

**TOBIAS MC FADDEN CONTRA SONY MUSIC Y OTRAS
SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN
EUROPEA EN MATERIA PONDERACIÓN
ENTRE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL
Y LOS DERECHOS A LA PROTECCIÓN DE DATOS
PERSONALES Y DE LA INTIMIDAD, LA LIBERTAD
DE EMPRESA Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
E INFORMACIÓN**

Gemma MINERO ALEJANDRE*

Resumen

El estudio de la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información nos revela la necesidad de ponderar varios de los derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (el derecho de respeto de la vida privada y familiar, la protección de datos de carácter personal, la libertad de expresión y de información, la libertad de empresa y los derechos de propiedad intelectual). Entre otras cuestiones, valoraremos la posibilidad de que los tribunales nacionales dicten requerimientos judiciales por los que se exija al prestador del servicio, bajo pena de multa coercitiva, el control de todos los datos transmitidos, la suspensión del servicio de transmisión de datos o la inserción de una contraseña para el acceso a la red.

Palabras clave

Derechos de propiedad intelectual, protección de datos personales, libertad de expresión e información, libertad de empresa.

Abstract

The most recent case-law of the Court of Justice of the European Union regarding liability of intermediary service providers reveals the necessity to balance some of the rights

* Profesora de Derecho Civil de la universidad Autónoma de Madrid. Contacto: gemma.mine-ro@uam.es.

protected by the Charter of Fundamental Rights of the European Union (respect for private and family life, protection of personal data, freedom of expression and information, freedom to conduct a business and intellectual property rights). Among other questions, this paper analyzes the possibility of granting an injunction that requires, on pain of payment of a fine, a service provider to adopt a measure that consists in terminating or password-protecting the internet connection or in examining all communications passing through it.

Keywords

Intellectual property rights, personal data protection, freedom of expression and information, freedom to conduct a business.

Sumario: I. Introducción. Planteamiento del conflicto; II. Las reglas procesales previstas en la Directiva 2004/48/CE; III. La figura de la responsabilidad del prestador de servicios de la sociedad de la información conforme a la Directiva 2000/31/CE. IV. La jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia. V. Bibliografía. VI. Lista de sentencias citadas.

I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL CONFLICTO

EL presente trabajo tiene por objetivo el análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, en la que se ponderan y toman en consideración los baremos aplicables a la resolución de conflictos entre, por un lado, los derechos de propiedad intelectual y, por otro, los derechos a la protección de datos personales, a la intimidad, la libertad de expresión y a la información. Derechos que ocupan un importante papel en el desarrollo de las sociedades que conforman los pueblos que integran la Unión Europea, tal y como demuestra su reconocimiento en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (1), y cuya necesidad de ponderación está reconocida en el texto del artículo 52 de la Carta (2).

(1) Artículos 7 (respeto de la vida privada y familiar), 8 (protección de datos de carácter personal), 11 (libertad de expresión y de información), 16 (libertad de empresa) y 17 (derecho de propiedad) de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Dentro de este último precepto, en su segundo apartado, se reconoce el derecho a la protección de la propiedad intelectual, con el mismo rango que el derecho de propiedad común.

(2) En su apartado primero, esta norma establece: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando

El recurso de Internet y el generalizado carácter anónimo de las comunicaciones realizadas mediante este medio hizo necesaria la regulación de una norma europea que armonizara la regulación de las reglas procesales que rigen en materia de persecución de las infracciones de derechos de propiedad intelectual llevadas a cabo en línea. Con este fin nace la Directiva 2004/48/CE, de respeto de los derechos de propiedad intelectual (3). En su redacción el legislador europeo tuvo en cuenta, por un lado, el hecho de que la propiedad intelectual no deba ser un obstáculo para la libertad de expresión, para la libre circulación de la información, ni para la protección de los datos personales, inclusive en Internet, y, por otro lado, la necesidad de contar con medios eficaces de tutela de los derechos de propiedad intelectual, necesarios para que la innovación y la creación no se desincentiven y las inversiones que éstas conllevan no se reduzcan (4).

Sin embargo, son muchas las dudas que la aplicación de esta norma genera en los operadores nacionales y varias las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia en los últimos años que versan sobre la figura de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información en relación con conductas infractoras llevadas a cabo por terceros utilizando sus servicios, especialmente en relación con la posible exclusión de la responsabilidad del prestador del servicio, prevista en la Directiva 2000/31/CE (5). En este trabajo analizaremos el contenido de las Directivas 2004/48/CE y 2000/31/CE y las principales sentencias dictadas por el Alto Tribunal europeo sobre la materia (6).

Con el objetivo de iniciar el estudio de la cuestión y, en particular, la discusión acerca del carácter de mínimos o no de la regulación contenida en la Directiva 2004/48/CE, hemos de destacar la importante puntualización realizada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 19 de febrero de 2009, en el asunto C-557/07, en la que aclara que la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (7) no excluye la posibilidad de que los Estados miembros impongan el deber de divulgar datos personales en un procedimiento civil por infracción de derechos de propiedad intelectual, pero tampoco obliga a dichos Estados a imponer tal

el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

(3) Directiva 2004/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (DO UE L 157/45, de 30 de abril de 2004).

(4) Considerandos 2 y 3.

(5) Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. (DOUE L 178, de 17 de julio de 2000).

(6) Para un análisis de la perspectiva nacional, nos remitimos a CASTÁN, A., «El nuevo régimen de las diligencias preliminares en propiedad intelectual frente a las defraudaciones en el entorno digital», en *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, AA.VV., Dykinson, Madrid, 2016; y MINERO ALEJANDRE, G., «Medios de tutela de la propiedad intelectual», en *La Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 365-386, así como a SÁNCHEZ ARISTI, R., «Responsables de la infracción (artículo 138)», en *La Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., pp. 347-364.

(7) Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas –conocida como la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas– (DOUE L 201/37, de 31 de julio de 2002).

deber (8). Afirmación de la que se infiere que resultaría plausible un requerimiento al operador de acceso a Internet para que adopte medidas que faciliten la identificación de sus clientes, pues, si bien es cierto que resulta necesario respetar la protección de datos personales, no lo es menos que, cuando el infractor de un derecho de propiedad intelectual no actúa en el ámbito de la esfera privada, éste debe ser claramente identificable.

