctrina no es considerada como obra. La entrada propiamente tal es aquella disponible al momento de acceder al sitio. No constituye obra por su carácter dinámico: su contenido puede ser modificado constantemente, de forma que puede que cada vez que se ingrese, haya una obra distinta. Lo que se protege entonces no es la entrada en sí misma, sino las versiones de estas⁵³.

4.2. Obras en colaboración y obras colectivas

El hecho de que más de una persona participe en una actividad, de por sí genera más desafíos que la actuación individual de cada uno. Esto se explica porque las personas somos entes con inteligencia, tenemos distintas opiniones y distintas formas de expresarnos. La creación de una obra literaria, artística o científica es sólo una manifestación de esto, por lo que

⁵⁰ “[U]na versión de la entrada es una forma expresiva literaria estática, temporalmente acabada, claramente determinada, por regla general original (creada independientemente y con un mínimo de creatividad), es decir, una obra literaria fija”. Sereno, Op. Cit., p. 222.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 226.

⁵² Correa, M., Op. cit., p. 240.

⁵³ Véase en: *Ibíd.*, pp. 236-237; Sereno, J., Op. cit., pp. 222-224 y Simone, D. (2011). Copyright or copyleft? Wikipedia as a turning point for authorship. *King's Law Journal*, 25(1),107-113.

el derecho se ha encargado de distinguir entre obras individuales, obras en colaboración y obras colectivas.

Ya establecimos que, respecto de todo tipo de obra, la originalidad es un elemento esencial para que exista protección legal; esto se puede acentuar en la creación de obras en colaboración y colectivas pues el aporte que no cumple el requisito de originalidad puede trasladar la obra a una hipótesis infraccional, afectando al resto de los autores y ocasionando un problema jurídico cuya solución, como hemos visto, tiene aspectos especiales cuando la obra ha sido creada en una plataforma digital.

La doctrina ha tratado las obras en colaboración como aquellas “creadas por dos o más personas que trabajan juntas, o al menos tienen mutuamente en cuenta sus contribuciones y bajo una inspiración común”⁵⁴. Estas obras se caracterizan por la igualdad de condiciones en que se encuentran los autores. Aplicado a las plataformas digitales, los usuarios que crean en estos términos realizan una labor conjunta, de manera que en la obra finalizada no se distingue el aporte individual de cada uno, sino que el todo es una creación de todos. Por lo mismo, “[e]n cuanto a los efectos jurídicos, en la obra en colaboración se produce una comunidad de Derecho sobre la misma creación y, por lo tanto, se atribuye la propiedad intelectual a todos los autores”⁵⁵.

Por otro lado, las obras colectivas son aquellas en que se realiza una obra bajo la coordinación de una persona quien además divulga y la publica bajo su nombre, y creada por la confluencia de aportaciones de diferentes autores cuyo aporte personal se funde en una creación única y autónoma. Cada autor se confunde en el conjunto, sin que se puedan individualizar sus aportes. Walker identifica que “[a] diferencia de la obra en colaboración, en este caso los partícipes no están en igualdad de condiciones sino que la labor realizada por algunos depende de la voluntad de una persona, quien es la que dirige el trabajo”⁵⁶.

⁵⁴ Lipszyc, D. (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. UNESCO, p. 130.

⁵⁵ Sereno, J., Op. cit., p. 216.

⁵⁶ Walker, E., Op. Cit., pp. 98-99.

La doctrina ha dicho que para que una obra sea colectiva debe: (1) ser creada o producida por más de un autor, (2) ser de iniciativa y estar bajo la orientación de una persona natural o jurídica, y (3) su coordinación, divulgación y publicación debe estar a cargo y bajo el nombre de esta misma persona.⁵⁷ En las plataformas de redes sociales de colaboración creativa, pueden darse dos situaciones respecto de los puntos (2) y (3): que la persona corresponda a uno de los usuarios de la plataforma, o que sea el mismo proveedor de la plataforma (propietario administrador) quien de iniciativa y oriente y/o coordine, divulgue, publique bajo su nombre.

Examinando los ejemplos que hemos presentado, en cuanto a las *wikis* se refiere, pareciera ser que los conceptos de obra colectiva y obra en colaboración no se condicen con la naturaleza de estas plataformas abiertas. En este sentido, Sereno establece que: “[r]especto de las obras en colaboración, la normativa requiere que sean creadas por una pluralidad de personas naturales (autores). Este elemento subjetivo del supuesto de hecho no se verifica en las versiones de las entradas individuales, ya que ellas son normalmente creadas por un solo usuario a través de su navegador de internet”⁵⁸. Y aunque se reconoce la pluralidad de sujetos, “no es clara la existencia del elemento objetivo de supuesto de hecho de la figura consistente en la presencia de una ‘labor conjunta’, entendida como la existencia de un plan o diseño común en la elaboración de la obra.”⁵⁹

Adhiriendo a lo expresado por el autor, “[e]n caso de que se verificase la pluralidad de sujetos, las versiones de las entradas individuales carecerían del particular requisito de originalidad en la selección y organización de los aportes. En efecto, la selección y organización de los aportes hechos en cada versión de una entrada de la *wiki* responden a un proceso espontáneo y flexible y no a un particular criterio original previamente establecido”⁶⁰. Podría alegarse como excepción el caso de una comunidad que establece criterios en la edición de una página en un foro de discusión, pero sería un caso exclusivamente hipotético en el cual los miembros efectivamente realizan ediciones de acuerdo a dicho plan común. Ahora bien, aunque

⁵⁷ Correa, M., Op. cit., p. 225.

⁵⁸ Sereno, J., Op. cit., p. 227.

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 228.

se diese dicho supuesto, aun así, el usuario externo a la comunidad podría modificar el contenido sin atender a lo dispuesto por la comunidad.

La naturaleza flexible y dinámica de las *wikis* implica que, primero, no hay instancias en que los usuarios interactúen directamente y de forma fluida para efectos de crear en conjunto y, segundo, tanto la diferenciación de cada aporte⁶¹ como la identificación entre usuarios presenta grandes dificultades prácticas⁶². Lo anterior dificulta el encajonamiento de estas plataformas dentro de una categoría en particular.

Trasladándose a las plataformas cerradas, en estas se pueden crear tanto obras en colaboración como obras colectivas. El tipo de obra dependerá de los usuarios creadores en el caso concreto. En *hitRECORD*, por ejemplo, se producen obras colectivas cuando un grupo de usuarios participa en la creación de la obra por iniciativa y orientación de un usuario que inicia un proyecto, y coordina y funde los aportes en el producto final (veremos que respecto de la divulgación y publicación de la obra se otorga licencia al proveedor para ejercer estas facultades). Por otro lado, esta plataforma también facilita la creación de obras en colaboración poniendo a disposición de los usuarios un espacio de comunicación que tiene por objetivo discutir simultáneamente aportes e ideas que se materializan posteriormente en la obra final.

4.3. Obras creadas a través de crowdsourcing

El *crowdsourcing* es una convocatoria mediante la cual un sujeto busca iniciar un proceso para obtener servicios, ideas o contenidos haciendo un llamado público a quien esté en condiciones de hacer dicho aporte. Lipton y Tehranian exponen que esta técnica ha florecido

⁶¹ Un aporte puede ser el simple cambio en la redacción de un párrafo o la modificación de la puntuación.

⁶² En este sentido: “[las] *wikis*, por su estructura y principios, subliman la identidad de los contribuyentes a las páginas de historia. Si bien es probable que los miembros de la comunidad de autores de la *wiki activa* conozcan los nombres o los manejadores de los colaboradores frecuentes, el público en general no lo hará. Los autores de la *wiki* son esencialmente anónimos”. Traducción libre. “*Wikis, by their structure and wikiquote, sublimate the identity of the contributors to the history pages. While members of the active wiki author community are likely to know the names or handles of the frequent contributors, the general public will not. The wiki authors are essentially anonymous*”. Garon, J. (2010). Wiki authorship, social media, and the curatorial audience. *Harvard Journal of Sports and Entertainment Law*, 1(1), 107.

con el nacimiento y evolución de los medios de comunicación digitales y las tecnologías de la red, siendo típicamente definido como el arte de numerosos colaboradores⁶³.

Un ejemplo de *crowdsourcing* es el caso de *Star Wars: Uncut* que anunciamos al inicio de este capítulo. Este fenómeno ha sido estudiado a nivel jurídico⁶⁴ y, además, fue digno de mención en diversos medios masivos de comunicación por la fama y revuelo que generó desde su publicación en la plataforma digital *Youtube*. La obra final producida, dirigida y editada por Pugh consiste en 473 segmentos de 15 segundos aportados por distintas personas que, en conjunto, recrean el famoso filme de George Lucas.

Mientras, por un lado, el *crowdsourcing* se muestra como una herramienta que fomenta e incentiva la creación en plataformas digitales con la aportación de distintos usuarios, por el otro, no reconoce derechos de propiedad intelectual separadamente a quienes responden a la convocatoria con sus aportes.

Al respecto –siguiendo con el ejemplo de *Star Wars: Uncut*-, Casey Pugh dijo el 2010 al *New York Times* que “La recompensa para el público es hacer el trabajo”⁶⁵. Siguiendo la misma línea sobre los derechos de propiedad intelectual, los términos de uso de la plataforma son claros pues establecen expresamente: “Somos los dueños o los licenciados de todos los derechos de propiedad intelectual en nuestro sitio, y en el material publicado en él, [...] y todo otro material disponible a través del sitio. Estas obras están protegidas por las leyes de *copyright* y los tratados internacionales. Todos esos derechos están reservados. No puede utilizar ninguna parte de los materiales en y/o disponibles a través de nuestro sitio para fines comerciales sin obtener una licencia por escrito para que lo hagamos nosotros o nuestros licenciadores.

⁶³ “El *crowdsourcing* ha florecido rápidamente con el nacimiento y evolución de los medios de comunicación digitales y las tecnologías de la red, y el trabajo hecho vía *crowdsourcing* es típicamente definido como el arte de numerosos colaboradores Traducción libre. “*Crowdsourcing [...] has quickly blossomed with the birth and evolution of digital communications media and networked technologies, and crowdsourced work is typically defined by the artistry of numerous contributors*”. Lipton, J. y Tehranian, J., Op. Cit., p. 395.

⁶⁴ Ibid., pp. 417-424.

⁶⁵ Traducción libre. “*The reward for people is doing the work*”. Stelter, B. (27 agosto, 2010). An Emmy for Rebuilding a Galaxy. *The New York Times*. Recuperado de <https://www.nytimes.com/2010/08/28/arts/television/28uncut.html>

Cualquier uso no autorizado de los materiales de este sitio puede violar las leyes de *copyright*, las leyes de marcas registradas, las leyes de privacidad y publicidad, y los reglamentos y estatutos de comunicaciones”⁶⁶.

En consecuencia, las obras creadas bajo la técnica del *crowdsourcing* coinciden con la categoría de obras colectivas. En primer lugar, se ven cumplidos los tres supuestos que estudiamos con anterioridad: (1) son obras creadas o producidas por más de un autor (el público a quien se hace el llamamiento), (2) son de iniciativa y están bajo la orientación de una persona natural o jurídica que corresponde al sujeto que realiza la convocatoria, y (3) la misma persona está a cargo de su coordinación, divulgación y publicación bajo su nombre. En segundo lugar, las contribuciones de los diversos usuarios que responden a la convocatoria se funden en una única creación, sin que se les atribuyan separadamente derechos sobre el conjunto de la obra final.

Manifestado en el ejemplo de *Star Wars: Uncut*, el llamado está hecho a cualquier persona para que aporte su versión de cualquiera de las escenas de *Star Wars* de forma que los contenidos seleccionados se fundirán en la obra final, estando en manos de Casey Pugh la iniciativa, orientación y corte direccional de la obra. Esta misma persona está a cargo de la coordinación, divulgación y publicación de la obra final bajo su nombre.

En conclusión, el *crowdsourcing* es atingente al análisis sobre las plataformas de colaboración creativa en redes sociales en cuanto generan espacios propicios para que haya una gran llegada al público para la creación de obras colectivas. Por lo mismo, todo aquello que se señale respecto a dicho tipo de obras en este estudio, es aplicable a las obras creadas mediante este mecanismo.

⁶⁶ Traducción libre. “We are the owner or the licensee of all intellectual property rights in our site, and in the material published on it, [...] and all other materials available through the site. These works are protected by copyright laws and treaties around the world. All such rights are reserved. You may not use any part of the materials on and/or available through our site for commercial purposes without obtaining a written license to do so from us or our licensors. Any unauthorized use of materials from this site may violate copyright laws, trademark laws, the laws of privacy and publicity, and communications regulations and statutes”. VHX. Terms. Star Wars Uncut. Recuperado de http://www.starwarsuncut.com/terms_of_service

CAPÍTULO II: LOS TÉRMINOS DE USO EN LAS PLATAFORMAS DE COLABORACIÓN CREATIVA EN REDES SOCIALES

Todas las plataformas de colaboración creativa presentan términos o condiciones de uso que regulan la forma en que deben ser usadas. Es esencial estudiar su composición pues sus disposiciones configuran el marco normativo que regula la colaboración creativa en las plataformas digitales.

1. Derecho aplicable a las relaciones jurídicas derivadas de la colaboración creativa

Los términos de uso son las reglas y condiciones planteadas por el proveedor del servicio a las cuales el usuario debe acordar para usar la plataforma. Son la ley aplicable a las relaciones jurídicas que generan las plataformas, y el derecho internacional privado así lo reconoce.

En relación con la característica de multiterritorialidad de las plataformas de colaboración creativa en redes sociales, las condiciones de uso caben dentro de la categoría de *contrato internacional* que es aquél que presenta un elemento no nacional relevante que actúa como factor de conexión internacional, en este caso: la voluntad de las partes.

1.1. Naturaleza contractual de los términos de uso

Los términos de uso son contratos consensuales que tienen lugar a través de un medio electrónico⁶⁷. En principio es un acto jurídico bilateral entre proveedor y usuario que crea derechos y obligaciones para ambos, pero en virtud del fin de colaboración creativa, su perfeccionamiento también genera relaciones contractuales entre los usuarios de la plataforma.

⁶⁷ “Contrato electrónico es el acto constituido por el acuerdo de dos o más voluntades sobre un objeto jurídico de interés común para las partes, celebrado a distancia, de formación instantánea o sucesiva, y por vía electrónica, con el fin de crear, modificar o extinguir una situación jurídica”. Arias De Rincón, M.I. (2002). La formación y perfección del contrato por Internet. *Revista Chilena de Derecho, Sección Estudios*. 29(1),111.

El acuerdo entre usuario y plataforma es un contrato de adhesión. La doctrina ha descrito este tipo de contratos como aquellos “cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes. La otra se limita a aceptarlas en bloque, adhiriendo a ellas”⁶⁸. Es la plataforma quien actúa como oferente, pudiendo el usuario adherirse o no a los términos sin poder de negociación a través de una aceptación expresa o tácita, según sea el caso.

López y Elorriaga afirman que, “[n]ormalmente, la doctrina reconoce la existencia de un contrato de adhesión allí donde la oferta presenta los siguientes signos distintivos: 1. Generalidad. La oferta está destinada a toda una colectividad de contratantes eventuales. 2. Permanencia. La oferta permanece en vigor mientras no es modificada por su autor. 3. Minuciosidad La oferta es detallada; todos los aspectos de la convención aun los más hipotéticos son reglamentados por ella”⁶⁹.

Dichas características están presentes en los términos de uso del servicio en las plataformas de colaboración creativa en redes sociales. La plataforma hace una oferta generalizada, mientras que el usuario se remite a aceptar los términos; si no concuerda con las condiciones establecidas no existe posibilidad de hacer una contraoferta. Las modificaciones a las que puedan ser sometidos los términos también serán hechas a discreción y voluntad del proveedor. En consecuencia, el rechazo de los términos por parte del usuario implica que no puede hacer uso de la plataforma.

El examen de un contrato de adhesión requiere de precisiones en comparación con un contrato de libre discusión en que el poder negociador entre las partes es más equilibrado, esto porque los contratos de adhesión –los términos de uso en este caso- se han transformado en una forma contractual hospitalaria para que la parte con poder establezca cláusulas abusivas en perjuicio de la parte débil⁷⁰. Entonces, catalogar los términos de uso como contratos de adhesión

⁶⁸ López, J. y Elorriaga, F. (2017). *Los Contratos. Parte General*. Sexta Edición Actualizada. Santiago: Thomson Reuters, p. 107.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 147.

⁷⁰ López y Elorriaga afirman que: “El problema del contrato por adhesión consiste en que el contratante más poderoso a veces impone cláusulas abusivas al adherente. El fuerte explota al débil, a través de la redacción del texto del contrato en su exclusivo beneficio”. *Ibíd.*, p 158.

influirá en el análisis que se haga sobre las cláusulas presentes en ellos, en especial respecto de aquellas sobre las que se discuta si son o no abusivas.

En este sentido, Mauricio Tapia y José Miguel Valdivia han precisado que el problema en este tipo de contratos no se debe a una “debilidad constitutiva del adherente”, sino en la posición en que se encuentra en el contrato⁷¹. Esto es atinente pues un análisis jurídico integral de los términos de uso debe tener en cuenta que las plataformas de colaboración en la redacción de estos acuerdos deben resguardar la conservación del equilibrio razonable entre las prestaciones. En las palabras de Tapia y Valdivia: “El control del contenido del contrato de adhesión se justifica, como se ha concluido, no en la búsqueda de una equivalencia aritmética entre las prestaciones, sino en la prohibición de alterar irrazonablemente el equilibrio entre ellas”⁷². Para ello, los límites “se refieren esencialmente al abuso del poder negociador del empresario, que subyace a la diversa posición de las partes, y a la defraudación de las expectativas del adherente”⁷³.

1.2. Términos de uso como ley aplicable propiamente tal

Como factor de conexión, el derecho internacional privado entiende la autonomía de la voluntad como “el derecho de las partes para elegir la ley que gobierna un contrato”⁷⁴. Desglosado esto es la facultad de determinar la ley que es *causa causans* del contrato, la ley que provee las normas que determinan la existencia, validez sustancial y efectos del contrato, así como aquellas normas que las partes no pueden desplazar convencionalmente, y la ley que

⁷¹ “[S]i bien existe desigualdad entre las partes no se debe a una debilidad constitutiva del adherente, sino que se explica por la circunstancial posición en que se encuentra en el contrato. Como se ha expuesto, la racionalidad económica conduce a reconocer esa posición, en que el empresario extiende los términos del contrato y el adherente los acepta pura y simplemente. En esa posición el empresario deberá respetar un equilibrio razonable entre las prestaciones, cuya conservación, como ha concluido la doctrina contemporánea y ratificado la legislación comparada relevante, es inequívocamente el bien jurídico protegido por las normas de control del contenido del contrato por adhesión.” Tapia, M. y Valdivia, J.M. (2002). *Contratos por adhesión. Ley N° 19.496*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 40.

⁷² *Ibíd.*, p. 83.

⁷³ *Ídem*.

⁷⁴ Vial, M.I. (2013). La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de Derecho Internacional Privado. *Revista Chilena de Derecho*, 40(3),891-892.

gobierna la elección misma de ley aplicable, estableciendo los requisitos para realizarla y regulando sus efectos^{75 76}.

La autonomía de la voluntad en los términos de uso constituye un factor de conexión determinando una relación de derecho privado entre proveedor-usuario y usuario-usuario. Logra esto al modelar normativamente las actividades, interacciones y conductas legítimas a través del establecimiento de normas materiales y/o normas conflictuales. Las primeras crean derechos y obligaciones específicos que las partes estipulan en el contrato, y las segundas resuelven conflictos de leyes remitiendo a un derecho sustantivo específico. De una forma u otra, son las condiciones y términos de uso -y no el derecho interno de cada persona-, la ley aplicable a las relaciones jurídicas derivadas de la plataforma y los actos jurídicos que nacen de ellas⁷⁷.

2. Contenido de los términos de uso

Los términos de uso intentan ser omnicomprendivos respecto de los comportamientos y consecuencias legales que se producen a raíz del uso de las plataformas de colaboración creativa. En el análisis de las plataformas de mayor utilización y conocimiento público expuesto en la *Tabla 4*, se observa que hay similitud en las materias que tratan los términos de uso de las

⁷⁵ “Esto es, su facultad de determinar la ley que es *causa causans* del contrato; la ley que provee las normas que determinan la existencia, validez sustancial y los efectos del contrato y también aquellas normas que las partes no pueden desplazar convencionalmente; y finalmente, la ley que gobierna también la elección misma de ley estableciendo los requisitos para realizarla y regulando sus efectos”. Ídem.

⁷⁶ En Chile, a pesar de ser un tema que ha generado distintas opiniones en la doctrina, se comprende de la misma manera: “Sin perjuicio de los diferentes matices, actualmente la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacionales está de acuerdo en que las partes de un contrato internacional pueden escoger directamente el derecho aplicable a su convención”. Grob, F. (2014). La ley aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección por las partes. *Revista Chilena de Derecho*, 41(1),229.

