



Roj: **SAP B 3/2011 - ECLI: ES:APB:2011:3**

Id Cendoj: **08019370152011100002**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **24/02/2011**

Nº de Recurso: **370/2010**

Nº de Resolución: **83/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN 15ª

ROLLO Nº 370/10 - 3ª

JUICIO ORDINARIO Nº 261/2009

JUZGADO MERCANTIL Nº 7 DE BARCELONA

SENTENCIA Núm. 83/2011

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO SANCHO GARGALLO

D. LUIS GARRIDO ESPA

D. JUAN F. GARNICA MARTÍN

En la ciudad de Barcelona, a veinticuatro de febrero de dos mil once.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección 15ª de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de juicio ordinario núm. 261/2009 seguidos ante el Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona, a instancia de SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE), representada por el procurador Francesc Fernández Anguera, contra Justo, representado por el procurador Carlos Pons de Gironella. Estos autos penden ante esta sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES contra la sentencia dictada en los mismos el día 9 de marzo de 2010.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor siguiente: "Desestimo íntegramente la demanda formulada por D. Francisco Fernández Anguera, en nombre y representación de Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) y ABSUELVO a Justo de la totalidad de las pretensiones formuladas en su contra y ello con la expresa imposición a la parte demandante de todas las costas procesales causadas".

SEGUNDO.- La representación procesal de SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia, que fue preparado y formalizado conforme a la vigente LEC. Recibidas las actuaciones y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió a señalar la celebración de la vista para el día 26 de enero de 2011.

Ponente el Ilmo. Sr. IGNACIO SANCHO GARGALLO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Planteamiento de la controversia en apelación

La entidad de gestión SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) ejercitó una demanda frente al titular del sitio web DIRECCION000, desde el cual cualquier usuario de la red y de modo gratuito puede acceder a las obras musicales protegidas por derecho de autor y administradas por la SGAE. A juicio de la actora, desde la referida página web se llevan a cabo actos de comunicación pública y de reproducción de obras que pertenecen al repertorio gestionado por ella. Las acciones que, sobre la base de estos actos de infracción de derechos de propiedad intelectual, se ejercitaban eran, además de la meramente declarativa, las de cesación, que incluía además la suspensión de los servicios de hosting (intermediación y hospedaje) a la página web del demandado que le presta REDCORUÑA, S.L.U., y la condena a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, tanto los derivados por la utilización no autorizada de las obras del repertorio de la actora, durante el período comprendido entre el 1 de octubre de 2007 y el de presentación de la demanda (20 de marzo de 2009), con arreglo a los datos que se recaben y las tarifas generales, como también el coste de los informes de investigación que asciende a 1.546,28 euros.

La sentencia dictada en primera instancia por el juez mercantil, que desestima íntegramente la demanda al no apreciar vulneración alguna de los derechos de propiedad intelectual gestionados por la actora, parte de cuatro hechos o circunstancias que aprecia admitidas por las partes:

el demandado es titular de la página web DIRECCION000;

en esta página web se ofrece, a través del sistema de menús y referencias virtuales de las obras, la posibilidad de descargar archivos (de música, películas, documentales...) mediante el sistema de enlace o "links" a la red p2p eDonkey, que utiliza el sistema eMule;

algunos de estos archivos, cuya posibilidad de descarga se ofrece, pertenecen al repertorio de obras de la actora;

mediante estas redes p2p, los usuarios de la red que instalan el programa eMule pueden descargarse en su ordenador archivos de música o películas procedentes de discos duros de otros usuarios que se encuentran en la misma red y utilizan el mismo programa.

La sentencia expresamente excluye del debate: que la web del demandado almacene y ofrezca archivos musicales, pues limita su actividad a ofrecer la posibilidad de descarga de archivos a través de la red p2p; y, también, que la web ofrezca mediante el sistema streaming la posibilidad de escuchar, directamente y sin descarga, obras musicales colgadas en la red por otros usuarios, pues estos hechos no fueron aducidos en la demanda para conformar la causa petendi, que se ciñó a la referida actividad de ofrecimiento de descarga de archivos por la red p2p.