Sin embargo, la conclusión podría no ser tan clara cuando hablamos no ya de prestadores de acceso a Internet, sino de operadores de otros tipos de servicios de la sociedad de la información, como podrían ser los sujetos que, por carecer de contraseña de acceso a su red wifi, permiten que terceros hagan uso de ésta para infringir derechos de propiedad intelectual o para cualquier otra actividad en línea. Ambas situaciones han sido analizadas por el Tribunal de Justicia en varios asuntos basilares en materia de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Hablamos, por un lado, de la sentencia de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, *L'Oréal S.A, L'Oréal Ltd, Lancôme parfums SNC, Laboratoire Garnier & Cie contra eBay International y otros* y, en contraposición, de la sentencia de 24 de noviembre de 2011, asunto C-70/10, *Scarlet Extended, SA contra SABAM*, y, por otro lado, de la sentencia de 15 de septiembre de 2016, asunto C-484/14, *Tobias Mc Fadden y Sony Music Entertainment Germany GmbH*, pasando por la sentencia de 27 de marzo de 2014, asunto C-314/12, *UPC Telekabel Wien contra Constantin Film Verleih y Wega Filmproduktionsgesellschaft*.

Por tanto, una primera conclusión a tener en cuenta en el inicio de este estudio jurisprudencial partiría del hecho de que la afectación del derecho a la protección de los datos personales provocada por la intervención judicial de los órganos nacionales con el fin de atajar los atentados a los derechos de propiedad intelectual puede estar justificada desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea, siempre que se cumplan los requisitos formales –necesidad de una previsión en forma de ley– y materiales –proporcionalidad de la medida, lo que implica que los legisladores y jueces nacionales han de aplicar la Directiva de comercio electrónico (Directiva 2000/31), la Directiva de la Sociedad de la Información (Directiva 2001/29) (9), la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (Directiva 2002/58) y la Directiva de respeto de los derechos de propiedad intelectual (Directiva 2004/48) de manera que «procuren basarse en una interpretación de éstas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales de que se trate»– (10).

(8) STJUE de 19 de febrero de 2009, asunto C-557/07, *Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH contra Tele2 Telecommunication GmbH* (apartado 27).

(9) Directiva 2001/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

(10) Vid. STJUE de 19 de febrero de 2009, asunto C-557/07, *Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH contra Tele2 Telecommunication GmbH* (apartado 29). En este sentido, ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Las descargas ilegales en Internet: el contexto jurídico europeo de la Ley Sinda», *Revista Aranzadi Unión Europea*, Año XXXVII, núm. 11, 2011, p. 12.

II. LAS REGLAS PROCESALES PREVISTAS EN LA DIRECTIVA 2004/48/CE

La Directiva 2004/48/CE se dicta con el objetivo de regular una serie de medidas, procedimientos y recursos que se consideran necesarios para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, pero lo hace mediante una armonización de mínimos, que se sumará a y se entenderá sin perjuicio de la normativa procesal nacional, siempre que las medidas, procedimientos y recursos sean justos y equitativos, no sean inútilmente complejos o gravosos, ni comporten plazos injustificables o retrasos innecesarios, lo que no debe suponer un impedimento para garantizar su carácter efectivo, proporcionado y disuasorio (11).

Dado que la prueba es un elemento fundamental para la determinación e investigación de la infracción de los derechos de la propiedad intelectual, el legislador europeo puso un especial empeño a la hora de garantizar que se pongan de manera efectiva a disposición de las partes medios rápidos y eficaces de presentación, obtención y protección de pruebas sobre la supuesta infracción, lo que se suma al derecho de información, que permite obtener datos precisos sobre el origen de las mercancías o servicios litigiosos, los circuitos de distribución y la identidad de cualesquiera terceras personas implicadas en la infracción cuando ésta tenga escala comercial, lo que incluye la transmisión de documentos bancarios, financieros o comerciales que se encuentren bajo control de la parte contraria (12). En paralelo, la Directiva hace un llamamiento sobre el cumplimiento de las exigencias derivadas del derecho de defensa y de otras garantías necesarias, incluida la protección de la información confidencial (13).

(11) Artículos 1 a 3 de la Directiva 2004/48/CE.

(12) Artículos 6 a 8 de la Directiva 2004/48/CE. El texto del artículo 8 de la Directiva es especialmente significativo a la hora de valorar la posibilidad de exigir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la revelación de la identidad de sus clientes investigadores por supuesta infracción de derechos de propiedad intelectual. En base al art. 8 de esta Directiva «1. Los Estados miembros garantizarán que, en el contexto de los procedimientos relativos a una infracción de un derecho de propiedad intelectual y en respuesta a una petición justificada y proporcionada del demandante, las autoridades judiciales competentes puedan ordenar que faciliten datos sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual el infractor o cualquier persona que (...) c) haya sido hallada prestando a escala comercial servicios utilizados en las actividades infractoras». Entre los datos a los que se refiere este apartado primero, el apartado segundo de este precepto cita los nombres y direcciones de las personas implicadas en la infracción, así como información sobre las cantidades producidas y el precio obtenido con ellas. Seguidamente, el apartado tercero de esta norma recalca que todo ello habrá de entenderse sin perjuicio de una serie de regulaciones, entre ellas las disposiciones legales que «regulen la utilización de los datos que se comuniquen con arreglo al presente artículo en procedimientos civiles o penales». Por tanto, la literalidad de la norma estudiada excluiría la posibilidad de exigir la revelación de la identidad del usuario del servicio cuando la actividad infractora llevada a cabo por éste no sea prestada a escala comercial.