⁷⁷ Sin perjuicio, paralelamente, los términos de uso deben respetar los principios de territorialidad y extraterritorialidad en el derecho internacional privado en lo que concierne al estatuto personal. “La permanencia del estatuto personal, en la práctica, importa que el estado civil y la capacidad permanezcan invariables, cualquiera sea el sistema jurídico a que se encuentre sometida la persona. Así, se pretende que el que es capaz no pierda su capacidad por trasladarse de un lugar a otro”. Villarroel, C. y Villarroel, G., Op. cit., p. 342. Por ejemplo, en el caso chileno, “[d]el mismo artículo 14 [del Código Civil] bilateralizándolo, debemos deducir que si el acto se realiza en el extranjero, la capacidad se rige por la ley del lugar; pero si va a tener efectos en Chile y lo realiza un chileno, la capacidad de éste se rige por la ley chilena de acuerdo con el artículo 15 N° 1 del Código Civil”. Ramírez, M. (2010). *Curso básico de Derecho Internacional Privado*. Santiago: Legal Publishing, p. 96.

plataformas de colaboración creativa, a saber: **acceso al servicio, aceptación, modificación y vigencia de los términos de uso, derechos de la plataforma y renuncia de derechos por parte del usuario, licencias, responsabilidad y disposiciones sobre jurisdicción, derecho aplicable y resolución de conflictos.**

Las plataformas son enfáticas en que el usuario comprenda a cabalidad las condiciones de uso. Incluyen en sus términos de uso criterios de conducta que modelan sus cláusulas, estableciendo principios o directrices que facilitan la interpretación del texto literal del acuerdo. *Wikipedia* incluye en su primera sección los fines del servicio para luego hacer una enunciación de conductas prohibidas o actividades de las cuales el usuario se debe abstener. Por otro lado, *FANDOM*, *hitRECORD* y *daisie* incorporan estos criterios como términos adicionales: *Política de creación*, *Directrices para el envío de RECORDS* y *Guía para la comunidad*, respectivamente.

Tabla 4 Contenido de los términos de uso

	<i>Wikipedia</i>	<i>FANDOM</i>	<i>hitRECORD</i>	<i>daisie</i>
REGISTRO / ACEPTACIÓN, MODIFICACIÓN, VIGENCIA	<ul style="list-style-type: none"> - Modificaciones a los términos de y condiciones de uso - Finalización del acuerdo (finalización de los servicios) - Divisibilidad de los términos de uso 	<ul style="list-style-type: none"> - Ámbito de aplicación, aceptación y modificación de términos - Membresía para ejercicio de ciertas actividades - Divisibilidad de los términos de uso 	<ul style="list-style-type: none"> - Criterios de elegibilidad - Forma de obtener membresía - Modificación de los términos - Terminación de cuenta y efectos - Cláusula de sobrevivencia de los términos de uso - Divisibilidad de los términos de uso 	<ul style="list-style-type: none"> - Elegibilidad - Creación de cuentas - Eliminación de cuentas - Modificación de términos - Divisibilidad de los términos de uso
GUÍAS DE CONDUCTA/ TÉRMINOS ADICIONALES	<ul style="list-style-type: none"> - Servicio (fines de la plataforma) - Política de protección de datos - Actividades prohibidas - Resoluciones y políticas para proyectos específicos 	<ul style="list-style-type: none"> - Términos de Licencias - Política de creación - Política de privacidad - Reglas sobre conducta del usuario 	<ul style="list-style-type: none"> - Política de privacidad - Términos adicionales (Términos sobre Monetización y Directrices para el envío de <i>RECORDs</i>) - Conductas prohibidas 	<ul style="list-style-type: none"> - Guía para la comunidad - Política de privacidad - Actividades prohibidas - Reglas del servicio
CONTENIDO DE USUARIO Y LICENCIAS	<ul style="list-style-type: none"> - Contenido alojado - Resoluciones y políticas de los proyectos - Licencia del contenido: CC BY-SA y GFDL - Atribución de autoría - Importación de texto - Medios no textuales - Irrevocabilidad de la licencia - Contenido de dominio público - Reutilización de contenido - Administración de los sitios web 	<ul style="list-style-type: none"> - Contenido del usuario y derechos de autor - Contenido enviado a <i>wikis</i> - Contenido original de la Compañía - Contenidos enviados a foros de discusión - Reclamaciones por violación de derechos de autor - Licencias (texto importado, archivos no texto, atribución, uso del contenido) 	<ul style="list-style-type: none"> - Obras en general (<i>RECORDs</i>) - Licencias otorgadas al proveedor - Licencias otorgadas a otros usuarios - Reserva de derecho del usuario a lanzar o usar sus obras fuera de la plataforma. - Derechos exclusivos de propiedad intelectual - Declaraciones y garantías del usuario respecto de sus obras 	<ul style="list-style-type: none"> - Contenido de usuario - Licencia otorgada al proveedor - Licencia otorgada a otros usuarios - Derecho exclusivo de propiedad intelectual - Eliminación de contenido - Reglas de colaboración (herramientas de privacidad y derechos de propiedad intelectual del proyecto)
SOBRE INFRACCIONES	Cumplimiento con el DMCA (<i>Digital Millenium Copyright Act</i>)	<ul style="list-style-type: none"> - Reclamaciones por violación de derechos de autor (DMCA) - Indemnización del usuario infractor al proveedor 	<ul style="list-style-type: none"> - Indemnización del usuario infractor al proveedor - Notificación y procedimiento para reclamos de infracción a la propiedad intelectual (DMCA) 	Notificación y procedimiento para reclamos de infracción a la propiedad intelectual

	<i>Wikipedia</i>	<i>FANDOM</i>	<i>hitRECORD</i>	<i>daisie</i>
LIMITACIONES/EXENCIONES DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR	<ul style="list-style-type: none"> - Cláusula “tal cual” y “como está disponible” - Cláusula general de renuncia de garantías - Renuncia de garantías de comercialización, idoneidad para un propósito particular y no infracción - Renuncia de garantías de satisfacción del servicio, seguridad, continuidad, precisión, ausencia de errores o seguridad de información - Descargo de responsabilidad por contenido, datos o acciones de terceros. - Cláusula de limitación de responsabilidad por daños relacionados con términos de uso o la plataforma propiamente tal 	<ul style="list-style-type: none"> - Cláusula “tal cual” y “como está disponible” - Cláusula general de eximición de declaraciones y garantías por uso del servicio - Eximición de responsabilidad por pérdidas o daños relacionados con los términos de uso - Renuncia de garantías de satisfacción del servicio, seguridad, continuidad, precisión, ausencia de errores o seguridad de información 	<ul style="list-style-type: none"> - Exención de responsabilidad por usos no autorizados - Cláusulas de no garantía sobre mercantilización, aptitud para propósitos particulares y no infracción de derechos de propiedad de las obras - Cláusula “tal cual”, “como está disponible” y “con todos los defectos” - Descargos de responsabilidad sobre continuidad, ausencia de errores y exactitud del contenido - Cláusulas de liberación de responsabilidad por usos autorizados de las obras y disputas entre usuarios - Limitación de responsabilidad por daños relacionados con términos de uso o la plataforma propiamente tal 	<ul style="list-style-type: none"> - Declaraciones y garantías del usuario sobre propiedad del contenido - Exención de responsabilidad respecto de fiabilidad del contenido - Exención de responsabilidad por acciones de terceros - Cláusula general de indemnidad del proveedor por violación de términos de uso - Cláusula general de eximición de garantías - Cláusula “tal cual” y “como está disponible” - Cláusula general de exención de responsabilidad
JURISDICCIÓN/DERECHO APLICABLE	<ul style="list-style-type: none"> - Mecanismos de resolución de conflictos proveídos por proyectos, ediciones de proyectos y Wikimedia - Reclamaciones legales ante corte estatal o federal - Derecho aplicable - Plazo para iniciar acciones 	<ul style="list-style-type: none"> - Ley aplicable - Jurisdicción exclusiva 	<ul style="list-style-type: none"> - Arbitraje obligatorio y excepciones - Derecho aplicable - Alivio equitativo de reclamos - Plazo para iniciar acciones - Reclamos iniciados inapropiadamente 	<ul style="list-style-type: none"> - Ley aplicable - Procedimiento previo de conciliación - Jurisdicción exclusiva - Renuncia acción pública y jurados
OTROS	<ul style="list-style-type: none"> - Seguridad de las contraseñas - Marcas registradas - Administración de los sitios web 	<ul style="list-style-type: none"> - Seguridad de la cuenta - Marcas registradas - Contenido original de la compañía 	<ul style="list-style-type: none"> - Propietario de la plataforma y créditos respecto de productos finales - Servicio móvil (aplicación) 	<ul style="list-style-type: none"> - Versión <i>app</i> - Derechos de propiedad de la compañía - Créditos - Foro preguntas y tareas

Observando todo el contenido que puede conformar los términos, es evidente que es muy importante que los usuarios de las plataformas de redes sociales sepan de su existencia y los comprendan. Hillman y Rachlinski haciendo un estudio comparativo entre la contratación estándar en papel y en Internet han descrito que, en el mundo de la contratación estándar en papel los consumidores no leen los términos, y que esto se ha replicado en la contratación vía Internet⁷⁸. Atribuyen dicho fenómeno a factores: racionales (dificultad de comprensión del lenguaje jurídico, distintas formas de ocultar los términos, repetitividad en la redacción e intento de cubrir eventos improbables), sociales (necesidad de investigar el contenido para comprenderlo) y cognitivos (consumidores se focalizan en cierta parte de los términos, los ignoran, son extremadamente confiados e impacientes)⁷⁹.

Lo anterior es consecuente con el experimento realizado por Jonathan A. Obar y Anne Oeldorf-Hirsch el año 2015. Los académicos lanzaron una plataforma cerrada ficticia del estilo de *Facebook* o *LinkedIn* a la que debían suscribirse estudiantes de una universidad. Los resultados fueron que 74% de los participantes (399 de 543 individuos de una edad promedio de 19 años) acordaron a los términos de uso sin siquiera clicar el enlace que los dirigía a estos⁸⁰. Por las bajas estadísticas que demuestran experimentos como el anterior sobre la lectura y comprensión de los términos de uso, y por la importancia para el usuario de conocerlos, han surgido proyectos como *Terms of Service; Didn't read*, sitio web que califica los términos de uso de distintas plataformas digitales en clases A, B, C, D, E (siendo A la mejor valorada y E la peor valorada). Además de esta evaluación, ofrece un resumen de los términos de uso de las plataformas en un lenguaje amigable para cualquier persona, con el objetivo de que los usuarios de Internet tomen decisiones informadas a la hora de hacer uso de los servicios⁸¹.

3. Aceptación, modificación y vigencia de los términos de uso

⁷⁸ Hillman, R. y Rachlinski, J. (2002). Standard-Form Contracting in the Electronic Age. *New York University Law Review*, 2(77), 429-495.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 475-486.

⁸⁰ Obar, J. y Oeldorf-Hirsch, A. (2018). The Clickwrap: A Political Economic Mechanism for Manufacturing Consent on Social Media. *Social Media + Society*, 4(3),1-14.

⁸¹ Terms of service; Didn't read. (2019, Noviembre 7). *About*. Recuperado de <https://tosdr.org/about.html>

Tabla 5 Aceptación, modificación y vigencia de los términos de uso

	<i>Wikipedia</i>	<i>FANDOM</i>	<i>hitRECORD</i>	<i>daisie</i>
ACEPTACIÓN	El usuario se adhiere a ellos por el sólo hecho de visitar su sitio o participar en comunidades (no requiere aceptación expresa ni registro).	Al acceder o utilizar el sitio web, el usuario manifiesta que ha leído, entiende y acepta vincularse a los términos, sin distinguir si se ha registrado o no. Si no acepta los términos no debe utilizar el sitio.	El usuario debe ser capaz y competente para ingresar y acogerse a los términos de manera expresa al registrarse, chequeando una casilla que establece que los ha leído y comprende.	El usuario debe leer y acogerse a los términos de uso. Se entiende que los comprende y los acepta por el sólo hecho de acceder a la plataforma (visitarla, usarla con o sin una cuenta de registro).
MODIFICACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> - Proveedor ofrece proceso de notificación a la comunidad sobre posibles modificaciones. - Sin perjuicio de lo anterior el continuado uso del servicio luego de que los términos y condiciones de uso nuevos entren en vigor constituye su aceptación. - Si el usuario no acepta los términos de uso, no puede usar el servicio (Sección 16). 	<ul style="list-style-type: none"> - La plataforma se reserva el derecho, a discreción propia, a cambiar, modificar, agregar o borrar porciones del acuerdo en cualquier momento y sin previo aviso. - El usuario debe regularmente visitar los términos de uso para conocer los cambios 	<ul style="list-style-type: none"> - Proveedor se reserva el derecho, a su discreción, de cambiar, modificar, incorporar o remover porciones de los términos, en cualquier momento. - Proveedor se compromete a dar aviso previo de cualquier cambio material. - Se entienden aceptados los cambios por uso continuado de la plataforma posterior a los cambios (Sección 5). 	<ul style="list-style-type: none"> - Proveedor, a su sola discreción, puede modificar o actualizar el acuerdo en cualquier momento. - Cuando haya un cambio material se actualizará última fecha de modificación. - El uso continuo del servicio posterior a cualquier cambio constituye aceptación de la modificación (Sección 7.2).
VIGENCIA	No contiene clausula expresa sobre terminación.	No contiene clausula expresa sobre terminación.	<ul style="list-style-type: none"> - Terminación por iniciativa del proveedor, a su sola discreción y sin previo aviso, y terminación por iniciativa del usuario, en cualquier momento eliminando su cuenta y suspendiendo el uso de cualquiera y todas las partes de <i>hitRECORD</i> (Sección 13). - Cláusula de sobrevivencia: Tras la terminación de los términos, cualquier disposición que, por su naturaleza o términos expresos debería sobrevivir, lo hará (Sección 19.e). 	<ul style="list-style-type: none"> - Daisie se reserva el derecho de rescindir o suspender cuentas de los usuarios en cualquier momento, con o sin previo aviso y a su sola discreción (Sección 3.2). - Cláusula de sobrevivencia: Ante la terminación de la cuenta del usuario el usuario continúa obligado a los términos de uso (Sección 3.2).

3.1. Aceptación de los términos de uso

La aceptación de los términos de uso puede ser expresa o tácita lo que será determinado por la plataforma en los mismos términos y de la manera que estos dispongan. Independiente de la forma, siempre debe estar presente la aceptación para hacer cualquier uso de la plataforma, por lo que el rechazo de estas condiciones por parte del usuario tendrá como consecuencia que éste derechamente no debe acceder a ella, es decir, no puede ingresar ni usarla.

Las plataformas abiertas -si bien no requieren registro-, incorporan en sus soportes web términos de uso del servicio que determinan que el usuario se acoge a ellos por el sólo hecho de visitar el sitio, entendiendo que hay una aceptación tácita por parte de los usuarios que lo usan.

Por otro lado, respecto de las plataformas cerradas sería consecuente pensar que, por su naturaleza, la aceptación de los términos de uso debería ser siempre expresa. Ahora bien, se pueden plantear dudas al respecto al observar los casos de la *Tabla 5*.

hitRECORD establece que debe haber una aceptación expresa de los términos a través del chequeo de una casilla que decreta que el usuario en proceso de registro ha leído, comprende y se acoge a los términos de uso del servicio; por otro lado, la plataforma *daisie* plantea que por el sólo acceso al sitio hay una aceptación tácita de los términos. Para esta autora, la regla general para las plataformas cerradas es que sí debe haber una aceptación expresa. Que una plataforma cerrada establezca lo contrario en sus términos de uso es contrario a su naturaleza. Sería un despropósito que se hace evidente en el caso de *daisie* pues, en la práctica, para acceder a las funcionalidades de colaboración creativa la aceptación sí debe ser expresa toda vez que quien no genera una membresía sólo puede visitar el *blog* del sitio web, sin poder acceder a las herramientas que contienen las funcionalidades que permiten realizar el propósito de la plataforma.

Teniendo por establecido que los términos de uso en las plataformas abiertas y cerradas son aceptados por el usuario de manera tácita y expresa, respectivamente, es relevante referirse

a los problemas que esto puede generar para los usuarios respecto de su posicionamiento en el contrato de adhesión.

Puede ser discutible si es que la aceptación tácita es justa para el usuario que utiliza las plataformas abiertas pues no tiene poder de negociación y puede darse la situación en que incluso ignore la existencia de las condiciones de uso. La cuestión gira en torno en la legitimidad de la aceptación tácita para que, en consecuencia, se generen los derechos y obligaciones establecidos en el contrato, y los efectos jurídicos que emanan de ellos.

Esta problemática no es nueva para el derecho norteamericano, cuyos tribunales y académicos desde 1998 en adelante han debido enfrentarse a los casos concretos de *clickwrap* y *browsewrap agreements*.

El *clickwrap*, en su forma tradicional, consiste en la aceptación de términos de uso a través del chequeo o *cliqueo* de una casilla que contiene la frase “Yo acepto” o “*I agree*” bajo los términos y condiciones de uso de una plataforma digital. El *browsewrap*, contrastando, no requiere de la acción positiva del *cliqueo*, sino que se entienden aceptados los términos por el sólo hecho del uso de la plataforma, sin perjuicio de que las condiciones deben estar disponibles para el usuario en la plataforma misma. Además, se han identificado híbridos entre ambas técnicas en los que se requiere del chequeo de la casilla, pero los términos están disponibles en un *link* que se encuentra en una ventana o sitio diferente⁸².

Los *clickwrap agreements* han sido reconocidos desde finales de la década de los 90 en casos como *Caspi v. Microsoft Network, LLC*⁸³, *I. Lan Systems, Inc. v. Netscout Service Level*

⁸² Para conocer diversas formas de presentación de *clickwrap* y *browsewrap agreements*, véase Obar, J. y Oeldorf-Hirsch, A., Op. Cit.

⁸³ 323 N.J. Super. 118; 732 A.2d 528; 1999 N.J. Super. LEXIS 254. [en línea] <www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic>

Corp.⁸⁴, *Feldman v. Google, Inc.*⁸⁵ y *In A.V., et al. v. iParadigms, LLC*⁸⁶. En los casos mencionados los jueces se abocaron a establecer la validez de la aceptación por parte de los usuarios en estos acuerdos, pero a partir del 2002, paralelamente, establecida en los casos concretos la correcta aceptación de los usuarios, la discusión se trasladó hacia la exigibilidad de ciertas cláusulas que los usuarios reclamaban como abusivas y, en consecuencia, nulas. Así se ve en *Comb. v. Paypal Inc.*⁸⁷ y *Bragg v. Linden Research, Inc.*⁸⁸ que se presentan con detalle más adelante.

Respecto de los *browsewrap agreements* los tribunales estadounidenses han sido más cautos al declarar la validez de su aceptación. Si bien reconocen su existencia y eventual legitimidad, establecen un requisito esencial para que se considere que existe voluntad: un aviso por parte del proveedor en la plataforma, con el objetivo de que el usuario tome conocimiento sobre la existencia de términos que condicionan el uso que puede hacer del servicio.

La jurisprudencia ha denominado este requisito *reasonable notice*. La lógica de este se funda precisamente en la posición de debilidad del usuario frente al proveedor en el contrato de adhesión. Nancy S. Kim lo describe diciendo que: “Se presume que las partes han celebrado contratos después de evaluar los riesgos y beneficios de una transacción. Su objetivo es maximizar el excedente que el acuerdo puede crear. Sin embargo, si una parte desconoce la información relevante (por ejemplo, porque está oculta o su acceso es excesivamente oneroso), la decisión de participar en la transacción no es informada. No refleja una evaluación precisa del valor de la transacción ni los riesgos y beneficios de la transacción para esa parte”⁸⁹.

⁸⁴ 183 F. Supp. 2d 328; 2002 U.S. Dist. LEXIS 209; 46 U.C.C. Rep. Serv. 2d (Callaghan) 287; 68 U.S.P.Q.2D (BNA) 1832. [en línea] <www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic>

⁸⁵ 513 F. Supp. 2d 229; 2007 U.S. Dist. LEXIS 22996. [en línea] <www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic>

⁸⁶ 544 F. Supp. 2d 473; 2008 U.S. Dist. LEXIS 19715. [en línea] <www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic>

⁸⁷ 218 F. Supp. 2d 1165; 2002 U.S. Dist. LEXIS 16364. [en línea] <www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic>

⁸⁸ 487 F. Supp. 2d 593; 2007 U.S. Dist. LEXIS 39516. [en línea] <www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic>

⁸⁹ Traducción libre. “Parties are presumed to have entered into contracts after assessing the risks and benefits of a transaction. Their objective is to maximize the surplus that the deal can create. If, however, a party is unaware of the relevant information (for example, because it hidden or it is unduly burdensome to access),

Por ejemplo, en *Specht v. NetScape Communications Corp.*, la Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito de Estados Unidos estableció: “Concordamos con el tribunal de distrito en que un usuario de Internet razonablemente prudente en circunstancias como esta no sabría o se habría enterado de la existencia de los términos de la licencia [...] y que, por lo tanto, los acusados no proporcionaron aviso razonable de los términos de la licencia. En consecuencia, el simple acto de los demandantes de descargar el software no manifestó de forma inequívoca el consentimiento a la disposición de arbitraje contenida en los términos de la licencia”⁹⁰.

Otro caso más reciente que ha tratado el tema es *Vernon v. Qwest Communication International, Inc.* En este caso la Corte de distrito de Estados Unidos para el distrito de Colorado fue tajante al establecer el requisito del *reasonable notice*, incluso ampliándolo a todo tipo de *wrap agreement*, afirmando que: “A diferencia del *clickwrap agreement* que requiere una manifestación de consentimiento mediante una acción afirmativa, el consumidor en un *browsewrap agreement* transmite el consentimiento simplemente mediante el uso del producto. En este escenario, sin embargo, el problema del umbral es el mismo: ¿recibió el consumidor una notificación razonable, ya sea real o constructiva, de los términos del acuerdo putativo? Y, ¿dio el consumidor consentimiento manifiesto de esos términos?”⁹¹

the decision to enter into the transaction is not an informed one. It neither reflects an accurate assessment of the value of the transaction nor the risks and benefits of the transaction to that party”. Kim, N. (2013). *The Rise of Wrap Contracts: The Early Cases.* **En** *Wrap Contracts: Foundations and Ramifications.* Oxford: Oxford University Press, pp. 29-30.

