



Roj: **SAN 5131/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:5131**

Id Cendoj: **28079230012014100422**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/10/2014**

Nº de Recurso: **302/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **FERNANDO DE MATEO MENENDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a diecisiete de octubre de dos mil catorce.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 302/13, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña **Rocío Sampere Meneses**, en nombre y representación de **DON Anselmo**, contra la resolución de 29 de agosto de 2013 de la Directora General de Política e Industrias Culturales y del Libro, dictada por delegación del Presidente de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, sobre salvaguardia de derechos de propiedad intelectual en Internet. Han sido partes **LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**, representada por el Abogado del Estado y **LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DISTRIBUIDORES Y EDITORES DE SOFTWARE DE ENTRETENIMIENTO (ADESE)**, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Blanca Berriatua Horta. La cuantía del recuso quedó fijada en indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Admitido y previos los oportunos trámites procedimentales, se confirió traslado a la parte actora para que, en el término de veinte días formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado el día 17 de enero de 2014 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando que se dictara sentencia estimatoria del recurso anulando el acto impugnado en el presente recurso.

SEGUNDO .- Formalizada la demanda se dio traslado de la misma a las partes demandadas para que la contestaran en el plazo de veinte días, lo que realizaron mediante los pertinentes escritos, alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimaron pertinentes, solicitando la desestimación del recurso, y que se declarara la plena adecuación a derecho del acto administrativo impugnado.

TERCERO .- Contestada la demanda quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo que tuvo lugar el 30 de septiembre del año en curso prolongándose la deliberación hasta el 7 de octubre, fecha en que concluyó.

SIENDO PONENTE el Magistrado Ilmo. Sr. Don FERNANDO DE MATEO MENENDEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El demandante impugna la resolución de 29 de agosto de 2013 de la Directora General de Política e Industrias Culturales y del Libro, dictada por delegación del Presidente de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, sobre salvaguardia de derechos de propiedad intelectual en Internet.

Con fecha 5 de marzo de 2012 se presentó por la Asociación de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento (ADESE) solicitud de iniciación del procedimiento de salvaguarda de derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de los servicios de la información contra el aquí



actor como responsable del servicio de la sociedad de información *www.elitetorrent.net* en relación con los videojuegos "A Christmas Carol" e "Iron Man 2".

Tramitado el procedimiento concluyó con la resolución objeto del presente recurso contencioso-administrativo, en la que en lo que aquí nos atañe se declara lo siguiente: "... a los solos efectos del artículo 158.4 TRLP, a don Anselmo responsable de una vulneración de los derechos de propiedad intelectual sobre la obra "Iron Man 2" (videojuego), disponible en su página de Internet *www.elitetorrent.net* y se le ordena la retirada de los contenidos o inhabilitar el acceso a los mismos por vulnerar derechos de propiedad intelectual objeto del procedimiento, debiendo dar cumplimiento a la misma en el plazo de 24 horas desde su notificación.

En consecuencia, don Anselmo debe retirar o inhabilitar el acceso a la citada obra de su página de Internet *www.elitetorrent.net*, que se ofrece actualmente a través de las siguientes URLs:

-<http://www.elitetorrent.net/torrent/13191/iron-man-2-the-video-game-rfreemulti5spanishxbox360>

-<http://www.elitetorrent.net/torrent/13189/iron-man-2-the-video-game-palmulti5spanishwii>.

Asimismo, debe abstenerse de volver a ofrecer sin autorización las dos obras objeto de este expediente, es decir, "A Christmas Carol" e "Iron Man 2" (videojuegos), en el futuro". El acceso a la obra "A Christmas Carol" en la página específica de *www.elitetorrent.net* ya no era posible a través de instrumentos de acceso y localización facilitados por la citada página web, una vez transcurrido el plazo de 48 horas dado para la retirada del contenido por acuerdo de 22 de mayo de 2013 de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual.