(13) Estas medidas se tomarán, en caso de ser necesario, sin que sea oída la otra parte, en particular cuando sea probable que el retraso vaya a ocasionar daños irreparables al titular del derecho o cuando exista un riesgo demostrable de que se destruyan pruebas. Sin embargo, cuando ello sea así, se notificarán sin demora a las partes afectadas y a más tardar después de la ejecución de las medidas, y a petición de las partes afectadas podrá tener lugar una revisión, que incluirá el derecho a ser oídas, con el fin de decidir si éstas serán modificadas, revocadas o confirmadas. Estas medidas se revocarán o se suspenderán a petición del demandado si el solicitante no interpone en un plazo razonable una acción sobre el fondo ante la autoridad judicial competente. Además, en los casos en que las medidas de pro-

Se prevé asimismo la posibilidad, según los casos y si las circunstancias lo justifican, de incluir medidas destinadas a prevenir la infracción inminente de un derecho de propiedad intelectual, así como medidas de prohibición destinadas a impedir nuevas infracciones, sujetas al pago de multa coercitiva en caso de incumplimiento, así como medidas correctivas, cuando proceda a expensas del infractor, como la retirada y el apartamiento definitivo de los circuitos comerciales, o la destrucción, de las mercancías litigiosas y, en su caso, de los materiales e instrumentos utilizados principalmente para la creación o fabricación de dichas mercancías. Cuando la infracción se dé a escala comercial, las medidas pueden incluir el embargo preventivo de los bienes muebles e inmuebles del supuesto infractor, incluido el bloqueo de sus cuentas bancarias y otros activos (14).

Sin perjuicio de cualesquiera otras medidas, procedimientos y recursos de que se disponga, los titulares de derechos deben tener la posibilidad de solicitar que se dicte un mandamiento judicial contra los intermediarios cuyos servicios se utilicen por terceros para infringir el derecho de propiedad industrial del titular. Entiende el legislador europeo que son los intermediarios cuyos servicios son empleados para vulnerar los derechos de autor o los derechos afines quienes están en mejor situación de poner fin a tales infracciones. Sin embargo, los requisitos, características y modalidades relacionadas con esos mandamientos judiciales se dejan a la discreción de las legislaciones nacionales de los Estados miembros (15).

Con el fin de reparar el perjuicio sufrido debido a una infracción cometida por quien realizaba una actividad infractora a sabiendas o con motivos razonables para conocer su carácter infractor, la Directiva establece que el importe de la indemnización por daños y perjuicios concedida al titular debe tener en cuenta todos los aspectos pertinentes, como los beneficios dejados de obtener por el titular del derecho o los beneficios ilícitos obtenidos por el infractor, así como, cuando proceda, el daño moral ocasionado al titular. O como alternativa cuando, por ejemplo, sea difícil determinar el importe del perjuicio realmente sufrido, el importe de la indemnización podría inferirse de elementos como los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido la autorización de utilizar el derecho de propiedad intelectual de que se trate. El objetivo no es instaurar una obligación de establecer indemnizaciones punitivas, sino permitir una indemnización basada en un criterio objetivo, teniendo en cuenta al mismo tiempo los gastos realizados por el titular, como los gastos de identificación e investigación (16). En este sentido, en su reciente sentencia de 17 de marzo de 2016, asunto C-99/15, *Christian Liffers contra Producciones Mandarin, S.L.*, y *Mediaset España Comunicación, S.A.*, el Tribunal de Justicia llama la atención sobre la necesidad de proceder a una reparación íntegra del perjuicio sufrido por el titular de los derechos de propiedad intelectual

tección de pruebas sean revocadas o dejen de ser aplicables debido a una acción u omisión del solicitante, o en los casos en que se compruebe posteriormente que no ha habido infracción o amenaza de infracción de un derecho de propiedad intelectual, el demandado podrá solicitar la indemnización de todos los perjuicios causados por dichas medidas.

(14) Artículos 9 a 11 de la Directiva 2004/48/CE.

(15) Artículos 9 y 11 de la Directiva 2004/48/CE. Por su parte, el considerando 59 de la Directiva 2001/29/CE reconoce que puesto que cada vez se utilizan con mayor frecuencia los servicios de intermediarios para vulnerar los derechos de autor o los derechos afines, esos intermediarios son, en muchos casos, quienes están en mejor situación de poner fin a tales infracciones.

(16) Artículo 13 de la Directiva 2004/48/CE.

tual, de tal manera que el artículo 13.1 de la Directiva 2004/48/CE debe interpretarse en el sentido de que permite al perjudicado por la violación de su derecho de propiedad intelectual reclamar una indemnización del daño patrimonial calculada, con arreglo al párrafo segundo, letra b), del apartado 1 de dicho artículo, sobre la base de licencias hipotéticas, y reclamar además la indemnización del daño moral tal como está prevista en el apartado 1, letra a), de esta norma.

Finalmente, la Directiva llama la atención sobre la conveniencia de dar publicidad a las decisiones que declaren la infracción de derechos de propiedad intelectual para reforzar su efecto disuasorio frente a futuros infractores y contribuir a que el público en general tome conciencia del problema (17).

III. LA FIGURA DE LA RESPONSABILIDAD DEL PRESTADOR DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN CONFORME A LA DIRECTIVA 2000/31/CE

Con arreglo a su considerando 40, la Directiva 2000/31/CE tiene como objetivo, entre otros, armonizar las disposiciones nacionales relativas a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, a fin de permitir el correcto funcionamiento de un mercado único de servicios de la información (18). Esta Directiva señala expresamente la imposibilidad de que los Estados miembros impongan 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, a la vez que se reconoce la competencia de los Estados para exigir a los prestadores de servicios, que proporcionan alojamiento de datos suministrados por destinatarios de su servicio, que apliquen un deber de diligencia, que cabe esperar razonablemente de ellos y que esté especificado en el Derecho nacional, a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales, como son las obligaciones tendentes a que los prestadores comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas

(17) Artículo 15 de la Directiva 2004/48/CE.