⁹⁰ Traducción libre. “*We agree with the district court that a reasonably prudent Internet user in circumstances such as these would not have known or learned of the existence of the license terms before responding to defendants' invitation to download the free software, and that defendants therefore did not provide reasonable notice of the license terms. In consequence, plaintiffs' bare act of downloading the software did not unambiguously manifest assent to the arbitration provision contained in the license terms.*” 306 F.3d 17; 2002 U.S. App. LEXIS 20714; 48 U.C.C. Rep. Serv. 2d (Callaghan) 761. [en línea] <www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic>

⁹¹ Traducción libre. “*Unlike the "clickwrap" agreement which requires a manifestation of assent through affirmative action, the consumer in a "browsewrap" agreement conveys assent simply by using the product. Under either scenario, however, the threshold issue is the same: did the consumer have reasonable notice, either actual or constructive, of the terms of the putative agreement and did the consumer manifest assent to those terms.*” 857 F. Supp. 2d 1135; 2012 U.S. Dist. LEXIS 31076. [en línea] <www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic>

Si bien se ha establecido la necesidad de este requisito, la jurisprudencia norteamericana no ha sido uniforme en declarar la exigibilidad de los *browsewrap agreements*. Mark Lemley al respecto luego de analizar diferentes casos logra dar al menos con una conclusión útil para los usuarios de las plataformas de colaboración creativa. De su estudio observa que los tribunales han estado dispuestos a hacer exigibles los términos de uso contra las corporaciones, pero no han estado dispuestos a hacerlo contra individuos.

En palabras de dicho autor, “[l]os tribunales pueden estar dispuestos a pasar por alto la total falta de consentimiento solo cuando existen razones para creer que el acusado conoce los términos del demandante. Esa conciencia puede ser más probable con las corporaciones que con los individuos, tal vez porque las corporaciones son jugadores recurrentes, porque ellos mismos emplean términos de uso y, por lo tanto, deben esperar que otros lo hagan, o porque alguna evidencia en cada caso individual sugiere que, de hecho, son más conscientes de dichas condiciones”⁹².

La doctrina chilena si bien no ha tratado el tema específicamente ha hecho aproximaciones en materia de contratos de adhesión que son aplicables a la materia sobre *wrap agreements*. Tapia y Valdivia afirman que “[a]unque la voluntad del adherente sea ‘borrosa’ y se limite a la mera aceptación del contrato por adhesión, es su consentimiento el que desencadena sus efectos”⁹³ y que, “la oferta y la imposición a que se ha aludido justifican un tratamiento particular respecto de los requisitos de publicidad de sus cláusulas, el control de su contenido, la interpretación de la voluntad de las partes y el alcance de la nulidad, que no desnaturalizan sino confirman su carácter eminentemente contractual”⁹⁴. Esto se condice con el requisito del *reasonable notice* consagrado por la jurisprudencia norteamericana.

⁹² Traducción libre. “*Courts may be willing to overlook the utter absence of assent only when there are reasons to believe that the defendant is aware of the plaintiff’s terms. That awareness may be more likely with corporations than individuals, perhaps because corporations are repeat players, because they themselves employ terms of use and therefore should expect that others will, or because some evidence in each individual case suggests they are in fact more aware of those terms.*” Lemley, M. (2006). *Terms of Use. Minnesota Law Review*, 91,472.

⁹³ Tapia, M. y Valdivia, J.M., Op. Cit., p. 28.

⁹⁴ Ídem.

En cuanto a la doctrina norteamericana el análisis hecho sobre la jurisprudencia mencionada puede ser confuso, pues, erróneamente fusionan la exigibilidad de las cláusulas del contrato de adhesión con la concurrencia de voluntades no viciada que cualquier contrato debe tener para ser válido.

Por ejemplo, Hillman y Rachlinski afirman que “[a]l hacer clic en todos los lugares apropiados, el usuario ha formado el contrato. El consentimiento del consumidor es obviamente más problemático cuando los consumidores ingresan a los contratos de *browsewrap*”⁹⁵. Después postulan que la aceptación tácita de los contratos en internet es legítima tanto en los *clickwrap* como en los *browsewrap agreements*: “[l]os consumidores electrónicos tienen cierto poder para protegerse de términos que los explotan, incluido el tiempo para contemplar e investigar y acceder a la información. Si los consumidores electrónicos tienen la oportunidad de leer los términos estandarizados antes de decidir si celebrar el contrato, los tribunales deben aplicar la presunción de exigibilidad de dichos términos [...], los consumidores entienden la existencia de términos estándar y aceptan regirse por ellos, aunque rara vez eligen leerlos.”⁹⁶. Luego, inmediatamente se retractan diciendo que “[i]ncluso cuando aplican el principio de consentimiento general, los tribunales deben seguir examinando el entorno electrónico en busca de términos y procedimientos de contratación abusivos, al igual que en el mundo del papel.”⁹⁷

En este sentido, planteo que los defectos que pueden provocar el *clickwrap* y el *browsewrap* se originan de fuentes distintas: la técnica del *clickwrap* genera claramente contratos en que la oferta del proveedor de la plataforma es aceptada expresamente por el usuario; por otro lado, respecto del *browsewrap* es posible que suceda que el usuario no esté en conocimiento de que, al usar una plataforma digital, se incorpora a una relación jurídica contractual. Así, me parece que en este último caso hay antes que todo, un problema de concurrencia de voluntades, mientras que, en el *clickwrap agreement*, habiendo un contrato válido desde la perspectiva de la aceptación, puede contener cláusulas cuya legitimidad sea dudosa por ser sospechosamente gravosas para una de las partes en beneficio de la otra, defecto

⁹⁵ Hillman, R. y Rachlinski, J. Op. Cit., p. 464.

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 492.

⁹⁷ *Ídem.*

que excede la discusión sobre la aceptación y de la que me haré cargo al avanzar hacia un examen de fondo sobre las consecuencias jurídicas injustas que produce la unilateralidad de los contratos de adhesión producto de la desigualdad en el poder negociador y la limitación a la libertad contractual que conlleva.

Lo anterior es relevante para el usuario de las plataformas de colaboración creativa en redes sociales pues su aceptación se enmarca en las figuras del *clickwrap agreement* en el caso de las plataformas cerradas, y del *browsewrap agreement* en el caso de las abiertas, en concordancia con los casos de la *Tabla 5*. Especial atención deberá tener el usuario de plataformas abiertas tomando en cuenta las situaciones que llevaron a los usuarios a solicitar pronunciamiento de los tribunales en la jurisprudencia presentada sobre *browsewrap*, en que los jueces terminaron por resolver la validez o invalidez de los términos de uso en virtud de la razonabilidad del aviso de estos.

En este sentido, la declaración judicial de nulidad por falta de concurrencia de voluntades puede dejar sin efecto el acuerdo realizado mediante los términos de uso, lo que tendrá efectos sobre el contenido que se haya aportado a la plataforma.

3.2. Modificación y vigencia de los términos de uso

3.2.1. Modificación de los términos de uso

Así como es la plataforma quien impone al usuario cuáles son las condiciones en las que se debe enmarcar para hacer uso legítimo del servicio, también es el proveedor quien, en general, reserva para sí mismo el derecho de modificarlos a discreción propia. Esto implica cambios, incorporaciones y remociones de cualquier porción que pueden realizarse en cualquier momento. Se manifiesta de esa forma en los ejemplos de la *Tabla 5*.

Si bien se plantea que la regla general es que la modificación de los términos está a cargo del proveedor, *Wikipedia* se presenta como un caso en el cual hay matices al respecto pues, basado en el ideal de ser una plataforma de íntegra colaboración en la que los usuarios

conformen una comunidad donde son los protagonistas y motor de la creación⁹⁸, los contempla para participar en los procesos de modificación de las condiciones de uso que los gobiernan. Este proceso consiste en una notificación a la comunidad, a partir de la que comenzará a correr un plazo determinado para que efectúen comentarios.

Este proceso, sin embargo, no es una excepción a la regla general sobre el proveedor que reserva para sí mismo el derecho de modificar los términos de uso a discreción propia, ya que la participación de la comunidad en este caso se incorpora en la medida que el proveedor permita que así sea, pues si bien se notifica y se abre un procedimiento de consulta a la comunidad sobre modificaciones, los comentarios o aportes hechos por los usuarios no tienen fuerza obligatoria, sino un valor meramente recomendatorio.

3.2.2. Vigencia de los términos de uso

Las hipótesis de terminación y las formas de ser efectiva -al igual que la aceptación y modificación- deben ser determinadas por el proveedor en los mismos términos de uso.

Al analizar las plataformas abiertas, se detecta que no hay regulación expresa en los términos y condiciones de uso sobre las hipótesis que provocan que el usuario no continúe rigiéndose por ellos.

A consecuencia de la ausencia de regulación expresa, queda la opción de interpretar *a contrario sensu*. Entonces, si los términos de uso rigen para el usuario al acceder o visitar el sitio web -a falta de cláusula expresa-, la terminación de estos se da cuando el usuario cesa en el uso del servicio -deja de acceder y de efectuar cualquier tipo de actividad en la plataforma-. Ahora bien, se debe incorporar una precisión: los términos continuarán vigentes respecto de los aportes que haya realizado el usuario no obstante el usuario ya no visite el sitio web y no realice

⁹⁸ “Así como el aporte de la comunidad de *Wikimedia* es esencial para el crecimiento y mantenimiento de los Proyectos, creemos que el aporte de la comunidad es esencial para que estos términos de uso sirvan a nuestros usuarios apropiadamente. También es esencial para un contrato justo” (Sección 16 Términos y condiciones de uso).

ninguna actividad o interacción en él. En otras palabras, los aportes que haya hecho y que se mantengan en la plataforma tanto como los efectos jurídicos que se generen a partir de ellos, continuarán siendo regidos por los términos y condiciones de uso.

En las plataformas cerradas, en cambio, se observa que los términos de uso contemplan expresamente las hipótesis de terminación del acuerdo. Así se refleja en los casos estudiados.

En *hitRECORD*, se identifica la vigencia de los términos de uso con la de la cuenta del usuario, ya sea por iniciativa de este o de la plataforma. Incorpora una cláusula de sobrevivencia en la que establece aquellas secciones que continuarán siendo vinculantes para el usuario sin perjuicio de la terminación de su cuenta⁹⁹. La plataforma *daisie* en la misma tónica tras establecer las causales de terminación o suspensión de cuentas de usuario señala que ante la terminación el usuario continúa estando obligado por el acuerdo¹⁰⁰.

⁹⁹ La cláusula de sobrevivencia dispone que, tras la terminación de la vigencia de los términos, cualquier disposición que, por su naturaleza o términos expresos deba sobrevivir, sobrevivirá a dicha terminación o vencimiento, incluidas, entre otras, las Secciones 8 a 19 de los términos de uso, los Términos del Producto Final Monetizado y todas las Directrices incorporadas por referencia. Traducción libre. “*Upon termination of these Terms, any provision which, by its nature or express terms should survive, will survive such termination or expiration, including, but not limited to, Sections 8 through 19 of these Terms, the Monetized Final Product Terms and all Guidelines incorporated by reference into these Terms*” (Sección 19.e).

¹⁰⁰ Traducción libre. “*Agreement still binding: Upon termination for any reason or no reason, you continue to be bound by this Agreement*” (Sección I.3.2.).

CAPÍTULO III: INFRACCIONES POR USOS DE CONTENIDOS APORTADOS A LAS PLATAFORMAS DE COLABORACION

Es ya evidente para el lector anticipar que se pueden identificar diversas hipótesis de infracción en el uso de las plataformas de colaboración creativa. De estas, son relevantes para esta investigación aquellas que tengan efectos determinados sobre la titularidad de las obras creadas en las plataformas. En efecto, interesa analizar desde la rama de la propiedad intelectual qué contribuciones y usos son ilegítimos, y cuál es su efecto en la cadena de utilidades que se genera a partir de estos.

1. Causas de infracciones

Los motivos que originan infracción en el uso de las plataformas de colaboración creativa en redes sociales pueden separarse entre: (1) los que producen infracciones por contribuciones y usos ilegítimos; y (2) los que producen infracciones por usos derivados de términos de uso viciados por falta de voluntad o cláusulas abusivas.

De la primera causa es útil recordar que, estando vigentes y siendo válidos los términos de uso, estos modelan el estatuto del usuario colaborador de una plataforma en redes sociales. En consecuencia, el usuario deberá realizar aquello permitido por las condiciones de uso, y abstenerse de realizar lo expresamente prohibido por ellas, respetando ante cualquier duda las guías de conducta estipuladas. En este sentido, cualquier contribución o uso que no se enmarque dentro de los términos de uso, significará el incumplimiento contractual de estos.

Estas infracciones podrán ser originadas por la actividad del usuario en contra de terceros ajenos y/o en contra de otros usuarios colaboradores de la plataforma. En lo que respecta al proveedor, si bien este también puede motivar infracciones por incumplimiento contractual no serán tratados en este análisis a razón de que, siendo la tendencia que tengan un control activo sobre el contenido, uso y cuentas de usuarios de las plataformas, las hipótesis de incumplimiento que puedan motivar siendo válidos los términos de usos son reducidas e implicarían una alta

negligencia pues son el sujeto que tiene el monopolio del poder negociador de la relación contractual al redactar unilateralmente las cláusulas sobre las que consienten regirse.

De la segunda causa, la invalidez e ineficacia de los términos de uso declarada judicialmente por falta o vicio de voluntad del usuario en someterse a ellos y por contener cláusulas abusivas, respectivamente, también constituirá una causa de infracción. Esta tiene su origen en la conducta del proveedor de la plataforma quien será declarado responsable y sancionado. Ahora bien, lo relevante es que producto de la declaración de nulidad, derivan consecuencias que afectan las obras contribuidas y usadas en la plataforma en el espacio de tiempo en que erróneamente se suponían válidos y/o eficaces.

El tratamiento legal de los efectos de las infracciones se regulará conforme a las estipulaciones sobre contribuciones y usos ilegítimos presentes en los términos de uso, o bien, estarán afectos a la regulación de responsabilidad presentes en el derecho interno aplicable a la relación entre usuario-proveedor, si es que los términos de uso han sido declarados totalmente inválidos o ineficaces.

2. Infracciones de los términos de uso por contribuciones y usos ilegítimos

Para saber en qué situaciones el usuario infracciona los términos de uso se debe dilucidar qué conductas son ilegítimas en el contexto de la colaboración. En este sentido, los términos de uso de las plataformas determinan las licencias a las que están afectas las obras o trabajos creados dentro del servicio, estableciendo aquellos derechos que pueden otorgar a otros usuarios sobre sus obras y los que detentan respecto de las obras de otros, o en colaboración con otros.

Tabla 6 Alcances sobre licencias otorgados en plataformas de colaboración creativa

	<i>Wikipedia</i>	<i>FANDOM</i>	<i>hitRECORD</i>	<i>daisie</i>
USOS AUTORIZADOS SOBRE CONTENIDOS APORTADOS POR EL COLABORADOR	<ul style="list-style-type: none"> - GFDL: Reproducción y distribución en cualquier medio, comercial o no comercial. Reproducción y distribución de versiones modificadas. Exhibición pública de copias. Compilación de documento o sus derivados con otros, o trabajos separados. Colecciones con otros documentos compatibles con la licencia. - CC-BY-SA: Las mismas que <i>FANDOM</i>. 	<p>CC-BY-SA: Reproducir la obra, incorporarla en una o más colecciones, y reproducir la obra incorporada en dichas colecciones. Crear y reproducir adaptaciones. Distribuir y ejecutar públicamente la obra y adaptaciones, incluyendo su incorporación en colecciones.</p>	<p>Acceder, descargar, usar, reproducir, modificar, adaptar, preparar trabajos derivados y combinar <i>RECORDs</i> con cualquier otro material, en su totalidad o en parte, y en cualquier formato de medios.</p>	<p>Acceder al contenido de usuarios a través de los servicios para utilizar, exhibir y ejecutar el contenido de usuario, según lo permitido a través de la funcionalidad de los servicios y por los términos de uso.</p>
CONDICIONES PARA EJERCER USOS AUTORIZADOS	<ul style="list-style-type: none"> - No puede ofrecer o imponer ninguna condición que limite las condiciones de la licencia o la capacidad del destinatario de la obra de ejercer los derechos otorgados bajo términos iguales o compatibles. - La modificación o realización de añadidos al texto que haya obtenido de sitio web de un proyecto, debe ser publicada bajo misma licencia o posterior, indicando claramente que la obra original se modificó. - Si distribuye o ejecuta públicamente la obra, adaptación o colección, debe mantener avisos relativos a derechos de autor y consignar el nombre del autor original, el título de la obra, copia de la licencia o identificador universal de recursos. Si es adaptación, crédito que indique se ha hecho uso de la obra original. 	<ul style="list-style-type: none"> - No puede ofrecer o imponer ninguna condición sobre la obra o adaptación que limite las condiciones de la licencia o la capacidad del destinatario de la obra de ejercer los derechos otorgados bajo los términos de esta o una compatible. - Si distribuye o ejecuta públicamente la obra, una adaptación o colección, debe mantener los avisos relativos a derechos de autor y consignar el nombre del autor original, el título de la obra, copia de la licencia o IUR (identificador universal de recursos). - Si realiza adaptación debe dar crédito que indique se ha hecho uso de la obra original. 	<ul style="list-style-type: none"> - Usos permitidos pueden realizarse únicamente con el propósito de crear un <i>RECORD</i> para volver a publicar en la plataforma. - Debe otorgar atribución a cada artista cuyo <i>RECORD</i> esté utilizando. - Se limitará todo uso de un <i>RECORD</i> a usos personales y no comerciales (a no ser que se utilice en productos finales). 	<ul style="list-style-type: none"> - El usuario se reserva todos los derechos sobre su contenido que no haya expresamente otorgado en los términos de uso. - Usuario creador de un proyecto deberá solicitar el permiso y el consentimiento del dueño de los derechos de autor para mostrar, usar o modificar las obras de otro usuario colaborador incorporadas en su proyecto. - Usos permitidos pueden realizarse sólo dentro de la plataforma. Cualquier obra creada por el usuario e incorporada a un proyecto no debe ser licenciada para uso externo de la plataforma.

	<i>Wikipedia</i>	<i>FANDOM</i>	<i>hitRECORD</i>	<i>daisie</i>
APORTE Y USO DE CONTRIBUCIONES DE TERCEROS	<ul style="list-style-type: none"> - Usuario puede importar texto que en encuentre en otro sitio o del que sea coautor, pero debe garantizar que el texto está disponible bajo términos compatibles con la licencia CC BY-SA 3.0. Además, debe otorgar atribución a los autores de manera razonable, si corresponde. - Reutilizaciones o redistribuciones de texto deben cumplir con las reglas de atribución de autoría. 	<ul style="list-style-type: none"> - Usuario no debe hacer disponible en la plataforma contenido que infrinja patentes, marcas, secreto comercial, derechos de autor o propiedad. - Usuario puede importar texto que encuentre en otro sitio o del que sea coautor, pero garantizando que el texto está disponible bajo términos compatibles con la licencia, y otorgando atribución a los autores de manera razonable. - Reutilizaciones/redistribuciones de texto deben cumplir reglas de atribución de autoría. 	<p>Usuario al postear contenido declara y garantiza que: (1) es el creador y dueño o propietario de los derechos necesarios sobre el contenido para que este sea usado por el proveedor y usuarios de acuerdo a las licencias y términos de uso; (2) no ha infringido o vulnerado ningún derecho de terceros.</p>	<p>No se otorgan derechos a ninguna tercera parte. El usuario no puede transferir los derechos y licencias otorgadas bajo los términos de uso de la plataforma sin consentimiento.</p>
LIMITACIONES DE RESPONSABILIDAD	<ul style="list-style-type: none"> - Uso del servicio es bajo riesgo del usuario. - Hasta la mayor extensión permitida por la legislación aplicable, el licenciante ofrece la obra "tal cual" sin brindar garantías respecto de la obra, incluyendo, sin limitaciones, garantías de titularidad, comerciabilidad, ausencia de infracción de defectos latentes o de otro tipo, precisión o errores, sean o no descubribles. 	<ul style="list-style-type: none"> - Usuario declara entender que el uso del servicio es bajo su propio riesgo. - Hasta la mayor extensión permitida por la legislación aplicable, el licenciante ofrece la obra "tal cual" sin brindar garantías respecto de la obra, incluyendo, sin limitaciones, garantías de titularidad, comerciabilidad, ausencia de infracción de defectos latentes o de otro tipo, precisión o errores, sean o no descubribles. 	<ul style="list-style-type: none"> - Usuario acepta expresamente que el uso de la plataforma y sus materiales son a riesgo propio. - Cualquier contenido disponible a través de la plataforma son proveídos "tal cual", "como está disponible" y "con todas las fallas." 	<ul style="list-style-type: none"> - Usuario acepta que el uso y su contenido son a riesgo propio. - No se garantiza que el contenido es preciso, confiable o correcto. - Usuario responsable por precisión, veracidad, legalidad, decencia y cualquier otro aspecto de su contenido. - Servicio es proveído "tal cual" y "como está disponible".