SEGUNDO .- El actor alega, en síntesis, que la web EliteTorrent únicamente enlaza a las obras objeto del expediente, sin que en ningún caso se aloje o difunda desde sus servidores. La página se basa en torrents, esto es, enlaces a archivos que son compartidos por los usuarios de la red BitTorrent, mediante programas de uso general para compartir archivos Utorrent, Vuze, Ares o similares. La actividad que realiza la página web en cuestión es de enlaces, facilita sin duda a los usuarios la localización del archivo, pero quien efectivamente la aloja y difunde a terceros es el usuario o los usuarios que lo tienen en su disco duro y que han decidido compartirlo. Se hace referencia a varias resoluciones en el ámbito penal por las que se archivaron los procedimientos, siendo el denominador común de la argumentación para ello el que un enlace es una mera cadena de caracteres alfanuméricos que indica dónde se halla un contenido pero que no lo reproduce ni comunica públicamente. Se alude al informe realizado por el Consejo General del Poder Judicial sobre el Real Decreto 1.889/2011, en el que se dice en el caso de los prestadores de herramientas de enlaces a páginas web, conforme a la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia menor que ha recaído sobre el tema, que no se les puede atribuir una vulneración de derechos de propiedad intelectual por más que las páginas o contenidos a los que enlacen hayan sido lícitamente subidos a la red en origen.

En relación con la comunicación pública, el actor aduce que cuando se está difundiendo sin autorización de los titulares en una red **P2P** lo que se hace es facilitar el acceso a la obra mediante un puntero de información que facilita la localización, pero no ponerla a disposición. Son los usuarios quienes realizan la puesta a disposición. Se alude a que en el orden civil se sostiene que enlazar no es comunicar públicamente y un enlace es inhábil, por su propia naturaleza, para infringir un derecho de propiedad intelectual. Los Tribunales han diferenciado entre comunicar públicamente y facilitar el acceso a una obra, y se alude a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de julio de 2011.

Se señala que es irrelevante el elemento "conocimiento efectivo" o el concepto mero intermediario del art. 17 de la Ley de Servicios de la Sociedad de Información. Las argumentaciones contenidas en la resolución recurrida sobre dicho precepto, tendrían relevancia en un procedimiento judicial donde lo que se estuviera reclamando al recurrente fuera una determinada responsabilidad civil, por dejar enlaces en su web pese a tener conocimiento efectivo de que dirigen a contenidos que un tercero está difundiendo con infracción de derechos de propiedad intelectual, pero son estériles en un procedimiento administrativo donde lo que se debate no es eso, sino si quien enlaza a obras ofrecidas por terceros es infractor de derechos de propiedad intelectual por realizar actos de comunicación pública lo que no es el caso.

Finalmente, se alude por el actor a la futura reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, en la que en el Anteproyecto de Ley se prevé introducir como novedad en nuestra legislación, la de considerar infractora de derechos de propiedad intelectual la actividad de enlazar obras, así como que esa actividad pueda ser perseguida en un procedimiento administrativo destinado al efecto antes la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual.

TERCERO .- Debemos partir que la Comisión de Propiedad Intelectual es un órgano administrativo colegiado de ámbito nacional, creado al amparo de lo dispuesto en el art. 158 de la Ley de Propiedad Intelectual tras la reforma mediante la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Esta Comisión, que se compone de dos Secciones, tiene asignadas funciones de mediación, arbitraje y salvaguarda de derechos en el ámbito



de la propiedad intelectual. La Sección Primera ostenta la competencia en lo primero, es decir, en materia de mediación y arbitraje. Y la Sección Segunda, cuyas funciones son las que ahora se impugnan, se encarga de la indicada salvaguarda de los derechos en el ámbito de la propiedad intelectual.

En concreto, en lo que aquí nos interesa, el apartado 4 del citado art. 158 establece: *"Corresponde a la Sección Segunda, que actuará conforme a los principios de objetividad y proporcionalidad, el ejercicio de las funciones previstas en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002, para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información."*

La Sección podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulnere los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial.

Antes de proceder a la adopción de estas medidas, el prestador de servicios de la sociedad de la información deberá ser requerido a fin de que en un plazo no superior a las 48 horas pueda proceder a la retirada voluntaria de los contenidos declarados infractores o, en su caso, realice las alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas sobre la autorización de uso o la aplicabilidad de un límite al derecho de Propiedad Intelectual. Transcurrido el plazo anterior, en su caso, se practicará prueba en dos días y se dará traslado a los interesados para conclusiones en plazo máximo de cinco días. La Comisión en el plazo máximo de tres días dictará resolución. La retirada voluntaria de los contenidos pondrá fin al procedimiento. En todo caso, la ejecución de la medida ante el incumplimiento del requerimiento exigirá de la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes.

