



Roj: **STS 2105/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2105**

Id Cendoj: **28079130032019100183**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **27/06/2019**

Nº de Recurso: **3115/2016**

Nº de Resolución: **923/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2647/2016,**
STS 2105/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 923/2019

Fecha de sentencia: 27/06/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3115/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/06/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: AVJ

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3115/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 923/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 27 de junio de 2019.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 3115/2016, interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Rocío Sampere Meneses en nombre y representación de la PC Irudia S.L., bajo la dirección letrada de don David Bravo Bueno contra sentencia de fecha 14 de junio de 2016 dictada en el recurso contencioso-administrativo 178/2014 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Siendo partes recurridas, la procuradora de los tribunales doña M^a. Isabel Torres Ruiz en nombre y representación de la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI), bajo la dirección letrada de don Fernando Llaquet Ballarin y la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La procuradora de los Tribunales D.^a Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de la mercantil "PC Irudia, S.L." interpone recurso de casación contra la sentencia de 14 de junio de 2016, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (n.º 178/2014), que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha entidad mercantil contra la resolución de 22 de enero de 2014, dictada por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, sobre salvaguardia del derecho de propiedad intelectual en Internet.

SEGUNDO. La Asociación de Gestión de Derechos intelectuales se opuso a la admisión del recurso interpuesto por su carencia de fundamento que fue rechazada, admitiéndose el recurso, por Auto de 15 de marzo de 2017.

TERCERO. La parte recurrente formalizó la interposición de su recurso de casación en base a los siguientes motivos:

1º El primer motivo, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, invoca la infracción de los artículos 13 y 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI) en lo relativo a la responsabilidad por la infracción de derechos de propiedad intelectual, según lo regulado en los artículos 17, 18, 20, 138 y 139 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Considera que el núcleo esencial de esta controversia se centra en determinar si la empresa recurrente es intermediaria de la sociedad de la información, y en su virtud, el servicio que ofrece a través de la web goear.com es un servicio de la sociedad de la información o si, por el contrario, dicha mercantil no es intermediaria, sino que realiza un papel activo que excede de la condición de mero intermediario.

La sentencia impugnada considera que dicha entidad es plenamente responsable de los actos de los usuarios que suben contenido a la web y no le son aplicables las disposiciones de exoneración de responsabilidad contenidas en la legislación sobre intermediarios de la información.

Argumenta que la Directiva sobre el comercio electrónico establece en su artículo 14 que cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no puede ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario siempre que se dé alternativamente uno de los dos requisitos: i) no tenga conocimiento efectivo de que tales datos son ilícitos o ii) en el supuesto de tener conocimiento efectivo no los retire presto o imposibilite el acceso a los mismos.

La sentencia recurrida considera, sin fundamento legal alguno, que un servicio de alojamiento de datos del artículo 14 de la Directiva de comercio electrónico y del artículo 16 de la Ley 34/2002 no puede ofrecerlos por "streaming" ni proceder a su catalogación y si lo hace tal servicio no se le puede considerar un mero prestador de servicios y no se le pueden aplicar las disposiciones legales sobre la exoneración de responsabilidad. Sin embargo, estas labores son las que, por definición, realiza todo prestador de servicios de alojamiento de datos.



Y, por otra parte, la sentencia considera que, al cumplir un papel activo y decisivo, en lo que se refiere a la determinación y tipo de contenidos, no se le puede considerar como un mero prestador intermediario. En ningún lugar de la ley se impide que un alojador realice esta función. Es más, estas labores son las funciones propias de la tecnología en sí misma considerada sin necesidad de que opere persona alguna.

A su juicio, no puede acogerse la argumentación restrictiva de la Audiencia Nacional puesto que elimina de las funciones de un alojador de datos precisamente lo más básico de su función, que es la de poner los datos a disposición del usuario, de una manera estructurada, usando una plantilla y estableciendo un sistema de búsqueda.

Y, en todo caso, la interpretación sobre cuáles son los límites de la definición legal de un intermediario de la sociedad de la información, un prestador del servicio de alojamiento de datos, y si tal definición puede ser interpretada restrictivamente de la manera que lo hace la sentencia recurrida, debería dejarse en manos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sería el TJUE el que debería interpretar la Directiva para establecer si es posible incluir entre las labores de intermediación de un alojador de datos la puesta a disposición de los contenidos mediante una tecnología específica ("streaming") o no permita al intermediario la determinación y tipo de contenidos o la mejora y presentación de los mismos, so pena de no ser considerado intermediario.

Por otra parte, la sentencia recurrida impone al intermediario obligaciones de hace que sean incompatibles con las Directivas europeas y la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 24 de noviembre de 2011 caso Scarlet Extended párrafos 19, y 36 a 39; STJUE de 16 de febrero de 2012, caso Netlog NV , apartados 18, 19, 22, 23, 51 y 52) en concreto, al imponerle la obligación de supervisión y control ex ante de los contenidos subidos por los usuarios del servicio, lo que contradice el art. 16 de la LSII y art. 15 de la Directiva 2000/31/CE .

Por ello, considera que la entidad recurrente debe ser considerada intermediario de la sociedad de la información en su modalidad de alojador de datos, sin que se le pueda exigir una obligación no contemplada en la ley, ni tampoco el establecimiento de medidas ex ante de control de contenidos que sean contrarias a las disposiciones de la Directiva de comercio electrónico. Y en caso de que se dude sobre la posibilidad de aplicar un concepto restringido de prestador de servicios de la sociedad de la información en su modalidad de alojamiento de datos se plante cuestión prejudicial ante el TJUE

2º El segundo motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 340.2 y 348 de la LEC .