	<i>Wikipedia</i>	<i>FANDOM</i>	<i>hitRECORD</i>	<i>daisie</i>
DISPUTAS ENTRE USUARIOS	No hay tratamiento.	No hay tratamiento.	<ul style="list-style-type: none"> - Usuario acepta no responsabilizar al proveedor por contenido, acciones u omisiones de otros usuarios, o disputas que tenga con los mismos. - Cualquier disputa entre usuarios debe ser resuelta por los mismos en cualquier foro con jurisdicción. 	<ul style="list-style-type: none"> - Usuario es exclusivamente responsable por su interacción con otros usuarios. - Proveedor se reserva el derecho, pero no está obligado a monitorear disputas entre usuarios.
RENUNCIA DE DERECHOS DEL COLABORADOR	Licenciante renuncia expresamente a la facultad de percibir los derechos de cualquier ejercicio que haga el licenciado de los derechos concedidos bajo la licencia.	Licenciante renuncia expresamente a la facultad de percibir los derechos de cualquier ejercicio que haga el licenciado de los derechos concedidos bajo la licencia.	<ul style="list-style-type: none"> - Usuario renuncia a derecho de autorizar previamente cualquier uso autorizado. - Usuario renuncia a sus derechos morales sobre la obra en la medida o extensión que lo permita la ley aplicable. 	Usuario renuncia a sus derechos morales sobre la obra.
PLAZO	CC-BY-SA: Licenciante otorga licencia permanente, es decir, durante todo el período de vigencia de los derechos de autor aplicables para ejercer derechos sobre la obra: las leyes del Estado de California. GFDL: Licencia de duración ilimitada.	Licenciante otorga licencia permanente, es decir, durante todo el período de vigencia de los derechos de autor aplicables para ejercer derechos sobre la obra: las leyes del Estado de California.	Licenciante otorga a la plataforma licencia perpetua por la duración de la vigencia de la protección del trabajo por los derechos de autor: las leyes del Estado de California.	Licenciante otorga a la plataforma licencia perpetua. No se pronuncia respecto de la duración de la licencia otorgada a otros usuarios.

2.1. Infracciones por contribuciones ilegítimas

Respecto del ejercicio efectivo de derechos, Elisa Walker explica que la gestión individual implica que el autor o titular del derecho otorga autorizaciones para que terceros puedan usar la obra, y será legítimo en la medida que se respeten los términos contractuales¹⁰¹. En este sentido, las infracciones por contribuciones ilegítimas tendrán lugar en aquellos casos en que el usuario, ignorando o contraviniendo lo acordado en los términos de uso aporte contenido a la plataforma que no es de su autoría o sobre la cual no detenta derechos en virtud de una autorización expresa de su autor.

De acuerdo a la *Tabla 6*, la contribución que no es de autoría exclusiva del usuario que la aporta sólo será legítima si es que cuenta con el permiso expreso para enviarlo, y siendo su licencia compatible con la adoptada en los términos de uso.

Para el tercero cuya obra ha sido utilizada sin autorización, el remedio será ejercer acciones que tengan por finalidad tanto el cese de la circulación de su obra bajo la falsa autoría como la indemnización o compensación económica que le corresponda. La acción o acciones y modo de ejercerlas variarán dependiendo del derecho aplicable a la situación que, por la internacionalidad de las plataformas en redes sociales, y conforme a las reglas internacionales sobre responsabilidad extracontractual será aquél del lugar en que se realizó el ilícito¹⁰².

¹⁰¹ Walker, E., Op. Cit., p. 255 y ss.

¹⁰² Determinar esto ha sido un desafío para la doctrina y jurisprudencia internacional: "Con respecto a las infracciones de propiedad intelectual en Internet, la aplicación de los principios generales anteriores a menudo se cristaliza en la cuestión de si la mera accesibilidad de un sitio web en el territorio es una base suficiente para encontrar jurisdicción, o si algo más es necesario. [...] Determinar el lugar donde ocurrió el acto infractor parece más complicado. Desde el punto de vista del demandante, por supuesto, es preferible, si el tribunal que se encuentra a cargo determina que tiene jurisdicción sobre los reclamos por todos los daños que surjan de la actividad de Internet que es el objeto de la queja, independientemente de los diversos países en cuáles fueron los daños sufridos". Traducción libre. "*With respect to intellectual property infringements on the Internet, the application of the above general principles often crystallizes in the question of whether the mere accessibility of a website in the territory is a sufficient basis for finding jurisdiction, or whether something more than mere*

2.1.1. Implicancias contractuales de las infracciones por contribuciones ilegítimas

Si bien las infracciones por contribuciones ilegítimas son extracontractuales su ocurrencia se contempla en el contexto de una relación contractual: el infractor realiza la conducta ilegítima usando la obra que no es de su autoría, ejerciendo en el mismo acto derechos que le otorga su relación contractual con el proveedor de la plataforma.

Así, la infracción del usuario en estos casos no sólo afecta la relación extracontractual entre usuario y tercero afectado, sino que, además, pone al proveedor en una posición en la que podría verse obligado a responder ante la alegación del tercero afectado. Esto porque sin perjuicio que se atribuye responsabilidad al usuario infractor, para el tercero afectado en sus derechos el proveedor de la plataforma también puede ser eventualmente responsable, e incluso será un legitimado más atractivo para deducir la acción en los casos en que tenga un patrimonio mayor que el usuario con el que responder.

Por este motivo el proveedor tiende a protegerse en los términos de uso a través de diversas declaraciones. La cuarta fila de la *Tabla 6* sobre “Responsabilidad por fiabilidad del contenido” es ilustrativa al respecto pues se observa que todas las plataformas analizadas –

accessibility is required. [...]Determining the place where the infringing act occurred appears more complicated. From the plaintiff's point of view it is, of course, preferable, if the court which is seized finds that it has jurisdiction over claims for all damages arising out of the Internet activity which is the subject of the complaint, irrespective of the various countries in which those damages have been suffered". World Intellectual Property Organization. (2002). The role of private international law and alternative dispute resolution. En: Intellectual Property on the Internet: a survey of issues (78-102). WIPO, p. 86. “Debido a que los derechos de autor y las marcas comerciales son territoriales, solo pueden ser protegidos como principio general por el tribunal donde se infringen. Sin embargo, en la era digital, el problema es que el sitio web infractor puede estar situado más allá de la jurisdicción del tribunal. Para determinar si dicho sitio web está cometiendo una infracción de derechos de autor o marca registrada dentro de la jurisdicción local, los tribunales tienden a determinar si la jurisdicción local está siendo seleccionada por el sitio web". Traducción libre. “Because copyrights and trademarks are territorial, they can only be protected as a general principle by the court where they are infringed. In the digital era, though, the problem is that the infringing website may be situated beyond the jurisdiction of the court. To determine whether such a website is committing copyright or trademark infringement within the local jurisdiction, courts tend to determine whether the local jurisdiction is being targeted by the website”. L.T.C Harms. (2018). Enforcement of IPRs in the digital and internet age. En A Casebook on the Enforcement of Intellectual Property Rights (159-172). 4ª ed. WIPO. p. 171.

abiertas y cerradas- establecen que: (1) el uso del servicio es bajo riesgo del usuario; (2) los usuarios tienen prohibido aportar contenido ajeno o sobre el que no detentan las autorizaciones correspondientes; y (3) el proveedor no se hace cargo de la legitimidad, veracidad o ausencia de defectos del contenido y no establece ningún tipo de garantía al respecto, pues el contenido es aportado “tal cual”.

Las cláusulas “tal cual” son verdaderas declaraciones de exención de responsabilidad para el proveedor que implican la renuncia del derecho de los usuarios para dirigirse en contra del proveedor en los casos en que el contenido tenga defectos que pueden estar relacionados con su exactitud, veracidad, apego a las normas de propiedad intelectual y los mismos términos de uso. Pueden adoptar distintas denominaciones: “tal cual”, “como está disponible”, “con todos sus defectos”. Lo cierto es que en términos simples establecen que el proveedor de la plataforma no se hace cargo del contenido aportado por sus usuarios, trasladando la responsabilidad hacia el usuario que aporta dicho contenido.

Esta declaración si bien es en principio vinculante para todo usuario de la plataforma, no obliga al tercero que no tiene ningún tipo de relación contractual con el proveedor. Es por esto que la acción que persigue el tercero afectado puede sin inconveniente dirigirse tanto en contra del usuario infractor como del proveedor, sin perjuicio de las defensas que este último pueda oponer conforme al derecho aplicable en el caso concreto para eximirse de responsabilidad. Ante esta realidad, algunos proveedores como los de *FANDOM* y *hitRECORD* se han encargado de establecer en los términos de uso cláusulas de indemnización en su favor para el caso en que se dirija acción en contra del propietario de la plataforma y el tribunal competente establezca que debe compensar. Estas cláusulas constituyen una protección adicional para el proveedor quien será indemnizado por el usuario infractor de acuerdo a lo estipulado contractualmente¹⁰³.

¹⁰³ La Sección 15 de los términos de uso de *hitRECORD* establece que el usuario acepta indemnizar, defender y eximir a la Compañía de toda responsabilidad por cualquier pérdida, responsabilidad, daño, adjudicación, liquidación, sentencia, tarifa, costo o gasto que surja de cualquier reclamo de terceros por el uso de la plataforma, de una obra aportada y/o cualquier violación de los términos. Para estos efectos el proveedor declara que hará todos los esfuerzos razonables para notificar al usuario sobre cualquier reclamación por la cual tenga derecho a indemnización, siendo la notificación por correo electrónico considerada suficiente. La incapacidad del proveedor de contactar al usuario no anulará su obligación de indemnizar. *FANDOM* en su

Ahora bien, para que las cláusulas de limitación de responsabilidad que he mencionado tengan pleno efecto, deben estar en concordancia con el derecho aplicable a los términos de uso, pues implican renunciaciones de derechos para los usuarios y son meras declaraciones que, siendo contrarias al derecho aplicable vinculado al contrato podrían ser declaradas ineficaces.

Por ejemplo, *Wikipedia*, *FANDOM* y *hitRECORD*, al acogerse bajo la normativa del Estado de California y supletoriamente la de los Estados Unidos de América, deben respetar lo establecido por el *Digital Millenium Copyright Act*, que en su Título II incorpora cuatro limitaciones sobre responsabilidad de los proveedores ante infracción de derechos de autor, modelando una nueva Sección 512 del *Copyright Act*, que establece dichas limitaciones a la responsabilidad en relación al material disponible en línea¹⁰⁴.

Para estas plataformas, las limitaciones de responsabilidad del proveedor aplicables al caso del tercero afectado son dos: la limitación sobre el sistema de almacenamiento en caché y aquella sobre información que reside en sistemas o redes bajo la dirección de los usuarios.

La primera sobre sistema de almacenamiento en caché -Sección 512.b.1 del *Copyright Act*- señala que un proveedor de servicios no será responsable de compensación monetaria u otra, por la infracción de derechos de autor por motivo del almacenamiento intermedio y temporal de material en su sistema o red controlada en caso que: (1) el material esté disponible en línea por una persona que no sea el proveedor del servicio; (2) la persona que pone en disposición el material lo destine a otra a través de la plataforma; (3) autorizado por la persona de la que trata el número (1), la destinación de la que trata el número (2) tenga el fin de poner el material a disposición de los usuarios del sistema o red.

cláusula “Indemnización” señala que el usuario se compromete a indemnizar a la Compañía por cualquier responsabilidad derivada de la utilización del servicio o su contenido.

¹⁰⁴ Para más información sobre el *Digital Millenium Copyright Act* véase Andrepont, C. (1999). Digital Millennium Copyright Act: Copyright protections for the digital age. *DePaul-LCA Journal of Art and Entertainment Law*, 9(2),397-420.

Los casos enumerados en el párrafo anterior son justamente descriptivos de una plataforma de colaboración creativa en redes sociales en los términos del primer capítulo de este análisis, sin embargo, se deben cumplir ciertas condiciones adicionales para aplicar la exención de responsabilidad, interesando la descrita en Sección 512.b.2.E: si la persona que pone disponible un material en línea lo hace sin la autorización del propietario del material, el proveedor responderá de manera expedita removiendo o deshabilitando el acceso a dicho material, previa notificación de infracción, siempre que el material haya sido removido o deshabilitado de su sitio de origen por su dueño o en cumplimiento de orden judicial, y que la notificación de infracción incluya una declaración confirmando lo anterior.

La segunda limitación atingente está presente en la Sección 512.c.1 sobre información que reside en sistemas o redes bajo la dirección de los usuarios. Dispone que un proveedor de servicios no será responsable de compensación monetaria u de otro tipo por infracción de derechos de autor por motivo de almacenamiento de material en la plataforma: (1) si es que no tiene conocimiento actual de que el material o actividad que utiliza el material en la plataforma está en infracción; (2) en ausencia de ese conocimiento actual, no está consciente de los hechos o circunstancias de los que la actividad infraccional es aparente; o (3) obteniendo dicho conocimiento o conciencia, actúa expeditamente removiendo o deshabilitando el acceso al material en cuestión. Junto con lo anterior, el proveedor no debe recibir beneficio monetario directo por la infracción y, ante notificación de la infracción debe responder expeditamente removiendo o deshabilitando el acceso al material.

Esta segunda limitación aclara cuál es el estándar de cuidado que debe tener el proveedor de la plataforma y señala que, ajustándose a él, las infracciones que sucedan en su espacio no le serán atribuibles.

Sobre la notificación de infracción que menciona esta normativa, se refiere a la comunicación que puede hacer un usuario o un tercero al proveedor con el objetivo de informarle que existe una actividad o material puesto a disposición de la plataforma que infringe derechos de autor. La Sección 512.c.2 establece que para que se haga valer la exención por información que reside en sistemas o redes bajo la dirección de los usuarios, el proveedor debe

poner a disposición del usuario o tercero un mecanismo eficaz para recibir estas notificaciones en la misma plataforma, describiendo detalladamente los elementos necesarios para que esta sea válida. Si bien es obligatorio para hacer dicha limitación, las demás hipótesis contempladas en la ley también hacen referencia a ella, por lo que la aplicación del mecanismo no es exclusiva para un tipo de exención, sino que se puede usar para comunicar cualquier tipo de infracción.

En suma, los términos de uso en concordancia con el derecho aplicable pueden contener limitaciones de responsabilidad en favor del proveedor del servicio, ejemplo de esto, son las contenidas en el *Copyright Act*. Para las plataformas, como *daisie* que se remitan a otras legislaciones, diferentes de la examinada los párrafos anteriores, el ejercicio analítico debe ser el mismo.

2.1.2. Efectos sobre las cadenas de utilizations de la obra ilegítimamente contribuida

Establecida la responsabilidad –ya sea del usuario, ya sea del proveedor-, resta determinar la situación en que queda la obra original transformada, derivada, en colaboración o colectiva que contiene la contribución ilegítima y que entra en la cadena de utilización de la plataforma.

Para las *wikis* la solución del problema es simple por las herramientas de identificación de contribuciones y atribución de autoría que ofrece la plataforma al colaborador, y por las licencias redactadas con finalidad de libertad y fluidez en la creación.

Por las herramientas disponibles en las *wikis*, las modificaciones de los documentos – que son obras derivadas- quedan registradas en el *Historial* como versiones ordenadas cronológicamente, asociando la incorporación, cambio o remoción de texto a su autor a través de diversas formas (hiperenlaces, URL, listados de autores)¹⁰⁵. De esta forma, es posible

¹⁰⁵ *Wikipedia* en sus términos de uso, Sección 7.b sobre Atribución, establece que quien contribuye con texto acepta ser atribuido con alguna de las siguientes formas: (1) un hiperenlace o URL al artículo al cual contribuyó; (2) un hiperenlace o URL a una copia en línea alternativa y estable que tenga acceso libre, que

subsanan la versión de entrada que contiene la contribución ilegítima retrotrayendo el estado de la obra a la versión previa a la del usuario que incorporó el material sobre el que no tiene autoría o autorización de uso.

Esto tiene directa relación con la transitoriedad de las entradas de *wikis*, siendo obras objeto de protección sólo las versiones de entrada que quedan establecidas en el aludido *Historial*. Por ejemplo, si en el artículo *Breaking Bad* hubiese una infracción que se realizó en la versión del 29 de junio de 2019 por el autor “X” a las 14:11 horas, para subsanar el texto, se deberán retrotraer las modificaciones a la versión inmediatamente anterior de misma fecha hecha a las 14:09 horas por autor “Y”.

En relación con lo anterior, la modificación descrita en el ejemplo no significa ningún tipo de vulneración de propiedad intelectual aparejada a la obra pues las licencias de este tipo de plataformas están diseñadas para permitir modificaciones constantes al contenido, aunque implique la eliminación de material aportado por cualquiera de los colaboradores. En este sentido, Jon Garon al analizar lo que denomina “cultura de una *wiki*” explica que un autor puede seguir el impacto de su aporte en el sitio a través de la atribución de autoría en la sección *Historial*, pero la arquitectura de la *wiki* no valora ni promueve la importancia del autor individual¹⁰⁶.

En concordancia, los usuarios de las *wikis* están interesados en navegar en una plataforma con las menores barreras en el ejercicio del uso, razón por la que estimo que en el

cumpla con la licencia, y que provea crédito a los autores de manera equivalente al crédito que se otorga en el sitio web del proyecto; o (3) una lista de todos los autores (pero tenga en cuenta que cualquier lista de autores puede ser filtrada para excluir ediciones muy pequeñas o irrelevantes). En concordancia los términos de uso de *FANDOM* señalan que el contribuidor acepta que se satisfarán los requerimientos de atribución de la licencia aplicable a su contribución de cualquiera de las siguientes formas: (1) atribución a través de un hipervínculo o URL al artículo o artículos donde se haya contribuido; (2) atribución a través de un hipervínculo (donde sea posible) o URL a una copia alternativa y estable en línea que sea accesible libremente, que esté conforme a la licencia, y que de crédito a los autores de manera equivalente al crédito dado en su página web; o (3) atribución a través de una lista de todos los autores (con la prevención de que cualquier lista de autores puede ser filtrada para excluir contribuciones irrelevantes o muy pequeñas).

¹⁰⁶ Garon, J., Op. cit., pp. 100-102.

caso de las plataformas abiertas el proveedor que establece cláusulas “tal cual” si bien se exime de responsabilidad, como contra peso, procurando conservar proporcionalidad en las prestaciones, da las herramientas necesarias para subsanar este tipo de infracciones de manera rápida y efectiva sin dañar las cadenas de uso.

Respecto de las plataformas cerradas el desafío es mayor. Si bien las licencias contienen cláusulas similares a las de las plataformas abiertas respecto de contribuciones ilegítimas, las obras que derivan a partir del uso de estas contribuciones están en una situación más compleja pues deben ser ponderados no sólo los derechos del tercero afectado sino también los de otros usuarios colaboradores. Desde una perspectiva práctica la remoción o deshabilitación de acceso a la porción de contenido infractor que forma parte de la obra derivada de una plataforma abierta no provoca un problema de autoría pues los licenciantes acuerdan renunciar a sus derechos, de forma que la exclusión de este aporte no genera lesiones que puedan ser reclamables judicialmente por el resto de los colaboradores. Lo anterior no es efectivo en las plataformas cerradas pues los derechos de los colaboradores no infractores que forman parte de la cadena de utilidades no han sido renunciados y, en consecuencia, colisionan con los derechos de propiedad intelectual de un tercero que está de buena fe¹⁰⁷.

Con las consideraciones anteriores, para abordar el problema de una contribución ilegítima que entra en la cadena de utilización de una plataforma cerrada hay que distinguir si es que la obra que la contiene es transitoria o finalizada.

¹⁰⁷ Garon reconoce esta diferencia: “El papel de las comunicaciones privadas y las experiencias compartidas entre los amigos en una red social puede estar influenciado por factores significativamente diferentes que aquellas fuerzas que alejan a los usuarios de los wikis y hacia los blogs [...] los autores de wiki escriben colectivamente juntos para el público en general, diseminando el conocimiento de los autores a un público con menos conocimientos [los otros] en cambio, están intercambiando su contenido personal con otros en su comunidad compartida.” Traducción libre. “*The role of private communications and shared experiences among those friended on a social network may be influenced by significantly different factors than those forces pulling users away from wikis and towards blogs [...] wiki authors are collectively writing together for the general public—disseminating the authors’ knowledge to a less knowledgeable public. Social network participants, in contrast, are exchanging their personal content with others in their shared community.*” *Ibíd.* p. 107.

Una obra que es transitoria, es decir, que está en proceso de ser una obra finalizada, puede ser afectada por la remoción o deshabilitación del material que infringe los derechos del tercero, y esta afectación deberá ser aceptada por el resto de los contribuyentes. El motivo es que no se ha consolidado la creación de la obra, por ende, tampoco su autoría. No hay en este caso perturbación de los derechos de los usuarios debido a que la finalización de toda obra en una plataforma cerrada es una mera expectativa para los colaboradores. En el proceso de creación de una obra, los usuarios sólo detentan derechos sobre sus contribuciones y no sobre las contribuciones del resto de sus colaboradores.