La Sección, bajo la presidencia del Subsecretario del Ministerio de Cultura o persona en la que éste delegue, se compondrá de un vocal del Ministerio de Cultura, un vocal del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, un vocal del Ministerio de Economía y Hacienda y un vocal del Ministerio de la Presidencia.

Reglamentariamente se determinará el funcionamiento de la Sección y el procedimiento para el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. El procedimiento para el restablecimiento de la legalidad, que se iniciará siempre a instancia del titular de los derechos de propiedad intelectual que se consideran vulnerados o de la persona que tuviera encomendado su ejercicio y en el que serán de aplicación los derechos de defensa previstos en el artículo 135 de la Ley 30/1992, estará basado en los principios de celeridad, proporcionalidad y demás previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La falta de resolución en el plazo reglamentariamente establecido tendrá efectos desestimatorios de la solicitud. Las resoluciones dictadas por la Comisión en este procedimiento ponen fin a la vía administrativa".

El citado precepto se desarrolló por el Real Decreto 1.889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual. Entre las funciones de la Sección Segunda de la Comisión se encuentran la adopción de las medidas para el restablecimiento de la legalidad, que constituyen el eje central de las críticas formuladas ahora, y que son la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual, y la retirada de los contenidos que vulnere los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial.

El procedimiento que se regula tiene como finalidad el restablecimiento de la legalidad, compatible con las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que sean procedentes como se señala en el art. 158.4 de la Ley de Propiedad Intelectual. Como se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2013 -recurso nº. 185/2012-, que tenía por objeto la impugnación del Real Decreto 1.889/2011, de 30 de diciembre, no estamos *"ante una regulación propia del derecho sancionador, sino únicamente ante el restablecimiento de la legalidad en internet frente a los embates contra la propiedad intelectual. No se trata, por tanto, del ejercicio del "ius puniendi" del Estado, sino de reponer las cosas a su situación legal, cuando dicha legalidad ha sido conculcada por los responsables de los servicios de la sociedad de la información. De modo que si no se trata de una regulación de carácter sancionador mal puede exigirse, en consecuencia, la observancia de los principios y garantías del Título IX de la Ley 30/1992"*.

CUARTO. - Una vez delimitada sucintamente la naturaleza del procedimiento que nos ocupa, comenzaremos por la cuestión que se hace referencia en la demanda en relación con que la actividad de Elitotorrente ya ha sido analizada por los juzgados penales que dictaminaron que la actividad de dicha página de internet no es la



de comunicar públicamente obras intelectuales sino únicamente alojar enlaces, por lo que parece con dichas alegaciones que se está haciendo referencia a la existencia de cosa juzgada. Se alude al Auto de 13 de julio de 2009 del Juzgado de Instrucción nº. 2 de Moguer, por el que se archivaron las actuaciones seguidas contra el administrador de Elitetorrent.net, confirmado en reposición por el Auto de 15 de octubre de 2009 y en apelación por el Auto de 1 de septiembre de 2010 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Huelva.

En relación con la cosa juzgada el Tribunal Supremo en la Sentencia de 26 de septiembre de 2011 declara que: <<... debe recordarse que el principio o eficacia de cosa juzgada material, se produce, según la jurisprudencia de esta Sala, cuando la cuestión o asunto suscitado en un proceso ha sido definitivamente enjuiciado y resuelto en otro anterior por la resolución judicial en él recaída. Tal manifestación de la cosa juzgada, que consagra el artículo 222 de la LEC/2000, atiende de manera especial a la seguridad jurídica, evitando que la discusión jurídica se prolongue indefinidamente mediante la iniciación de nuevos procesos sobre lo que ha sido ya definido o determinado por la Jurisdicción, y, al mismo tiempo, que se produzcan resoluciones o sentencias contradictorias. La cosa juzgada material produce una doble vinculación: de una parte, negativa o excluyente, obligando al órgano judicial a declarar inadmisibile el proceso cuando advierte que el objeto de éste coincide o es jurídicamente idéntico a lo resuelto en sentencia firme en un proceso anterior; y, de otra, positiva o prejudicial, por la que, si el segundo proceso es sólo parcialmente idéntico a lo decidido en el primero, la decisión de aquél no podrá, sin embargo, contradecir lo definitivamente resuelto en éste. Dicho en otros términos, el órgano judicial del proceso posterior, en el caso de que formen parte de su "thema decidendi" cuestiones ya decididas en sentencia firme anterior deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola como punto de partida>>.