La sentencia argumenta que esta actividad desarrollada por el demandado, de crear un índice que favorece y orienta a los usuarios para acceder a las redes de intercambio de archivos p2p mediante el sistema de menús, carteles y portadas con títulos u obras musicales, y el sistema de enlaces que permite el acceso a aquellos lugares donde se encuentran los archivos deseados, no constituye ninguna vulneración de los derechos de explotación de las obras gestionadas por la actora, en concreto, no suponen actos de distribución, ni de reproducción, ni de comunicación pública.

En su recurso de apelación, la SGAE, en primer lugar, impugna la apreciación contenida en la sentencia que excluye del debate los actos de "acceso directo" y "streaming" de contenidos musicales que obran en la propia web del demandado, para los cuales no se precisa ningún programa de conexión a redes p2p. El recurso entiende que estos actos, que han quedado acreditados, fueron objeto de la demanda, ya que el suplico hacía referencia, en general, a los actos de comunicación, mediante puesta a disposición, y de reproducción de obras musicales del repertorio gestionado por SGAE, a través del sitio web del demandado DIRECCION000.

En relación con la actividad de provisión de enlaces a través de redes o plataformas p2p, el recurso entiende que esta actividad implica necesariamente una previa reproducción y comunicación pública de las obras objeto de enlace. Estas redes están basadas en un sistema de carpetas compartidas que los usuarios crean en sus respectivos ordenadores, y sólo el hecho de compartir archivos de obras por medio de una plataforma p2p implica un acto de reproducción de carácter permanente y otro de comunicación pública. Y el hecho de facilitar los enlaces infractores de los derechos de autor a través de una página web como la del demandada, continúa argumentando el recurso, implica un acto de colaboración en la comunicación pública no autorizada de las obras enlazadas, pudiendo entenderse también como un acto de comunicación pública comprendido dentro de la definición amplia del art. 20.1 TRLPI.

SEGUNDO: Infracción relacionada con las descargas directas y el "streaming"

Los dos informes periciales elaborados por METODO 3, el de 9 de octubre de 2007 y el posterior de 29 de diciembre de 2009, prueban que un usuario de internet que accediera al sitio web del demandado



DIRECCION000 , en aquellas fechas, podía: i) hacer descargas directas de archivos musicales, a través de las carpetas música directa, musicRincon y Mp3 al día ("acceso directo"); ii) también podía desde la carpeta MusicRincon escuchar, sin descargar, un fonograma musical, actividad que en la doctrina es conocida con el vocablo inglés "Streaming"; y iii), también, mediante un programa de conexión a redes p2p (eMule), disponer de una selección de contenidos y de unos índices que facilitan su búsqueda, y facilitar los enlaces que permiten el acceso a aquellos lugares donde se encuentran los archivos deseados.

En relación con las dos primeras conductas, para las que no es necesario disponer de un programa de conexión a redes p2p, los referidos informes, así como la propia declaración del demandado en el acto del juicio, prueban que desde la página web del demandado se permite la descarga directa de archivos musicales o la audición de estos temas, sin necesidad de descargar. No queda acreditado que los archivos musicales hayan sido "colgados" por el demandado en su página web, lo que hubiera supuesto un acto de reproducción del art. 18 TRPLI, no amparado por la excepción de uso privado del art. 31.2 TRPLI. Pero sí que a través de la página web se permite la reproducción, al facilitar al usuario de la web la descarga directa, y la comunicación pública, al facilitarle la posibilidad de escuchar el contenido de un archivo musical. Desde la perspectiva del demandado, su conducta cabría calificarla de acto de comunicación a la vista de lo prescrito en el apartado 1 y en el apartado 2, letra i) del art. 20 TRPLI. El art. 20.1 TRPLI parte de un concepto muy amplio de comunicación pública, pues alcanza a "todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas". Y el apartado 2 del mismo art. 20, al especificar actos concretos que suponen comunicación pública, se refiere expresamente, en la letra i), a: "la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija". El demandado, al permitir desde su página web la descarga directa, lleva a cabo una puesta a disposición del público, y en concreto del que visita la página web y solicita la descarga, de las obras afectadas. Y del mismo modo al permitir también la audición de los archivos, sin descarga, pues con la audición el solicitante tiene acceso al archivo musical, aunque se limite a escucharlo en ese momento. En la medida en que ambas operaciones se realizan desde la página web del demandado, puede concluirse que es éste quien lleva a cabo la puesta a disposición del público de las obras, al margen de si ha sido él u otro quien las haya colgado en la red. Los informes son muy claros cuando muestran cómo opera quien visita la página web para acceder a esos archivos musicales.