Considera que la sentencia de instancia ha realizado una valoración arbitraria de la prueba. En concreto al apoyarse en una prueba de un permiso que no es experto en la materia y al que se le ha cedido el ejercicio de la definición de lo que se entiende por intermediario que debería haber quedado reservada al órgano judicial. El Tribunal ha apreciado como relevantes características que son totalmente irrelevantes y que el único requisito en el que debería haberse fijado es si la web almacenaba datos, y si tenía conocimiento efectivo de que tales datos infringían la propiedad intelectual de tercero y los retiraba de inmediato tras tener conocimiento de la ilicitud, el resto de la información aportada en la pericial sobra.

CUARTO . El representante legal de la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (en adelante AGEDI) se opone al recurso de casación.

1º Dicha Asociación coincide con la recurrente en que el núcleo esencial del objeto del recurso consiste en dilucidar cuál es la verdadera naturaleza jurídica del servicio prestado por "PC IRUDIA" a través de GOEAR. Esto es, si como alega la recurrente, se trata de una mera prestación de servicios de intermediación que facilitan a sus usuarios el alojamiento de datos, o bien, como sostiene ella, visto su papel activo y decisivo en la determinación, presentación y mejora de los contenidos, el prestador del servicio realiza una actividad propia que va más allá de la mera prestación de servicios de alojamiento de datos, por lo que su responsabilidad no queda circunscrita a lo establecido en el artículo 16 de la LSSI , sino que dicha actividad propia está sujeta a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico, tal como expresamente prevé el artículo 13 LSSI .

La recurrente confunde continua e intencionadamente en su escrito de interposición del recurso la condición de prestador de servicios de la sociedad de la información, en general, con la de prestador de servicios de intermediación, en particular. Sólo a estos últimos les es aplicable el régimen de exclusión de responsabilidad recogido en los artículos 14 y siguientes de la LSSI . El hecho que un determinado prestador de servicios no deba ser considerado como mero prestador de servicios de intermediación, por cuanto a la vista de sus características y circunstancias el servicio que presta va más allá de la mera intermediación para facilitar la prestación de un servicio por un tercero, sino que se constituye en un auténtico servicio propio -como ocurre en el caso de GOEAR-, no significa que deja de ser prestador de servicios de la sociedad de la información, sino



simplemente que su actividad está sujeta al régimen general de responsabilidad, y no al régimen específico previsto en la LSSI para los prestadores de servicios de intermediación.

La recurrente se limita a defender que ese "hacer algo más" que una simple labor de intermediación, o el hecho de "jugar un papel activo y decisivo en lo que se refiere a la determinación y tipo de contenidos y a la mejora y presentación de los mismos" no es razón suficiente para excluir la aplicación del régimen de exoneración propio de los meros intermediarios. La cuestión no es si en alguna ley se impide que un alojador de datos realice tales funciones o servicios adicionales, como interesadamente se alega de contrario -pues, evidentemente, nada lo impide-, sino que en el caso que lo haga pasará a tener una responsabilidad directa por la prestación de un servicio propio, que ya no es de mera intermediación.

La demanda se pregunta que si GOEAR no es un servicio de intermediación consistente en el alojamiento de datos de terceros ¿Qué es?.. La respuesta resulta, a su juicio, obvia: se trata de un servicio de la sociedad de la información consistente en un portal musical que permite escuchar toda clase de música comercial bajo demanda, y mediante el que su titular obtiene ingresos derivados de diversas fuentes.

Según el argumento de la parte recurrente todo servicio de la sociedad de la información equivale a servicio de intermediación, cuando, en realidad, estos últimos son solo una pequeña parte del conjunto de los servicios ofrecidos a través de Internet, y que son aquellos que únicamente tienen por objeto, según recoge la propia LSSI, facilitar la prestación o utilización del resto de servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información equivale a servicio de intermediación. Cuando se limita a prestar un servicio de intermediación se le aplica un régimen de responsabilidad específico, pero cuando el servicio que se presta va más allá de la mera intermediación ya no se facilita la prestación o utilización del servicio de un tercero, sino que realiza un acto propio del que resulta plenamente responsable.

En el caso que nos ocupa, por mucho que los contenidos musicales que se ofrecen a través de GOEAR supuestamente los hubieran subido los propios usuarios del servicio, ello no excluye que, visto el papel activo desarrollado por el titular del servicio en la puesta a disposición de tales contenidos, la Sala de instancia ha alcanzado la conclusión que no se trata de un mero intermediario que presta un servicio de alojamiento de datos -en cuyo caso, su responsabilidad sí vendría delimitada por lo dispuesto en el art. 16 LSSI -, sino de la prestación de un servicio propio de la sociedad de la información, que implica la realización de actos de puesta a disposición de contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual, sin la necesaria autorización de sus respectivos titulares -y por tanto, constitutivos de infracción de tales derechos exclusivos, de la que PC IRUDIA es responsable, como prestador del servicio, sobre la base del art. 13 LSSI -.

El TJUE, en la sentencia de 12 de julio de 2011 (asunto C-324/09) ya determinó cuando cuándo un prestador de servicios de intermediación realmente desarrolla dicho papel de mero intermediario, o, por el contrario, pasa a asumir un contenido o servicio como propio. En dicha sentencia se afirma que:

"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 ".

También en la STJUE de 13 de febrero de 2014 (asunto C-466/12) se otorga una especial relevancia al hecho de que un proveedor de contenidos juegue un papel decisivo respecto de la puesta a disposición de los mismos para considerarlo como un servicio propio.

Y la sentencia del TJUE de 26 de abril de 2017 (asunto C-527/15 , párrafos 31, 41 y 42) destaca como elemento determinante de la responsabilidad de un prestador de servicios de la sociedad de la información el hecho de apreciar que su intervención resulta indispensable para que se materialice la infracción, sin la cual no sería posible el acceso al contenido por parte del usuario.