En el caso que nos ocupa, conforme a lo expuesto no cabe apreciar la existencia de cosa juzgada, pues en primer lugar el procedimiento penal se refería a la página de internet www.etmusica.com, sin que se derive lo contrario de las resoluciones judiciales aportadas por la parte actora. En segundo lugar, porque se trata de una sobreseimiento provisional de las actuaciones, y en tercer lugar porque conforme al art. 158 de la Ley de Propiedad Intelectual el procedimiento previsto en el apartado cuarto se aplica sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes.

Por tanto, procede desestimar este primer motivo de impugnación.

QUINTO .- Se aduce por la parte actora la inexistencia de infracción en la conducta de facilitar la localización de los contenidos de enlaces. Se señala que cuando se está difundiendo sin autorización de los titulares en una red **P2P** lo que se hace es facilitar el acceso a la obra mediante un puntero de información que facilita la localización, pero no ponerla a disposición. Son los usuarios quienes realizan la puesta a disposición. Se alude a que en el orden civil se sostiene que enlazar no es comunicar públicamente y un enlace es inhábil, por su propia naturaleza, para infringir un derecho de propiedad intelectual. Los Tribunales han diferenciado entre comunicar públicamente y facilitar el acceso a una obra, y se invoca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de julio de 2011. También se hace referencia a varias sentencias en materia penal en las que se considera que el enlace no supone la comunicación pública de lo enlazado y, por tanto, la infracción de los derechos sobre la obra.

Para determinar si la parte actora es un servicio de intermediación tenemos que definir qué se entiende como tal y para ello debemos acudir al Anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que lo define como "servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información". Se añade que "son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet".

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Asunto C-324/09, se dice: "112. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha precisado que, para que el prestador de un servicio en Internet quede comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 14 de la Directiva 2000/31, es esencial que sea un "prestador intermediario" en el sentido que el legislador ha querido dar a esta expresión en la sección 4 del capítulo II de esta Directiva (véase la sentencia Google France y Google, antes citada, apartado 112).

113. No es este el caso cuando el prestador del servicio, en lugar de limitarse a una prestación neutra de dicho servicio mediante un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por sus clientes, desempeña un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de tales datos (sentencia Google France y Google, antes citada, apartados 114 y 120).



114. Del expediente y de la descripción contenida en los anteriores apartados 28 a 31 se desprende que eBay realiza un tratamiento de los datos introducidos por sus clientes vendedores. Las ventas a las que pueden dar lugar estas ofertas se ajustan a las condiciones establecidas por eBay. En su caso, eBay también presta asistencia para optimizar o promover determinadas ofertas de venta.

115. Como observó acertadamente el Gobierno del Reino Unido, el mero hecho de que el operador de un mercado electrónico almacene en su servidor ofertas de venta, determine las condiciones de su servicio, sea remunerado por el mismo y dé información general a sus clientes no puede implicar que se le excluya de las exenciones de responsabilidad previstas por la Directiva 2000/31 (véase, por analogía, la sentencia Google France y Google, antes citada, apartado 116).

116. Cuando, por el contrario, este operador presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas, cabe considerar que no ha ocupado una posición neutra entre el cliente vendedor correspondiente y los potenciales compradores, sino que ha desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas. De este modo y por lo que se refiere a esos datos, tal operador no puede acogerse a la excepción en materia de responsabilidad prevista por el artículo 14 de la Directiva 2000/31 " .

Es decir, conforme a lo expuesto, tenemos que analizar si el responsable de la página web en cuestión realiza un rol puramente técnico y automático, o, como dice el actor, facilitar el acceso a la obra mediante un puntero de información que facilita la localización, o, por el contrario, desempeña un papel activo.

Consta en las actuaciones previas de comprobación (folios 72 y 73 del expediente), lo siguiente en relación con la página web en cuestión: " Se aprecia en dichas páginas específicas dedicadas a las obras de referencia (videojuegos), una labor de selección, indexación y conocimiento específico de los contenidos protegidos a los que se enlaza. En primer lugar, se ofrece al potencial usuario una sinopsis de la obra acompañada de una imagen de la misma. En segundo lugar, el instructor ha podido comprobar..., que en las páginas específicas dedicadas a las obras existe una labor de indexación al ofrecer información sobre la descarga de cada obra ("fecha", "categoría", "popularidad", "envía", "tamaño", "semilla", "cliente" y "actualización"). En segundo lugar, el instructor comprueba que el programa "uTorrent" no permite por sí mismo la localización de las obras objeto de la solicitud de forma autónoma, siendo necesaria la descarga previa del fichero "torrent" disponible en la página web www.elitetorrente.net, y constituyendo, por tanto, un medio técnico específico necesario para el acceso a las respectivas obras.