Además, el propio demandado, en el acto del juicio, lo reconoció. Y en su propia página web podía leerse la oferta que realizaba de descargas directas y de streaming.

TERCERO: El problema radica, ahora, en precisar si estos actos infractores fueron aducidos por la actora en su demanda para fundar sus pretensiones, en concreto, la declaración de infracción de los derechos de propiedad intelectual correspondientes a las obras de su repertorio y las consiguientes peticiones de condena (cesación e indemnización de daños y perjuicios).

El suplico de la demanda, al pedir que se declare la infracción, se refiere a que el demandado "está llevando a cabo (...), de modo ilegítimo, la comunicación pública (mediante puesta a disposición) y la reproducción de obras musicales del repertorio gestionado por SGAE, a través del sitio web DIRECCION000 , de su titularidad, infringiendo con ello los derechos de ésta al carecer de la preceptiva autorización". Este pronunciamiento afectaría, en principio, a los actos de permitir las descargas directas y el "streaming" de archivos musicales, pues entrarían dentro de la consideración de actos de comunicación pública. Pero no está tan claro que la demanda se refiera a ambos.

La demanda, en el hecho cuarto, cuando describe la actividad del demandado, en concreto la explotación de música en ese sitio web, hace referencia al acceso ilimitado a los archivos musicales, que permite la descarga de los archivos, directamente o redireccionando a otra web de modo automático. Pero en ningún momento menciona la puesta a disposición que supone facilitar la simple audición de una obra musical, sin descarga del archivo. Esto es algo que surgió con posterioridad a la demanda, durante el juicio, y, por ello, debemos entenderlo no constitutivo de la causa petendi, que se refiere fundamentalmente a la descarga de archivos, ya sea directamente ya sea redireccionando a otra web de forma automática.

En consecuencia, tan sólo podemos declarar la infracción de los actos de comunicación pública que supone facilitar la descarga directa de obras musicales del repertorio de la actora, pero no los actos de streaming. Consiguientemente, la condena a indemnizar por el beneficio económico dejado de obtener al no percibir la remuneración que hubiera obtenido si hubiera licenciado la actividad desarrollada por el demandado, por ahora queda reducida a las descargas directas.

CUARTO: Acciones de indemnización y de cesación por descargas directas

La conducta infractora causante del perjuicio que se pretende indemnizar ha sido ceñida expresamente por la actora al período comprendido entre el 1 de octubre de 2007 y el día en que se presentó la demanda (20 de



marzo de 2009). La actora aportó con la demanda las tarifas de los años 2007 y 2008 (documento nº 2), en las que se incluye la referencia a "música a la carta con descarga": para 2007, se establece un mínimo de 0,077 euros por descarga; para 2008, 0,081 euros por descarga; y para 2009, 0,085 por descarga (f. 78 y ss).