Ahora bien, si la obra está finalizada, será esencial que el tribunal que conozca sobre la acción se pronuncie al respecto, interpretando lo estipulado en los términos de uso en concordancia con lo establecido por la ley aplicable. Por ejemplo, el *Copyright Act* incluye *injunctions* en su Sección 502 como remedio para la infracción; esta figura adoptada por la ley permite que el tribunal competente pueda mandar a las partes a realizar o abstenerse de realizar ciertos actos. Para este caso, los mandatos posibles de los tribunales podrían ser la prohibición de distribución o reproducción de la obra, prohibición de otorgar licencias o, si es posible, el saneamiento de la obra mediante la exclusión del contenido que ha sido ilegítimamente contribuido¹⁰⁸.

Esta última posibilidad sobre exclusión del contenido podría ser aplicable a una obra colectiva por la divisibilidad del contenido, pero resultaría en la destrucción de esta, quedando a salvo los aportes de los usuarios que contribuyeron. Para los autores de una obra en colaboración que tienen mutuamente en cuenta sus contribuciones resultaría en la desintegración completa de la obra y los aportes individuales. Misma situación podría darse en el caso de una

¹⁰⁸ “502. Remedies for infringement: Injunctions. (a) Any court having jurisdiction of a civil action arising under this title may, subject to the provisions of section 1498 of title 28, grant temporary and final injunctions on such terms as it may deem reasonable to prevent or restrain infringement of a copyright. (b) Any such injunction may be served anywhere in the United States on the person enjoined; it shall be operative throughout the United States and shall be enforceable, by proceedings in contempt or otherwise, by any United States court having jurisdiction of that person. The clerk of the court granting the injunction shall, when requested by any other court in which enforcement of the injunction is sought, transmit promptly to the other court a certified copy of all the papers in the case on file in such clerk’s office.” Sección 512 Copyright Act.

obra derivada, por ejemplo, en la transformación de una obra literaria que ha sido contribuida ilegítimamente y que ha sido traducida y distribuida con una atribución de autoría ilegítima.

Sin perjuicio de lo anterior, siempre existe la posibilidad de que el tercero que detenta legítimamente los derechos de propiedad intelectual otorgue las autorizaciones correspondientes a los usuarios que, de buena fe, usaron ilegítimamente su obra, subsanando las obras derivadas, en colaboración y colectivas de las que pueda formar parte.

2.2. **Infracciones por usos ilegítimos**

2.2.1. Usos autorizados y usos ilegítimos

Para determinar qué usos son ilegítimos en el contexto de las plataformas de colaboración creativa en redes sociales lógicamente se debe identificar en primer lugar cuáles son los usos autorizados.

La respuesta está en los términos de uso y, particularmente, en las licencias contenidos en ellos. Estas licencias disponen cuáles son las actividades que pueden realizar los usuarios legítimamente en el contexto de la actividad colaborativa dentro de la plataforma y, en consecuencia, las hipótesis de incumplimiento de estas que serán fuente de responsabilidad.

Atendiendo a la *Tabla 6*, en las plataformas cerradas la tendencia es que el proveedor redacte particularmente dentro de las cláusulas de los términos de uso las autorizaciones y prohibiciones que conforman las licencias al aceptar las condiciones y usar la plataforma, mientras que las plataformas abiertas acogen modelos de licencias estandarizadas cuyo principio rector es la libertad creativa¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Se enfatiza que son tendencias; si bien es lo que se observa en los ejemplos presentados en este análisis, el uso de licencias estandarizadas y particulares no son características de la esencia o naturaleza de las plataformas abiertas y cerradas, respectivamente.

Las licencias adoptadas comúnmente por las plataformas abiertas son las que ofrece *Creative Commons*¹¹⁰, herramienta digital que brinda modelos legales de licencias gratuitos para autores que, al licenciar su obra bajo este sistema, establecen condiciones generales que se incorporan digitalmente a esta. *Wikipedia* y *FANDOM* han optado por este mecanismo al adherir a sus condiciones de uso la licencia *CC-BY-SA* (*Creative Commons Attribution-ShareAlike 3.0 Unported License*). Otro ejemplo son las licencias *GNU* (acrónimo de *GNU's Not Unix*), que son parte del proyecto del mismo nombre que incentiva la utilización de un software libre y colaborativo bajo los principios del *copyleft*¹¹¹. Una de las plataformas que la utiliza es *Wikipedia*, que da opción para que los documentos se licencien bajo los términos de la *GFDL* (*GNU Free Documentation License*).

Con el uso de este tipo de licencias, el alcance de los usos permitidos por las plataformas abiertas es mayor y más flexible que el de las plataformas cerradas. Las licencias buscan como fin principal fomentar la colaboración y el intercambio de contenido a través del otorgamiento de derechos permisivos respecto de los posibles usos del contenido de los otros usuarios¹¹².

La afirmación anterior no es obvia. Si se examina la primera fila de la *Tabla 6*, “Usos autorizados sobre contenidos aportados por el colaborador”, se observa que las licencias de las plataformas que se han analizado a lo largo de este estudio otorgan al usuario usos autorizados similares, no importando su calidad de plataforma abierta o cerrada. Es necesario determinar entonces qué marca la diferencia. La respuesta está en la extensión que tienen estos usos, es decir, bajo qué condiciones se pueden ejercer y de qué formas están limitados. La segunda fila de la *Tabla 6*, “Condiciones para ejercer usos autorizados” orienta en este sentido.

¹¹⁰ Creative Commons. (2019, Octubre 15). *Creative Commons*. Recuperado de <https://creativecommons.org>

¹¹¹ Para mayor conocimiento sobre el *copyleft* y las licencias *GNU* véase Dusollier, S. (2003). Open source of copyleft: Authorship reconsidered. *Columbia Journal of Law & the Arts*, 26(3+4),281-296 y Heffan, I. V. 1997. Copyleft: Licensing collaborative works in the digital age. *Stanford Law Review*, 49(6),1487-1522.

¹¹² En palabras de Marco Correa: “Es una práctica común que las wikis adopten estas licencias con el objeto de eliminar la barrera de entrada que el derecho de autor implica en el uso y edición de estas plataformas; en otras palabras, evita el requerimiento de autorización previa por parte del autor (o los autores) para generar nuevos contenidos.” Correa, M., Op. cit., p. 242.

Las plataformas abiertas otorgan facultades amplias a los usuarios para ejercer los usos autorizados estableciendo que el usuario que contribuye contenido o crea una obra en la plataforma no puede ofrecer o imponer ninguna condición sobre ella que limite las condiciones de la licencia o la capacidad del destinatario de la obra de ejercer los derechos otorgados bajo los términos de esta o una compatible. Sólo dispone como limitación que se realice la atribución de autoría de la forma señalada por la misma licencia.

Por otro lado, las plataformas cerradas son más estrictas en el ejercicio de los usos autorizados y por la redacción de las cláusulas se extrae que deben interpretarse de manera restrictiva. La plataforma *hitRECORD* señala en su licencia que los usos permitidos pueden realizarse únicamente con el propósito de crear dentro de la misma, dando la debida atribución y limitando a un uso no comercial de la obra; *daisie* también restringe el uso de las obras a la plataforma, y derechamente dispone que el usuario se reserva todos los derechos sobre su contenido que no haya expresamente otorgado en los términos de uso. En consecuencia, y observando la *Tabla 6*, se pueden clasificar los usos ilegítimos de este tipo de plataformas en tres grupos: (1) infracción de reglas de atribución de autoría; (2) uso de la obra fuera de la plataforma; y (3) comercialización ilegítima de la obra.

2.2.2. Efectos de los usos ilegítimos en las cadenas de utilidades

Ante una infracción por uso ilegítimo es esencial tomar en cuenta que todo contenido aportado a una plataforma de colaboración creativa ingresa a una cadena de utilidades en la que participan diversos usuarios.

En estos casos quien infringe los alcances de los usos autorizados es responsable ante dos sujetos: (1) el proveedor del servicio por infringir los términos de uso; y (2) el usuario licenciante que le otorgó derechos para usar su obra por exceder el alcance de lo estipulado en la licencia. Para este apartado, y desde una perspectiva de propiedad intelectual es relevante cómo este incumplimiento afecta las cadenas de utilidades que han sido viciadas por el

usuario infractor, generando obras colaborativas con otros usuarios de la plataforma que actúan de buena fe.

En plataformas abiertas consistiendo los usos ilegítimos básicamente en transgresiones a las reglas de atribución de autoría la forma de subsanar es simple gracias a las herramientas digitales que disponen para los usuarios –las que ya fueron explicadas en el acápite anterior sobre contribuciones ilegítimas-.

Por otro lado, el análisis de la situación de las obras afectadas por infracciones en las plataformas cerradas requiere de más detalle, atendiendo a los distintos usos ilegítimos identificados anteriormente: (1) infracción por falta o error en la atribución de autoría; (2) uso de la obra externo a la plataforma; y (3) comercialización ilegítima de la obra.

Respecto del número (1), una infracción por falta o error en la atribución de autoría consiste en el uso de un material o contenido contribuido y su incorporación en una obra sin atribuir autoría de la manera establecida en los términos de uso y/o en la licencia. Por ejemplo, se incorpora erróneamente a un proyecto de obra el aporte de *Camila*, siendo la forma correcta de incorporarlo el aparejarlo a su perfil de usuario *Camila567* mediante las herramientas de la plataforma, lo que generará el vínculo que le permitirá tener conocimiento de que su contenido ha sido usado en un nuevo proyecto. Otro ejemplo es que simplemente se incluya el aporte al proyecto sin atribución alguna.

El usuario afectado, previo a instancia judicial, podrá utilizar los mecanismos de notificación de infracción de propiedad intelectual que, como se observa en la *Tabla 6*, están presentes en todas las plataformas estudiadas¹¹³. Notificado el proveedor, debe ejercer las facultades que tenga para frenar las infracciones en la cadena de utilizaciones, solicitando al usuario que ha desconocido el estado de autoría del aporte y/o a quienes se encuentren

¹¹³ Estos procedimientos de notificación existen no sólo en plataformas de colaboración creativa sino también en redes sociales como *YouTube*, *Facebook*, *Instagram* y otras.

colaborando con este, se enmienda la irregularidad, o derechamente se elimine la obra que contiene el aporte cuya autoría no se ha atribuido correctamente.

Elisa Walker explica en qué consisten estos procedimientos denominados por el derecho comparado *notice and takedown*. Afirma que amparan a autores o titulares de derecho de autor o conexos a través de un sistema de notificación y proceso de bajada de funciones que les permite resguardar sus derechos en caso que se constate una infracción a los mismos, de manera que, notificadas supuestas infracciones al derecho de autor, los proveedores de servicios pueden retirar dicho material de la web¹¹⁴.

De las plataformas estudiadas, hay que tomar en cuenta que, si bien existen procedimientos de notificación, es de plena discreción del proveedor el resultado que estos arrojen, por lo que cabe la posibilidad de que el usuario afectado pueda considerar estas medidas insuficientes, o incluso no se ejerza ninguna facultad. Puede suceder también que haya una plataforma negligente que no cuente con un procedimiento de notificación o que, existiendo éste sea ineficaz o defectuoso. En estos casos el usuario puede ejercer las acciones que le otorgue el derecho aplicable en su relación con el proveedor del servicio, pudiendo este último oponer las defensas que le otorgue la ley de la misma manera en que se explicó en el apartado sobre contribuciones ilegítimas en el que se usó de ejemplo el *Digital Millenium Copyright Act* y el *Copyright Act* adoptados por los términos de uso de la mayoría de las plataformas digitales de colaboración creativa.

Ante las infracciones por usos ilegítimos, conforme a esta normativa, el tribunal competente puede declarar la responsabilidad del proveedor y ordenar tanto que indemnice al usuario afectado como que ejerza acciones para detener la infracción¹¹⁵.

¹¹⁴ Walker, E., Op. Cit., p. 342.

¹¹⁵ Como dato de interés, el caso de la normativa chilena es distinto. “[E]n Chile se aprobó un sistema que requiere de la participación de los tribunales de justicia. De esta forma, la bajada o bloqueo de contenidos no se va a realizar con la mera notificación privada entre el titular del derecho y el proveedor de servicio, sino que en el caso chileno siempre va a ser necesario que un tribunal decrete dicho bloqueo para que éste se realice. Es decir, aquel titular de los derechos cuyo material sea subido a la web sin autorización, tendrá que solicitar una medida judicial o prejudicial requiriendo que el material sea bajado del sistema o la realización de otras acciones especificadas.” *Ibíd.*, p. 343.

Finalmente, en cuanto a la responsabilidad del usuario infractor, el afectado podrá ejercer acción por el incumplimiento de la relación contractual que los une, es decir, por la transgresión de la licencia otorgada. Además, podrá solicitar indemnización y aquellas medidas necesarias para el cese de la actividad ilícita.

Respecto del número (2), las infracciones por uso externo a la plataforma tienen lugar cuando un usuario hace cualquier tipo de uso del contenido aportado por otro fuera del espacio digital puesto a disposición por el proveedor con motivo de colaboración.

Por ejemplo, Magdalena, usuario de *hitRECORD*, captura una imagen que contiene la letra de una canción aportada por otro usuario a la plataforma a través de un *screenshot* o captura de pantalla, y guarda dicha imagen en la carpeta *documentos* en su computador. Fernanda, que vive con Magdalena, utiliza su computador, encuentra el archivo que contiene la letra de la canción, y le pregunta a su conviviente si es que puede agregarle una melodía en guitarra, grabarse cantándola y subirla a *YouTube*. Magdalena le responde afirmativamente, obteniendo Fernanda más de un millón de reproducciones luego de un mes.

Como se observa en la *Tabla 6*, los términos de uso previenen que el material disponible en la plataforma puede ser descargado o, de distintas maneras, ser almacenado por los usuarios en sus dispositivos electrónicos. Los proveedores de las plataformas se protegen ante estos escenarios, estableciendo no sólo que el contenido aportado está destinado exclusivamente para el uso dentro de la plataforma, sino además que el usuario debe hacer todo lo posible por resguardar los aportes y tomar toda precaución para que no sea usado por terceros externos. Paralelamente, declaran que al contribuir contenido a la plataforma los usuarios deben aceptar la posibilidad de que sucedan este tipo de infracciones¹¹⁶.

¹¹⁶ Por ejemplo, *hitRECORD* establece en la Sección 8.c.v de sus términos de uso que el usuario acuerda que hará sus mejores esfuerzos para prohibir que terceras partes modifiquen cualquier contenido aportado a la plataforma. *daisie* por su lado en la Sección I.2.2 sobre licencias y en la II.1.5 sobre uso del servicio, declara que el usuario dueño de proyecto no está licenciado para usar el contenido contribuido por los colaboradores fuera de la plataforma y que, en caso de que haga un uso tal, es responsabilidad de éste acordar los términos con cada uno de los colaboradores de la plataforma.

Con estas declaraciones los proveedores no condonan el actuar ilegítimo de los usuarios infractores, pero sí se liberan de responsabilidad por su conducta. De esta manera, el usuario afectado deberá dirigir su acción en contra del infractor que usó indebidamente su obra – Magdalena en el ejemplo presentado-, y no contra el proveedor –*hitRECORD*-.

Tiene sentido que se busque hacer responsable al usuario y no al proveedor toda vez que el daño proviene de la infracción de la licencia que otorga un usuario a otro, independiente de la relación que cada uno tiene con el proveedor de la plataforma, pues éste no tiene las herramientas para detectar o frenar estas infracciones, y su deber de cuidado se agota en hacer las advertencias mencionadas en los términos de uso¹¹⁷.

Es el tribunal quien deberá estimar, dependiendo de la petición del usuario afectado y de si el material ha sido transformado o incorporado a otras cadenas de uso fuera de la plataforma, si es que ordenará el cese de la exhibición, distribución o reproducción del contenido, o derechamente la destrucción de cualquier obra que sea producto final de la cadena, en conjunto con la indemnización que corresponda. En el ejemplo de Magdalena y Fernanda, claramente la decisión del tribunal debe incorporar que se ordene eliminar el video de la plataforma *YouTube*.

Las facultades del proveedor de la plataforma en su calidad de parte afectada por incumplimiento de los términos de uso, consistirán en suspender el acceso, limitar el uso o expulsar de la plataforma al usuario infractor. Además, si hay cadena de uso fuera de la plataforma, como en el ejemplo de Magdalena y Fernanda, el usuario infractor también será responsable frente a los terceros ajenos a la plataforma que formaron parte, de buena fe, de dicha cadena de creación y se hayan visto dañados por esta situación.

¹¹⁷ Se trata lo anterior más detalladamente en el siguiente apartado “Reflexión sobre cláusulas de limitación y exención de responsabilidad del proveedor”.

Respecto del número (3), también es un uso ilegítimo la comercialización de obras que no se realiza conforme a lo determinado por los términos de uso, beneficiando económicamente al o los usuarios infractores de una manera contraria a lo estipulado.

La autoría en las obras que ingresan a las plataformas cerradas tiene aparejada un componente de potencial beneficio económico que debe ser atribuido de alguna manera en caso que exista una oportunidad de comercialización.

Los proveedores de servicio previenen esta posibilidad en los términos de uso. Por ejemplo, en el caso de *hitRECORD* la comercialización de las obras que constituyen un *Producto Final* es regulada detalladamente por términos de uso adicionales que plantea el proveedor¹¹⁸. En una tendencia aún más restrictiva, *daisie* descarta en sus licencias el aprovechamiento económico de las obras por parte de los usuarios fuera de la plataforma¹¹⁹. Esto se diferencia de las plataformas abiertas cuyas licencias entre usuarios otorgan al licenciado facultades que no excluyen una eventual comercialización de la obra, a no ser que se estipule expresamente lo contrario, siendo legítima la monetización mientras se reconozca la autoría de los colaboradores, quienes renuncian al beneficio económico que puede eventualmente generar la obra en que contribuyeron¹²⁰.

En consecuencia, atendiendo a las disposiciones de los términos de uso de cada plataforma en particular, las infracciones derivadas de la comercialización o aprovechamiento económico de obras que no se realizan en conformidad a lo estipulado pueden desarrollarse por

¹¹⁸ Véase en: Hitrecord. (2019, Noviembre 3). *Monetization*. Recuperado de https://hitrecord.org/terms_conditions/monetization

¹¹⁹ La Sección I.4 sobre reglas del servicio señala dentro de las conductas prohibidas el uso del servicio para prácticas comerciales (“*using the Service for any commercial solicitation purposes*”).

¹²⁰ *Creative Commons* ofrece distintas opciones para licencias las obras: BY (atribución) es obligatoria y pide reconocer al autor original de la obra; NC (no comercial) impide hacer usos comerciales a partir de la obra original; ND (no derivadas) no se pueden hacer obras derivadas a partir de la obra original; SA (share-alike o compartir igual) obliga a que la nueva obra use la misma licencia que la obra original. Estas opciones se pueden combinar de acuerdo a los intereses del autor de la obra. Se explica lo anterior en: Muñoz, M., Riestra, P y Figueroa, C. (2016). *Creative Commons: Compartir es bueno* [Folleto digital]. Santiago de Chile: Editor Vladimir Garay. Recuperado de <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/zine-creative-commons-digital-1.pdf>

una repartición matemáticamente incorrecta de las ganancias (al usuario X le correspondía 100 y le dieron sólo 50), pero además pueden estar aparejadas a problemas de titularidad de derechos de propiedad intelectual cuando se dan en conjunto con otros usos ilegítimos. Examínense al respecto los siguientes ejemplos.

Como primer ejemplo, los usuarios Daniela1738, MacaCristi, Javi897 y Gabito54 de la plataforma *hitRECORD* han creado un cortometraje animado que ha sido seleccionado por el proveedor de la plataforma como producto final, haciendo negociaciones para que sea distribuido por *Netflix* en Estados Unidos. El proveedor de la plataforma informa a los usuarios y aplican los términos de monetización. La plataforma *hitRECORD* muy satisfecha con la negociación divulga la buena noticia al resto de sus usuarios en la sección *Noticias*, pero reciben al poco tiempo notificación del usuario Josefina500 que alega estar siendo afectada por una infracción a su propiedad intelectual pues no se le ha atribuido su debida autoría en circunstancias que el cortometraje es una adaptación de una de las novelas que ha aportado como contenido a la plataforma.

Para el segundo ejemplo revisitamos la situación de Magdalena y Fernanda expuesta anteriormente. En este caso Fernanda –que no es miembro de la plataforma colaborativa- sube a su cuenta de *YouTube* un video en el que canta una canción escrita por un usuario de *hitRECORD* a la que tiene acceso a través del computador de su conviviente Magdalena –usuario de la plataforma-, quien guarda en su carpeta de *documentos* una captura de pantalla de dicho aporte, puesto a disposición por su autor en la plataforma para ser utilizado exclusivamente dentro de la misma. Producto del video, Fernanda recibe dinero de la plataforma *YouTube* por superar el millón de visitas.

En el primer ejemplo se observa una infracción por falta de atribución de autoría que tiene importantes consecuencias económicas ya que no sólo afecta al usuario Josefina500 que ha sido transgredido en sus derechos de propiedad intelectual y patrimoniales, sino que además tiene repercusiones sobre un contrato de distribución vigente que implica a un tercero (*Netflix*) que puede verse afectado si es que Josefina500 no quiere que su obra sea distribuida y comercializada. El segundo ejemplo retrata una infracción de uso de contenido externo a la

plataforma que provoca enriquecimiento a un tercero de buena fe (Fernanda) que ha usado el aporte sin saber que no tenía las autorizaciones correspondientes para hacerlo.