Asimismo queda reflejado... el proceso de registro de los usuarios y la ausencia de posibilidades de "colaboración" de los mismos en el dominio www.elitetorrente.net en las tareas de puesta a disposición de los instrumentos de acceso y localización específicos y en las tareas de creación de páginas específicas dedicadas a las obras, deduciéndose, por tanto, que los instrumentos de acceso y localización específicos ofrecidos son facilitados por los responsables de la propia página www.elitetorrente.net .

Los videojuegos objeto de este expediente son distribuidos de manera comercial, con mención expresa a la reserva de derechos. Por tanto, no existe duda alguna sobre la necesidad de disponer de las oportunas licencias para su explotación económica en cualesquiera forma o modo. Estas consideraciones son conocidas por cualquier agente del mercado que opere con obras protegidas, como son los videojuegos objeto de este expediente, por lo que este conocimiento debe ser presupuesto a los responsables del servicio www.elitetorrente.net . página que se dedica principalmente a ofrecer el acceso y localización de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual" .

Es decir, el responsable de la página web cuestionada tiene un rol activo que implica crear o, al menos, controlar la creación de las páginas especificadas dedicadas a cada obra, y una actividad de selección, ordenación e indexación de los instrumentos de acceso y localización específicos que facilitan el acceso a las obras. Lo que hace el actor en su página de internet es elaborar un directorio específico destinado a facilitar las descargas de los videojuegos objeto del presente procedimiento accesibles en redes **P2P**.

SEXTO .- El recurrente critica la alusión que se hace en la resolución impugnada al art. 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio , pues un enlace es inocuo desde el punto de vista de las infracciones de derechos de propiedad intelectual, por lo que carece de pertinencia el debate de verificar si se cumplen o no los requisitos que recoge el citado precepto, que regula en qué casos los prestadores de servicios de enlaces tiene obligación de responder civilmente por las infracciones de un tercero cuando no actúan con la diligencia debida para evitarlas.

El art. 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio , establece: "1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de



búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

- a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
- b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos".

Es decir, la alusión al citado precepto en la resolución recurrida es que el servicio desarrollado en la página de internet del actor no se subsume bajo el concepto de mero intermediario de enlace de contenidos de responsabilidad de terceros, y, por ello, se dice que no se encuentra aquella dentro de la exención del reseñado precepto. Ello por supuesto, y nada se dice al respecto en la resolución recurrida en relación con la responsabilidad civil dimanante de las infracciones de la Ley de Propiedad Intelectual, que la citada responsabilidad civil queda fuera del objeto del procedimiento recogido en el art. 158.4 de dicha Ley y desarrollado por el Real Decreto 1.889/2011, de 30 de diciembre, que, como hemos señalado anteriormente, tiene como finalidad el restablecimiento de la legalidad, compatible con las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas.

SÉPTIMO .- Una vez determinada la naturaleza de la actividad que se realiza por el actor en su página de internet *www.elitetorrent.net*, pasamos a analizar las infracciones de la propiedad Intelectual que se le imputan recogidas en los arts. 17 y 20.2.i) de la Ley de Propiedad Intelectual.

El art. 17 de la indicada norma establece: "Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente ley".

En el caso que nos ocupa, ha quedado acreditado que la página de internet *www.elitetorrent.net* explota económicamente la obras en cuestión mediante su página específica dedicada a las mismas en la que se ofrecen diversos soportes publicitarios, y que ofrece instrumentos de acceso y localización de las obras a todos los usuarios de la citada página de internet. Por otra parte, el demandante no ha alegado nada al respecto en relación con dicha infracción.

La segunda infracción que se imputa al actor es la recogida en el art. 20.2 de la Ley de Propiedad Intelectual que dispone que especialmente son actos de comunicación pública: "i) la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija".

Parte la resolución recurrida de que conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea debe darse una interpretación amplia al concepto de comunicación pública, de acuerdo con los considerandos 23 y 24 de la Directiva 2011/29/CE. El elemento esencial en la citada definición es que el acto en cuestión permita a una pluralidad de personas, a una audiencia concreta, tener acceso a la obra en cuestión.