Especialmente relevante a estos efectos la STJUE de 14 de junio de 2017 (asunto C-610/15 apartados 36 a 38 y 48) en relación con lo que se considera una conducta activa por un prestador de servicios que impide se le aplique el régimen de exclusión de responsabilidad previsto en la LSSI.

Por otra parte, la jurisprudencia del TJUE sobre la prohibición de imponer una obligación de supervisión y control previo de contenidos por parte del prestador de servicios de alojamiento tan solo resulta aplicable cuando de un mero prestador de servicios de intermediación se trata. El hecho de atribuir a PC- IRUDIA un papel activo y decisivo en la puesta a disposición de los contenidos, y, por tanto, que su actividad no se corresponde con una mera intermediación conlleva que su responsabilidad por las infracciones cometidas al realizar tal actividad no puede ampararse en un supuesto desconocimiento de la ilicitud de los contenidos ofrecidos a través de GOEAR, puesto que es el propio titular de este servicio quien realiza el acto de puesta a disposición.

La jurisprudencia comunitaria ha sido muy clara a la hora de interpretar la Directiva 2001/29 respecto al alcance de la responsabilidad de este tipo de prestadores de servicios de la sociedad de la información: un alojador de contenidos de terceros asumirá, al amparo de lo dispuesto en el art. 13 LSSI , una responsabilidad directa por la prestación de un servicio propio que no se limite a una mera intermediación, en tanto desempeñe un papel activo en la puesta a disposición de los contenidos, incluyendo su determinación, mejora y presentación, y facilitando a los usuarios un acceso que de otro modo no sería posible, o al menos les resultaría muy difícil.

Por ello, la cuestión ha determinar será si la actividad realizada por PC IRUDIA a través de GOEAR desempeña un papel activo en la determinación, mejora y presentación de los contenidos que se ofrecen a los usuarios o si, por el contrario, se trata de una actividad pasiva y meramente técnica. La determinación de este extremo es una cuestión de hecho que ha sido resuelta por la Sala de instancia cuya valoración no puede revisarse en casación.

2º Por lo que respecta al segundo motivo del recurso de casación, considera que la recurrente pretende una revisión de cuestiones de hecho fijadas por la sentencia de instancia. La recurrente centra toda su argumentación en una supuesta e injustificada falta de competencia profesional del perito para pronunciarse sobre la materia que versa su informe. Por el contrario, durante la instancia quedó acreditado la experiencia del perito en la valoración de servicios *on line* de oferta música, sus características y funcionalidades que son los aspectos sobre los que la parte solicitó se elaborase el informe.

No solo no procede la revisión de la valoración del material probatorio, sino que además no cabe apreciar la infracción denunciada en los artículos 340.1 y 348 de la LEC .

QUINTO . El Abogado del Estado se opone al recurso.

Considera que la sentencia recurrida sigue la doctrina de la STJUE de 12 de julio de 2011 (asunto C-324/2009) al apreciar que dicha entidad facilita la posibilidad de escuchar el contenido de los fonogramas que pone a su disposición. Considera también que la parte recurrente tenía pleno conocimiento sobre la ilicitud de la actividad ya que con carácter previo se había declarado el carácter ilícito de dicha actuación, en una anterior resolución de la Comisión de Propiedad Intelectual, conformada por sentencia firme de la Audiencia Nacional de 17 de noviembre de 2014 (rec. 54/2013).

El segundo motivo cuestiona la valoración de prueba por considerar que el perito no está cualificado y decide sobre cuestiones jurídicas. La crítica a la valoración de la prueba adolece de vaguedad y generalidad. Es reiterada la jurisprudencia que señala que la valoración de la prueba corresponde a la instancia, salvo que sea irracional arbitraria. Y, en el presente caso, la sentencia de instancia lleva a cabo una concreta valoración de la prueba al remitirse a una sentencia anterior que partía de idénticas circunstancias en la cual se analizaba desde un punto de vista técnico a naturaleza de los servicios prestados por la demandante, para lo cual tomaba en consideración múltiples elementos probatorios y la falta de consistencia de las objeciones efectuadas al perito de la codemandada.



SEXTO. Evacuado dicho trámite, se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo el día 18 de junio de 2019, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . La mercantil PC Irudia, S.L interpone recurso de casación contra la sentencia de 14 de junio de 2016, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (n.º 178/2014), que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha entidad mercantil contra la resolución de 22 de enero de 2014, dictada por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, que declaró la vulneración del derecho de propiedad intelectual por parte de PC Irudia, S.L, a través de www.goear.com (Goear) en relación con las obras identificadas en documento adjunto, titularidad de los socios de la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales y ordenó la retirada de dichos contenidos y la prohibición de volver a ofrecer, sin autorización, de dichas obras en el futuro.

El recurso se funda en dos motivos:

1º El primero denuncia la infracción de los artículos 13 y 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de información y de comercio electrónico (LSSI) en relación con la responsabilidad por la infracción de los derechos de la propiedad intelectual. Y lo hace desde una doble perspectiva:

a) por un lado, por entender que no se le puede excluir del régimen de exención de responsabilidad previsto para los intermediarios de la información (art. 14 de la Directiva 2000/31/CE y art. 16 de la Ley 34/2002) al tratarse de una empresa dedicada al alojamiento o almacenamiento de datos subidos por los usuarios, sin perder esta condición por el hecho de prestar un servicio por "streaming" y proceder a la catalogación de las obras musicales que suben los usuarios.