En casos como los presentados, el usuario infractor desencadena una situación en la que se ven afectados el proveedor de la plataforma, los usuarios autores de la obra y los terceros de buena fe que se suman a la cadena de uso. Ya explicados los remedios para los usos ilegítimos por falta o error de autoría y uso externo a la plataforma, hay que enfocarse en la arista económica del problema. El usuario infractor instado judicialmente, deberá responder indemnizando: (1) al proveedor de la plataforma por los daños que deba soportar producto de la incorrecta aplicación de los términos de monetización (en el caso del primer ejemplo, los daños derivados de la terminación del contrato de distribución con *Netflix*), y (2) a los colaboradores no reconocidos o afectados por exceder los términos señalados en la licencia que no han recibido las ganancias que les correspondían (en los ejemplos serían los ingresos provenientes de la comercialización de las obras que contenían sus aportes). Los terceros afectados podrán ejercer acciones, dependiendo del caso, en contra del proveedor de la plataforma -como podría darse en el primer ejemplo-, o contra el usuario infractor -como podría darse en el segundo-.

Del análisis de todos estos usos ilegítimos se ha dilucidado cómo se pueden desenvolver los efectos de las diferentes infracciones en cadenas de utilidades -esenciales a las plataformas de colaboración creativa-, concluyendo que es fundamental para el usuario examinar detalladamente los términos de uso y licencias que orientan su conducta dentro de la plataforma, y su posible posición como afectado y/o infractor.

3. Problemas de titularidad derivados de términos de uso abusivos

Siendo los términos de uso de las plataformas digitales contratos de adhesión los usuarios de Internet se encuentran expuestos al constante peligro de navegar y hacer uso de las diversas funcionalidades de los espacios virtuales bajo regulaciones que contienen cláusulas abusivas.

Íñigo De la Maza ha descrito las cláusulas abusivas como uno de los peligros involucrados en los contratos de adhesión. Establece el autor que no obstante es discutido qué

es una cláusula abusiva puede ser definida en términos amplios como aquella notablemente desfavorable para el adherente¹²¹.

Agrega el mismo autor que “el *quid* del problema de las cláusulas abusivas pareciera encontrarse en el desequilibrio entre las prestaciones del consumidor y el proveedor”¹²² por lo que se han debido adoptar métodos jurídicos para regularlas. Expone que “[u]na técnica frecuente de regulación de este tipo de cláusulas consiste en vincularlas a la fractura del deber de buena fe que suele exigirse a los contratantes”¹²³ y que “los cuerpos normativos [...] suelen contener un conjunto de reglas que regulan las formalidades de este tipo de cláusulas y catálogos que identifican ciertos términos contractuales a los que adjudican este carácter”¹²⁴.

Lo anterior deberá tenerse presente a lo largo de este apartado que se aboca a identificar a qué tipo de cláusulas abusivas están expuestos los usuarios de plataformas de colaboración creativa en redes sociales y qué efectos tendrán los términos de uso parcial o totalmente abusivos sobre las obras creadas en éstas.

3.1. Cláusulas abusivas frecuentes en términos de uso de plataformas de colaboración creativa en redes sociales

3.1.1. Cláusulas abusivas sobre modificación y vigencia de los términos de uso

La regulación sobre modificación y vigencia de los términos de uso puede conllevar efectos nocivos para el usuario, manifestación de su naturaleza de contrato de adhesión. Dichas cláusulas abusivas dicen relación con cambios no consentidos y establecidos unilateralmente por el proveedor, y con la atribución de suprimir en igual forma los términos de uso, dando por concluida la vigencia de estos.

¹²¹ De La Maza, I. (2003). Contratos de adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado? *Revista Chilena de Derecho Privado*, (1),119-122. En concordancia con Rezzónico, J. (1987). *Contratos con cláusulas predispuestas*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

¹²² De la Maza, I., Op. Cit., p.120.

¹²³ Ídem.

¹²⁴ *Ibíd.*, p.121.

Tapia y Valdivia señalan al respecto que: “Por medio de éstas, el empresario se reserva el derecho a terminar, modificar o suspender unilateralmente el contrato, quedando el consumidor obligado a cumplir su prestación sin tener certeza de si aquel cumplirá la suya”¹²⁵. Ante el efecto negativo que debe soportar la parte débil del acuerdo, exponen que gran cantidad de regulaciones, como la chilena y la española, disponen en sus leyes de protección al consumidor que las cláusulas que contengan estas disposiciones son abusivas y, por ende, anulables.

Mismo razonamiento ha sido utilizado por la jurisprudencia norteamericana, siendo la justificación final de esta limitación el desequilibrio irrazonable que involucran tales facultades en un contrato por adhesión¹²⁶.

Dichos tribunales han aplicado la doctrina del *unconscionable contract*, que puede ser traducida al español como la doctrina de lo inconcebible, injusto, desmesurado, desmedido o inaceptable. Hillman y Rachlinski, señalan que esta doctrina consiste en que las cortes están obligadas a evitar la opresión y la injusta sorpresa para una de las partes, de manera que cuando, por ejemplo, un formulario contiene repeticiones incomprensibles, letra pequeña o conmociona la conciencia, los tribunales aplican esta doctrina basados en la sección 2-302 del Código Comercial Uniforme (U.C.C) sobre ventas de bienes y aplicada liberalmente a otros tipos de contratos¹²⁷.

¹²⁵ Tapia, M. y Valdivia, J.M., Op. Cit., p. 93.

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ Los autores señalan: “La *unconscionability doctrine*, incorporada en la sección 2-302 del Código Comercial Uniforme (U.C.C) sobre ventas de bienes y aplicada liberalmente a otros tipos de contratos, permite que los tribunales establezcan contratos o términos para evitar "la opresión y la sorpresa injusta. [...] Cuando un formulario contiene una placa de caldera incomprensible, letra pequeña o ‘conmociona la conciencia’, los tribunales aplican [dicha doctrina] sin vacilar". Traducción libre. “*The unconscionability doctrine, embodied in section 2-302 off the uniform Commercial Code (U.C.C.) on sales of goods and liberally applied by courts to other types of contracts, allows courts to strike contracts or terms in order to prevent “oppression and unfair surprise. [...] When a form contains incomprehensible boiler-plate, fine print, or otherwise “shock the conscience”, courts unhesitatingly apply unconscionability.*” Hillman, R. y Rachlinski, J., Op. cit., p. 456-457.

No se debe confundir el problema de la formación del consentimiento y de la aplicabilidad de cláusulas abusivas en los términos de uso. Esto es relevante pues el usuario sólo podrá invocar la *unconscionability doctrine* si es que la discusión no trata sobre la concurrencia de voluntades necesaria para que nazca la relación jurídica.

Kim, autora ya citada, reconoce lo anterior al tratar los problemas de sustancia de los *wrap contracts*. Describe que para aplicar la doctrina se debe tomar en consideración que “es una defensa para hacer cumplir el contrato, lo que significa que debe haber sido ya formado, [...] hace una diferencia si un demandante impugna la formación o la ejecución porque afecta si un contrato es ‘nulo’ o ‘anulable’”¹²⁸.

Otra prevención respecto de la aplicación de esta doctrina versa sobre el estándar de exigencia de prueba, en el sentido que “[l]a parte que busca evitar el contrato por motivos de injusticia tiene una ‘carga pesada’ y, a menudo, requiere probar que el acuerdo fue tanto procedimental como sustancialmente injusto”¹²⁹, es decir, quien busca se declare la nulidad tendrá la carga probatoria.

*Comb v. Paypal, Inc.*¹³⁰ que es un caso de *clickwrap agreement* híbrido, está referido al uso de la plataforma *Paypal*, donde el usuario debe hacer clic en una casilla que señala que el usuario declara que ha leído y está de acuerdo con el acuerdo del usuario y la política de privacidad, estando estos disponibles en un enlace en la parte posterior de la aplicación. Los demandantes alegan ante el Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito Norte de California, División de San José, que sus reclamaciones no son materia de arbitraje pues los términos de uso contenían cláusulas abusivas susceptibles de ser declaradas inválidas.

¹²⁸ Traducción libre. “*Furthermore, unconscionability is a defense to contract enforcement, meaning that a contract must have already been formed. In some cases, it makes a difference whether a plaintiff contests formation or enforcement because it affects whether a contract is ‘void’ or ‘voidable’*”. Kim, N. (2013). Problems of substance. **En** *Wrap Contracts: Foundations and Ramifications*. Oxford: Oxford University Press, p. 88.

¹²⁹ Ídem.

¹³⁰ 218 F. Supp. 2d 1165; 2002 U.S. Dist. LEXIS 16364. [en línea] <www.lexisnexis.com/hottopic/inacademic>

Estas cláusulas disponían facultades para el proveedor que le permitían realizar acciones *a su sola discreción*, dentro de ellas, la modificación de los términos de uso en condiciones que el acuerdo está sujeto a cambios por parte del proveedor *sin previo aviso* (a menos que se requiera un aviso previo por ley) mediante la publicación del acuerdo revisado en el sitio web.

El tribunal al respecto estableció que la *unconscionability doctrine* es una defensa aplicable a los contratos en general y, en consecuencia, al caso en cuestión por ser una plataforma que vincula a sus usuarios a través de contratos de adhesión. Identifica que tiene tanto componentes procesales como sustantivos que operan en una escala móvil (cuanto más significativo es uno, menos importante es el otro). El primer componente se refiere a la existencia de posiciones de negociación desiguales y términos ocultos comunes en el contexto de contratos de adhesión, mientras que el segundo se satisface con efectos o resultados rudos y unilaterales que conmocionan la conciencia¹³¹.

El órgano jurisdiccional declaró que el cumplimiento de los términos de uso no es exigible para los demandantes por ser tanto procedimental como sustantivamente inconcebible. Procedimentalmente, porque constituye un contrato de adhesión en que el proveedor de la plataforma tiene un poder negociador superior que sobrepasa lo legítimo; y sustantivamente, principalmente porque el criterio de mutualidad o reciprocidad de las prestaciones no se satisface en la manera descrita en la solicitud.

¹³¹ “*Unconscionability* es una defensa aplicable a los contratos en general y, por lo tanto, puede elevarse en defensa a una disposición de arbitraje. *Blake v. Ecker*, 93 Cal. App. 4th 728, 741, 113 Cal. Rptr. 2d 422 (2001). Tiene tanto componentes procesales como sustantivos. El componente procesal se satisface con la existencia de posiciones de negociación desiguales y términos ocultos comunes en el contexto de los contratos de adhesión. El componente sustantivo se satisface con resultados demasiado duros o unilaterales que ‘conmocionan la conciencia’. Los dos elementos operan en una escala móvil, de modo que cuanto más significativo es, menos importante es el otro. Una reclamación de inconformidad no puede determinarse simplemente examinando la cara del contrato; debe haber una investigación sobre las circunstancias bajo las cuales se ejecutó el contrato, su propósito y efecto”. Traducción libre. “*Unconscionability is a defense applicable to contracts generally and thus may be raised in defense to an arbitration provision. Blake v. Ecker*, 93 Cal. App. 4th 728, 741, 113 Cal. Rptr. 2d 422 (2001). “*Unconscionability has both procedural and substantive components. The procedural component is satisfied by the existence of unequal bargaining positions and hidden terms common in the context of adhesion contracts. The substantive component is satisfied by overly harsh or one-sided results that “shock the conscience.” The two elements operate on a sliding scale such that the more significant one is, the less significant the other need be. A claim of unconscionability cannot be determined merely by examining the face of the contract; there must be an inquiry into the circumstances under which the contract was executed, its purpose, and effect*”. *Ibíd.*

En *Bragg v. Linden Research, Inc.*¹³², el Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito Oriental de Pennsylvania declaró también inconcebibles e injustos los términos de uso de una plataforma que crea y opera un mundo virtual que incluye cláusulas abusivas. Los términos de uso de dicha plataforma incluían cláusulas abusivas al establecer que el proveedor del servicio detentaba la facultad de suspender o cancelar cuentas de usuario, rescindir el acuerdo y/o rechazar cualquier uso actual o futuro del servicio *sin previo aviso* o responsabilidad ante el usuario *en cualquier momento, por cualquier motivo o sin motivo alguno*.

Los argumentos utilizados son prácticamente los mismos que en el caso de *Comb v. Paypal, Inc.*, pero agrega dos precisiones que resultan útiles para afinar lo ya expuesto: (1) el elemento procedimental también se enfoca en la sorpresa en la medida que los términos supuestamente acordados se oculten o se intenten pasar desapercibidos por la parte que busca hacer cumplir los términos disputados, y (2) un acuerdo si es inadmisibles desde el punto de vista procedimental, todavía puede ser ejecutable si los términos sustantivos son razonables.

De acuerdo a lo anterior y la jurisprudencia presentada, si alguno de los mencionados tribunales tuviese que examinar la exigibilidad de las cláusulas de modificación de los términos de uso de alguna de las plataformas de colaboración creativa utilizadas como ejemplos en este estudio, sólo *Wikipedia* cumpliría con ofrecer una disposición no abusiva por el hecho de poner a disposición del usuario el procedimiento de aviso de modificación que consiste en lo siguiente:

- (1) La plataforma cursará notificación a la comunidad de los términos y condiciones de uso, así como cualquier futura revisión sustancial de ellos con al menos 30 días de antelación antes del fin del período de comentarios.
- (2) Si una futura propuesta de revisión es sustancial se otorgarán 30 días adicionales para que se efectúen comentarios luego de publicar una traducción de la propuesta de revisión en al menos tres idiomas.

¹³² 487 F. Supp. 2d 593; 2007 U.S. Dist. LEXIS 39516. [en línea] <www.lexisnexis.com/hottopic/academic>

- (3) Se cursarán las notificaciones y la oportunidad de comentarlas a través de las páginas web de los Proyectos, y a través de una notificación en *WikimediaAnnounce-l* (lista de correo especial para cursar avisos). No obstante, el usuario debe revisar periódicamente la versión más actualizada de los términos y condiciones de uso.

Deborah Davis Boykin describe que “[los] casos recientes muestran que los tribunales están más dispuestos a hacer cumplir los términos de un acuerdo *browsewrap* e híbrido/modificado *clickwrap* cuando el usuario del sitio web recibe una notificación adecuada de los términos, evidenciado por la razonabilidad de dichos términos en el sitio web, y un tiempo adecuado para objetar a los términos”¹³³. Así, *Wikipedia* cumple con un estándar adecuado de aviso pues se señala un mecanismo con plazos y reglas determinadas que permiten a la comunidad no sólo tomar conocimiento de las modificaciones sino, además, pronunciarse al respecto.

Ahora, respecto de las cláusulas de vigencia de los términos de uso de las plataformas estudiadas, se observa -atendiendo a la última fila de la *Tabla 5-* que las plataformas cerradas *hitRECORD* y *daisie* presentan disposiciones que permiten la terminación unilateral de las cuentas de usuario por parte del proveedor del servicio con una redacción similar a la criticada por el tribunal en el caso de *Bragg v. Linden Research, Inc.* –a su sola discreción, sin previo aviso, sin motivo alguno-, por lo que serían susceptibles de ser declaradas abusivas.

En síntesis, tomando el razonamiento de los tribunales norteamericanos, las cláusulas de modificación y vigencia de los términos de uso para ser válidas deben contemplar para ser aplicadas: (1) un previo aviso por parte del proveedor a los usuarios, (2) un motivo que justifique su ejecución (infracción a los términos de uso o guías de conducta de la plataforma) y (3) en el

¹³³ Traducción libre. “These recent cases show that courts are more willing to enforce the terms a browsewrap and hybrid/modified clickwrap arrangement when the website user is provided adequate notice of the terms, evidenced by the reasonablement of such terms on the website, and an adequate time to object to terms. In addition, courts consistently enforce clickwraps where the website user checks an "Accept" or "I agree" box, and the clickwrap terms to the user is assenting are reasonably available”. Boykin, D. (2012). Survey of E-Contracting Cases: Browsewrap, Clickwrap, and Modified Clickwrap Agreements. *The Business Lawyer*, 68(1), 262.

caso de la modificación de términos, un procedimiento que permita el pronunciamiento de la comunidad al respecto.

3.1.2. Cláusulas abusivas sobre limitación y exención de responsabilidad de los proveedores de servicio

A lo largo de este análisis se puede observar la presencia de diversas cláusulas de limitación y exención de responsabilidad del proveedor del servicio en los términos de uso que pueden llevar al lector a concluir que los usuarios de las plataformas digitales de colaboración creativa están expuestos a una serie de situaciones en las que quedan desprotegidos ante infracciones de propiedad intelectual.

A diferencia de las cláusulas abusivas sobre modificación y vigencia de los términos de uso, no hay una tendencia judicial establecida sobre estos *disclaimers* o descargos de responsabilidad, pero el fundamento del problema es el mismo. La cuestión radica en que el derecho tolera que una de las partes tenga un poder negociador mayor que la otra; pero es ilícito que se haga uso ilegítimo de dicha posición.

En este mismo sentido, la doctrina ha dicho que la asimetría de las partes en el contrato de adhesión “no es intrínsecamente ilícita, sino que el derecho la sanciona sólo cuando [la parte fuerte] abusa de ella, persiguiendo una ventaja excesiva”¹³⁴. Esta denominada ventaja excesiva provoca un desequilibrio en las prestaciones, lo cual atenta contra la justicia contractual y la buena fe¹³⁵. Lo mismo se concluye del análisis de los casos del apartado anterior en los que los usuarios se vieron envueltos en una relación contractual excesivamente onerosa.

¹³⁴ Tapia, M. y Valdivia, J.M., Op. Cit., p. 43.

¹³⁵ Ver López, P. (2015). El principio de equilibrio contractual en el código civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional. *Revista chilena de Derecho Privado*, (25),115-181.

En consecuencia, para determinar que una cláusula de limitación o exención de responsabilidad es abusiva, los tribunales deben atender a la ya mencionada *unconscionable doctrine*.

En comparación con las cláusulas abusivas de modificación y vigencia de los términos de uso, es más complicado determinar que una limitación o exención de responsabilidad es abusiva. En las primeras hay falta de previo aviso de la modificación o terminación y/o de los motivos que las justifican, lo que es permitido por una disposición que no contempla una entrega de información adecuada al usuario; en este caso el vicio es fácil de singularizar. En cambio, los descargos de responsabilidad en los términos de uso de las plataformas de colaboración creativa son diversos¹³⁶, por lo que deben ser examinados en conjunto y armónicamente con las demás cláusulas de los términos de uso, pues sólo de esta manera se puede identificar cuál es el detrimento al usuario y la ventaja del proveedor que resultan excesivos.

Los términos de uso de las plataformas de colaboración creativa en redes sociales que se han analizado presentan verdaderos bloques de descargos de responsabilidad en favor del proveedor de servicio que establecen el principio general de que el uso de la plataforma es a riesgo del usuario.

Aplicadas estas cláusulas aisladamente del resto de los términos se observa que dejan sin opciones de reclamación a los usuarios afectados por infracciones de propiedad intelectual, lo que podría ser declarado sustancialmente inconcebible. En efecto, se deben verificar dos aspectos: (1) que la parte fuerte haya dispuesto unilateralmente y (2) que tenga un efecto excesivamente severo en la parte desfavorecida¹³⁷.

¹³⁶ Ver cuarta fila Tabla 6.

¹³⁷ “En efecto, uno de los factores más importantes de la doctrina de lo inconcebible es si una cláusula o disposición 'favorece irrazonablemente a la otra parte del contrato'. Este análisis se lleva a cabo en el campo sustantivo donde se determinan dos aspectos importantes: si el término es unilateral y si tendrá un efecto excesivamente severo en la parte desfavorecida. En otras palabras, el juez analiza si las cláusulas del acuerdo son 'irrazonables e injustas' o si la disposición en cuestión 'favorece injustificadamente' a la parte que lo afirma”. Traducción libre. “In effect, one of the most important factors of the doctrine of unconscionability is whether a clause or provision ‘unreasonably favors the other party to the contract’. This analysis is carried

Parte de la doctrina ha criticado que declarar inejecutable un contrato sustancialmente inconcebible es una visión paternalista que atenta contra la libertad contractual¹³⁸. Esta es una discusión que excede esta investigación, pero tomo la posición de Eisenberg en cuanto, “[e]n la medida en que las reglas de lo inconcebible se basen en prohibiciones contra el aprovechamiento de una conducta moralmente inadecuada, la doctrina no es más paternalista que las doctrinas de fraude o coacción”¹³⁹, por lo que independiente de la opinión de cada autor respecto del intervencionismo estatal en las relaciones contractuales, con la legislación norteamericana actual, la *unconscionable doctrine* puede ser aplicable en la práctica a las cláusulas abusivas de limitación y exención de responsabilidad que resulten ser abusivas.

Continuando, las cláusulas que contienen descargos de responsabilidad en favor del proveedor de servicio no son abusivas en sí mismas, sino cuando los términos de uso no contemplan mecanismos que otorguen un grado de protección a los usuarios que sufren infracciones de propiedad intelectual derivadas del uso de la plataforma o en la interacción con otros usuarios de éstas.

