



Roj: **SAP B 14227/2013 - ECLI: ES:APB:2013:14227**

Id Cendoj: **08019370152013100444**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **18/12/2013**

Nº de Recurso: **45/2013**

Nº de Resolución: **470/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

SECCIÓN DECIMOQUINTA

ROLLO Nº 45/2013-3ª

JUICIO ORDINARIO Nº 1019/2010

JUZGADO MERCANTIL Nº 6 DE BARCELONA

**SENTENCIA núm.470/2013**

Ilmos. Sres. Magistrados

DON JUAN F. GARNICA MARTÍN

DOÑA MARTA RALLO AYEZCUREN

DON JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

En Barcelona a dieciocho de diciembre de dos mil trece.

Se han visto en grado de apelación ante la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario seguidos con el nº 1019/2010 ante el Juzgado Mercantil nº 6 de Barcelona, a instancia de PRODUCTORES DE MUSICA DE ESPAÑA (PROMUSICAE), WEA INTERNATIONAL INC, SONY MUSIC ENTERTAINMENT SPAIN S.L., WARNER MUSIC APAIN S.L., UNIVERSAL MUSIC SPAIN S.L. y EMI MUSIC SPAIN S.A., representadas por el procurador de los tribunales D. RAFAEL ROS FERNÁNDEZ, contra R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA S.A., sobre propiedad intelectual.

Penden las actuaciones ante esta Sala por virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte actora contra la sentencia dictada en fecha 11 de julio de 2012 .

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El fallo de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "Que debo acordar y acuerdo desestimar la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales Don Rafael Ros Fernández en nombre y representación de la asociación de PRODUCTORES DE MUSICA DE ESPAÑA (PROMUSICAE), WEA INTERNATIONAL INC, SONY MUSIC ENTERTAINMENT SPAIN S.L., WARNER MUSIC APAIN S.L., UNIVERSAL MUSIC SPAIN S.L. y EMI MUSIC SPAIN S.A., contra R. CABLE Y COMUNICACIONES GALICIA S.A., y en consecuencia absuelvo a la demandada de los pedimentos formulados de contrario. Todo ello sin especial pronunciamiento en materia de costas"

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante.

**TERCERO.-** Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 30 de octubre.



Es ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** La parte actora interpuso demanda por infracción de derechos de propiedad intelectual con fundamento en los siguientes hechos:

1º) PRODUCTORES DE MUSICA DE ESPAÑA (PROMUSICAE) es una asociación de ámbito nacional que tiene, entre otros objetos, el reconocimiento, defensa y promoción de los derechos de los productores de música, que está facultada, según sus Estatutos, para el "*ejercicio de cualesquiera acciones civiles, penales, administrativas o de otra naturaleza para la defensa de los intereses económicos y de cualquier tipo de los productores de música*" (artículo 6).

2º) WEA INTERNATIONAL INC, SONY MUSIC ENTERTAINMENT SPAIN S.L., WARNER MUSIC APAIN S.L., UNIVERSAL MUSIC SPAIN S.L. y EMI MUSIC SPAIN S.A., por su parte, son las principales productoras fonográficas que operan en nuestro país.

3º) La demandada R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA S.A. es la compañía que presta el servicio de acceso a Internet del *nickname* (nombre de usuario) "**nito75**".

4º) "**nito75**" es un usuario de un programa de intercambio de archivos entre particulares, de los conocidos como *peer to peer* (de igual a igual), denominado "DIRECTO CONNECT". Este tipo de programas permiten el intercambio masivo de archivos que contienen obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual. Ponen en contacto personas conectadas a Internet con el fin de poder intercambiar todos y cada uno de los archivos que dichas personas tienen almacenados en sus ordenadores.

5º) PROMUSICAE contrató los servicios de la empresa DTECNET SOFTWARE, que se dedica a investigar y detectar infracciones de los derechos de propiedad intelectual a través de Internet. Según resulta de los documentos tres y tres bis de la demanda, DTECTNET constató que el usuario "**nito75**" tiene reproducidos en su disco duro un total de 5097 archivos de sonido, contenidos todos ellos en la carpeta compartida de su ordenador.

Para las demandantes resulta imposible conocer la persona que se encuentra detrás de ese nombre de usuario. Sí conocen, por el contrato, la dirección IP (213.60.28.13), lo que les permite conocer la compañía que presta el servicio de acceso a Internet -en este caso, la demandada-.

6º) DETECNET procedió a la descarga de una muestra de los archivos de audio -"COMO HABLAR", interpretada por AMARAL, "SO PAYASO", interpretada por EXTREMODOURO, e "Y NOS DIERON LAS DIEZ", interpretada por Hermenegildo -, que son propiedad de las demandantes (documentos cuatro a seis de la demanda).

La demandante aporta un informe pericial elaborado por Don Obdulio que confirma que las grabaciones descargadas de la carpeta de "**nito75**" se corresponden con las que se han comercializado en los CDs originales (documentos siete a once).