La sentencia impugnada entiende que el servicio prestado no tiene la consideración de mero "intermediario", al jugar un papel activo y decisivo en la determinación y tipo de contenidos y la mejora y presentación de los mismos. El recurrente entiende, sin embargo, que en ningún lugar de la ley se impide que el alojador de datos realice esa función, al tratarse de funciones propias de la tecnología sin necesidad de intervención de persona alguna. De hecho, la función del alojador de datos es la poner a disposición del usuario los datos de una manera estructurada usando una plantilla y estableciendo sistemas de búsqueda. Por ello, entiende que la sentencia restringe indebidamente el concepto de intermediario de la sociedad de la información.

b) por otra parte, y partiendo de su condición de intermediario de la sociedad de la información, cuestiona el que se le puedan imponer obligaciones de hacer que considera incompatibles con la Directiva europea y la jurisprudencia, en concreto con la prohibición de imponer una obligación de supervisión y control ex ante de los contenidos subidos por los usuarios del servicio.

2º El segundo motivo de impugnación cuestiona la valoración arbitraria de la prueba realizada por el tribunal de instancia, en concreto de la prueba pericial realizada por D. Herminio , ingeniero de sonido, al entender que dicho perito no es experto en la materia, se le ha encomendado la definición de lo que se entiende por "intermediario", calificación jurídica que debería haber quedado reservada al órgano judicial, y porque el Tribunal ha apreciado como relevantes características que son totalmente irrelevantes, puesto que el único requisito en el que debería haberse fijado es si la web almacenaba datos, y si tenía conocimiento efectivo de que tales datos infringían la propiedad intelectual de tercero y los retiraba de inmediato tras tener conocimiento de la ilicitud.

SEGUNDO . Sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios de la información.

El servicio prestado por la página web www.goear.com, consiste en la publicación gratuita en internet de contenidos de audio que incluye más de 6000 archivos musicales, subidos por los usuarios, ofreciéndose su audición ("streaming"). Una gran parte de estos archivos se corresponden con canciones producidas por compañías discográficas sin que su oferta al público contase con la autorización de dichas compañías ni de los autores, tal y como ha quedado acreditado en vía administrativa y corroborado en sede judicial a tenor de la pericial practicada.

Antes de toda otra consideración, es preciso señalar que la protección de la propiedad intelectual tiene una importancia capital en nuestra sociedad y el desarrollo del comercio interior en la Unión Europea, sin que el uso de las nuevas tecnologías y el desarrollo de una actividad mercantil en internet pueda suponer que tales compañías operan al margen de los derechos de propiedad intelectual que ostentan sus titulares. Tal y como afirma la exposición de motivos de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de abril,



relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, "es preciso garantizar que el Derecho sustantivo de propiedad intelectual, que actualmente forma parte en gran medida del acervo comunitario, se aplique de manera efectiva en la Comunidad".

La protección de estos derechos en relación con los servicios prestados en la sociedad de la información está sometido a un régimen específico, regulado a nivel nacional en la Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información y parcialmente la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

La Ley 34/2002, tal y como señala su exposición de motivos, acoge un concepto amplio de "servicios de la sociedad de la información", que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio, las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, 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 información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador. Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico.

Dicha norma se aplica a los prestadores de servicios de la sociedad de la información cuando sus actividades afecten, entre otras materias, los derechos de propiedad intelectual e industrial. De modo que los órganos competentes están llamados a proteger, entre otras cuestiones, la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual. A tal efecto, la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, creada por el artículo 158 de la Ley de Propiedad Intelectual, tras la reforma mediante la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, cuyo funcionamiento se encuentra desarrollado por el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, tiene encomendada la finalidad de salvaguardar los derechos de propiedad intelectual, frente a las vulneraciones que pueden producirse por la actividad desarrollada por los responsables de los servicios de la sociedad de la información. En el ejercicio de estas competencias es posible adoptar medidas para el restablecimiento de la legalidad, entre las que se encuentran la retirada de los contenidos que vulneren los citados derechos e, incluso, la interrupción de la prestación del servicio (art. 8 de la Ley).

Los servicios de la sociedad de la información cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea. Pero la responsabilidad de las empresas varía en atención al servicio que se presta y se modula en atención a su grado de conocimiento y control sobre los contenidos que se incorporan por terceros. Tanto en la norma comunitaria (Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio) como en la nacional que la transpone (la ley 34/2002) establecen exenciones aplicables a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información es de mera intermediación.

Así, la Directiva 2000/31/CE, en sus artículos 12 a 14, establece supuestos en los que se limita la responsabilidad de determinadas actividades en la sociedad de la información, y siempre bajo determinadas condiciones, como son los casos de mera transmisión, o los de la memoria tampón ("caching") o, por lo que ahora nos interesa, la actividad de alojamiento de datos (cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio).

En similares términos, la ley nacional 34/2002, diferencia entre la responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información en general (art. 13) de aquellos otros que realicen una mera actividad de intermediación, en sus diferentes modalidades: la de los operadores de redes y proveedores de acceso (art. 14) la de los prestadores de servicios que realizan una copia temporal de los datos solicitados por los usuarios (art. 15), la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento de datos (art. 16) y la responsabilidad por los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (art. 17). Mientras que los prestadores de los servicios de la sociedad de la información de la información están sujetos "a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley", cuando se realicen actividades de "intermediación" como las de transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en la red, se imponen a dichos prestadores un deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando, pero no se les hace responsables de los contenidos. En concreto, y por lo que ahora nos ocupa, el artículo 16 de dicha norma dispone que:



"1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:

- a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
- b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

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".