(18) Esta Directiva no define el concepto de servicio de la sociedad de la información. Se remite a la Directiva 98/34/CE, cuyo artículo 1.2 dispone que este concepto engloba todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. Precepto del que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea infiere que los servicios de la sociedad de la información son únicamente aquellos que se presten normalmente a cambio de una remuneración, a la vez que reconoce que este concepto también incluye aquel supuesto en el que una prestación efectuada con carácter gratuito es llevada a cabo por un prestador con fines publicitarios respecto a los bienes vendidos o los servicios realizados por dicho prestador, estando el coste de dicha actividad integrado en el precio de venta de esos bienes o servicios. Habida cuenta de ello, el Tribunal de Justicia concluye que una prestación como la controvertida en el asunto principal, realizada por un operador de una red de comunicaciones y que consiste en poner ésta gratuitamente a disposición del público constituye un servicio de la sociedad de la información cuando es llevada a cabo por el prestador con fines publicitarios respecto de los bienes vendidos o los servicios realizados por dicho prestador, como sucede cuando se abre una red wifi al público cercano al local de venta o prestación de servicios, con el fin de atraer a posibles clientes. *Vid.* Sentencia de 15 de septiembre de 2016, asunto C-484/14, *Tobias Mc Fadden contra Sony Music Entertainment*, apartados 38 a 43.

a cabo por destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento (19).

Los artículos 12 a 14 de esta Directiva contienen la regulación de las exenciones de responsabilidad, que solamente se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita a realizar un proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa 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 es esa falta de conocimiento y control lo que justifica la decisión del legislador europeo de excluir la responsabilidad del prestador por las infracciones llevadas a cabo por terceros empleando el servicio de la sociedad de la información por él prestado.

Sin embargo, estas limitaciones de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios no afectan a la posibilidad de entablar acciones de cesación de distintos tipos, que no redunden en una declaración de responsabilidad civil del prestador. Dichas acciones de cesación pueden consistir, en particular, en órdenes de los tribunales o de las autoridades administrativas por las que se exija poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella (20). Sobre este último punto versan algunas de las principales cuestiones prejudiciales llegadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por tanto, la discusión, en ocasiones no se refiera a la calificación de responsable o no del concreto prestador del servicio, sino que, incluso partiendo de la base de la falta de responsabilidad de ese sujeto, por aplicación de la exención de responsabilidad, los tribunales nacionales albergan dudas sobre qué medidas se pueden autorizar con el fin de exigir al prestador su colaboración a la hora de impedir o poner fin a la infracción.

Las condiciones para disfrutar de las exenciones de responsabilidad son distintas en función del tipo de prestador de servicios de la sociedad de la información de que se trate. En efecto, para poder beneficiarse de esta exención el prestador de un servicio de almacenamiento de datos (21), como puede ser un servidor web, habrá de actuar con prontitud para retirar los datos litigiosos o impedir el acceso a ellos en cuanto tenga conocimiento efectivo de actividades ilícitas. Para que el prestador no sea considerado responsable y pueda beneficiarse de la exención se exige, en primer lugar, que el servicio prestado sea neutro y, adicionalmente, que el prestador no haya tenido conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o que, tras haber adquirido conoci-

(19) Considerandos 47 y 48 y artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE.

(20) Considerando 45 de la Directiva 2000/31/CE.

(21) Entran dentro del concepto de prestador de servicio de la sociedad de la información que provee un servicio de alojamiento de datos plataformas como eBay, que guardan en la memoria de su servidor, datos facilitados por sus clientes. eBay lleva a cabo este almacenamiento cada vez que un cliente abre una cuenta de vendedor y le proporciona los datos de sus ofertas de venta. Servicio por el cual percibe normalmente una remuneración consistente en un porcentaje de las operaciones realizadas a partir de dichas ofertas de venta.

miento de estos extremos, haya actuado con prontitud para retirar los datos en cuestión o hacer que el acceso a ellos sea imposible (22).

Sin embargo, en el caso de prestadores de servicios de la información distintos del almacenamiento de datos, como pueden ser los servicios de transmisión en una red de comunicaciones de datos facilitados por el destinatario del servicio o servicios consistentes en facilitar el acceso a una red de comunicaciones, la exclusión de la responsabilidad se sujeta a la condición de que el prestador no haya originado él mismo la transmisión, ni seleccionado al destinatario de la transmisión, ni seleccionado o modificado los datos transmitidos (23). Por tanto, la exención de responsabilidad se sujeta en este caso al requisito de la falta de participación del prestador del servicio en el contenido de los datos transmitidos. En este supuesto se englobaría el caso que dio origen a la cuestión prejudicial resuelta por la ya citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de septiembre de 2016, asunto C-484/14, *Tobias Mc Fadden contra Sony Music Entertainment*, en el que el administrador de una empresa de venta de productos de iluminación y sonido decide no proteger el acceso a su red local inalámbrica y, con ello, ofrece de manera gratuita y anónima acceso a Internet a sus potenciales clientes, cuando el comportamiento de este sujeto es pasivo y automático en la transmisión de los datos por parte de esos clientes, sin participación activa en dicha transmisión (24).

(22) Considerando 46 y artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE. «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» (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de septiembre de 2016, asunto C-484/14, *Tobias Mc Fadden contra Sony Music Entertainment*, apartado 113; y de 23 de marzo de 2010, asuntos C236/08 a C238/08, *Google France y Google*, apartados 114 y 120). El Tribunal de Justicia ha interpretado de manera amplia el concepto de conocimiento efectivo de la ilicitud, para contemplar cualquier situación en la que el prestatario en cuestión adquiera conocimiento, de una forma o de otra, de tales hechos o circunstancias. «Así pues, encajan en este supuesto, en particular, tanto la hipótesis de que el operador de un mercado electrónico descubra la existencia de una actividad o información ilícitas como consecuencia de una investigación realizada por su propia iniciativa como la hipótesis de que le sea notificada la existencia de este tipo de actividad o información. En el segundo caso, si bien es cierto que el hecho de que se realice una notificación no determina automáticamente que el operador pierda la posibilidad de invocar la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14 de la Directiva 2000/31, puesto que la notificación de la existencia de actividades o informaciones supuestamente ilícitas puede resultar excesivamente imprecisa o no encontrarse suficientemente fundamentada, no es menos cierto que tal notificación constituye, como regla general, un elemento que el juez nacional debe tomar en consideración para apreciar, habida cuenta de la información que se ha comunicado de este modo al operador, si éste tenía realmente conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido constatar ese carácter ilícito» (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, *L'Oréal S.A., L'Oréal Ltd, Lancôme parfums SNC, Laboratoire Garnier & Cie contra eBay International y otros*, apartados 121 y 122).