Para llevar a cabo el cálculo de la indemnización, debemos atender a un elemento, que debía haber sido objeto de prueba en primera instancia: el número de descargas directas que se hicieron desde la web del demandado en ese periodo. Según el informe de METODO 3 de fecha 29 de diciembre de 2009, las descargas directas de obras musicales desde julio de 2005 hasta diciembre de 2009 han sido 76.976. Como nos interesan las descargas habidas entre los meses de octubre de 2007 y marzo de 2009, que suman en total 18 meses, y sólo disponemos del número total de descargas realizadas en un período de tiempo de 55 meses, que incluye los que nos interesan, concluimos estimativamente que las descargas se realizaron de forma proporcional en todo ese tiempo. De este modo, 76.976 entre 55 meses, da aproximadamente 1.400 descargas por mes.

De este modo, durante los tres últimos meses de 2007 se habrían realizado 4.200 descargas, que a 0,077 euros por descarga, dan lugar a una indemnización de 323,4 euros. En los doce meses de 2008 se habrían realizado 16.800 descargas, que a 0,081 euros por descarga, dan lugar a una indemnización de 1.361 euros. Y en los tres meses de 2009 se habrían realizado 4.200 descargas, que a 0,085 euros por descarga, dan lugar a una indemnización de 357 euros. La suma de todas estas cantidades arroja una cifra total de 2.041,4 euros.

Además debemos incluir los gastos de investigación en los que ha incurrido la actora para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción, tal y como en la actualidad prevé el art. 140.1 TRLPI. En nuestro caso, los gastos fueron el precio de los informes aportados a los autos, que han servido para constatar esta infracción y su alcance, que asciende a un total de 1.546,28 euros.

En cuanto a la cesación, es cierto que, al amparo de los arts. 138.III y 139.1.h) TRLPI, cabría ordenar la cesación de los servicios de hosting que le presta la entidad de intermediación REDCORUÑA, pero esta medida, que por imperativo legal debe ser proporcionada, a la vista de esta conducta, no lo parece, sin perjuicio de que se condene a la demandada a cesar en la actividad de facilitar la descarga directa de archivos de obras musicales del repertorio de la actora.

QUINTO: Infracción relacionada con la conexión a redes p2p

La tercera conducta desarrollada por el demandado en su web, que sí fue objeto de análisis en la sentencia, es la de facilitar el enlace o conexión a una red p2p (eDonkey), que permita compartir archivos (obras musicales o videográficas). Según se desprende de los informes aportados, que acreditan lo que ofrece y permite a un internauta el sitio web del demandado: existe un menú que favorece y orienta la selección de los archivos ofrecidos por quienes forman parte de la red p2p para ser compartidos; esta relación y selección de obras musicales y videográficas viene acompañada de las portadas o carteles publicitarios, así como de comentarios ilustrativos; la selección del archivo deseado viene facilitada porque incluye el enlace correspondiente, al que se puede acceder si se dispone del programa de conexión a esta red (eMule); para quien no disponga de dicho programa o no sepa como materializar la conexión, se ofrecen las instrucciones para hacerlo; existe un control de las descargas de cada archivo y un ranking de los archivos más descargados o valorados.

En una red de archivos compartidos p2p, quien, disponiendo de un archivo musical o de una película, lo introduce en una carpeta de archivos compartidos, a la que cualquiera puede tener acceso mediante un programa cliente p2p, además de llevar a cabo un acto de reproducción no amparado por la excepción del art. 31.2 TRLPI, pues no cabría hablar de un uso privado, está poniendo estos archivos a disposición del público, y por ello realiza un acto de comunicación pública previsto en el art. 20.2.i) TRLPI. Pero el titular de la página web que facilita el enlace, además de la previa selección de los archivos, aunque contribuye indirectamente a esta infracción de los derechos de propiedad intelectual afectados por la comunicación pública, no lleva a cabo directamente estos actos. Por supuesto que no realiza ninguna reproducción, ya que se limita a suministrar el link, a ofrecer un enlace, a través del cual, eso sí, se podrá llevar a cabo un posterior acto de comunicación pública del archivo compartido. Pero el ofrecimiento del enlace no supone un acto de disposición del archivo, razón por la cual no cabe hablar de la "puesta a disposición" en que consiste la actividad tipificada en la letra i) del art. 20.2 TRLPI como acto de comunicación pública. Como se ha argumentado en la doctrina: "la puesta a disposición tiene lugar en los ordenadores de los usuarios donde se halla la obra, y desde donde se puede descargar a través de programas cliente P2P; son, por tanto, estos usuarios quienes realizan la puesta a disposición.