Tal y como establece la exposición de motivos de la citada Directiva, este régimen especial de responsabilidad surge cuando su actividad "es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada". Y añade "Un prestador de servicios puede beneficiarse de las exenciones por mera transmisión (mere conduit) y por la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada "memoria tampón" (caching) cuando no tenga participación alguna en el contenido de los datos transmitidos; esto requiere, entre otras cosas, que no modifique los datos que transmite. Este requisito no abarca las manipulaciones de carácter técnico que tienen lugar en el transcurso de la transmisión, puesto que no alteran la integridad de los datos contenidos en la misma". Esta exención no opera, por el contrario, cuando el prestador de servicios colabora deliberadamente con uno de los destinatarios de su servicio a fin de cometer actos ilegales, rebasa las actividades de mero transporte o tiene una participación mucho más activa que el mero almacenamiento automático, provisional y temporal.

El problema se centra en establecer cuando nos encontramos ante un servicio de mera intermediación. Y ello tiene importantes consecuencias: en primer lugar, porque condiciona su responsabilidad a los supuestos en los que el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita o cuando, teniendo conocimiento, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible; y, en segundo lugar, porque, como luego analizaremos, ello condiciona la posibilidad de supervisión general previa de los contenidos ilícitos (artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE , de 8 de junio).

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo que respecta a la consideración de un servicio como de mera "intermediación", ha dictado algunas pautas:

En la sentencia del TJUE de 23 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08 , Google France y Google) afirma que:

"[...] del cuadragésimo segundo considerando de la Directiva 2000/31 que las exenciones de responsabilidad establecidas en dicha Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información tiene naturaleza "meramente técnica, automática y pasiva", lo que implica que el prestador "no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada".

"114 Por lo tanto, para comprobar si la responsabilidad del prestador del servicio de referenciación podría verse limitada con arreglo al artículo 14 de la Directiva 2000/31 , es necesario examinar si el papel desempeñado por el prestador es neutro, es decir, si su comportamiento es meramente técnico, automático y pasivo, lo que implica que no tiene conocimiento ni control de la información que almacena [...]" La sentencia afirma que la mera circunstancia de que el servicio sea remunerado, o, incluso, de que dé información general a sus clientes no puede implicar que se excluya a Google de las exenciones de responsabilidad previstas por la Directiva 2000/31, ni tampoco que la concordancia de la palabra clave seleccionada y del término de búsqueda introducido por un internauta no basta por sí mismo para que se considere que Google tiene conocimiento o control de los datos introducidos en su sistema por los anunciantes y grabados en su servidor, pero añade "Sin embargo, sí es pertinente, en el marco del examen al que alude el apartado 114 de la presente sentencia, el papel que desempeña Google en la redacción del mensaje comercial que acompaña al enlace promocional o en el establecimiento o la selección de palabras clave".

Para afirmar, finalmente que es:

"[...] El órgano jurisdiccional nacional, que es el mejor situado para determinar el modo concreto en que se presta el servicio controvertido en los asuntos principales, debe partir de las anteriores consideraciones al



apreciar si el papel que desempeña Google en ese contexto se corresponde con el descrito en el apartado 114 de la presente sentencia.

120 Por consiguiente, procede responder a las cuestiones tercera, segunda y tercera en los asuntos C-236/08, C-237/08 y C-238/08, respectivamente, que el artículo 14 de la Directiva 2000/31 debe interpretarse en el sentido de que la norma que establece se aplica al prestador de un servicio de referenciación en Internet cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados. Si no desempeña un papel de este tipo, no puede considerarse responsable al prestador de los datos almacenados a petición del anunciante, a menos que, tras llegar a su conocimiento la ilicitud de estos datos o de las actividades del anunciante, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible".

La sentencia del TJUE de 12 de julio de 2011 (asunto C-324/09, LOreal) añade las siguientes pautas:

- rechazó que "la circunstancia de que el servicio prestado por el operador de un mercado electrónico comprenda el almacenamiento de información que le facilitan sus clientes vendedores no basta por sí misma para concluir que, en cualquier caso, a tal servicio le es aplicable lo dispuesto en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31. En efecto, esta disposición debe interpretarse no sólo teniendo en cuenta su tenor sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forme parte (véase, por analogía, la sentencia de 16 de octubre de 2008, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, C-298/07, Rec. p. I-7841, apartado 15 y jurisprudencia citada)" (apartado 111).

- "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)" (apartado 112).

- afirma que no puede ser considerado como un mero intermediario "al 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)" (apartado 113).

- "[...] 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"; "[...] 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".

En definitiva, a tenor de dicha jurisprudencia, la determinación de si el servicio prestado puede o no ser considerado como mera actividad de "intermediación" y, por lo tanto, sujeta a un régimen especial de responsabilidad, corresponde al órgano judicial nacional, atendiendo a si la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información tiene naturaleza "meramente técnica, automática y pasiva", lo que implica que "no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada".

TERCERO. Naturaleza del servicio prestado en la página web www.goear.com

Estas consideraciones nos permiten abordar lo que para ambas partes consideran el núcleo de la presente controversia: la naturaleza jurídica del servicio prestado por la entidad PC IRUDIA a través de la página web www.goear.com.

El servicio consiste en la publicación gratuita de contenidos de audio en internet que incluye más de 6800 archivos musicales, muchos de ellos pertenecen a compañías discográficas asociadas a Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (en adelante AGEDI), sin que dichas compañías hayan concedido autorización para la difusión de la obra en esta página web.

Esta página se define a sí misma como una web de música ("la primera red social musical en internet" donde "podrás escuchar música gratis en internet, subir tus canciones Mp3, crear listas de reproducción y radio on line, letras de canciones, lyrics y partituras"). Y a tenor de la prueba pericial practicada se acredita que de la lista del top 100 de las canciones más escuchadas en la fecha en que se practicó la pericia, el 100% de las canciones originales de la lista están contenidas en la plataforma [goear.com](http://www.goear.com), y se corresponden con las canciones producidas por las compañías discográficas asociadas a la Asociación de derechos intelectuales (AGEDI).