(23) Considerandos 43 y 44 y artículo 12 de la Directiva 2000/31/CE.

(24) No se exige ninguna otra condición para aplicar la exclusión de responsabilidad. La falta de conocimiento sobre la ilicitud y la prontitud en la actuación del prestador del servicio al conocer de dicha ilicitud no son exigencias aplicables cuando hablamos de prestadores de servicios de mera transmisión de datos, y no así de servicios de almacenamiento de datos. «De la propia estructura de la Directiva 2000/31 resulta que el legislador de la Unión quiso hacer una distinción entre los regímenes aplicables a las actividades de mera transmisión, de almacenamiento de datos con la forma de memoria tampón (*caching*), y de alojamiento de datos, puesto que dichas actividades están reguladas por disposiciones distintas de dicha Directiva. Dicho esto, el servicio prestado por un proveedor de alojamiento

IV. LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El principio de proporcionalidad de las medidas aplicables en defensa de los derechos de propiedad intelectual, contemplado en el artículo 3 de la Directiva 2004/48/CE, es la base de la argumentación empleada por el Tribunal de Justicia en las múltiples resoluciones dictadas hasta la fecha en la materia, en la que se proporciona una respuesta sobre la interpretación que deba darse, entre otros, a los artículos 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29 y 11, tercera frase, de la Directiva 2004/48, que permiten a los titulares de derechos de propiedad intelectual solicitar medidas cautelares contra los intermediarios tendentes a poner fin a la infracción, y a la aplicación nacional que se hace de esta posibilidad en relación con prestadores de servicios de la sociedad de la información tales como prestadores de acceso a Internet, plataformas de venta de productos o de intercambio de archivos o redes sociales.

En sus sentencias, el Tribunal de Justicia parte de la necesidad de garantizar la máxima protección de los derechos de autor, ante la generalización de las conductas vulneradoras, que suelen llevarse a cabo a través de comunicaciones electrónicas efectuadas por intermediación de la red prestadores de servicios de la sociedad de la información, principalmente prestadores de acceso a Internet. Sin embargo, y en paralelo, el Alto Tribunal europeo destaca que ni del artículo 17, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el que se consagra la protección del derecho de propiedad intelectual, ni de la jurisprudencia que lo interpreta puede inferirse que su protección deba garantizarse en términos absolutos, por lo que ésta habrá de ponderarse con la protección de los otros derechos fundamentales afectados. Si bien reconoce que, a la luz del carácter de armonización de mínimos de esta norma europea, la competencia para concretar las medidas y procedimientos de defensa de los derechos de propiedad intelectual corresponden a los legisladores nacionales, recuerda que ese desarrollo normativo nacional ha de permitir cumplir el objetivo de máxima protección de la propiedad intelectual perseguido con esta Directiva, mediante medidas efectivas y disuasorias, a la vez que proporcionales, y no resultar excesivamente gravosas para los intermediarios prestadores de servicios de la sociedad de la información contra los que se dirijan esas medidas (25).

de un sitio de Internet, que consiste en el almacenamiento de información, generalmente se prolonga en el tiempo. En consecuencia, dicho proveedor de alojamiento puede tomar conocimiento del carácter ilícito de ciertos datos que almacena en un momento posterior a aquél en el que se ha producido el almacenamiento y en ese momento puede adoptar medidas para retirarlos o hacer que el acceso a ellos sea imposible. En cambio, por lo que se refiere al proveedor de acceso a una red de comunicaciones, el servicio de transmisión de los datos que facilita no se prolonga normalmente en el tiempo, de modo que, tras haber transmitido dichos datos, ya no tiene ningún control sobre ellos. En estas circunstancias, el proveedor de acceso a una red comunicaciones, a diferencia del proveedor de alojamiento de un sitio de Internet, muy a menudo no puede adoptar, en un momento posterior, medidas para retirar ciertos datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible. En todo caso, como se deriva del apartado 54 de la presente sentencia, el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2000/31 no establece ningún requisito adicional al de facilitar, respecto al servicio de que se trate, un acceso a una red de comunicaciones, acceso que no debe ir más allá del marco del procedimiento técnico, automático y pasivo que garantice la ejecución de la transmisión de datos requerida» (apartados 56 y 62 a 64 de la sentencia).

(25) Por todas, *Vid.* STJUE 24 de noviembre de 2011, asunto C-70/10, *Scarlet Extended SA contra Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, apartados 32 a 34.

Así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, *L'Oréal S.A., L'Oréal Ltd, Lancôme parfums SNC, Laboratoire Garnier & Cie contra eBay International y otros*, en la que admite con carácter general la posibilidad de que los tribunales nacionales puedan requerir a los proveedores de acceso a Internet para que adopten medidas dirigidas no sólo a poner término a las lesiones de derechos de propiedad intelectual ya causadas, sino también a evitar nuevas infracciones (26).

Sin embargo, el Tribunal de Justicia entiende contrario al carácter proporcional, por excesivamente gravoso y por suponer un riesgo de bloqueo total de las comunicaciones en línea, un requerimiento judicial por el que se ordene a un proveedor de acceso a Internet establecer un sistema de supervisión activa del conjunto de datos de cada uno de sus clientes dirigida a evitar cualquier futura lesión de derechos de propiedad intelectual causada a través del sitio web de este prestador, que se traduzca en un filtrado de todas las comunicaciones electrónicas que circulen a través de sus servicios, que se aplique indistintamente con respecto a toda su clientela, con carácter preventivo, exclusivamente a sus expensas y sin limitación en el tiempo, capaz de identificar la circulación de archivos electrónicos –tanto salientes como entrantes– que contengan obras o prestaciones protegidas sobre las que el solicitante del requerimiento alegue ser titular, con el fin de bloquear la transmisión de archivos infractores (27). Afirmación que puede extenderse a otros intermediarios, como son los prestadores de acceso a Internet, con respecto del potencial requerimiento que les obligue a supervisar todos y cada uno de los datos consultados o transmitidos por sus usuarios y a bloquear los intercambios de archivos ilícitos (28). El propio artículo 15.1 de la Directiva 2000/31/CE prohíbe a las