La parte actora alegó en su escrito de demanda que el usuario "**nito75**" está infringiendo, de forma masiva, los derechos de propiedad intelectual que ostentan las compañías discográficas ( artículos 115 y 116 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual ), al haber almacenado en una carpeta compartida de su ordenador grabaciones que son puestas a disposición del resto de usuarios. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 138 y artículo 139 1.h) del TRLPI , en relación con el artículo 14 de la Ley 34/2002, de 11 de julio , interesa la suspensión, de forma inmediata y definitiva, de la prestación del servicio de acceso a Internet al usuario que utiliza el *nickname* "**nito75**".

La demandada no se ha opuesto a la demanda y ha permanecido en rebeldía.

**SEGUNDO.-** La sentencia de instancia desestima íntegramente la demanda. En primer lugar, la sentencia parece cuestionar la legitimación pasiva de la sociedad demandada, como intermediaria que presta servicios de acceso a Internet. En segundo lugar y como motivo principal para rechazar la pretensión de la demandante, el *juez a quo* señala que la parte actora no ha acreditado que la conducta del tercero (**nito75**) sea ilícita. La página web de enlace a redes P2P, según la sentencia, no vulnera los derechos de explotación que a los autores confiere la Ley de Propiedad Intelectual. "El sistema de enlace *links* que se ha descrito -dice el fundamento de derecho segundo de la sentencia-, desarrollado por el demandado en este caso, no supone distribución, ni reproducción, ni comunicación pública".

En consecuencia, el juez de instancia concluye que nos hallamos ante un mero intercambio de archivos entre particulares, sin ánimo de lucro "directo o indirecto", a través de un medio como es la red de internet, actividad que no es ilícita, por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la LPI , desestima la demanda.



La sentencia es recurrida por la demandante, que alega, en primer lugar, infracción del principio de congruencia. En segundo lugar, en cuanto al fondo del asunto, se apoya en las sentencias de esta misma Sección de 11 de julio de 2011 -que a su entender es interpretada erróneamente por el *juez a quo* - y 24 de febrero de 2011 , que consideran infractora la actividad de quien, disponiendo de un archivo musical, lo introduce en una carpeta de archivos compartidos a la que se puede acceder mediante un programa cliente P2P. Por tanto, siendo ilícita la actividad del usuario, el artículo 139.1.h) de la Ley de Propiedad Intelectual permite dirigirse contra el intermediario no infractor. En consecuencia, reiterando los argumentos jurídicos esgrimidos en la demanda, interesa se revoque la sentencia de instancia y se estime íntegramente su pretensión.

**TERCERO.-** No advertimos incongruencia en la sentencia de instancia ni, por tanto, infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . La parte actora, a partir de la declaración de rebeldía de la demandada, considera que el *juez a quo* ha desestimado la demanda por razones o cuestiones que no se han suscitado en el pleito, alegación que no compartimos.

En efecto, el deber de congruencia, que la recurrente considera infringido, se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* y la causa de pedir, y el fallo de la sentencia. La congruencia, como requisito ineludible de la función judicial, está contemplada en términos generales en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Forma parte de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución , en tanto en cuanto afecta al principio de contradicción. Una modificación sustancial de los términos del debate procesal se traduce, lógicamente, en indefensión para las partes.

La sentencia de instancia, sin cuestionar los hechos aducidos por el demandante, realiza una valoración jurídica distinta a la de la actora, al considerar que la actividad desarrollada por el usuario **nito75** no es ilícita. No se aparta, en absoluto, de la causa de pedir ni sorprende a la demandante con cuestiones que no han sido alegadas. Ni la rebeldía implica admisión de hechos ( artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) ni presupone que a la demandante le asista la razón jurídica.

**CUARTO.-** En términos generales, el artículo 138 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual , permite a los titulares de los derechos de propiedad intelectual solicitar el cese de la actividad ilícita, no sólo contra los infractores de esos derechos, sino también " *contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*".

En concreto, la demandante apoya su reclamación en el artículo 139.1,h) del TRLPI , en su redacción dada por la Ley 23/2006, de 7 de julio, por el que el " *cese de la actividad ilícita podrá comprender (...) la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.*" La norma incorpora la Directiva 2001/29, 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, que en su artículo 8.3 dispone que " *los Estados miembros velarán por que los titulares de los derechos estén en condiciones de solicitar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor*".

En cuanto a la remisión a la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico ( LSSI) ha de tenerse presente que el artículo 14 dispone, en términos generales, que los proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones " *que presten un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta no serán responsables por la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos*".

**QUINTO.-** Los artículos 138 y 139.1.h), por tanto, reconocen legitimación pasiva a intermediarios o prestadores de servicios a terceros, siempre que la actividad realizada por éstos sea infractora y a pesar de que el intermediario esté exento de responsabilidad. Por ello debemos analizar a continuación si los actos que se atribuyen al tercero -el usuario "**nito75**"- son o no lícitos.