El contexto en el que se analiza esta actividad y la normativa que se utiliza, trata de luchar contra la piratería en internet, evitando que existan actividades en la red en las que bien con el conocimiento bien por la mera pasividad a los gestores de páginas web, se permita la difusión de archivos musicales sin respetar los derechos de propiedad industrial.

Para determinar si la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información tiene naturaleza "meramente técnica, automática y pasiva", es necesario establecer que la empresa que explota este dominio ni tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada.

El gestor de una página web musical como la descrita es consciente, o ha de serlo por ser un hecho notorio, que los éxitos musicales de actualidad están sujetos al pago de los cánones por los derechos de autor o deben contar con la autorización de sus titulares, sin embargo, la página ofrece los éxitos musicales de forma gratuita. Y la puesta a disposición de tales archivos musicales le reporta ingresos por la publicidad asociada y contratada por la empresa que gestiona dicha página.

Es cierto que tales archivos musicales son incorporados por terceros, usuarios del servicio, pero ello no basta por sí misma para concluir que, en cualquier caso, a tal servicio le es aplicable la exención de responsabilidad en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31, (sentencia TJUE de 12 de julio de 2011 (asunto C-324/09, L'Oreal) apartado 111) aplicable a los intermediarios.

Resulta relevante, a tal efecto, recordar lo afirmado en la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2017 (asunto C-610/15) referida a un proveedor de acceso a Internet que funcionaba como una plataforma de intercambio en línea que utilizaba un protocolo en virtud del cual los usuarios (llamados "pares" o "peers") pueden intercambiar ficheros, y en la que los usuarios subían esos ficheros a una plataforma de intercambio en línea que, a continuación, los indexaba para que los usuarios de la plataforma de intercambio en línea puedan encontrarlos y para que las obras a las que reenvían esos ficheros puedan descargarse en los ordenadores de los usuarios en varios fragmentos. En dicha plataforma de intercambio en línea se ponían a disposición del público obras protegidas sin autorización de los titulares de derechos y los abonados, gracias a esta plataforma, hacían accesibles obras protegidas sin autorización de los titulares de derechos, infringiendo así los derechos de autor y los derechos afines de esos titulares.

La citada sentencia comienza por afirmar que la intervención de la empresa para la difusión de las obras protegidas es esencial, "[...] 37. En consecuencia, debe considerarse que, mediante la puesta a disposición y la gestión de la plataforma de intercambio en línea TBP, los administradores de ésta ofrecen a sus usuarios un acceso a las obras de que se trata. Por ello, puede entenderse que desempeñan un papel ineludible en la puesta a disposición de tales obras". Añadiendo más adelante que:

"[...] que los administradores de la plataforma de intercambio en línea TPB fueron informados de que esta plataforma que ponen a disposición de los usuarios y que gestionan proporciona acceso a obras publicadas sin autorización de los titulares de derechos y, por otra parte, que los mismos administradores manifiestan expresamente, en los blogs y los foros disponibles en dicha plataforma, su objetivo de poner obras protegidas a disposición de los usuarios e incitan a éstos a realizar copias de dichas obras. En cualquier caso, en la resolución de remisión se indica que los administradores de la plataforma en línea TPB no podían ignorar que esta plataforma permite acceder a obras publicadas sin autorización de los titulares de derechos, teniendo en cuenta la circunstancia, expresamente subrayada por el tribunal remitente, de que una gran parte de los ficheros torrents que figuran en la plataforma de intercambio en línea TPB reenvían a obras publicadas sin autorización de los titulares de derechos. En consecuencia, debe considerarse que existe una comunicación a un "público nuevo" (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, apartado 50).

[...]

46. Por otra parte, no cabe cuestionar que la puesta a disposición y la gestión de una plataforma de intercambio de línea como la controvertida en el litigio principal se realiza con el fin de obtener un beneficio, toda vez que esta plataforma genera ingresos publicitarios considerables, como resulta de las observaciones presentadas al Tribunal de Justicia.

47. Por consiguiente, procede considerar que la puesta a disposición y la gestión de una plataforma de intercambio en línea como la controvertida en el litigio principal constituye una "comunicación al público" en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

48. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, ha de responderse a la primera cuestión prejudicial que el concepto de "comunicación al público" utilizado en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, comprende la puesta a disposición y la gestión en Internet de una plataforma de intercambio que, al indexar metadatos relativos



a obras protegidas y proporcionar un motor de búsqueda, permite a los usuarios de esa plataforma localizar dichas obras e intercambiarlas en una red entre pares (peer-to-peer)".

En el caso que nos ocupa, la sentencia de instancia considera acreditado, y así se desprende también de la prueba practicada tanto en vía administrativa como judicial, que la empresa filtra que tan solo se puedan subir archivos musicales. El usuario que sube un fichero rellena un formulario (que contiene el título de la canción, el artista, el álbum, el género y la descripción), la página trata esta información y genera etiquetas para poder relacionar unos artistas con otros, ofreciendo un resultado con conexiones con otros artistas o con otras obras musicales del mismo artista, e incorpora valores añadidos (fotografías del artista o del álbum, letras de canciones etc...). La página sugiere resultados y realiza autocorrecciones para encontrar el nombre del artista, proporciona los resultados de artistas relacionados con alguna búsqueda realizada en el pasado, incorporando datos de una base propia, ajena a los datos subidos por el usuario. La página facilita la difusión de los contenidos, poniendo a disposición de sus usuarios una serie de aplicaciones para conectarse en Facebook y dispositivos móviles (Android, iPhone, iPad).