(26) Apartado 134. Según el Alto Tribunal Europeo, una interpretación del artículo 11, tercera frase, de la Directiva 2004/48 según la cual la obligación impuesta en dicha disposición a los Estados miembros únicamente consistiera en conceder a los titulares de derechos de propiedad intelectual la facultad de obtener requerimientos judiciales mediante los que se ordene a los prestadores de servicios en línea poner término a las lesiones de sus derechos, y no así la posibilidad de obtener seguimientos que ordenen a los prestadores impedir nuevas lesiones «limitaría el alcance de la obligación impuesta en el artículo 18 de la Directiva 2000/31, lo cual contravendría lo dispuesto en el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 2004/48, según el cual la Directiva 2004/48 no afectará a la Directiva 2000/31» (apartado 133). Pronunciamiento que se confirma en la posterior STJUE de 24 de noviembre de 2011, asunto C-70/10, *Scarlet Extended SA contra Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, apartado 31.

(27) STJUE de 24 de noviembre de 2011, asunto C-70/10, *Scarlet Extended SA contra Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)* (apartados 40-49 y fallo). Este mismo pronunciamiento se contiene, en relación con prestadores de servicios de alojamiento tipo redes sociales, en la STJUE de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contra Netlog NV* (apartados 47-52 y fallo).

(28) La STJUE de 24 de noviembre de 2011, asunto C-70/10, *Scarlet Extended SA contra Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, es especialmente clarificadora. Expone cómo un requerimiento judicial de este tipo supondría una medida inútilmente compleja y gravosa e implicaría una vulneración sustancial de la libertad de empresa del prestador del servicio de acceso a Internet afectado, dado que le obligaría a establecer un sistema informático complejo, gravoso, permanente y exclusivamente a sus expensas. Además, este requerimiento judicial vulneraría los derechos fundamentales de protección de datos y libertad de recibir y comunicar informaciones de los clientes de ese prestador de acceso a Internet, pues un sistema de filtrado como el que dio origen al litigio principal implicaría un análisis sistemático de todos los contenidos y la recopilación e identificación de las direcciones IP de los usuarios que hayan originado el envío de contenidos ilícitos en la red, dándose la circunstancia de que dichas direcciones son datos protegidos de carácter personal, ya

autoridades nacionales adoptar medidas que obliguen a la supervisión general de los servicios de la sociedad de la información (29).

Sin embargo, en el caso de plataformas que permiten la venta de artículos en Internet, previa creación de cuentas de clientes, sí cumpliría el principio de proporcionalidad la medida consistente en dirigir un requerimiento judicial al intermediario para que proceda a la suspensión de la cuenta de quien vulneró los derechos de propiedad intelectual para evitar que el mismo comerciante vuelva a cometer infracciones de esta naturaleza en relación con las mismas marcas (30). Igualmente cumple el principio de proporcionalidad y contribuye a garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y ejercer acciones judiciales contra quienes hayan utilizado un servicio en línea para vulnerar derechos de propiedad intelectual, el requerimiento dirigido al operador de un mercado electrónico para que adopte medidas que faciliten la identificación de sus clientes vendedores (31).

Por otro lado, en lo que respecta a la jurisprudencia europea que ha estudiado la figura de la exclusión de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, debemos destacar varios aspectos. La STJUE de 27 de marzo de 2014, asunto C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH contra Constantin Film Verleih GmbH y Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH* (32), analiza el

que permiten identificar concretamente a tales usuarios, lo que se une al riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito (apartados 48 a 52).

(29) Con el título, «Inexistencia de obligación general de supervisión», este precepto establece: «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». Por su parte, el apartado segundo dicta: «2. Los Estados miembros podrán establecer obligaciones tendentes a que los prestadores de servicios de la sociedad de la información comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento».

(30) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, *L'Oréal S.A., L'Oréal Ltd, Lancôme parfums SNC, Laboratoire Garnier & Cie contra eBay International y otros*, apartado 141.

(31) *Idem*, apartado 142. «Si bien es cierto que resulta necesario respetar la protección de datos personales, no lo es menos que, cuando el autor de la infracción actúa en el tráfico comercial y no en el ámbito de la esfera de su vida privada, éste debe ser claramente identificable».

(32) La petición prejudicial se presenta en el marco de un litigio seguido entre, por una parte, UPC Telekabel y, por otra parte, Constantin Film y Wega, en relación con la solicitud de que se requiriese judicialmente a la primera para que bloquease el acceso de sus clientes a un sitio de Internet que ponía a disposición del público, sin contar con su consentimiento, obras cinematográficas sobre las que las segundas ostentan un derecho afín al derecho de autor, en concepto de productos cinematográficos. En la resolución dictada por el tribunal austríaco que conoce del litigio se prohíbe a UPC Telekabel facilitar a sus clientes el acceso al sitio de Internet controvertido, prohibición que debía llevarse a efecto bloqueando el nombre de dominio y la dirección IP que en aquel momento tenía dicho sitio y cualquier otra dirección IP del mismo del que la citada empresa pudiera tener conocimiento. El órgano de apelación modifica parcialmente la resolución del tribunal de primera instancia por haber especificado éste indebidamente los medios que UPC Telekabel debía emplear para bloquear el sitio de Internet controvertido en ejecución de su resolución. Entiende este segundo tribunal que la empresa UPC Telekabel únicamente podía ser obligada a prohibir a sus clientes el acceso al sitio de Internet controvertido bajo la forma de una obligación de resultado, pero que debía ser libre a la hora de elegir los medios para lograr dicho resultado. El asunto llega al Tribunal Supremo austríaco, mediante recurso interpuesto por UPC Telekabel. El tribunal nacional remite cuestión prejudicial al TJUE, habiendo

supuesto común del webmaster que facilita en su página web enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda de archivos que infringen derechos de propiedad intelectual y la posibilidad de exigir a la empresa de telecomunicaciones que preste servicios de acceso a Internet el bloqueo del acceso a la página web infractora (33). Concluye el Tribunal de Justicia que los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, mediante un requerimiento judicial, se prohíba a un proveedor de acceso a Internet conceder a sus clientes acceso a un sitio de Internet que ofrece en línea obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual sin el consentimiento de los titulares de esos derechos. Para ello deben darse dos condiciones: a) que el requerimiento no especifique qué medidas debe adoptar ese intermediario y b) que el intermediario pueda eludir las sanciones derivadas del incumplimiento de dicho requerimiento demostrando que adoptó todas las medidas razonables, siempre que las normas procesales nacionales permitan que tal demostración o prueba se realice con carácter previo a la imposición de sanciones contra el intermediario (34).