Se considera en la resolución impugnada que dicho requisito se cumple pues se ofrece el acceso a la obra mediante una serie de instrumentos de acceso y localización de la obra en cuestión, situados en el contexto de una página específica dedicada a la misma y que facilita el acceso a una obra protegida ofrecida ilícitamente de manera notoria.

El demandante aduce que hay resoluciones judiciales habidas en asuntos idénticos en que se señalan que la comunicación pública es inexistente en la actividad de enlazar, ya que no es igual comunicar públicamente que señalar donde se comunica. Se invocan al respecto varias resoluciones judiciales en materia penal y una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de julio de 2011.

Así las cosas hay que hacer referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014, nº. C-466/12 (caso Svensson), invocada por las partes demandadas. Dicha Sentencia trata



un caso de enlaces de artículos de prensa difundidos a través de una página web por sus titulares. El Tribunal considera que uno de los requisitos del acto de comunicación pública es que se cree un nuevo público, y ello no se produce cuando el titular de los derechos ya ha ofrecido ese acceso potencial mediante la inserción voluntaria de su obra en la web. Cosa que no acontece en el supuesto que nos ocupa, en el que el titular de los derechos exclusivos no ha ofrecido previamente la obra al público en la web.

Se dice en la indicada Sentencia lo siguiente: <<14. Mediante sus tres primeras cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente solicita, en esencia, que se dilucide si el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que constituye un acto de comunicación al público, a efectos de dicha disposición, la presentación en una página de Internet de enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas disponibles en otra página de Internet, siendo así que en esa otra página pueden consultarse libremente dichas obras.

15. A este respecto, del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 se deriva que todo acto de comunicación al público de una obra debe ser autorizado por el titular de los derechos de autor.

16. De este modo, de dicha disposición resulta que el concepto de comunicación al público asocia dos elementos acumulativos: un "acto de comunicación" de una obra y la comunicación de ésta a un "público" (véase, en ese sentido, la sentencia de 7 de marzo de 2013, ITV Broadcasting y otros, C-607/11, apartados 21 y 31).

17. Por lo que se refiere al primero de estos elementos, es decir, la existencia de un "acto de comunicación", debe señalarse que este concepto debe interpretarse de modo amplio (véase, en ese sentido, la sentencia de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros, C-403/08 y C-429/08, Rec. p. I-9083, apartado 193), con el fin de garantizar, como establecen los considerandos 4 y 9 de la Directiva 2001/29, un elevado grado de protección de los titulares de derechos de autor.

18. En el presente asunto debe señalarse que el hecho de facilitar en una página de Internet enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas publicadas sin ninguna restricción de acceso en otra página de Internet ofrece a los usuarios de la primera página un acceso directo a dichas obras.

19. Pues bien, como se deriva del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, para que exista un "acto de comunicación" basta con que la obra se ponga a disposición de un público de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella, sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esa posibilidad (véase, por analogía, la sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE, C-306/05, Rec. p. I-11519, apartado 43).

20. De lo anterior se deduce que, en circunstancias como las del litigio principal, el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas debe calificarse de "puesta a disposición" y, en consecuencia, de "acto de comunicación" en el sentido de la referida disposición.

21. Por lo que se refiere al segundo de los elementos antes mencionados, es decir, que la obra protegida debe ser comunicada efectivamente a un "público", a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, el término público se refiere a un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica, por lo demás, un número considerable de personas (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, SGAE, apartados 37 y 38, y ITV Broadcasting, apartado 32).

22. Pues bien, un acto de comunicación como el realizado por el gestor de una página de Internet mediante enlaces sobre los que se puede pulsar se dirige al conjunto de usuarios potenciales de la página que dicha persona gestiona, es decir, a un número indeterminado y considerable de destinatarios.

23. En estas circunstancias, debe considerarse que dicho gestor realiza una comunicación a un público.

24. Aclarado este punto, tal como se deriva de reiterada jurisprudencia, para poder ser incluida en el concepto de "comunicación al público", en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, también es necesario que una comunicación como la controvertida en el litigio principal -que se refiere a las mismas obras que la comunicación inicial y que ha sido realizada a través de Internet como la comunicación inicial, es decir, con la misma técnica,- se dirija a un público nuevo, a saber, un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público (véanse, por analogía, la sentencia SGAE, antes citada, apartados 40 y 42; el auto de 18 de marzo de 2010, Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgou Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon, C-136/09, apartado 38, y la sentencia ITV Broadcasting y otros, antes citada, apartado 39)".