Por ello, ha de concluirse, tal y como sostiene la sentencia de instancia, que la entidad recurrente no se limita a desarrollar una labor meramente técnica, pasiva y automática de almacenamiento de los contenidos que terceros suben a la página web, sino que desempeña un papel activo en la determinación, presentación y mejora de los contenidos de fonogramas de canciones que ofrece, obteniendo un beneficio económico por la explotación comercial de una página web que ofrece un amplísimo catálogo de archivos musicales sin contar con autorización ni respetar los derechos de propiedad intelectual. Su actividad no se puede subsumirse bajo el concepto de intermediario, en su modalidad de alojamiento de contenidos de terceros, que le exima de la responsabilidad por la ilicitud de tales contenidos.

En todo caso, la empresa recurrente no era ajena en el momento de dictarse la resolución impugnada que estaba poniendo a disposición del público y gestionando el acceso a obras publicadas sin autorización de los titulares de derechos, pues en una resolución administrativa anterior ya se la había considerado responsable de una infracción de los derechos de propiedad intelectual por realizar la misma actividad que continuó ejerciendo y ahora se le reprocha. En aquella resolución ya se puso de manifiesto que el servicio que prestaba no podía ser considerado como de mero almacenamiento de contenidos y que su actividad no podía conceptuarse como mero prestador intermediario. Aquella resolución administrativa fue confirmada por sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de noviembre de 2014 (rec. 54/2013) en la que se consideró, con abundante cita de la jurisprudencia del TJUE, que las actividad implicaba un papel activo y decisivo que excedía de la labor meramente pasiva y automática de almacenamiento de contenidos, por lo que no solo estaba obligada a retirar aquellos fonogramas que figuraban en su página web sin contar con la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual, sino también la de abstenerse de volver a ofrecer tales obras, realizando una actividad de control. Esta sentencia quedó firme al haberse inadmitido el recurso de casación interpuesto contra la misma por Auto del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2015 .

En definitiva, la empresa era conocedora de la ilicitud de la actividad consistente en incorporar música sin contar con la autorización ni los derechos de propiedad intelectual y la necesidad de adoptar medidas destinadas a impedir que esta infracción de los derechos de propiedad intelectual se siguiera produciendo en su página web. Pese a tener conocimiento de la ilicitud de muchos de los contenidos que albergaba y de la necesidad de adoptar medidas de control siguió desarrollando esta actividad lo que ha motivado la nueva resolución de la Comisión de Propiedad intelectual que ahora se enjuicia.

CUARTO . Sobre la obligación de abstenerse de ofrecer los contenidos ilegales en el futuro.

La segunda de las cuestiones planteadas está destinada a determinar si, al margen de la obligación de reiterar determinados contenidos ilícitos, es posible exigir al operador que adopte medidas que tengan por finalidad evitar que se produzcan nuevas lesiones de los derechos de la propiedad intelectual, que, en este caso, se concretaban en el "deber de abstenerse de volver a ofrecer sin autorización las obras en el futuro", obras que se correspondían con las identificadas en el Anexo de la resolución administrativa y se correspondían con 6819 archivos referidos a obras de titularidad de los socios de Agedi.

Tanto la retirada de aquellos contenidos, que vulneran los derechos de propiedad intelectual, como la obligación de no volver a ofrecer esos productos o contenidos sin autorización las citadas obras en el futuro, es una consecuencia lógica del ejercicio de las competencias que el art. 158.1 de la Ley de Propiedad Intelectual encomienda a la Sección Segunda de la Comisión, la "salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información". El Tribunal Supremo, en su STS 31 de mayo de 2013 (rec. 185/2012), ha recordado que la actividad de este órgano administrativo actuando para la protección de los derechos de propiedad intelectual no ejercita una potestad punitiva, sino



que se trata 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".

La Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de abril, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, prevé la posibilidad de adoptar no solo medidas provisionales y cautelares sino también medidas correctivas y de fondo destinadas a garantizar que las infracciones acreditadas de los derechos de la propiedad intelectual no se reiteren en el futuro. Así, el artículo 11 de dicha Directiva dispone que:

"Los Estados miembros garantizarán que, cuando se haya adoptado una decisión judicial al constatar una infracción de un derecho de propiedad intelectual, las autoridades judiciales puedan dictar contra el infractor un mandamiento judicial destinado a impedir la continuación de dicha infracción. [...] Los Estados miembros garantizarán asimismo que los titulares de derechos tengan la posibilidad de solicitar que se dicte un mandamiento judicial contra los intermediarios cuyos servicios hayan sido utilizados por terceros para infringir un derecho de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 8 de la Directiva 2001/29/CE".

Es cierto que tales medidas, deben respetar, tal y como dispone el artículo 2.3.a) de dicha Directiva, las especialidades que se establecen en los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE.

El recurrente sostiene que una orden de abstenerse de volver a ofrecer estas obras sin autorización en el futuro, le impone una obligación de supervisión y control ex ante de los contenidos subidos por los usuarios del servicio, que resulta contrario a las previsiones del artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE y del artículo 16 de la LSII, así como de la jurisprudencia del TJUE sobre esta materia.

Pero esta alegación ha de ser desestimada por varios motivos:

En primer lugar, porque si bien es cierto que el artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio (Directiva sobre el comercio electrónico) establece para determinadas actividades la inexistencia de una obligación general de supervisión previa de los contenidos ilícitos ("1. Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14"). Esta previsión tan solo resulta aplicable a los servicios contemplados en los tres artículos anteriores, esto es, a los servicios que pueden ser considerados como "intermediación" (de mera transmisión de datos, el almacenamiento automático, provisional y temporal de información con la única finalidad de la transmisión ulterior a otros destinatarios del servicio (memoria tampón o chaching) y a los servicios de mero alojamientos de datos) y, tal y como hemos razonado anteriormente, el servicio prestado por la empresa recurrente en esta página web no puede ser considerado como tal.