Con todo, el Tribunal de Justicia, tras realizar una ponderación de los derechos afectados, principalmente la libertad de empresa y la libertad de información, y

quedado acreditado en el procedimiento principal que determinadas obras y prestaciones protegidas se pusieron a disposición de los usuarios de un sitio de Internet sin el consentimiento de los titulares de los derechos.

(33) En el caso de autos, los tribunales nacionales requirieron al proveedor de acceso a Internet UPC Telekabel que pusiera fin a la violación de los derechos de Constantin Film y de Wega. UPC Telekabel se opuso, por entender que no se la podía calificar como intermediario a cuyos servicios se recurre para vulnerar derechos de autor o derechos afines a los de autor. El Tribunal de Justicia interpreta el concepto de intermediario en el sentido del art. 8. 3 de la Directiva 2001/29 de manera amplia, incluyendo a cualquier persona que transmita por la red la infracción contra la obra o prestación protegidas cometida por un tercero, lo que engloba necesariamente al proveedor de acceso a Internet, con independencia de si existe o no un vínculo contractual entre el proveedor de acceso a Internet y quien ha cometido la infracción de los derechos de propiedad intelectual (apartados 32 a 40 de la STJUE). Para un análisis más detallado de la figura del intermediario, su responsabilidad y la posible exclusión de ésta, *vid.* Peguera Poch, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada, 2007; y Xalabarder Plantada, R., «La responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por usuarios», *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 2, 2006, disponible en <http://www.uoc.edu/idp/2/dt/esp/xalabarder.pdf>.

(34) El Tribunal de Justicia comienza afirmando que un requerimiento judicial, como el que es objeto del procedimiento principal, hace gravitar sobre su destinatario una obligación que afecta a su derecho fundamental a la libertad de empresa, pues restringe la libre utilización de los recursos que tiene a su disposición, dado que le fuerza a adoptar medidas que pueden suponer un coste importante para él, tener un impacto considerable en la organización de sus actividades o requerir soluciones técnicas difíciles y complejas. Con todo, seguidamente concluye que ello no supone un atentado contra la esencia misma del derecho a la libertad de empresa de un proveedor de acceso a Internet como el del procedimiento principal. Por una parte, porque un requerimiento judicial como el que es objeto del procedimiento principal permite a su destinatario definir las medidas concretas que deban de adoptarse para alcanzar el resultado perseguido, de modo que ese destinatario puede elegir aplicar las medidas que mejor se adapten a los recursos y capacidades de que disponga y que sean compatibles con las demás obligaciones a que deba hacer frente en el ejercicio de su actividad. Por otra parte, tal requerimiento permite a su destinatario eximirse de su responsabilidad demostrando que ha adoptado todas las medidas razonables. Todo ello permite que el intermediario no se vea obligado a hacer sacrificios insostenibles, lo cual parece justificado ante todo teniendo en cuenta que él no es el autor de la vulneración al derecho fundamental de propiedad intelectual que provocó la emisión del requerimiento (apartados 48 a 53).

siguiendo el principio de proporcionalidad, somete esta conclusión a la doble condición de que, por una parte, las medidas adoptadas por el intermediario no priven inútilmente a los usuarios de Internet de la posibilidad de acceder de forma lícita a la información disponible, y, por otra parte, dichas medidas tengan como efecto impedir o, al menos, hacer difícilmente realizable el acceso no autorizado a las prestaciones protegidas y disuadir seriamente a los usuarios de Internet que recurran a los servicios del destinatario de dicho requerimiento de consultar esas obras y prestaciones puestas a su disposición del público en violación de derechos de propiedad intelectual, aun cuando no logren el cese completo o definitivo de las violaciones de los derechos de autor o afines (35). Examen que, en todo caso, corresponde realizar a los jueces y tribunales nacionales.

Tenga presente el lector que la citada sentencia de 27 de marzo de 2014 versa sobre un requerimiento judicial referido no ya a la página web en la que se insertan listas de enlaces que conducen a archivos infractores de los derechos de propiedad intelectual sobre las canciones y películas reproducidos en ellos, sino contra la empresa de telecomunicaciones que proporciona a los usuarios de Internet acceso a Internet y, con ello, la posibilidad de acceder a la página web infractora o a cualquier otro sitio web, con independencia del lugar en el que estén ubicados los servidores que alojan los contenidos de cada una de las potenciales páginas web accesibles por el público. La identidad del destinatario del requerimiento judicial no nos llama la atención, toda vez que, como reconoce el propio legislador europeo en el texto del considerando 59 de la Directiva 2001/29/CE, los intermediarios son quienes están en mejores condiciones para ser requeridos a colaborar en la suspensión de servicios o conductas infractoras de los derechos de propiedad intelectual, cuando dicho requerimiento no pueda dirigirse contra el propio infractor, éste sea complicado o pueda resultar menos efectivo o más costoso. Cuando esa colaboración se haya prestado de manera adecuada y pueda probarse, el intermediario podrá quedar excluido de cualquier tipo de responsabilidad en la infracción de derechos de propiedad intelectual llevada a cabo por terceros en uso de sus servicios.