Estos mecanismos son los denominados y ya introducidos *notice and takedown*, que con el tiempo han sido institucionalizados a través de las distintas leyes de limitación de responsabilidad para intermediarios en Internet tales como el *Digital Millenium Copyright Act* y *Copyright Act* de Estados Unidos.

out in the field of substantive unconscionability where two important aspects are determined: whether the term is one-sided and whether it will have an overly harsh effect on the disadvantaged party. In other words, the judge analyzes whether the clauses of the agreement are ‘unreasonable and unfair’ or if the provision in question ‘unreasonably favors the party asserting it’. Rodriguez-Yong, C. (2011). The doctrines of unconscionability and abusive clauses: a common point between civil and common law legal traditions. Oxford U Comparative L Forum. [Artículo en línea]. Recuperado de <https://ouclf.iuscomp.org>

¹³⁸ Examinan esta crítica los siguientes autores: De La Maza, I. Op. Cit., pp. 140-147, Eisenberg, M. (2018). The Unconscionability Principle. En *Foundational Principles of Contract Law* (69-96). Oxford, Inglaterra: Oxford University Press. pp. 89-95 y Shiffrin, S. (2000). Paternalism, Unconscionability Doctrine and Accommodation. *Philosophy & Public Affairs*. Princeton University Press, 29(3),205-221.

¹³⁹ Traducción libre. “To the extent that unconscionability rules are based on prohibitions against profiting from morally improper conduct the doctrine of unconscionability is no more paternalistic than the doctrines of fraud or duress”. Eisenberg, M., Op. Cit., p. 92.

Esto demuestra que la validez de las cláusulas de limitación de responsabilidad mediante este tipo de normativas no implica una desprotección para el usuario, pues las mismas procuran resguardar el equilibrio de prestaciones a través de procedimientos de notificación de infracciones de propiedad intelectual¹⁴⁰.

Los mecanismos de *notice and takedown* otorgan un método de comunicación para el usuario afectado, de manera que no queda completamente desvalido dentro de la plataforma, incluso aunque el procedimiento no asegure un resultado específico. Elisa Walker acertadamente explica que “no pretende resolver una posible disputa sobre la existencia de la infracción al derecho de autor, sino que solamente intenta detener en forma provisoria la circulación de un material protegido por el derecho de autor”¹⁴¹. Esto será un interés primordial e inmediato para el usuario afectado. Sumado a lo anterior, señala la autora que “[c]ualquier disputa posterior que surja sobre la infracción del derecho de autor por la circulación de un material en Internet, necesariamente va a ser resuelta por un tribunal sin importar el tipo de notificación que dio inicio al conflicto”¹⁴².

En síntesis, las cláusulas abusivas de limitación y exención de responsabilidad del proveedor del servicio lo son en cuanto no existan o no sean efectivos los mecanismos de notificación de infracciones de propiedad intelectual.

3.2. Efecto de la inaplicabilidad de cláusulas abusivas

¹⁴⁰ David Ludwig al analizar la aplicación de los tribunales hasta el año 2006 de las limitaciones de responsabilidad para proveedores de servicio establecidas en el Digital Millenium Copyright Act, observa lo mismo: “Proteger a los ISP de la responsabilidad por la infracción de derechos de autor contributiva de acuerdo con las disposiciones de puerto seguro de la DMCA no deja a los titulares de derechos de autor sin los medios para prevenir la infracción en el ámbito digital”. Ludwig, D. (2006). Shooting the Messenger: ISP Liability for Contributory Copyright Infringement. *Boston College Intellectual Property & Technology Forum*, p. 2. Recuperado de <http://bcipf.org/wp-content/uploads/2011/07/26-SHOOTING-THE-MESSENGER.pdf>

¹⁴¹ Walker, E., Op. cit., p. 344.

¹⁴² Ídem.

El análisis de la situación jurídica de las obras realizadas bajo términos de uso que contienen cláusulas abusivas requiere de aclarar que estos pueden ser parcial o totalmente abusivos.

Dicha distinción proviene de lo dispuesto por los propios términos de uso que frecuentemente contienen cláusulas que establecen la divisibilidad de los mismos (*severability clauses*). Señalan que la declaración judicial sobre la invalidez de una parte de los términos de uso no afecta la aplicabilidad de las provisiones restantes. En consecuencia, los usuarios que reclamen judicialmente estar afectados bajo términos de uso abusivos lo podrán hacer respecto de su totalidad o sólo una parte de ellos, especificando aquellas cláusulas que consideren inválidas.

El autor norteamericano Mark L. Movsesian explica que a veces los contratos contienen provisiones ilegales en conjunto con otras perfectamente legales y que, ante esto, las cortes tienen tres opciones: (1) reescribir la disposición ofensiva, (2) negarse a cumplir el contrato en su totalidad –incluyendo las provisiones legales–, o (3) cortar lo ilegal del contrato haciendo cumplir el resto que sí es válido¹⁴³.

Respecto de estas opciones, señala el autor ciertos alcances. De la primera, que no ha sido adoptada por los tribunales por la comprensible renuencia a entrometerse en la intención de las partes; de la segunda, que puede parecer incongruente con la tendencia legal de hacer

¹⁴³ “A veces, un contrato contiene una ilegal -y por lo tanto, inaplicable- disposición junto con otros términos perfectamente legales. Tal contrato se presenta a un tribunal con tres opciones. Primero, la corte podría simplemente reescribir la disposición ofensiva para que se ajuste a la política pública. Los tribunales han demostrado una reticencia comprensible a alterar los términos de las partes de esta manera, sin embargo, y generalmente evitó este enfoque. En segundo lugar, el tribunal podría negarse a hacer cumplir todo el contrato, términos legales e ilegales por igual. Sin embargo, esta opción parece incongruente con la política primordial de la ley a favor de hacer cumplir los acuerdos”. Finalmente, el tribunal podría cortar la disposición ilegal y hacer cumplir el resto del contrato válido. [...] pero sólo donde el término ilegal no sea parte esencial del intercambio acordado”. Traducción libre. “Sometimes a contract contains one illegal -and hence, unenforceable- provision along with other, perfectly legal, terms. Such a contract presents a court with three options. First, the court might simply rewrite the offending provision to make it conform to public policy. Courts have demonstrated an understandable reluctance to alter the parties' terms in this fashion, however, and have generally avoided this approach.’ Second, the court might refuse to enforce the entire contract, legal and illegal terms alike. This option seems incongruous, however, with the law's overriding policy in favor of enforcing agreements.’ Finally, the court might sever the illegal provision and enforce the remainder of the otherwise valid contract. [...] but only where the illegal term ‘is not an essential part of the agreed exchange’”. Movsesian, M. L. (1995). Severability in statutes and contracts. *Georgia Law Review*, 30(1),47-48.

cumplir los acuerdos; de la tercera, que para erradicar la disposición, la cláusula ilegal no debe ser una parte esencial del intercambio acordado¹⁴⁴.

Aplicado a las cláusulas abusivas identificadas en las plataformas de colaboración creativa en redes sociales se observa lo siguiente.

La jurisprudencia estudiada en torno a las cláusulas de modificación y vigencia de los términos de uso es manifestación de la importancia de la divisibilidad del contrato. Estos casos han girado en torno a la solicitud de los usuarios para que no se apliquen las cláusulas de arbitraje contempladas en los términos de uso, teniendo su pretensión por fundamento que las cláusulas abusivas de modificación y vigencia impregnaban de defectos el acuerdo, siendo abusivo y, en consecuencia, solicitando que se declaren inaplicables las disposiciones que imponen el arbitraje como método de resolución de disputas.

En concordancia los tribunales han fallado que la inejecutabilidad de los términos de uso no sólo comprende las cláusulas abusivas de modificación y vigencia, sino que el abuso se observa tanto en aquellas como en la totalidad del contrato.

A modo de ejemplo, en *Comb v. Paypal Inc.* el tribunal declara: “Habiendo considerado los términos del Acuerdo en general y la cláusula de arbitraje en particular, así como la totalidad de las circunstancias, el Tribunal concluye que el Acuerdo de usuario y la cláusula de arbitraje son sustancialmente inconcebibles, la Corte concluye que el Acuerdo y la cláusula de arbitraje son sustantivamente inexigibles según la ley de California y que el arbitraje no se puede imponer en este caso”¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Ídem.

¹⁴⁵ Traducción libre. “Having considered the terms of the User Agreement generally and the arbitration clause in particular, as well as the totality of the circumstances, the Court concludes that the User Agreement and arbitration clause are substantively unconscionable under California law and the arbitration cannot be compelled herein”. 218 F. Supp. 2d 1165; 2002 U.S. Dist. LEXIS 16364. [en línea] <www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic>

Asimismo, *Bragg v. Linden Research Inc.* el tribunal dijo: “Tomados en conjunto, la falta de mutualidad, los costos del arbitraje, la cláusula de selección del foro y la disposición de confidencialidad que Linden impone unilateralmente a través de los TOS se demuestra que la cláusula de arbitraje no está diseñada para proporcionar a los participantes de Second Life un medio eficaz para resolver disputas con Linden. Más bien, es un medio unilateral que se inclina injustamente, en casi todas las situaciones, a favor de Linden”¹⁴⁶.

Si bien se observa que en estos casos se ha usado la segunda opción expuesta por *Movsesian* –negarse a cumplir el contrato en su totalidad-, podría darse el caso en que el tribunal declare abusivas y nulas cláusulas específicas, permaneciendo vigente el resto del acuerdo. En este supuesto, el tribunal deberá examinar si es que la disposición es una parte esencial del contrato, es decir, “determinar si las partes habrían llegado a un acuerdo incluso sin el término ilegal”¹⁴⁷, de manera que si “cree que la disposición es esencial, que las partes no habrían celebrado el acuerdo sin él, declarará la disposición inseparable y se negará a hacer cumplir el contrato en su totalidad”¹⁴⁸.

Remover las cláusulas de modificación y vigencia consideradas abusivas no afectaría lo esencial del contrato pues no obstruye el desenvolvimiento del objeto de este: la colaboración creativa. Sin embargo, de la jurisprudencia presentada se observa que los casos que se han llevado a tribunales tienden a desmantelar términos de uso abusivos no sólo en lo que comprende estas disposiciones sino en diversos aspectos.

¹⁴⁶ Traducción libre. “Taken together, the lack of mutuality, the costs of arbitration, the forum selection clause, and the confidentiality provision that Linden unilaterally imposes through the TOS demonstrate that the arbitration clause is not designed to provide Second Life participants an effective means of resolving disputes with Linden. Rather, it is a one-sided means which tilts unfairly, in almost all situations, in Linden's favor”. 487 F. Supp. 2d 593; 2007 U.S. Dist. LEXIS 39516. [en línea] <www.lexisnexis.com/hottopic/academic>

¹⁴⁷ Traducción libre. “Whether a given provision is an essential part of the agreed exchange turns on the intent of the parties to the contract. A court must determine whether the parties would have made the agreement even without the illegal term”. *Movsesian*, M.L., Op. Cit., p. 48.

¹⁴⁸ Traducción libre. “If [...] the court believes that the provision is essential, that the parties would not have entered into the agreement without it, the court will declare the provision inseparable and refuse to enforce the contract in its entirety”. Ídem.

En la misma tónica, las cláusulas sobre descargos de responsabilidad -como se explicó anteriormente- requieren de un análisis en conjunto con el resto del contrato, por lo que considerarlas abusivas conlleva la alta probabilidad de acarrear junto con ellas la inaplicabilidad de otras provisiones, sin descartar la inejecutabilidad del contrato en su totalidad.

Continuando en el análisis, ahora la pregunta es cómo afecta esta parcial o total inaplicabilidad de los términos de uso a las obras creadas en la plataforma.

Respecto de la derogación parcial de las cláusulas abusivas que se han presentado, hay que atender a que estas no deberían necesariamente afectar esencialmente el objeto del contrato, por lo que su exclusión, en principio, no afecta el régimen de titularidad de las obras ni su proceso de realización. Sin embargo, hay que fijarse en el contenido específico de las cláusulas removidas pues puede darse que tengan consecuencias en las cadenas de utilización de obras.

Un ejemplo sería que se haya aplicado una modificación a los términos del servicio que afecta disposiciones sobre licencias entre usuarios, reduciendo los usos del contenido y que, posteriormente, queda inválida por declararse la cláusula que la permitía abusiva. En este caso, las obras creadas o en proceso de ser finalizadas, quedarían afectas bajo el régimen previo a la modificación de los términos que motivó el reclamo de la cláusula, no habiendo una afectación a las obras. Por el contrario, si la modificación hubiese ampliado los usos del contenido por parte de los usuarios, entonces la declaración de invalidez de la cláusula abusiva y la vigencia de los términos anteriores a la modificación implicarían que hubo usos no autorizados, de manera que las obras finalizadas que se crearon en virtud de la ampliación de dichos usos y que entraron en diversas cadenas de utilizations deberán ser afectadas por alguna de las siguientes opciones: (1) ser contempladas por los usuarios demandantes, solicitando *injunctiions* al tribunal; (2) ser subsanadas a través del otorgamiento de licencias particulares entre los usuarios involucrados.

En consecuencia, si bien las exclusiones de ciertas cláusulas no afectan directamente la titularidad de las obras, cuando alcanzan el contenido de los usos permitidos se puede dar el caso en que las obras finalizadas y que ingresan a la cadena de utilización se vean envueltas en

una infracción; pero con la salvedad de que la infracción por uso no autorizado no es atribuible a los usuarios que de buena fe la realizan, sino al proveedor del servicio que a través de la aplicación de una cláusula abusiva generó el daño.

Ahora respecto de la derogación de la totalidad de los términos de uso hay un obstáculo de importancia: no sólo se declaran inválidas las facultades excesivas del proveedor en su relación con los usuarios, sino también las disposiciones que regulan la relación entre usuarios. El problema es que, si bien no subsiste la relación contractual hay una obra que ya nació a la vida del derecho.

Los tipos de obras y los usos que se hacen de ellas en las cadenas de utilización son múltiples, y para determinar cómo afecta la nulidad de los términos de uso a cada una de ellas habría que examinar cada caso concreto. Por esto es elemental que los tribunales que declaren términos de uso totalmente abusivos se hagan cargo de clarificar el régimen que afecta a las obras creadas a través de *injunctiions* con el objetivo de frenar las infracciones que puedan derivar del contrato redactado injustamente y dar seguridad jurídica a los usuarios afectados.

Por lo demás, estas obras y aquellos que tienen derechos sobre ellas siempre estarán afectos a las normas de propiedad intelectual del derecho interno con el que estén conectados de acuerdo a los principios y reglas del derecho internacional privado.

4. Problemas de titularidad derivados de falta de consentimiento en los términos de uso

Ya sabe el lector que el proceso de formación y perfeccionamiento del contrato realizado en Internet está expuesto a una serie de obstáculos, en especial para el usuario. El que interesa a este apartado es el caso de *browsewrap agreements* que, en más de una ocasión han sido declarados nulos por las cortes norteamericanas por adolecer del acuerdo de las partes en su formación, específicamente, por no existir voluntad de parte del usuario de la plataforma quien

no tiene conocimiento de estar afecto a los términos de uso que el proveedor le plantea sin un aviso razonable¹⁴⁹.

Dicha declaración de nulidad si bien es una sanción de ineficacia tiene consecuencias en las obras que han sido creadas en el período en que se creía el acuerdo vigente –al menos por parte del proveedor del servicio-. En efecto, es importante separar la arista contractual de la arista de propiedad intelectual.

Una cuestión son los efectos civiles que derivan de la declaración de nulidad, y otra separada es la evaluación sobre si existieron infracciones de propiedad intelectual. En otras palabras, al igual que en el análisis de términos abusivos, hay dos estatutos que coexisten y que son aplicables a una misma situación. En este sentido, no es el propósito de esta autora establecer cada posible infracción en este contexto, sino evidenciar la lógica que será útil al usuario que se vea afectado¹⁵⁰.

Por consiguiente, siendo declarados nulos los términos de uso por falta de concurrencia de voluntades de las partes la atención del usuario se debe focalizar en que el tribunal competente deberá determinar cuál es el derecho aplicable que presenta el factor de conexión que corresponde a la situación¹⁵¹. A partir de eso, los demandantes podrán solicitar los remedios civiles que estimen necesarios (tanto la nulidad como la indemnización civil), y reclamar si

¹⁴⁹ Recordar que las cortes sólo han declarado que se deben cumplir los términos de uso cuando: (1) el usuario tiene conocimiento actual o potencial de los términos, y ha accedido regularmente al sitio, y (2) cuando ha habido aviso razonable de su existencia. “*Browsewrap terms have been held enforceable in circumstances where: the user had actual or constructive knowledge of the terms, and nevertheless kept on accessing the site regularly in breach of those terms; and; where the hyperlinks themselves were seen as sufficiently prominent to provide reasonable notice of the terms*”. Manwaring, K. (2011). Enforceability of Clickwrap and Browsewrap Terms in Australia: Lessons from the U.S. and the U.K. *Studies in Ethics, Law, and Technology*, 5,4.

¹⁵⁰ Omri Ben-Shahar hace la misma distinción entre estatutos, pero respecto del incumplimiento contractual y la infracción de propiedad intelectual, examinando las consecuencias que conlleva en la determinación de daños. Ver más en Ben-Shahar, O. (2011). Damages for Unlicensed Use. *The University of Chicago Law Review*, 78(1),7-29.

¹⁵¹ Ver más en Villarroel, C. y Villarroel, G. (1990). Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales. *Revista Chilena de Derecho*, 17(2), 351-365.

consideran que existen infracciones de propiedad intelectual, de acuerdo a la normativa establecida.

Los problemas de titularidad que se hayan generado podrán ser subsanados por el otorgamiento de licencias entre los usuarios colaboradores afectados, además de la posibilidad de solicitar *injunctiions* al tribunal competente con el objetivo de que cesen las actividades ilícitas.

5. Reflexiones sobre el tratamiento jurídico de la responsabilidad del proveedor de servicio

Es claro a estas alturas que el rol de intermediario del proveedor de servicio de plataformas de colaboración creativa en redes sociales es fundamental al tratar problemas de titularidad originados en estas. Los motivos son: (1) es el proveedor quien establece los términos de uso que rigen el servicio, por ende, los usos permitidos dentro de la plataforma y (2) puede ser directa o indirectamente responsable por las infracciones de propiedad intelectual. Ambos han sido extensamente tratados en esta investigación, por lo que en este último apartado me aboco particularmente a plantear ciertas reflexiones respecto de la responsabilidad del proveedor de servicio ante usos ilegítimos.

De los diversos ejemplos y casos expuestos en este análisis se puede extraer que no siempre el proveedor del servicio es responsable por las infracciones de propiedad intelectual. La cuestión es, ante problemas de titularidad, intentar transparentar para el usuario de este tipo de plataformas cuáles son los elementos que permiten determinar cuándo hay responsabilidad del proveedor del servicio, haciendo el ejercicio estratégico de determinar su interés jurídico como afectado y ponerse en el lugar del juez para evaluar si es conveniente para dicho interés ejercer acciones en contra del intermediario.

Daniel Seng en un esfuerzo por realizar un análisis comparativo de los distintos enfoques adoptados por legislaciones alrededor del mundo acerca de la responsabilidad de los intermediarios en Internet se cuestiona por qué quienes detentan derechos de propiedad

intelectual ejercerían acciones legales en contra de intermediarios de Internet que no son directamente responsables¹⁵².

Se responde el mismo autor identificando diversos motivos por los que usuarios demandan a intermediarios: (1) son portal informativo y de acceso para actividades infractoras; (2) es más rentable ejercer acciones en contra del proveedor de servicio que del usuario infractor; (3) no previenen ni toman las medidas suficientes para ayudar a detener las infracciones; (4) se benefician de la monetización de las infracciones; (5) son quienes están en mejor condición para poner fin a actividades infractoras¹⁵³.

Vale la pena hacer al respecto algunas observaciones. Del número (1) es necesario precisar –aunque pueda parecer obvio- que no es el objetivo de las plataformas de colaboración creativa crear espacios propicios para infractores de propiedad intelectual. Como se ha presentado en este trabajo, es una realidad que hay una diversidad de infracciones que se pueden realizar en estos espacios, pero, finalmente, es sólo un ámbito más de la vida cotidiana de las personas en que se pueden desarrollar problemas de carácter jurídico; y, evidentemente, no por

¹⁵² “¿Por qué los titulares de derechos eligen ejercer acciones legales contra los intermediarios de Internet que no son directamente responsables de las irregularidades, en lugar de contra los usuarios finales que han cometido los actos infractores?”. Traducción libre. “*Why do rightholder elect to take legal action against Internet intermediaries who are not directly responsible for any wrongdoing, rather than the end users who have committed the infringing acts?*”. Seng, D. (2010). *Comparative Analysis of National Approaches of the Liability of the Internet Intermediaries - Part I*. WIPO, p. 5. Recuperado de https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/liability_of_internet_intermediaries.pdf

¹⁵³ “Demandan a los intermediarios porque sirven como portal informativo y de acceso para estas actividades infractoras, y es más rentable buscar reparación de ellos que de todos los usuarios individuales. [...] por no prevenir o hacer lo suficiente para ayudar a detener la avalancha de actividades infractoras facilitadas a través de las instalaciones y servicios de los intermediarios. [...] porque los intermediarios monetizan estas ‘actividades infractoras’ y se benefician a su costa. Como explica la Directiva de derechos de autor de la UE, [...] tales intermediarios están en mejores condiciones para poner fin a tales actividades infractoras”. Traducción libre. “*They sue the intermediaries because intermediaries serve as the informational and access gateways for these infringing activities, and it is more cost effective to seek redress from them than all the individual users. They sue the intermediaries for not preventing or doing enough to help stem the flood of infringing activities facilitated through the intermediaries’ facilities and services. They sue because intermediaries are monetizing these “infringing activities” and profiting at their expense. As the EU Copyright Directive explains, “in many cases in the digital environment where, the services of intermediaries may increasingly be used by third parties for infringing activities, such intermediaries are best placed to bring such infringing activities to an end”*”. Ídem.

esto habrá por defecto una responsabilidad aparejada, sino cuando concurran los requisitos legales que la justifiquen.