Cuando un usuario acude a la página de enlaces y pulsa en un link, se ejecuta el programa cliente que ese usuario tiene instalado en su ordenador (v.gr. eMule), y se inicia la descarga del archivo desde los ordenadores donde la obra se halla puesta a disposición. En esa descarga, los datos no pasan por el servidor donde se aloja el sitio web de enlaces, de modo que el usuario que descarga no recibe los datos (la obra) a través del



sitio de enlaces, sino directamente desde los ordenadores que alojan ese archivo. No hay, pues, ni siquiera una participación en la transmisión de los datos que pudiera entenderse como una suerte de «retransmisión».

En este sentido, compartimos la apreciación contenida en la sentencia de primera instancia de que en nuestra Ley de Propiedad Intelectual "no se contiene previsión alguna que prohíba favorecer, permitir u orientar a los usuarios de la red de Internet que acceden a esta página, la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes P2P". Ahora bien, aunque estos actos indirectos o secundarios no se aprecian incluidos en el texto legal como constitutivos per se de una infracción de los correspondientes derechos de propiedad intelectual, y no pueden fundar por ello una acción resarcitoria, sí podrían dar lugar a un pronunciamiento de cesación, a la vista de cómo se regula en el art. 138.III en relación con el art. 139.1.h) TRLPI. De ambos preceptos se deduce que, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, cabe acordar "la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual" [art. 139.1.h) TRLPI], "aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción" (art. 138.III TRPLI). Pero, en nuestro caso, hubiera sido preciso que la acción de cesación se hubiera fundado en la infracción de terceros y como medio para impedir que persista, y no, como se hace en la demanda, como medio para impedir la prolongación de la denunciada actividad infractora del demandado.

En consecuencia, no cabe estimar la acción declarativa de que el demandado, por la actividad desarrollada en su página web de facilitar el enlace o conexión a una red p2p (eDonkey), que permite compartir archivos (obras musicales o videográficas), entre los que se encuentran obras del repertorio de la actora, lleva cabo actos de reproducción o de comunicación pública de dichas obras. Y, consiguientemente, tampoco cabe estimar las acciones de indemnización y de cesación que se fundaban en estos supuestos, y no declarados, actos de infracción.

SEXTO: Costas

Estimado parcialmente el recurso de apelación, no procede hacer expresa condena de las costas de esta apelación (art. 398.2 LEC). Esta estimación parcial del recurso ha supuesto una estimación parcial de la demanda, por lo que procede dejar sin efecto la condena al pago de las costas de primera instancia, sin hacer expresa condena (art. 397 y 394 LEC).

FALLAMOS

ESTIMAR parcialmente el recurso de apelación interpuesto por SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y DEDITORES DE ESPAÑA (SGAE), contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, en el sentido de estimar parcialmente la demanda formulada por SGAE contra Justo , y en su consecuencia:

1º Declaramos que el demandado Justo ha realizado actos de comunicación pública de obras musicales incluidas en el repertorio de la actora, al ponerlos a disposición del público que visitara su sitio web DIRECCION000 , permitiendo su descarga directa.

2º Condenamos al demandado a cesar en esta conducta, y a indemnizar a SGAE en la suma de 1.546,28 euros por los gastos ocasionados para investigar la infracción, más 2.041,4 euros por la remuneración dejada de percibir con las descargas directas.

3º Absolvemos al demandado del resto de las pretensiones contra él ejercitadas en la demanda.

Todo ello sin que proceda hacer expresa condena en costas ni en primera instancia ni en esta alzada.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas preparar recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.