Así mismo, la jurisprudencia del TJUE, invocada por el recurrente, en aplicación del artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31, que prohíbe a las autoridades nacionales adoptar medidas que obliguen a proceder a una supervisión general de los datos que transmita en su red, aparece referida también a actividades del servicio de la información catalogadas como la prestación de un servicio de intermediación. Así ocurre en la sentencia de 24 de noviembre de 2011 en la que se enjuiciaba la actividad de una Sociedad "Scarlet" que actuaba como un proveedor de acceso a Internet (en lo sucesivo, "PAI") que proporciona a sus clientes acceso a Internet; en la sentencia de 16 de febrero de 2012 (asunto C-360/10, Netlog NV) en la que se analizaba la prestación de un servicio de alojamiento de datos por parte de "Netlog", calificada como servicio de intermediación.

Y, en segundo lugar, porque la medida adoptada no reviste los caracteres de una supervisión general, sino que aparece referida a determinadas obras, especificadas en la resolución administrativa, que se demostró que se ofrecían vulnerando los derechos de propiedad intelectual de los autores y productores. Y, tal y como afirma la sentencia de instancia, remitiéndose a la anteriormente dictada, este requerimiento se puede cumplir bloqueando el acceso al sistema de dichos artistas u obras en cuestión, dado que el formulario de acceso y la base de datos permite tener constancia de los artistas de cada fichero sin necesidad de realizar un rastreo general.

QUINTO. Sobre la pretendida vulneración de la valoración de la prueba.

El segundo motivo de impugnación cuestiona la valoración arbitraria de la prueba realizada por el tribunal de instancia, en concreto de la prueba pericial realizada, por entender que dicho perito, ingeniero de sonido, no es experto en la materia, ha asumido la definición de lo que se entiende por intermediario, labor que debería haber quedado reservada al órgano judicial, y porque el Tribunal ha apreciado como relevantes características que son totalmente irrelevantes y que el único requisito en el que debería haberse fijado es si la web almacenaba



datos, y si tenía conocimiento efectivo de que tales datos infringían la propiedad intelectual de tercero y los retiraba de inmediato tras tener conocimiento de la ilicitud.

Este Tribunal ha sentado una reiteradísima jurisprudencia en la que se afirma que la fijación de los hechos del litigio corresponde al tribunal de instancia, tras la valoración de las pruebas practicadas. En el caso de las periciales ha de realizarse según las de la sana crítica (artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La apreciación del tribunal de instancia únicamente puede ser revisada en casación en supuestos excepcionales, como sucede cuando se justifique que ha incurrido en la vulneración de algún precepto regulador del valor tasado de determinados medios de prueba o cuando el análisis llevado a cabo resulta contrario a aquellas reglas, arbitrario o ilógico. Por tanto, no basta con aducir que el resultado probatorio obtenido por la Sala de instancia pudo ser otro que se considera más ajustado, o incluso que es erróneo, sino que resulta obligado demostrar que la valoración realizada es, insistimos, arbitraria, irrazonable o que conduce a resultados inverosímiles.

Más concretamente, en relación con la prueba pericial, es doctrina jurisprudencial consolidada que no cabe invocar en casación los preceptos que en la valoración de las pruebas obligan a sujetarse a la sana crítica con el fin de sustituir la del juzgador por la propia, salvo que la misma resulte ilógica o arbitraria, o como señala la sentencia de 18 de abril de 2005 , no basta con justificar que el resultado probatorio obtenido por la Sala de instancia pudo ser, a juicio de la parte recurrente, más acertado o ajustado al contenido real de la prueba, sino que es menester demostrar que dicha apreciación es arbitraria o irrazonable, o conduce a resultados inverosímiles.

El recurrente ni siquiera invoca una valoración arbitraria o ilógica de la prueba, sino que cuestiona la idoneidad y preparación técnica del perito, ingeniero de sonido, para emitirla. Pero el informe pericial tenía por objeto describir el servicio prestado y el funcionamiento de la página web dedicada a la publicación de contenidos musicales, extremo para los que está sobradamente capacitado un ingeniero de sonido.

Por otra parte, no se aprecia que el perito se excediera de su cometido ni que el tribunal hiciera dejación de funciones en la determinación de cuando se ostenta la condición de intermediario a los efectos de los servicios de la sociedad de la información, pues el perito cumple con su función al describir las características del servicio prestado y el tribunal, a la vista de estas características le corresponde determinar si el servicio prestado puede ser considerado como de "intermediación" a tenor de la LSSI.

Y, finalmente, tampoco puede acogerse el reproche referido a que las circunstancias valoradas por el tribunal no son las adecuadas para definir el régimen de responsabilidad de dicha sociedad, pues el tribunal, tal y como ha sido analizado en el primer motivo de impugnación, aplicó correctamente la normativa y jurisprudencia en la materia, y los datos tomados en consideración para apreciar si la sociedad desarrollo una conducta activa han sido los adecuados tal y como hemos razonado anteriormente.

SEXTO . Costas.

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional . A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de tres mil euros la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a cada una de las partes recurridas que han formalizado oposición.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la mercantil PC Irudia, S.L contra la sentencia de 14 de junio de 2016, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (n.º 178/2014), que se confirma.

2º Imponiendo las costas a la parte recurrente, en los términos concretados en el último fundamento jurídico de esta resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espín Templado D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D^a. María Isabel Perelló Doménech



D. José María del Riego Valledor D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Córdoba Castroverde** , estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico. Doy Fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