La sentencia no cuestiona que la demandada R. CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA S.A. presta servicios de acceso a Internet a un usuario de un programa de intercambio de archivos entre particulares P2P ( *peer to peer* ) , que utiliza el *nickname* o nombre de usuario "**nito75**". En este sentido, del documento tres de la demanda -informe elaborado por la empresa DTECNET- resulta que "**nito75**" tiene reproducidos en su disco duro del ordenador y pone a disposición del resto de usuarios, a través del programa P2P denominado *Direct Connect*, un total de 5.097 archivos de sonido (folios 170 y siguientes). El informe pericial elaborado por el perito Don Obdulio (documento siete de la demanda) acredita que los tres archivos descargados por la

empresa DTECNET se corresponden con fonogramas originales publicados por las compañías discográficas titulares de los derechos de propiedad intelectual (folio 436).

En definitiva y como bien indica la recurrente, "nito75" no dispone de una web de enlaces, sino que es un usuario de un programa P2P que ha puesto a disposición del resto de usuarios, en una carpeta compartida de su ordenador, 5.097 grabaciones sonoras para que éstos puedan descargárselas en sus ordenadores.

**SEXTO.-** Pues bien, el intercambio masivo de archivos de contenido audiovisual, a través de las llamadas plataformas P2P, que permiten la descarga de grabaciones musicales, infringe derechos que la Ley de Propiedad Intelectual reserva en exclusiva a los autores. En concreto, los derechos de reproducción ( artículos 18 y 115 de la LPI ) y comunicación pública ( artículos 20, apartado i ) y 116.1º de la LPI ). Así lo hemos dicho en nuestras anteriores Sentencias de 24 de febrero de 2011 (ROJ 3/2011 ) y 7 de julio de 2011 (ROJ 4207/2011 ). En esta última señalamos que *"en una red de archivos compartidos P2P, quien dispone de un archivo musical o de una película y 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 artículo 31.2 LPI, 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 artículo 20.2.i) LPI."*

De este modo, la fijación de grabaciones musicales en el disco duro de un ordenador, en la medida que permite su comunicación o la obtención de copias, constituye un acto de reproducción (artículo 18). Además, esas grabaciones se ponen a disposición de una pluralidad de personas, que pueden tener acceso a la obra desde el lugar y el momento que tengan por conveniente, llevando a cabo actos de comunicación pública (artículo 20 i/). Tratándose de fonogramas, el derecho exclusivo para autorizar su reproducción y comunicación pública corresponde al productor (artículos 115 y 116).

En definitiva, la actividad realizada por el usuario "nito75" es ilícita, en tanto en cuanto vulnera los derechos de propiedad intelectual de las demandantes. Y, en tal caso, los artículos 138 y 139.1.h) del TRLPI permiten que los titulares de los derechos reconocidos en dicha Ley dirijan su pretensión de cese de la actividad ilícita contra los intermediarios a cuyos servicios recurre el infractor, aunque los actos de éstos no constituyan en sí mismos una infracción. En esa situación se encuentra la demandada R CABLE TELECOMUNICACIONES GALICIA S.A., que presta el servicio de conexión a Internet a dicho usuario.

Por todo ello, debemos estimar el recurso, revocar la sentencia de instancia y, en su lugar, acoger íntegramente la demanda, ordenando a la demandada que suspenda de forma inmediata y definitiva la prestación del servicio de acceso a Internet del usuario "nito75".

**SEPTIMO.-** De conformidad con lo solicitado por la demandante y teniendo en cuenta que la demandada no se ha opuesto a la demanda, no procede imponer las costas de ninguna de las dos instancias ( artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

En atención a lo expuesto

## FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de PRODUCTORES DE MUSICA DE ESPAÑA (PROMUSICAE), WEA INTERNATIONAL INC, SONY MUSIC ENTERTAINMENT SPAIN S.L., WARNER MUSIC APAIN S.L., UNIVERSAL MUSIC SPAIN S.L. y EMI MUSIC SPAIN S.A., contra la sentencia de 11 de julio de 2012, que revocamos íntegramente.

En consecuencia, estimamos la demanda interpuesta por PRODUCTORES DE MUSICA DE ESPAÑA (PROMUSICAE), WEA INTERNATIONAL INC, SONY MUSIC ENTERTAINMENT SPAIN S.L., WARNER MUSIC APAIN S.L., UNIVERSAL MUSIC SPAIN S.L. y EMI MUSIC SPAIN S.A., contra R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA S.A., acordando:

1º) Declarar que el usuario que utiliza el *nickname* "nito75", a través del servicio de acceso a Internet que le presta la demandada R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA S.A. y mediante la puesta a disposición de miles de archivos sonoros que contienen grabaciones musicales, ha infringido los derechos de propiedad intelectual que corresponden a las compañías discográficas demandantes.

2º) Condenar a la demandada R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA S.A. a que suspenda de inmediato y de forma definitiva la prestación del servicio de acceso a Internet al usuario que utiliza el *nickname* "nito75".

3º) No imponer las costas de ninguna de las dos instancias.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir en apelación.



Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