



## SENTENCIA ES: ES:TS:2019:2105

### ANTECEDENTES DE HECHO:

PC Irudia, S.L. ("PC Irudia") ofrece a través de la página web [www.goeear.com](http://www.goeear.com) ("Goeear") un servicio que 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 asociadas a Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI), sin que su oferta al público contase con la autorización de dichas compañías ni de los autores.

Goeear se define a sí misma como "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").

Por ello, AGEDI ejercitó acciones contra PC Irudia ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, que declaró la vulneración del derecho de propiedad intelectual por parte de PC Irudia a través de su web Goeear en relación con las obras titularidad de los socios de AGEDI y ordenó la retirada de dichos contenidos y la prohibición de volver a ofrecer, sin autorización, de dichas obras en el futuro.

PC Irudia formuló recurso contencioso-administrativo contra la resolución dictada por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que fue desestimado.

Por ello, PC Irudia interpone recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo fundado en dos motivos:

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: 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 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información (D 2000/31/CE) y art. 16 de la LSSI) 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 dato 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.

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 D 2000/31/CE 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.

El segundo motivo cuestiona la valoración arbitraria de la prueba realizada por el tribunal de instancia, en concreto de la prueba pericial realizada por un ingeniero de sonido, al entender que 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.

## **RESUMEN:**

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo comienza llamando la atención sobre la importancia de la protección de los derechos de propiedad intelectual y la persecución de la piratería en la sociedad actual. 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 LSSI, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la D 2000/31/CE 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 LSSI se aplica a los prestadores de servicios de la sociedad de la información cuando sus actividades afecten, entre otras materias, a los derechos de propiedad intelectual e industrial. De modo que los órganos competentes están llamados a la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual. A tal efecto, la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, 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 LSSI).

La LSSI 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 (arts. 14-17). 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 la LSSI, cuando se realicen actividades de "intermediación" como las de transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en la red, se impone 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 cuanto a la conducta recogida en el artículo 16 de la LSSI, consistente en albergar datos, tal y como establece la exposición de motivos de la D 2000/31/CE, 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 que "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 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 cuándo 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 ello condiciona la posibilidad de supervisión general previa de los contenidos ilícitos.

La jurisprudencia del TJUE ha dictado algunas pautas en lo que respecta a la consideración de un servicio como de mera "intermediación" (STJUE de 23 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08, Google France y Google y STJUE de 12 de julio de 2011 (asunto C-324/09, L'Oreal)). 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".

El contexto en el que se analiza esta actividad y la normativa aplicable, trata de luchar contra la piratería en Internet, evitando que existan actividades en la red en los 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 Goeat es consciente, o ha de serlo por ser un hecho notorio, de 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'Oréal) apartado 111) aplicable a los intermediarios.

En este sentido, recordar también lo afirmado en la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2017 (asunto C-610/15) sobre las plataformas de intercambio de ficheros P2P.

En este caso, 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. Asimismo, facilita la difusión de los contenidos, poniendo a disposición de sus usuarios una serie de aplicaciones para conectarse en Facebook y dispositivos móviles.

Por ello, ha de concluirse que la 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 subsumir 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.

La recurrente no era ajena en el momento de dictarse la resolución impugnada de 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 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.

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 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (TRLPI), que 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".

La Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de abril, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (D 2004/48/CE), 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.

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 contraria a las previsiones del artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE y del artículo 16 de la LSSI, así como de la jurisprudencia del TJUE sobre esta materia.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo considera que esta alegación ha de ser desestimada por varios motivos:

En primer lugar, porque si bien es cierto que el artículo 15 de la D 2000/31/CE, establece para determinadas actividades la inexistencia de una obligación general de supervisión previa de los contenidos ilícitos, 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 caching) y a los servicios de mero alojamientos de datos) y el servicio prestado por la empresa recurrente en esta página web no puede ser considerado como tal.

Asimismo, la jurisprudencia del TJUE, invocada por el recurrente, en aplicación del artículo 15, apartado 1, de la D 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.

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. 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.

En cuanto al segundo motivo de impugnación, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo afirma que 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. No obstante, 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 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.

Por todo ello, desestima el recurso de casación con condena en costas a la recurrente, en aplicación del art. 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Sin embargo, limita hasta una cifra máxima de 3000 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.

#### **COMENTARIO:**

La sentencia resulta relevante, ya que analiza detalladamente el concepto de intermediario en la LSSI y el diferente régimen de responsabilidad en la prestación de servicios de los prestadores de servicios de la sociedad de la información y de los intermediarios.