Es decir, conforme a dicha Sentencia la provisión de enlaces que conducen a contenidos protegidos constituye un acto de comunicación y que dicho acto de comunicación es al público cuando se dirija a un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público.



Dichos criterios contenidos en la referida Sentencia es aplicable al supuesto que nos ocupa, pues el responsable de *www.elitetorrent.net* tenía un control de los instrumentos específicos de localización de contenidos facilitados en su página web, incluidos Torrents, que permiten el acceso a las obras cuestionadas, mediante la utilización de programas como uTorrent, con lo que se producía un acto de comunicación. Por otro lado, el público al que se dirigía dicha comunicación no estaba comprendido en la comunicación inicial al público autorizado por los titulares de derechos, pues no habían autorizado la explotación libre de restricciones en internet de su obra.

La conclusión citada no queda rebatida por la existencia de resoluciones judiciales en materia penal invocadas por el actor que consideran la no conculcación del art. 270 del Código Penal en casos de web de enlaces a redes **P2P**, pues no hay que olvidar que nos encontramos ante la jurisdicción penal en que los requisitos del ilícito penal son diferentes al procedimiento que nos ocupa. Procedimiento, que ni siquiera tiene carácter sancionador, como hemos apuntado, cuya finalidad es el restablecimiento de la legalidad en internet frente a violaciones de la propiedad intelectual. Por otro lado, hay resoluciones judiciales que opinan lo contrario, como las Sentencias del Juzgado de lo Penal nº. 3 de Valencia de 24 de junio de 2013 y del Juzgado de lo Penal nº. 4 de Castellón de 30 de octubre de 2013, o las apuntadas en el escrito de contestación de la parte co-demandada, ADESE, como el Auto de 2 de mayo de 2014 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya. A ello tenemos que añadir que conforme al art. 158.4 de la Ley de Propiedad Intelectual el procedimiento que regula se entiende sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, fuesen procedentes. Por otro lado, tampoco nos vincula lo declarado en algunas Sentencias en materia civil, como en la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de julio de 2011 invocada por el actor, máxime teniendo en cuenta la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014, nº. C-466/12.

Y mucho menos nos vincula un extracto recogido en la demanda de un informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial sobre un proyecto normativo como era el proyecto del Real Decreto 1.889/2011, de 30 de diciembre.

OCTAVO .- Finalmente, se alude por el actor a la futura reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, en el que en el Anteproyecto de Ley se prevé introducir como novedad en nuestra legislación la de considerar infractora de derechos de propiedad intelectual la actividad de enlazar obras, así como que esa actividad pueda ser perseguida en un procedimiento administrativo destinado al efecto antes la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual.

La modificación a la Ley de Propiedad Intelectual actualmente se encuentra pendiente de la aprobación definitiva por el Congreso de los Diputados. En el citado Proyecto se adiciona un nuevo art. 158 ter que en su apartado 2 establece: *"El procedimiento de restablecimiento de la legalidad se dirigirá contra: A) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual, atendiendo la Sección Segunda para acordar o no el inicio del procedimiento a su nivel de audiencia en España, y al número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas a las que es posible acceder a través del servicio o a su modelo de negocio.*

B) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual de la forma referida en el párrafo anterior, facilitando la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica. En particular, se incluirá a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios de servicio".

Conforme expuesto, con la modificación que se va a producir en la Ley de Propiedad Intelectual, se viene a especificar más detalladamente la actividad que lleva a cabo el actor en su página de internet, pero ello no significa que la misma no se encuentre dentro del vigente art. 158.4 de la Ley de Propiedad Intelectual, como hemos analizado a lo largo de la presente Sentencia, que hace referencia a que se *" podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial".*

En consecuencia, en virtud de lo expuesto, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo.

NOVENO .- A tenor del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción procede imponer las costas procesales a la parte actora.

VISTOS los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación.



FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de **DON Anselmo** , contra la resolución de 29 de agosto de 2013 de la Directora General de Política e Industrias Culturales y del Libro, dictada por delegación del Presidente de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, sobre salvaguardia de derechos de propiedad intelectual en Internet, declaramos la citada resolución conforme a derecho; con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.

Hágase saber a las partes que contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la misma, a preparar ante esta Sala.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a

LA SECRETARIA JUDICIAL

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