Dicho esto, conviene advertir de la imposibilidad de aplicar las exenciones de responsabilidad reguladas en los artículos 12 a 14 de la Directiva 2000/31/CE al webmaster de una página web que contenga listados de enlaces a archivos infractores. El sujeto que lleva a cabo tareas tales como el diseño y estructuración de la página, la clasificación y organización de los contenidos y, en su caso, la promoción de los mismos, como sucede en las páginas web de enlaces, no puede ser considerado prestador de una actividad neutra, aun cuando los archivos en los que se contienen las reproducciones ilícitas de obras y prestaciones protegidas no estén alojados en los servidores web de ese sujeto, sino en servidores de un tercero con el que el webmaster no tenga relación contractual, el infractor originario, y que posiblemente se ubiquen en otros países. En este sentido, el TJUE ha advertido que la exención de responsabilidad prevista en la Directiva de comercio electrónico solamente se aplica a prestadores de servicios de la sociedad de la información que tienen una naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, que no gocen ni de conocimiento de la ilicitud ni de control de la información transmitida o almacena-

(35) Apartados 55 a 64.

da (36). Poca duda cabe que estas últimas condiciones no se dan en los administradores de las páginas web de enlaces (37).

Finalmente, debe destacarse que las únicas medidas que pueden contenerse en un requerimiento judicial dirigido contra el intermediario tienen que ver con la posibilidad de poner fin a la infracción de los derechos de propiedad intelectual y con el hecho de que este sujeto sea quien esté en mejores condiciones para poder cumplir con este deber de colaboración. Por ello, no cabe inferir de la normativa estudiada la posibilidad de que la persona perjudicada por la infracción de sus derechos sobre una obra solicite una indemnización al intermediario o las costas judiciales en relación con su pretensión de indemnización, debido a que el servicio prestado por ese proveedor fue empleado por terceros para infringir sus derechos. Sí podrá, en cambio, solicitar a ese intermediario el pago de los gastos relativos al requerimiento extrajudicial y las costas judiciales de la pretensión de cesación del servicio prestado al infractor o de la cesación del acceso al servicio del infractor (38).

V. BIBLIOGRAFÍA

CASTÁN, A., «El nuevo régimen de las diligencias preliminares en propiedad intelectual frente a las defraudaciones en el entorno digital», en *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, AA.VV., Dykinson, Madrid, 2016.

(36) STJUE de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, *L'Oréal S.A., L'Oréal Ltd, Lancôme parfums SNC, Laboratoire Garnier & Cie contra eBay International y otros* (apartados 113-116); y STJUE de 23 de marzo de 2010, asunto C-236/08, *Google France y otros contra Louis Vuitton Malletier y otros* (apartados 114 y 120).

(37) El papel activo en la transmisión de los archivos infractores se refleja, entre otros aspectos, en el hecho de que en la inmensa mayoría de los casos, las listas de obras y prestaciones protegidas contenidas en este tipo de páginas web vienen acompañadas de la imagen de las portadas de los álbumes o de los carteles publicitarios, así como de comentarios ilustrativos. En muchos supuestos, se ofrecen instrucciones o guías para llevar a cabo la reproducción en *streaming* o la descarga en el PC y existe un control de las descargas de cada archivo, que se acompaña, en algunos supuestos, de un ranking de los archivos más descargados o mejor valorados por los usuarios, además de los respectivos *banners* publicitarios, que variarán, muchas veces, en función de las preferencias detectadas por las *cookies* que se hubiesen insertado en esa página.

(38) Esta cuestión fue analizada en la sentencia del TJUE de 15 de septiembre de 2016, asunto C-484/14, *Tobias Mc Fadden contra Sony Music Entertainment*, apartados 72 a 79. El Alto Tribunal recuerda que, cumplidos los requisitos del artículo 12.1 de la Directiva 2000/31/CE, el intermediario no podrá ser responsable y, por ello, quedará también excluida la posibilidad de que el titular de derechos de autor pueda solicitar a ese prestador de servicios una indemnización debido a que la conexión a dicha red ha sido utilizada por terceros para infringir sus derechos. En consecuencia, también queda excluido, en todo caso, que el titular de un derecho de autor pueda solicitar el reembolso de los gastos relativos al requerimiento extrajudicial o las costas judiciales en relación con su pretensión de indemnización. Sin embargo, el artículo 12.3 de la Directiva 2000/31/CE precisa que este artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal nacional o una autoridad administrativa exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción de derechos de autor o que la impida. Por ello, esta norma no excluye tampoco que la persona perjudicada por la infracción de su derecho de propiedad intelectual pueda solicitar el reembolso de los gastos relativos al requerimiento extrajudicial y las costas judiciales en relación con la pretensión de evitación de la infracción.

- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Protección de datos vs. tutela judicial efectiva en casos de infracción de los derechos de propiedad intelectual», *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 38, 2011.
- MINERO ALEJANDRE, G., «Medios de tutela de la propiedad intelectual», en *La Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Las descargas ilegales en Internet: el contexto jurídico europeo de la Ley Sínde», *Revista Aranzadi Unión Europea*, Año XXXVII, núm. 11, 2011.
- PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada, 2007.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., «Responsables de la infracción (artículo 138)», en *La Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- XALABARDER PLANTADA, R., «La responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por usuarios», *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 2, 2006.

VI. LISTA DE SENTENCIAS CITADAS

- Sentencia del TJUE de 19 de febrero de 2009, asunto C-557/07, *Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH contra Tele2 Telecommunication GmbH*.
- Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, *L'Oréal S.A, L'Oréal Ltd, Lancôme parfums SNC, Laboratoire Garnier & Cie contra eBay International y otros*.
- Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2011, asunto C-70/10, *Scarlet Extended, SA contra SABAM*.
- Sentencia del TJUE de 27 de marzo de 2014, asunto C-314/12, *UPC Telekabel Wien contra Constantin Film Verleih y Wega Filmproduktionsgesellschaft*.
- Sentencia del TJUE de 17 de marzo de 2016, asunto C-99/15, *Christian Liffers contra Producciones Mandarina, S.L., y Mediaset España Comunicación, S.A.*
- Sentencia del TJUE de 15 de septiembre de 2016, asunto C-484/14, *Tobias Mc Fadden y Sony Music Entertainment Germany GmbH*.