De tal manera se ha entendido internacionalmente. WIPO en su publicación del año 2018, “*A Casebook on the Enforcement of Intellectual Property Rights*” (libro de casos sobre el cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual) señala que en el caso australiano *Roadshow Films Pty Ltd v. iiNet Ltd* la corte adoptó lo que parece ser la mirada consensuada sobre la responsabilidad de los intermediarios: no son responsables por “autorizar” infracciones de *copyright* al hacer sus servicios disponibles a las personas que sí los infringen, pues no tienen ningún poder técnico directo para prevenir que sus clientes usen otros sistemas para infringir¹⁵⁴. Un buen ejemplo de esto son los casos de uso ilegítimo de una obra externamente a la plataforma, en que el proveedor de servicio no es técnicamente capaz de tomar medidas contra este tipo de conductas.

Continuando con los motivos postulados por Seng, los números (2) y (5) son consideraciones que deben ser ponderadas en el momento de formular la estrategia jurídica del caso y, siendo efectivas, constituyen un incentivo de peso para ejercer acciones en contra del proveedor del servicio.

Por último, los números (3) y (4) son acciones ilegítimas que, probadas ante juez competente en conjunto con el resto de los elementos necesarios, deberían generar responsabilidad para el intermediario.

Se identifican dos situaciones de interés que generan responsabilidad del proveedor de servicio –y que se extraen implícitamente de las razones descritas por Seng-: primero, infracciones por incumplimiento de los términos del servicio y por usos ilegítimos de los aportes

¹⁵⁴ Traducción libre. “*In Roadshow Films Pty Ltd v. iiNet Ltd [2012] HCA 16 (20 April 2012), the court adopted what appears to be the consensus view on the liability of ISPs: they are not liable for ‘authorizing’ copyright infringement by making their services available to people who do infringe copyright because ISPs do not have any direct technical power to prevent their customers from using other systems to infringe copyright*”. L.T.C Harms, Op. Cit., p. 170.

de usuarios; y segundo, deficiencia en el cumplimiento de los deberes de cuidado del proveedor al provocar o no evitar daños por infracciones de propiedad intelectual.

De lo primero, cuando el proveedor de servicio actúa manifiestamente en contra de los términos de uso, por ejemplo, vendiendo sin consentimiento el aporte de uno de sus usuarios como si fuese de autoría de la plataforma, hay una infracción de propiedad intelectual que genera responsabilidad directa del proveedor del servicio y que, en principio no debería plantear mayores discusiones jurídicas. Por otro lado, respecto de lo segundo es debatible cuáles son los deberes de cuidado que deben cumplir los intermediarios para no ser considerados responsables indirectamente de los daños por las infracciones de propiedad intelectual realizadas por los mismos usuarios de su plataforma.

El deber de cuidado general para los proveedores de servicio de las plataformas en estudio consiste en contar con las medidas suficientes para evitar o detener las infracciones de propiedad intelectual. Es el juez quien, caso a caso, determinará si dichas medidas son satisfactorias. Para llegar a dicha determinación se deben examinar los hechos del caso en particular y, también, aplicar los parámetros que establece la ley aplicable.

El lector puede preguntarse dónde se encuentran los parámetros legales que permiten precisar los deberes de cuidado exigibles a las plataformas de colaboración creativa. En mi opinión están establecidos en las normativas sobre limitación de responsabilidad de proveedores de servicio como, por ejemplo, la presente en la ya expuesta legislación estadounidense que regula esta materia en la Sección 512 del *Copyright Act*.

Estas normativas no buscan eximir de responsabilidad a los proveedores de servicio en desmedro de los usuarios afectados, sino limitar su responsabilidad para aquellos casos en que efectivamente han actuado negligentemente. Walker en este sentido ha señalado que “[e]l rol que cumplen los proveedores o prestadores de servicio es tan relevante para el funcionamiento de Internet, que muchas legislaciones han decidido establecer un sistema de limitación de responsabilidad de estos sujetos, con la finalidad de asegurar un marco de acción para la entrega

de su servicio”¹⁵⁵. La normativa chilena se encuentra dentro de estas legislaciones, estableciendo dichas limitaciones en el Capítulo III del Título IV de la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual¹⁵⁶.

Ahora bien, el tema de los deberes de cuidado del proveedor del servicio no se agota en la necesidad de su determinación para efectos de establecer la existencia de la responsabilidad del proveedor del servicio, sino que además obliga a enfrentar el vínculo que tiene con las cláusulas de limitación y exención de responsabilidad presentes en los términos de uso de las plataformas.

Teniendo conocimiento sobre la naturaleza contractual de los términos de uso y todas las implicancias que aquello conlleva, se insiste en que los contratos de adhesión no deben por defecto condicionar al usuario a soportar una carga excesiva. Por esto, es un despropósito que los proveedores de servicio sigan redactando cláusulas de limitación y exención de responsabilidad que conllevan la asunción exclusiva del usuario de los riesgos en el uso de la plataforma. Para que las cláusulas de limitación de responsabilidad tengan pleno efecto, deben estar en concordancia con el derecho aplicable a los términos de uso, es decir, con los parámetros de limitación de responsabilidad de proveedores de servicios establecidos en la ley, de lo contrario no sólo son abusivas sino ineficaces.

En síntesis, lo que está detrás de estas reflexiones es una cuestión básica: términos de uso y derecho aplicable deben funcionar sistémicamente, de otra manera se obstaculiza el objetivo de la colaboración creativa y se genera un desincentivo para el uso de estas plataformas.

¹⁵⁵ Op. cit., WALKER, p. 333.

¹⁵⁶ “Artículo 85 L. Sin perjuicio de las normas generales sobre responsabilidad civil aplicables, en el caso de aquellas infracciones a los derechos protegidos por esta ley cometidas por terceros, que ocurran a través de sistemas o redes controladas u operadas por personas naturales o jurídicas que presten algunos de los servicios señalados en los artículos siguientes, los prestadores de tales servicios no serán obligados a indemnizar el daño, en la medida que cumplan con las condiciones previstas en los artículos siguientes para limitar tal responsabilidad, conforme a la naturaleza del servicio prestado. En estos casos, los prestadores de servicio sólo podrán ser objeto de las medidas prejudiciales y judiciales a que se refiere el artículo 85 R.” Ley N° 17.336.

CONCLUSIONES

El análisis hecho en este trabajo ha permitido moldear el estatuto jurídico al que se ve enfrentado el usuario creador que participa de plataformas de colaboración creativa en redes sociales. A partir de la determinación de dicha regulación se logran identificar aquellos problemas de titularidad a los que está expuesto.

Para evitar caer en la realización de ilícitos y, por otro lado, protegerse de aquellos que se puedan generar en su contra, es esencial que el usuario que busca colaborar en este tipo de plataformas lea y comprenda los términos que rigen el uso del servicio. Para esto, los proveedores de servicio deben tener en cuenta las implicancias de ofrecer un contrato de adhesión. En primer lugar, tienen la obligación de poner a disposición del usuario el contenido de los términos de uso de manera clara y visible para que estos evalúen -previamente al uso del servicio- si es que están dispuestos a someterse a dicha normativa, de lo contrario el consentimiento no se habrá formado de acuerdo a derecho. En segundo lugar, las disposiciones que conforman los términos no deben ser abusivas, es decir, no deben facilitar el aprovechamiento del proveedor respecto de su posición en la relación contractual.

Existiendo un ilícito ya sea por incumplimiento o por falta de requisitos de existencia o validez del contrato, los desafíos son determinar: (1) si es que existe infracción de propiedad intelectual y (2) los efectos que tiene la infracción sobre las obras creadas. Por más evidente que esto parezca, son las características propias de las plataformas de colaboración creativa en redes sociales las que demarcan los problemas de titularidad que se pueden desarrollar en estas. La multiterritorialidad y multidireccionalidad de estas plataformas si bien facilitan y hacen fluida la creación, también generan ciertos riesgos, pues se crearán obras sobre las que distintas personas tienen derechos, y el ilícito de cualquiera afectará consecuentemente a todos los otros que hayan ingresado a las diversas cadenas de utilización.

Por parte del proveedor de servicio, es esencial que existan sistemas de notificación de infracciones de propiedad intelectual que, aunque provisoriamente, frenen las actividades ilícitas que afecten a los usuarios -se observó en este trabajo que todas las plataformas que se usaron como ejemplos los contemplaban-. Ahora bien, a pesar de que estos mecanismos están

presentes, los términos usualmente están redactados en función a que el usuario asuma el uso del servicio bajo riesgo propio; esto lo perjudica extremadamente cuando el proveedor se libera de responsabilidad ante todo tipo de ilícito. Dichos descargos de responsabilidad no tienen sentido cuando exceden las regulaciones de limitación de responsabilidad de intermediarios aplicables a la relación contractual, pues no serán ejecutables por los tribunales, resultando ser ineficientes tanto para el proveedor como para el usuario. En efecto, los términos de uso deben procurar no generar prestaciones excesivas para los usuarios, de manera que no sean un desincentivo para la colaboración creativa de obras en Internet.

BIBLIOGRAFÍA

Andrepon, C. (1999). Digital Millennium Copyright Act: Copyright protections for the digital age. *DePaul-LCA Journal of Art and Entertainment Law*, 9(2),397-420.

Aparici, R. y Osuna, S. (2013). La Cultura de la Participación. *Revista Mediterránea de Comunicación*. 4(2),137-148.

Arias De Rincón, M.I. (2002). La formación y perfección del contrato por Internet. *Revista Chilena de Derecho, Sección Estudios*. 29(1),111-126.

Bauzá, M. (2001). *Los derechos de autor en internet*. En Simposio Argentino de Informática y Derecho: 10 a 12 de septiembre de 2001. Buenos Aires, Argentina. pp. 47-60.

Ben-Shahar, O. (2011). Damages for Unlicensed Use. *The University of Chicago Law Review*, 78(1),7-29.

Boykin, D. (2012). Survey of E-Contracting Cases: Browsewrap, Clickwrap, and Modified Clickwrap Agreements. *The Business Lawyer*, 68(1), 257-262.

Cerda, A. y Ruiz, C. (2010). *Internet, Copyright y Derecho: Opiniones Contingentes*. Santiago de Chile: ONG Derechos Digitales. 120p.

Christakis, A. & Fowler, J. (2010). *Conectados*. Madrid: Taurus. 354p.

Correa, M. (2013). La naturaleza jurídica de las wikis en el derecho de autor. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Universidad de Chile*. 2(2),213-246.

De La Maza, I. (2003). Contratos de adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado? *Revista Chilena de Derecho Privado*, (1),109-148.

Dusollier, S. (2003). Open source of copyleft: Authorship reconsidered. *Columbia Journal of Law & the Arts*, 26(3+4),281-296.

Eisenberg, M. (2018). The Unconscionability Principle. **En** *Foundational Principles of Contract Law* (69-96). Oxford, Inglaterra: Oxford University Press.

Garon, J. (2010). Wiki authorship, social media, and the curatorial audience. *Harvard Journal of Sports and Entertainment Law*, 1(1), 95-144.

Grob, F. (2014). La ley aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección por las partes. *Revista Chilena de Derecho*, 41(1),229-265.

Heffan, I. V. 1997. Copyleft: Licensing collaborative works in the digital age. *Stanford Law Review*, 49(6),1487-1522.

Hillman, R. y Rachlinski, J. (2002). Standard-Form Contracting in the Electronic Age. *New York University Law Review*, 2(77),429-495.

Kaplan, A. y Haenlein, M. (2010). Users of the world, unite! The challenges and opportunities of social media. *Business Horizons*. Kelley School of Business, Indiana University, 53(1),59-68.

Kietzmann, J., Hermkens, K., McCarthy, I.P. y Silvestre, B. (2011). Social media? Get serious! Understanding the functional building blocks of social media. *Business Horizons*. Kelley School of Business, Indiana University, 54(3),241-251.

Kim, N. (2013). The Rise of Wrap Contracts: The Early Cases. **En** *Wrap Contracts: Foundations and Ramifications* (17-34). Oxford: Oxford University Press.

Kim, N. (2013). Problems of substance. **En** *Wrap Contracts: Foundations and Ramifications* (70-92). Oxford: Oxford University Press.

Lara, J.C. y Vera, F. (2013). *Responsabilidad de los prestadores de servicios de internet*. Santiago de Chile: ONG Derechos Digitales. Policy Paper N°3, 28p.

Lara, J.C., Vera, F. y Viollier, P. (2014). *Estado de Internet en Chile: aspectos generales, regulación y actores relevantes*. Santiago, Chile: ONG Derechos Digitales. Policy Paper N°6, 61p.

Lemley, M. (2006). Terms of Use. *Minnesota Law Review*, 91,459-483.

Lipszyc, D. (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. UNESCO. 933p.

Lipton, J. y Tehranian, J. (2015). Derivative Works 2.0: reconsidering transformative use in the age of crowdsourced creation. *Northwestern University Law Review*, 109(2),383-443.

López, P. (2015). El principio de equilibrio contractual en el código civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional. *Revista chilena de Derecho Privado*, (25),115-181.

López, J. y Elorriaga, F. (2017). *Los Contratos. Parte General*. Sexta Edición Actualizada. Santiago: Thomson Reuters. 743p.

L.T.C Harms. (2018). Enforcement of IPRs in the digital and internet age. **En** *A Casebook on the Enforcement of Intellectual Property Rights* (159-172). 4ª ed. WIPO.

Manwaring, K. (2011). Enforceability of Clickwrap and Browsewrap Terms in Australia: Lessons from the U.S. and the U.K. *Studies in Ethics, Law, and Technology*, 5, 1-17.

Marisca, P. (2013). *Derecho de transformación y obra derivada*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch. 446p.

Martínez, F. (2011). Las redes sociales: una aproximación conceptual y una reflexión teórica sobre los posibles usos y gratificaciones de este fenómeno digital de masas. *Teccom Studies, Estudios de Tecnología y Comunicación*, Universidad Complutense de Madrid, (1),26-34.

Movsesian, M. L. (1995). Severability in statutes and contracts. *Georgia Law Review*, 30(1), 41-84.

Obar, J. y Oeldorf-Hirsch, A. (2018). The Clickwrap: A Political Economic Mechanism for Manufacturing Consent on Social Media. *Social Media + Society*, 4(3),1-14.

OECD Publishing; Organisation for Economic Co-operation and Development, Wunsch-Vincent, S. y Vickery, G. (2007). *Participative Web and User-Created Content: Web 2.0, Wikis and Social Networking*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development.

Picozzy, B. (2017). What's wrong with the intentionalism? Transformative Use, Copyright Law and Authorship. *The Yale Law Journal*, 126(5),1408-1458.

Ramírez, M. (2010). *Curso básico de Derecho Internacional Privado*. Santiago: Legal Publishing. 196p.

Rezzónico, J. (1987). *Contratos con cláusulas predispuestas*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Shiffrin, S. (2000). Paternalism, Unconscionability Doctrine and Accommodation. *Philosophy & Public Affairs*. Princeton University Press, 29(3),205-221.

Sereno, J. (2010). Contenido generado por usuarios (UGC), wikis y derecho de autor. *La Propiedad Inmaterial*. 14,206-260.

Simone, D. (2011). Copyright or copyleft? Wikipedia as a turning point for authorship. *King's Law Journal*, 25(1),102-124.

Sirinelli, P. (2010). Case law: Works Eligible for Protection. *Revue internationale du droit d'auteur*, 226.

Sirinelli, P. (2011). Case law: Illegal acts of making works available through the digital networks. *Revue internationale du droit d'auteur*, 228.

Tapia, M. y Valdivia, J.M. (2002). *Contratos por adhesión. Ley N° 19.496*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 199p.

Vial, M.I. (2013). La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de Derecho Internacional Privado. *Revista Chilena de Derecho*, 40(3),891-927.

Villarroel, C. y Villarroel, G. (1990). Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales. *Revista Chilena de Derecho*, 17(2), 351-365.

Villarroel, C. y Villarroel, G. (1998). Consideraciones sobre el Estatuto Personal en la legislación chilena. *Revista Chilena de Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 15(2),341-374.

Walker, E. (2014). *Manual de Propiedad Intelectual*. Santiago: Thomson Reuters/Legal Publishing Chile. 370p.

Warschauer, M., y Grimes, D. (2007). Audience, authorship, and artifact: the emergent semiotics of Web 2.0. *Annual Review of Applied Linguistics*, 27,1-23.

Wielsch, D. (2010). Governance of massive multiauthor collaboration. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 1 (2),96-108.

World Intellectual Property Organization. (2002). The role of private international law and alternative dispute resolution. **En:** *Intellectual Property on the Internet: a survey of issues* (78-102). WIPO.

Recursos de la Web

Atlassian. (2019, Agosto 4). *Bitbucket*. Recuperado de <https://bitbucket.org/product/>

Ayuda: Espacio de nombres. [En Wikipedia] Recuperado (2019, Octubre 18) en https://es.wikipedia.org/wiki/Ayuda:Espacio_de_nombres

Category: Active. [En Wikiindex]. Recuperado (2019, Octubre 10) en <https://www.wikiindex.org/Category:Active>

Creative Commons. (2019, Octubre 15). *Creative Commons*. Recuperado de <https://creativecommons.org>

Daisie. (2019, Octubre 15). *Children and our services*. Recuperado de <https://www.daisie.com/terms#children-and-our-services>

Daisie. (2019, Octubre 15). *Terms*. Recuperado de <https://www.daisie.com/terms#registration>

Fandom, Inc. (2019). *Explore*. Recuperado de <https://www.wikia.com/explore-es?uselang=es>

Fandom, Inc. (2019). *Licensing*. Recuperado de <https://www.fandom.com/licensing>

Fandom, Inc. (2019). *Terms of use*. Recuperado de <https://www.fandom.com/terms-of-use>

Hitrecord. (2019, Octubre 15). *Terms of service*. Recuperado de https://hitrecord.org/terms_conditions/terms

Hitrecord. (2019, Noviembre 3). *Monetization*. Recuoerado de https://hitrecord.org/terms_conditions/monetization

Joe. (16 julio, 2010). *What is hitRECORD?* Recuperado de <https://hitrecord.org/records/101039>

Ludwig, D. (2006). Shooting the Messenger: ISP Liability for Contributory Copyright Infringement. *Boston College Intellectual Property & Technology Forum*, 19p. Recuperado de <http://bcipf.org/wp-content/uploads/2011/07/26-SHOOTING-THE-MESSENGER.pdf>

Muñoz, M., Riestra, P y Figueroa, C. (2016). *Creative Commons: Compartir es bueno* [Folleto digital]. Santiago de Chile: Editor Vladimir Garay. Recuperado de <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/zine-creative-commons-digital-1.pdf>

Rodriguez-Yong, C. (2011). The doctrines of unconscionability and abusive clauses: a common point between civil and common law legal traditions. *Oxford U Comparative L Forum*. [Artículo en línea]. Recuperado de <https://ouclf.iuscomp.org>

Seng, D. (2010). *Comparative Analysis of National Approaches of the Liability of the Internet Intermediaries - Part I*. WIPO. Recuperado de https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/liability_of_internet_intermediaries.pdf

Star Wars. (10 octubre, 2014). *The Empire Strikes Back Uncut: Full Movie (Official)* [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=GjsFAZWnA00&t=84s>

Stelter, B. (27 agosto, 2010). An Emmy for Rebuilding a Galaxy. *The New York Times*. Recuperado de <https://www.nytimes.com/2010/08/28/arts/television/28uncut.html>

Terms of service; Didn't read. (2019, Noviembre 7). *About*. Recuperado de <https://tosdr.org/about.html>

Términos y condiciones de uso. [En Wikipedia]. Recuperado (2019, Octubre 15) en https://foundation.wikimedia.org/wiki/Terms_of_Use/es

VHX. (2018). *About*. Star Wars Uncut. Recuperado de <http://www.starwarsuncut.com/about>

VHX. *Terms*. Star Wars Uncut. Recuperado de http://www.starwarsuncut.com/terms_of_service

Wikipedia. [En Wikipedia]. Recuperado (2019, Octubre 15) en <https://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia>

Wikipedia: Esta página está protegida. [En Wikipedia]. Recuperado (2019, Octubre 15) en https://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Esta_página_está_protegida

Wikipedia: Tipos de usuarios. [En Wikipedia]. Recuperado (2019, Octubre 18) en https://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Tipos_de_usuarios#Usuarios_anónimos

Jurisprudencia

183 F. Supp. 2d 328; 2002 U.S. Dist. LEXIS 209; 46 U.C.C. Rep. Serv. 2d (Callaghan) 287; 68 U.S.P.Q.2D (BNA) 1832. [en línea] <www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic>

218 F. Supp. 2d 1165; 2002 U.S. Dist. LEXIS 16364. [en línea] <www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic>

306 F.3d 17; 2002 U.S. App. LEXIS 20714; 48 U.C.C. Rep. Serv. 2d (Callaghan) 761. [en línea] <www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic>

487 F. Supp. 2d 593; 2007 U.S. Dist. LEXIS 39516. [en línea] <www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic>

513 F. Supp. 2d 229; 2007 U.S. Dist. LEXIS 22996. [en línea]
<www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic>

544 F. Supp. 2d 473; 2008 U.S. Dist. LEXIS 19715. [en línea]
<www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic>

857 F. Supp. 2d 1135; 2012 U.S. Dist. LEXIS 31076. [en línea]
<www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic>